

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO N° 21

CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Alba Urresola Clavero – Alfonso Miranda Londoño – Amanda Athayde – Armin F. Dugan – William E. Kovacic – Cani Fernández – Esteban Greco – Francisco Eduardo Beneke Avila – Isabella Accioly – Javier Tapia Canales – Javier Tebas Medrano – José Antonio Rodríguez Miguez – José Ignacio Távora Martín – Juan Luis Crucelegui Gárate – Laura Rufer – Luis Berenguer Fuster – Manuel Abarca Meza – Marianela López-Galdós – María Fernanda Vicens – Patrick L. Krauskopf – Santiago Soldevila Fragoso – Tania Zúñiga Fernández – Vicente Bagnoli



Círculo de Derecho
Administrativo

Revista de Derecho Administrativo N° 21

La Revista de Derecho Administrativo (RDA) es editada por la Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo - CDA. Es la primera revista especializada en Derecho Administrativo del Perú, sus números de publicación semestral han alcanzado amplio reconocimiento por parte de los más destacados especialistas en la materia; en virtud del quehacer académico en el que alumnos y profesores aportan con la difusión del Derecho administrativo. A la fecha, han sido publicados 20 números de la RDA, cada una con una temática especializada en las distintas ramas del Derecho administrativo. Desde el número 18, todo artículo de la sección Doctrina es objeto, al menos, de dos revisiones por pares a doble ciego.

La versión digital de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo>

Editorial: Asociación Civil Revista de Derecho Administrativo - CDA

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segundo piso
Av. Universitaria 1801, San Miguel – Lima, Perú.
Teléfono: 626-2000 Anexo 5625
publicaciones@cda.org.pe
<http://prometheo.pe/>

Diagramación:
Corporación Yachay SAC

Coordinadores Académicos: Tania Zúñiga Fernández y Juan Luis Crucelegui Gárate

Publicado en diciembre 2022. Lima – Perú.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-12741
ISSN: 2074-0956
eISSN: 2708-9886

El contenido de los artículos publicados en la RDA es responsabilidad exclusiva de los autores.

Está permitida la reproducción del contenido para fines no comerciales y con la referencia explícita a la editorial y los autores.

Cada artículo puede ser referenciado como:

Nombre del autor. (2022). Título del artículo. *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, 21, pp. inicio-fin.

Consejo Editorial

Cortés Campos, Josefina (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey)

De la Cruz Ferrer, Juan (Universidad Complutense de Madrid)

Díaz Bravo, Enrique (Universidad Santo Tomás)

Hernández-Mendible, Víctor (Universidad Monteávila)

Huergo Lora, Alejandro (Universidad de Oviedo)

Mondéjar Jiménez, José (Universidad Castilla-La Mancha)

Moreno Molina, José Antonio (Universidad Castilla-La Mancha)

Radovic Córdova, Marcela (Universidad de Chile)

Razquin Lizarraga, Martín María (Universidad Pública de Navarra)

Rivero Ortega, Ricardo (Universidad de Salamanca)

Consejo Consultivo

Baca Oneto, Víctor Sebastián (Universidad de Piura)

Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Danós Ordóñez, Jorge Elías (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Huapaya Tapia, Ramón Alberto (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Morón Urbina, Juan Carlos (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Sánchez Pavis, Lucio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Zegarra Valdivia, Diego Hernando (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Zúñiga Fernández, Tania (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Coordinadores Académicos

Tania Zúñiga Fernández
(Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Luis Crucelegui Gárate
(Universidad de Deusto)

Editores Generales

Joaquín Patricio Espinoza Escobar
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Enith Milagros Camero Acuña
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Consejo Ejecutivo

Alice Burga Moreno
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Ana Lucía Franca Angulo Santos
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Angélica Mireli Angulo Remuzgo
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Anggie Melissa Amaro Zulueta
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Claudia Elena Sotomayor Dorival
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Gabriela De Los Ángeles Flores Gonzales
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Ramírez Llerena
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Antonio Salvador Azabache
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Marcos Enrique Villalta Sandoval
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

María Julia Cortez Medina
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Ronny André Cuba Montesinos
(Alumno, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Valeria Prieto La Noire
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

Valeria Vilcarromero Figueroa
(Alumna, Pontificia Universidad Católica del Perú)

ASAMBLEA 2021 – 2

Consejo Directivo

Pahuacho Camarena, Milagros
Directora Ejecutiva

Maita Uria, Dionel
**Director de Investigaciones y
Actualidad Jurídica**

Nolasco Sánchez, Lei-ly Angell
Valery
**Directora de Eventos
Académicos**

Angulo Santos, Ana Lucía Franca
Directora de Publicaciones

Ricapa Yaipén, Karla Zenaida
Directora de Recursos Humanos

Gamarra Aliaga, Nicole Adriana
**Directora de Economía y
Contabilidad**

Comisión de Publicaciones

Angulo Remuzgo, Angélica Mireli
Angulo Santos, Ana Lucía Franca
Sotomayor Dorival, Claudia Elena
Vilcarromero Figueroa, Valeria
Zárate Villantoy, Renzo Augusto

Espinoza Escobar, Joaquín Patricio
Amaro Zulueta, Anggie Melissa
Flores Gonzáles, Gabriela De Los Ángeles
Prieto La Noire, Valeria

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Gastañeta Bastidas, Adria
Solís De La Cruz, Valeria Victoria
Maita Uria, Dionel

Palomino Díaz, Xenia
Santiago Rimari, Rosa
Quispe Vera, Erick

Comisión de Economía y Financiamiento

Gamarra Aliaga, Nicole Adriana
Zúñiga Domínguez, Leslie Caroline
Huaroc Huallanca, Ingrid Jazmín

García Araujo, Nátaly
Abarca Cusimayta, Almendra

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Supo Gavancho, Luis Roberto
Castillo Santillana, Nicol Brighith
Manrique Kukurelo, Diana Lucía
Chaca Tauma, César

Ramírez Camaná, Valeria Liz
Nolasco Sánchez, Lei-ly Angell Valery
Rivas Sú, Leonardo Alfredo
Moscoso Enriquez, Robin Alonso

Comisión de Recursos Humanos

Atencio Cuadros, Camila
Ramos Maldonado, Jacqueline
Ricapa Yaipén, Karla Zenaida
Verástegui Payahuanca, Lucero

Revoredo Loayza, Diana Valeria
Huayta Ríos, Ariane
Requena Vidal, Fabiola

ASAMBLEA 2022 – 1

Consejo Directivo

Supo Gavancho, Luis Roberto
Director Ejecutivo
Gastañeta Bastidas, Adria
**Directora de Investigaciones y
Actualidad Jurídica**
Ramírez Camaná, Valeria Liz
**Directora de Eventos
Académicos**

Angulo Remuzgo, Angélica Mireli
Directora de Publicaciones
Revoredo Loayza, Diana Valeria
Directora de Recursos Humanos
Huaroc Huallanca, Ingrid Jazmín
**Directora de Economía y
Contabilidad**

Comisión de Publicaciones

Angulo Remuzgo, Angélica Mireli
Angulo Santos, Ana Lucía Franca
Burga Moreno, Alice
Cabrera Rivera, Jhoan

Espinoza Escobar, Joaquín Patricio
Prieto La Noire, Valeria
Cortez Medina, María Julia
Camero Acuña, Enith Milagros

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Gastañeta Bastidas, Adria
Solís De La Cruz, Valeria Victoria
Maita Uría, Dionel
Pahuacho Camarena, Milagros
Charcape Castro, Esther Anabeli

Palomino Díaz, Xenia
Santiago Rimari, Rosa
Quispe Vera, Erick
Ventura Ferro, Leonardo
Ramos Huamaní, Jennifer Alexandra

Comisión de Economía y Financiamiento

Huaroc Huallanca, Ingrid Jazmín

Gamarra Aliaga, Nicole Adriana

Gambini Rojas, Meicy Shessira

Sulca Marro, Edgar Antonio

Díaz Díaz, Ana Paola

Abarca Cusimayta, Almendra

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Ramírez Camaná, Valeria Liz

Castillo Santillana, Nicol Brighith

Manrique Kukurelo, Diana Lucía

Chaca Tauma, César

Velapatiño Flores, Gabriel Alonso

Nolasco Sánchez, Lei-ly Angell Valery

Rivas Sú, Leonardo Alfredo

Moscoso Enriquez, Robin Alonso

Ortiz Pastor, Juan Rodrigo

Lapoint Castillo, Andrea

Comisión de Recursos Humanos

Revoredo Loayza, Diana Valeria

Ramos Maldonado, Jacqueline

Ricapa Yaipén, Karla Zenaida

Verástegui Payahuanca, Lucero

Chacón Chacón, Edwin John

Requena Vidal, Fabiola

Gallarreta Cuadra, Mauricio

Jiménez Arrieta, Yoel Josafat

ASAMBLEA 2022-2

Consejo Directivo

Gastañeta Bastidas, Adria

Directora Ejecutiva

Quispe Vera, Erick

**Director de Investigaciones y
Actualidad Jurídica**

Castillo Santillana, Nicol Brighith

**Directora de Eventos
Académicos**

Camero Acuña, Enith Milagros

Directora de Publicaciones

Requena Vidal, Fabiola Yamillé

Directora de Recursos Humanos

Abarca Cusimayta, Almendra

**Directora de Economía y
Contabilidad**

Comisión de Publicaciones

Camero Acuña, Enith Milagros
Espinoza Escobar, Joaquín Patricio
Burga Moreno, Alice
Cabrera Rivera, Jhoan

Cortez Medina, María Julia
Ramírez Llerena, Julio
Salvador Azabache, Luis Antonio
Villalta Sandoval, Marcos Enrique

Comisión de Investigación y Actualidad Jurídica

Quispe Vera, Erick
Pahuacho Camarena, Milagros
Charcape Castro, Esther Anabeli
Ambulay Vasquez, Jessy Isabel

Santiago Rimari, Rosa
Ventura Ferro, Leonardo
Paredes, Rodrigo
Díaz Pérez, Christiam Jesús

Comisión de Economía y Financiamiento

Abarca Cusimayta, Almendra
Ramírez Nuñez, Eduardo Facundo

Díaz Díaz, Ana Paola
Flores Cadillo, Stephany Leticia

Comisión de Eventos y Cursos Académicos

Castillo Santillana, Nicol Brighith
Ramírez Camaná, Valeria Liz
Chaca Tauma, César
Velapatiño Flores, Gabriel Alonso
Tipismana Zapata, Allison Zue

Supo Gavancho, Luis Roberto
Rivas Sú, Leonardo Alfredo
Moscoso Enriquez, Robin Alonso
Ortiz Pastor, Juan Rodrigo
Loyaga Cerna, Celeste Janine

Comisión de Recursos Humanos

Requena Vidal, Fabiola Yamillé
Revoredo Loayza, Diana Valeria
Chacón Chacón, Edwin John
Mosquera Ramos, Gabriel Omar

Galarreta Cuadra, Mauricio
Jiménez Arrieta, Yoel Josafat
Ato Sullon, Marco Alonso
García Belli, Samantha Gabriela

PARES REVISORES

Dedicamos esta sección para expresar nuestros mayores agradecimientos a los(as) especialistas que gentilmente apoyaron como árbitros(as) académicos(as) en el proceso de revisión a doble ciego.

Así, a continuación, la lista de pares revisores que, con benemérito rigor, contribuyeron en la selección de artículos publicables en el número 21 de la Revista de Derecho Administrativo:

- | | |
|------------------------------------|--------------------------------------|
| 1. Aliaga Farfán, Jeanette Sofía | 18. Orsini Wisotzki, Desirée Blanca |
| 2. Ames, Luis Enrique | 19. Padilla, Jorge |
| 3. Angulo Garzaro, Noemí | 20. Pedreschi Garcés, Willy |
| 4. Costas Comesaña, Julio | 21. Peña, Julian |
| 5. Crucelegui Gárate, Juan Luis | 22. Pérez Bernabeu, Begoña |
| 6. Del Pino, Miguel | 23. Qaqaya, Hassan |
| 7. Del Río, Santiago | 24. Quintana Sánchez, Eduardo |
| 8. Enrique Ames, Luis | 25. Roca Tavella, Santiago Francisco |
| 9. Felices Saavedra, Enrique | 26. Romero-Rodríguez, Sophia |
| 10. Gamio Aita, Pedro | 27. Sattler, Verónica |
| 11. Irarrázabal Philippi, Felipe | 28. Sesma Sánchez, Begoña |
| 12. Loo Gutiérrez, Martín | 29. Soriano García, José Eugenio |
| 13. Mestre Delgado, Juan Francisco | 30. Soto Carrillo, Gerardo |
| 14. Miño López, Antonio | 31. Soto Pineda, Jesús Alfonso |
| 15. Moscol Salinas, Alejandro | 32. Tirado Barrera, José Antonio |
| 16. Mufdi Guerra, Nader | 33. Velasco San Pedro, Luis Antonio |
| 17. Navarrete Serrano, Mario | 34. Zúñiga Fernández, Tania |

PRESENTACIÓN

Luego de 23 años de trayectoria dentro del mundo jurídico, el Círculo del Derecho Administrativo (CDA), como parte de su compromiso de difundir la cultura jurídica en el marco del impulso de la investigación académica, presenta su vigésimo primera edición de la Revista de Derecho Administrativo, dedicada al Derecho de la Competencia y Regulación Económica.

Así, el número 21 es un hito en la historia de CDA y un orgullo para todos los asociados, no solo por el contenido de calidad y relevancia jurídica que recoge, sino por ser la primera revista que publicamos de vuelta a la presencialidad tras años de encierro e incertidumbre, demostrando, una vez más, la fuerza e ímpetu que tenemos para enfrentar los desafíos que se nos presenten y nuestro compromiso con la difusión académica de vanguardia.

El lector tendrá en sus manos, un abanico de artículos que lo proveerán de información para su reflexión y análisis, es así que en las páginas siguientes, encontrará artículos elaborados por los más destacados profesionales en los que se discute sobre el control de concentraciones empresariales dentro de la política de competencia en América Latina y el Caribe; régimen de ayudas públicas; el abuso de posición dominante en mercados digitales, entre otros muchos temas de relevancia social y académica respecto a la libre competencia e intervención estatal en el mercado.

Asimismo, es importante distinguir el rol que cumplieron nuestros distinguidos Coordinadores Académicos, Tania Zúñiga Fernández y Juan Luis Crucelegui Gárate, gracias a su dirección y orientación este proyecto es una realidad.

Sin duda, con este número, el Círculo de Derecho Administrativo pretende continuar contribuyendo a la cultura jurídica nacional y de América Latina desde la innovación, y así honrar la herencia y tradición de nuestros fundadores.

Adria Gastañeta Bastidas
Directora Ejecutiva 2022-2
Círculo de Derecho Administrativo

ÍNDICE

Revista de Derecho Administrativo N° 21 — CDA

Derecho de la Competencia y Regulación Económica

Prólogo

Prof. Dr. Tania Zúñiga Fernández y Prof. Juan Luis Crucelegui Gárate

1. Historia y política del antitrust: Reflexiones sobre la experiencia peruana
José Ignacio Távara Martín 24
2. El análisis de instituciones económicas en el Derecho de competencia
Francisco Eduardo Beneke Ávila 52
3. Ciclos de vida de los regímenes de competencia: Análisis de la evolución de nuevos sistemas
Marianela López–Galdós y William E. Kovacic 68
4. El Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina de Naciones - CAN. Análisis y propuestas
Alfonso Miranda Londoño 96
5. Abusos de posición dominante en mercados digitales: ¿Nuevos trucos para un perro viejo?
Javier Tapia Canales y Manuel Abarca Meza 126
6. Economía digital en América Latina: Reflexiones sobre las concentraciones económicas en la región
Esteban Greco y María Fernanda Vicens 146
7. El control de concentraciones en mercados financieros en la política antitrust en Brasil
Vicente Bagnoli 164
8. El régimen de ayudas públicas: características y ventajas en el proceso de recuperación económica en tiempos de pandemia COVID19
José Antonio Rodríguez Miguez 188
9. Régimen europeo de las ayudas públicas en tiempos del COVID 19
Luis Berenguer Fuster 222
10. Respuesta europea al control judicial la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la competencia
Santiago Soldevila Fragoso 242
11. La defensa de la competencia como palanca para una contratación pública íntegra y alineada con el cumplimiento normativo
Alba Urresola Clavero 262
12. Compliance management systems and their consideration in the assessment of fines
Patrick Krauskopf, Armin F. Dugan y Laura Rufer 294

13. Follow the leader? The antitrust leniency program and its spillovers on other leniency programs in Brazil 318
Amanda Athayde e Isabella Accioly

SECCIÓN ENTREVISTAS

14. Entrevista a Javier Tebas Medrano, Presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LaLiga) 338
Entrevista elaborada y realizada por Prof. Dr. Tania Zúñiga Fernández y Prof. Juan Luis Crucelegui Gárate
15. Entrevista a Cani Fernández, Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) 356
Entrevista elaborada y realizada por Prof. Dr. Tania Zúñiga Fernández y Prof. Juan Luis Crucelegui Gárate

PRÓLOGO

“DERECHO DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN ECONÓMICA”

Tania Zúñiga Fernández¹
Juan Luis Crucelegui Gárate²

La presente edición de la Revista de Derecho Administrativo, RDA N° 21, “Derecho de la Competencia y Regulación Económica”, publicación del Círculo de Derecho Administrativo (CDA) ha sido coordinada por los Coordinadores Académicos, la Prof. Dr. Tania Zúñiga Fernández, profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP y el Prof. Juan Luis Crucelegui Gárate, profesor de la Universidad de Deusto, España, con el apoyo editorial de la Comisión de Publicaciones del CDA, asociación de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La definición temática de la RDA N° 21 se encuentra comprendida en el marco del Derecho de la Competencia y la Regulación Económica, bajo un orden que cubre los ámbitos relativos al diseño de la legislación de competencia, la política antitrust en la economía digital, el control previo de concentraciones empresariales, el control de ayudas estatales, la política de *compliance* y los programas de clemencia, así como tópicos interrelacionados del Derecho de la Competencia con el proceso contencioso administrativo en el ámbito de la revisión judicial de los actos administrativos, la actividad de contratación de la Administración Pública, y el Derecho de integración.

La estructura de la RDA N° 21 comprende las contribuciones académicas organizadas en dos secciones, la primera sección corresponde a trece artículos académicos, y una sección especial que comprende dos entrevistas realizadas por ambos Coordinadores Académicos.

En ese sentido, como Coordinadores Académicos quisiéramos expresar nuestro reconocimiento a los distinguidos autores de las respectivas contribuciones en la RDA N° 21: **José Ignacio Távara Martín, Francisco Beneke, Marianela López-Galdos, William E. Kovacic, Alfonso**

1 Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Derecho, Humboldt-Universität zu Berlín, con distinción sobresaliente magna cum laude, con especialidad en Derecho Administrativo, Regulación y Derecho de la Competencia. Master of Laws, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg con especialidad en Derecho Alemán y Derecho Europeo. Abogada, PUCP. Ha sido Asesora senior principal para el Congreso de la República del Perú en política de competencia para el desarrollo legislativo y la elaboración del texto del proyecto de Ley del Control Previo de Operaciones Concentración Empresarial, primera ley antitrust en Perú de alcance general. Ha sido miembro de las Comisiones de expertos en los procesos de revisión de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se ha desempeñado en puestos de alta dirección en la Administración Pública. Ha participado como Perito en Derecho Administrativo en la Defensa Jurídica del Estado Peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido docente en la Academia de la Magistratura en el Programa Latinoamericano de Capacitación para Jueces en Derecho de la Competencia organizado por la UNCTAD. Miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro de ASCOLA, Academic Society for Competition Law. Es Embajadora Científica del Servicio Alemán de Intercambio Académico en el Perú, DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst).

2 Profesor de Derecho Europeo de la Competencia en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto, España. Profesor de Derecho de la Competencia y Contratación Pública en el Master de Derecho de acceso a la abogacía, master universitario profesionalizante, Universidad de Deusto. Jefe de la Sección de Capacity building and Advisory Services del Departamento de Políticas de Competencia y Consumidor de la UNCTAD. Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto. Diploma en Derecho Europeo y Diploma de Estudios Especializados en Derecho del mercado común por el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de París I Panteón-Sorbonne. Estudios de Doctorado en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco. Ha sido Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Con amplia experiencia en asuntos relacionados con la Unión Europea y Derecho de la Competencia, es experto y asesor en el desarrollo legislativo de varios países en vías de desarrollo.

Miranda Londoño, Javier Tapia, Manuel Abarca, José Antonio Rodríguez Miguez, Luis Berenguer Fuster, Santiago Soldevila Frago, Alba Urresola, Esteban Greco, María Fernanda Vicens, Vicente Bagnoli, Patrick L. Krauskopf, Armin F. Dugan, Laura Rufe, Amanda Athayde, Isabella Accioly, Cani Fernández, Javier Tebas Medrano, Tania Zúñiga Fernández, Juan Luis Crucelegui Gárate.

A continuación, se explica el contenido de cada una de las secciones de la presente edición.

Primera sección

José Ignacio Távara Martín presenta el artículo “Historia y política del antitrust: reflexiones sobre la experiencia peruana”. El autor presenta un análisis los aspectos destacados de la historia del antitrust en EE.UU. y las políticas de competencia en Alemania situándose en la etapa de posguerra, para luego ingresar a examinar el origen y concepción de las políticas de libre competencia en el Perú, poniendo de relieve el contexto histórico, los principios teóricos, motivaciones, valores e intereses que explican su adopción desde fines de 1991. Se sitúa la experiencia peruana bajo una reflexión crítica de la relación entre democracia y concentración del poder de mercado. Una de las debilidades del marco normativo adoptado a inicios de los noventa, fue la omisión expresa del control de la concentración de mercados. La Constitución de 1993, al establecer que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios fue interpretado en el sentido de que a las empresas les estaba permitido lograr una posición de dominio absoluto a través de las fusiones y adquisiciones de empresas competidoras sin límite alguno, en tanto solo se prohibía el abuso de dicha posición. Señala el autor que, uno de los problemas centrales de las economías de mercado reside en que la concentración excesiva del poder económico trae también consigo una mayor capacidad de influir en los procesos políticos y legislativos, donde se definen las reglas de juego, y debido a ello, las sociedades han intentado enfrentar este problema mediante la adopción y aplicación de un conjunto de principios, normas y políticas que regulen la estructura de los mercados y la conducta de las corporaciones empresariales.

Francisco Beneke presenta el artículo “El análisis de instituciones económicas en el Derecho de competencia”. El autor expone dos aspectos relativos al neo-institucionalismo que complementan el marco de análisis de competencia basado en la teoría de precios y la organización industrial moderna, a fin de lograr un entendimiento completo del desempeño del mercado, a saber, la influencia de empresas con poder de mercado en el proceso de adopción de regulaciones estatales que pueden afectar la intensidad de competencia, y la incertidumbre en cuanto a las políticas públicas que pueden afectar las ganancias de un proyecto de inversión. El autor analiza la viabilidad de incorporar variables políticas en el análisis de competencia, que pueden explicarse en dos categorías, la relación entre influencia política y poder de mercado, y el ejercicio anticompetitivo de la influencia política. Al mismo tiempo, el autor se cuestiona si las actividades de cabildeo en sí mismas pueden considerarse como conductas anticompetitivas, para lo cual, ello podría modificar los incentivos de grupos de interés para abogar por regulaciones que promueven bienes protegidos por el Estado distintos al bienestar del consumidor como el medio ambiente y la salud pública. Concluye el autor sobre la necesidad de completar los campos de teoría de precios y organización industrial moderna con el estudio de instituciones para el mejor entendimiento sobre el funcionamiento de los mercados que se pretenden regular.

William E. Kovacic y Marianela López-Galdos presentan el artículo “Ciclos de vida de los regímenes de competencia: Análisis de la evolución de nuevos sistemas”. Los autores presentan un análisis sobre los patrones de evolución de los sistemas de competencia a nivel global, a partir de los cuales se identifica los factores que influyen en el éxito o fracaso de la progresión de los sistemas de competencia. Se precisa que para el establecimiento de un régimen regulador exitoso se requiere un conocimiento de las condiciones económicas y políticas que facilitan o dificultan la aplicación de la política de competencia. En casi todas las jurisdicciones que cuentan con una ley de competencia, se

identifican esfuerzos iniciales para ejercer los poderes de la agencia, incluyendo el poder de recopilar información, el mandato sustantivo de desafiar varias formas de comportamiento empresarial y el poder de imponer sanciones, pero también, su autonomía, y el establecimiento de una cultura dentro de la agencia de competencia que promueva la autoevaluación crítica continua. Concluyen los autores que, como factores que explican los ciclos de vida de los distintos sistemas de competencia, se pueden identificar, la financiación, el capital humano, la adecuación de los compromisos a las capacidades, el proceso de aprendizaje, el apoyo político, la identificación de instituciones de apoyo, la cooperación internacional, y la evaluación periódica y las respectivas actualizaciones del sistema, por lo cual, el desarrollo futuro del derecho de la competencia requiere de expectativas realistas sobre lo que se necesita para construir un sistema eficaz en las respectivas jurisdicciones.

Alfonso Miranda Londoño presenta el artículo “El Derecho de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones – CAN Análisis y Propuestas”. El autor realiza un análisis del Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina (CAN) su antecedentes y desarrollo, precisando que el fenómeno de la libre competencia económica en la subregión ha sido producto del comercio internacional, los tratados, la negociación entre países y la globalización. El Derecho de la Competencia comenzó a ser introducido en los países de la subregión andina, así como en los demás países de Latinoamérica entre el inicio y mediados del siglo XX, pero será a raíz del Consenso de Washington, que los países latinoamericanos cambiaron el modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica o globalización, introduciéndose el principio de libre competencia como parámetro constitucional. El Derecho de la Competencia ha sido impulsado por el fenómeno de la globalización, pero también por los tratados de libre comercio que han incluido capítulos de competencia de mayor o menor intensidad dando lugar a acuerdos de cooperación entre las agencias de competencia; sin embargo, no hay una aplicación continua o generalizada de las normas supranacionales de competencia en Latinoamérica. Destaca que si bien la estructura del régimen comunitario andino pretende fomentar la cooperación comercial, existen aún dificultades para consolidar la actividad competitiva dentro de la subregión, por lo que la normativa de libre competencia de la CAN debe modernizarse y reformarse con la finalidad que permita el funcionamiento efectivo de sus órganos comunitarios.

Javier Tapia C. y Manuel Abarca M. presentan el artículo “Abusos de posición dominante en mercados digitales: ¿Nuevos trucos para un perro viejo?” El trabajo resume los casos más recientes relativos a conductas unilaterales que se han iniciado tanto en Estados Unidos y en la Unión Europea en contra de los denominados “Gigantes Tecnológicos” (Google, Amazon, Facebook y Apple). Señalan que se han propuesto modificaciones a las leyes de competencia (como ha ocurrido en Estados Unidos), o incluso la introducción de nuevas regulaciones (como la “*Digital Markets Act*”, en la Unión Europea, o la “*GWB – Digitalisierungsgesetz*”, en Alemania). Los autores realizan un análisis sobre las soluciones regulatorias. Comúnmente se ha presentado como reacción frente a estas conductas con un mayor *enforcement*, como muestran los casos europeos y las demandas estadounidenses. Sin embargo, la principal dificultad de esta respuesta radica precisamente en la dificultad de subsumir estos supuestos nuevos problemas dentro de las categorías tradicionales. El punto de partida común radica en la supuesta dominancia que ellas tendrían en sus respectivos mercados relevantes y la posibilidad que tal condición les conferiría de incurrir en diversas conductas consideradas abusivas, lo cual produciría una tensión que está en el centro del Derecho de la Competencia actual, si se trata de categorías nuevas que no son recogidas por el estándar tradicional del bienestar del consumidor, o si simplemente se deben a características propias de los mercados tecnológicos y que no producen (nuevos) problemas de competencia.

Esteban Greco y María Fernanda Vicens presentan el artículo “Economía digital en América Latina: ¿y dónde están las fusiones? Reflexiones para la región”. El artículo analiza fusiones y adquisiciones de la economía digital en América Latina, en perspectiva con la discusión internacional y las nuevas o reformuladas teorías de daño que han ido emergiendo. Si bien, la economía digital es global, los mecanismos de impacto varían en función de las condiciones de cada país. Los autores señalan que América Latina es muy heterogénea en términos socioeconómicos, incluyendo la calidad

y provisión de servicios comparables a los de los países desarrollados en el acceso a Internet. Se enfatiza que, esta perspectiva no debería ser soslayada al trasladar a la región la actual discusión internacional que cuestiona las herramientas del derecho de la competencia, entre ellas el control de fusiones, considerándose asimismo, que la región se encuentra caracterizada por países con escaso acceso al mercado de capitales. Por ello, más que mercados digitales se observan jugadores digitales irrumpiendo en mercados tradicionales y ejerciendo presión competitiva sobre oferentes establecidos. Esto es consistente con el hecho de que no son las BigTech las protagonistas de los casos de fusiones y adquisiciones en la región de América Latina. Las agencias de competencia evalúan una operación a fin de determinar la relación causal entre el cambio en el nivel de concentración en un mercado y los potenciales efectos sobre la competencia. En línea con los casos analizados de distintas agencias de competencia, los autores señalan que en la región se muestra que el control preventivo de fusiones también tiene un rol que jugar en la interacción entre actores tradicionales establecidos y nuevos actores digitales.

Vicente Bagnoli presenta el artículo “El control de concentraciones en mercados financieros en la política antitrust en Brasil”. El autor aborda el mercado financiero que, en general, tiene características específicas que llaman la atención de las autoridades de competencia de todo el mundo. No es diferente en Brasil, donde la tendencia de concentración de los bancos en las últimas décadas ha dejado el CADE, la autoridad de la competencia, en constante alerta. En este sentido, desde la entrada en vigor de la Ley de Competencia en 2012, el CADE ha analizado importantes concentraciones en los mercados financieros. Además del CADE, el Banco Central de Brasil también analiza las concentraciones en el sistema financiero. Los asuntos de competencia que involucran a los mercados financieros han dado lugar a un polémico debate en Brasil sobre cuál es la autoridad competente para analizar y decidir temas como fusiones y adquisiciones y conductas anticompetitivas en este mercado: el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) o el Banco Central de Brasil (BACEN). Desde 2018, CADE y BACEN llegaron a un entendimiento, brindando mayor seguridad jurídica al sistema financiero nacional. Inicialmente, con la firma de un Memorando de Entendimiento para armonizar y garantizar mayor previsibilidad al manejo, por parte de las dos autoridades, de los reclamos de concentración que involucran a instituciones financieras, además de alinear acciones para incentivar la competencia en los segmentos supervisados. Finalmente, hace especial mención a la aprobación del Acto Normativo Conjunto No. 1, que estableció procedimientos para armonizar y hacer más eficientes las respectivas acciones en actos de concentración y en la defensa de la competencia en el ámbito del Sistema Financiero Nacional (SFN). Sin embargo, el autor señala que un Memorando no es legalmente vinculante para las autoridades y puede ser revisado en cualquier momento.

José Antonio Rodríguez Miguez presenta el artículo “El régimen de ayudas públicas: características y ventajas en el proceso de recuperación económica en tiempos de pandemia Covid 19”. El autor aborda la regulación sobre ayudas públicas, sus características y ventajas para la recuperación económica a partir de una necesaria delimitación conceptual, su fundamento económico y sus diferentes ámbitos normativos, centrándose en su importancia en el actual contexto de crisis creada por la pandemia de Covid-19. Con este objetivo expone de forma sucesiva su regulación en tres ámbitos diferentes: el multilateral, el regional y el nacional. En su dimensión multilateral, se centra en las reglas que se recogen en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Asimismo, el autor analiza las reglas sobre ayudas públicas «ayudas de Estado» recogidas en el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», destacando las medidas especiales de carácter temporal y excepcional adoptadas por las instituciones europeas con motivo de la pandemia, tanto respecto de las ayudas otorgadas por los Estados miembros, como de las ayudas europeas destinadas a apoyar a esos Estados miembros para la recuperación económica. Y, finalmente, el autor ofrece un análisis sobre la regulación interna española en materia de ayudas públicas.

Se concluye en una reflexión final acerca de sus ventajas y dificultades para afrontar el reto de la recuperación económica, partiendo de la necesidad de que su eventual otorgamiento se rijan por

criterios de eficiencia económica en la administración de los recursos públicos que se transfieren al mercado, por medio de ayudas públicas.

Luis Berenguer Fuster presenta el artículo “El control de las ayudas públicas en tiempos del Covid 19”. En el contexto de la Unión Europea, la política común de competencia vela por el mantenimiento del mercado único con el objetivo de garantizar los principios que le caracterizan. El autor señala que, en materia de ayudas públicas, esta política se traduce en evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores. El art. 107 TFUE recoge una prohibición general de ayudas públicas de la que se desprende la posibilidad de establecer excepciones. Dado la situación generada por el COVID-19, la Comisión Europea se ha visto obligada a flexibilizar el control sobre las ayudas públicas bajo las premisas que recogen las posibles excepciones con el objetivo de facilitar la recuperación económica en los Estados y por tanto, en la Unión Europea como conjunto. Para ello, la Comisión Europea ha elaborado un “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”, que ha sido modificado y ampliado en diversas ocasiones, para facilitar la recuperación económica de los Estados miembros dentro de un orden y con las limitaciones establecidas en el citado marco temporal. El autor refiere que existe el riesgo de que países con mayor formaleza económica, cumpliendo con los requisitos, puedan llegar a fortalecer sus empresas en detrimento de las de otros países con economía más débil.

Santiago Soldevila Fragoso presenta el artículo “Respuesta europea al control judicial la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la Competencia”. El autor señala que el control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración constituye uno de los objetos centrales del Derecho Administrativo. Un Estado moderno en el que deben compatibilizarse principios democráticos con la eficacia de la Administración requiere la adopción de reglas claras y precisas en orden a delimitar la extensión del control jurisdiccional de la Administración. Los Tribunales están obligados a garantizar que la Administración en su actuación sea plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de los administrados. En el ámbito administrativo-económico, resalta el autor que la referida delimitación debe ser más patente, considerando el amplio margen de actuación discrecional que tiene la Administración. En este contexto, el test de racionalidad de la actuación administrativa se ofrece como una técnica de control eficaz, plenamente respetuosa tanto con las competencias de la Administración, como con los derechos fundamentales de los administrados. El autor comparte un importante análisis sobre los pronunciamientos de los tribunales europeos en relación al Derecho Administrativo Económico, de manera particular, en lo que concierne a la actividad sancionadora de la Administración Pública por infracciones del derecho a la libre competencia. Precisa la diferencia entre los pronunciamientos de los respectivos tribunales en el ámbito del Consejo de Europa y el de la Unión Europea, y destaca dos aspectos fundamentales, el denominado “control de racionalidad de la actividad de la Administración”, por una parte, y por la otra, el concepto de “competencia de plena jurisdicción”. El autor refiere en sus conclusiones que el concepto de plena jurisdicción es inherente a la actividad jurisdiccional y si bien puede incorporar matices y ámbitos particulares en los distintos ordenamientos jurídicos, resulta necesario desterrar la existencia de zonas inmunes al control de la actividad de la Administración.

Alba Urresola presenta el artículo “La defensa de la competencia como palanca para una contratación pública íntegra y alineada con el cumplimiento normativo”. La autora señala que la Unión Europea, a lo largo de las cuatro generaciones de Directivas de contratación, se ha focalizado en convertir la contratación pública en uno de los mecanismos integradores del mercado interior y, para ello, los procedimientos y normas que rigen ese sistema de contratación deben respetar las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en concreto, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, pero también los principios que se derivan de estos, es decir, la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

La política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental de consolidación del mercado interior y también una herramienta para la racionalización del gasto y de los fondos públicos para alcanzar un sistema sostenible. Las últimas directivas de contratación, las llamadas de cuarta generación, y particularmente, la Directiva 2014/24/UE, que fue implementada en el ordenamiento jurídico español a través de la vigente Ley 9/2017, Ley sobre Contratos del Sector Público (LCSP) busca una contratación abierta a nivel europeo, que sea accesible a las pequeñas y medianas empresas; para ello prima la salvaguarda de la competencia, un principio que adquiere un protagonismo mayor que en normativas anteriores. La autora concluye que la defensa de la competencia se presenta como un instrumento crucial para garantizar la integridad, y como un valor indispensable para una contratación igualitaria, abierta al mercado europeo, accesible a las pequeñas y medianas empresas; por lo cual, el Compliance de competencia supone una herramienta que debe ser potenciada tanto a nivel de los poderes adjudicadores en la praxis contractual, como entre las empresas que operan en el ámbito de la contratación pública.

Patrick L. Krauskopf, Armin F. Dugan y Laura Rufer presentan el artículo “Compliance Management Systems and their consideration in the assessment of fines” [Los sistemas de gestión del cumplimiento y su consideración en la evaluación de las multas] El artículo se centra en analizar la cuestión, si los tribunales y las autoridades deben tener en cuenta los Sistemas de Gestión de Cumplimiento para reducir las multas en caso de infracción de la legislación antimonopolio en las empresas, y en caso afirmativo, cuales serían dicha razones. Además de una visión general de los requisitos previos para un Sistema de Gestión de Cumplimiento eficaz, también se examinan las prácticas en diferentes países en relación con este tema, como Estados Unidos de América, Alemania, Austria, Suiza, España y Brasil; y finalmente, los autores presentan sus reflexiones sobre los futuros retos relacionados con este tema.

Amanda Athayde e Isabella Accioly presenta el artículo “The Antitrust Leniency Program and its spillovers on other Leniency Programs in Brazil”

[El programa de clemencia antimonopolio y sus repercusiones en otros programas de clemencia en Brasil] El trabajo tiene como objetivo realizar un análisis descriptivo del Programa de Clemencia Antimonopolio en Brasil, considerado el precursor de otros Programas de Clemencia en la legislación brasileña, como el Programa de Clemencia Anticorrupción y el Programa de Clemencia en el mercado financiero. En primer lugar, se presenta una breve reseña histórica del Programa, seguida de una explicación de los requisitos para la firma de un acuerdo de clemencia en Brasil. En segundo lugar, el documento detalla todas las fases del proceso de negociación de un Acuerdo de Clemencia antimonopolio. Por último, se destacan algunos de los efectos de su Programa en otros ámbitos de la jurisdicción brasileña, con una breve comparación entre los diferentes Programas de Clemencia existentes en Brasil.

Segunda sección

ENTREVISTAS

En la segunda sección, los Coordinadores Académicos llevaron a cabo dos entrevistas con distinguidas personalidades relacionadas con el Derecho de la Competencia, las cuales se explican a continuación.

La Dra. **Cani Fernández**, presidenta de la autoridad de competencia española, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), concedió una entrevista en la que explica la estrategia de la CNMC para los próximos años en las diferentes vertientes en la que actúa. Pone de manifiesto los problemas que acechan a los mercados y establece cuatro grandes ejes en la actuación de la autoridad: mantener el esfuerzo y reforzar los controles para poder identificar y eliminar aquellas barreras del mercado innecesarias o desproporcionadas, especialmente en el sector farmacéutico y sanitario, atender a aquellos sectores y, por tanto, también consumidores, que se han visto más

afectados por la pandemia, publicar guías para promover la cultura de la competencia y facilitar el cumplimiento de las normas de competencia, y finalmente confrontar los retos de la digitalización en la libre competencia. En relación con la sostenibilidad, la contribución de la política de competencia a los objetivos de sostenibilidad debe ser responsable y ser consciente de las limitaciones y posibilidades existente, por lo cual hace referencia al documento de posición de la autoridad de competencia sobre el Green Deal. En ese sentido, recalca la necesidad de que la CNMC considere que todo cambio en los criterios sustantivos de análisis de competencia atendiendo a consideraciones de sostenibilidad debería respetar los principios de predictibilidad y coherencia con el conjunto de las normas de la competencia, particularmente importante, a fin de evitar distorsiones y fragmentaciones tratándose de un mercado interior europeo.

El Dr. **Javier Tebas Medrano**, Presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LaLiga), concedió una entrevista sobre el principio de Libre Competencia y el abuso de posición dominante en el mercado de venta de derechos audiovisuales en el contexto del fútbol profesional, en particular en el fútbol profesional español y los torneos organizados por la UEFA, así como el uso y apoderamiento de datos en la evaluación del comportamiento de los usuarios respecto de los eventos deportivos. Las preguntas formuladas se dirigen al Dr. Tebas, en mérito a su eminente trayectoria profesional en el mundo del deporte y del ámbito del fútbol profesional. El Dr. Tebas explica cómo funciona el modelo actual de venta de derechos audiovisuales en el fútbol profesional y comparte sus importantes reflexiones sobre el uso de tecnologías, de datos y algoritmos y los respectivos riesgos e implicancias en el mercado de entretenimiento y el mundo del deporte. Refiere un enfoque de gestión de riesgos en el uso y apoderamiento de datos sobre los usuarios, y diferenciar el business intelligence del business analytics, entre la recopilación, almacenamiento y gestión del histórico de datos, y la utilización de los algoritmos para poder conocer el comportamiento de los usuarios, saber cuantas personas me van a ver en un evento futuro, y con ello poder impactar a través de la denominada “data driven marketing”. Refiere que el riesgo mayor está vinculado a las grandes corporaciones digitales como Amazon, Facebook, Twitter que se están apoderando de los datos y el conocimiento de los comportamientos de los usuarios, por lo cual, la reacción debe orientarse a la inversión en el ecosistema digital. Asimismo, se pone de manifiesto la situación suscitada con motivo de la propuesta de creación de un nuevo campeonato, la Superliga, y como ello ha provocado una confrontación entre los grandes clubes y la UEFA, respecto de lo cual se ha dado inicio a un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de una cuestión prejudicial sobre abuso de posición dominante. Finalmente, explica la operación de cesión parcial y temporal de los derechos audiovisuales de la mayoría de los clubes que conforman LaLiga a un fondo de inversión, para percibir una suma importante de dinero que servirá para fortalecer la imagen internacional de los clubes y modernizar sus instalaciones deportivas, en línea con la adaptación a una cultura nueva que vendrá en el ámbito de la gestión de la industria del deporte.

Palabras de cierre

Finalmente, habiendo explicado con detalle el contenido de la edición N° 21 de la Revista de Derecho Administrativo, RDA N° 21, nos gustaría pasar al cierre del Prólogo con unas palabras finales que motivan el momento solemne de la conclusión de una actividad académica.

Muy especialmente, nos gustaría reiterar nuestro reconocimiento y agradecimiento a todos los colegas nacionales y extranjeros que participaron en esta edición, por su interés en realizar una contribución en el desarrollo de la cultura jurídica en el Perú en el ámbito del Derecho de la Competencia y la Regulación Económica, considerando los diversos aspectos que ello comprende. A todos ellos, nuestros más distinguidos saludos de felicitación por el aporte realizado, José Ignacio Távara Martín, Francisco Beneke, Marianela López-Galdos, William E. Kovacic, Alfonso Miranda Londoño, Javier Tapia, Manuel Abarca, José Antonio Rodríguez Miguez, Luis Berenguer Fuster, Santiago Soldevila Fragoso, Alba Urresola, Esteban Greco, María Fernanda Vicens, Vicente Bagnoli, Patrick L.

Krauskopf, Armin F. Dugan, Laura Rufe, Amanda Athayde, Isabella Accioly, Cani Fernández, Javier Tebas Medrano, Tania Zúñiga Fernández, Juan Luis Crucelegui Gárate.

Nuestro sincero agradecimiento al Círculo de Derecho Administrativo, asociación de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por el honor de haber asumido la posición de Coordinadores Académicos de la Revista de Derecho Administrativo, y expresarles a cada una de las personas que proporcionaron su importante apoyo en el soporte editorial de la presente edición.

Asimismo, quisiéramos agradecer muy especialmente a los distinguidos expertos académicos que participaron como árbitros en el proceso de arbitraje en la presente edición: Jeanette Aliaga Farfán, Luis Enrique Ames, Julio Costas Comesaña, Juan Luis Crucelegui Gárate, Miguel del Pino, Santiago del Río, Enrique Felices Saavedra, Noemí Angulo Garzaro, Pedro Gamio Aita, Felipe Irarrázabal Philippi, Martín Loo Gutiérrez, Juan Francisco Mestre Delgado, Antonio Miño López, Alejandro Moscol Salinas, Nader Mufdi Guerra, Mario Navarrete Serrano, Desirée Orsini Wisotzki, Jorge Padilla, Willy Pedreschi, Julián Peña, Begoña Pérez Bernabeu, Hassan Qaqaya, Eduardo Quintana Sánchez, Santiago Roca Tavella, Sophia Romero-Rodríguez, Verónica Sattler, Begoña Sesma Sánchez, José Eugenio Soriano García, Gerardo Soto Carrillo, Jesús Alfonso Soto Pineda, Jose Antonio Tirado Barrera, Luis Antonio Velasco San Pedro, Tania Zúñiga Fernández.

Hacemos propicia la ocasión para expresar nuestro reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú por fortalecer los espacios de intercambio científico a través del soporte académico institucional en el fomento y promoción de la investigación, concretándose en un aporte a la comunidad jurídica. La Facultad de Derecho es un referente iberoamericano en la formación e investigación jurídica de calidad, que a lo largo de su centenaria actividad académica ha venido consolidando su liderazgo nacional comprometida con los principios éticos, el entorno social, el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, y la innovación con una visión multidisciplinaria e internacional.

La Revista de Derecho Administrativo N° 21 en el orden jurídico del Derecho de la Competencia y la Regulación Económica, constituye una experiencia fructífera gracias a las distinguidas contribuciones de los autores nacionales y extranjeros, y la comprometida labor que realizamos como coordinadores académicos, lo cual nos enorgullece presentar con la convicción de haber aportado en el desarrollo de la cultura jurídica en el Perú y Latinoamérica, en el marco de los fundamentos y desafíos de la globalización, digitalización, convergencia normativa y seguridad jurídica.

Lima & Bilbao, Septiembre de 2022
Tania Zúñiga Fernández & Juan Luis Crucelegui Gárate
Coordinadores Académicos

HISTORIA Y POLÍTICA DEL ANTITRUST: REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA PERUANA

HISTORY AND POLITICS OF ANTITRUST: LESSONS FROM THE PERUVIAN EXPERIENCE

JOSÉ IGNACIO TÁVARA MARTÍN¹

...It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws. By 'political values,' I mean, first, a fear that excessive concentration of economic power will breed antidemocratic political pressures, and second, a desire to enhance individual and business freedom by reducing the range within which private discretion by a few in the economic sphere controls the welfare of all.

Robert Pitofsky. The Political Content of Antitrust (1979).

RESUMEN

El texto examina el origen y concepción de las políticas de libre competencia en el Perú, poniendo de relieve el contexto histórico, los principios teóricos, motivaciones, valores e intereses que explican su adopción desde fines de 1991. Como referencia comparativa se expone el origen y las controversias sobre el antitrust en EE.UU. y en Alemania de la posguerra. En contraste con estas experiencias, mostramos que las normas de competencia en el Perú fueron adoptadas sin mayor discusión sobre su naturaleza y objetivos, ignorando las graves consecuencias de una concentración excesiva del poder económico en la democracia y el orden social.

PALABRAS CLAVE

antitrust | competencia | organización industrial
| sistema económico | democracia

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 21 de marzo de 2022.

ABSTRACT

The paper examines the origin and conception of antitrust policies in Peru, highlighting the historical context, theoretical principles, motivations, values and interests that explain their adoption since the end of 1991. As a comparative reference, the paper delves into the origin and controversies on antitrust in the U.S. and post-war Germany. In contrast to these experiences, we show that competition rules in Peru were adopted without further discussion of their nature and objectives, ignoring the serious consequences of an excessive concentration of economic power on democracy and social order.

KEYWORDS

antitrust | competition | industrial organization
| economic system | democracy

¹ Doctor of Philosophy, University of Massachusetts, Amherst, EE.UU. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. jose.tavara@pucp.edu.pe

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** La concepción del antitrust en el capitalismo occidental, **2.1.** Origen del antitrust en los EE.UU, **2.2.** La política de competencia en una economía social de mercado, **2.3.** Ocaso y renacimiento del Antitrust; **3.** Las políticas de competencia en el Perú; **4.** Reflexiones finales; **5.** Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Un problema central de las políticas públicas en el Perú reside en la capacidad que las instituciones de defensa de la competencia efectivamente tienen frente a la concentración del poder económico. Las investigaciones académicas en este campo han sido muy limitadas y –salvo destacadas excepciones– con frecuencia se han orientado al análisis de casos o aspectos específicos, sin contar con marcos conceptuales suficientemente robustos sobre las consecuencias de esta concentración en el desarrollo y el bienestar de nuestra sociedad.

Han transcurrido 30 años desde promulgación de las primeras normas de libre competencia, y no contamos aún con una buena comprensión de la historia de estas políticas ni con un diagnóstico que permita identificar los principales desafíos que enfrentamos. ¿Cuál fue el origen, el contexto y los objetivos de la legislación de libre competencia en el Perú, cuáles fueron las motivaciones y los marcos conceptuales adoptados por sus promotores? ¿Cómo se han interpretado los conceptos y expresiones utilizadas en su formulación, qué intereses y valores han motivado y sustentado estas interpretaciones, y cuál ha sido la comprensión subyacente sobre el funcionamiento de la economía?

Sabemos que la producción y distribución de la riqueza se gobiernan bajo los principios del sistema legal existente, que comprende las reglas del juego económico. No es posible entender a cabalidad los procesos económicos sin integrar el conocimiento de dichas reglas y, por cierto, sin examinar cómo operan las instituciones jurídicas existentes. Gilmore (1917) afirmaba hace más de un siglo que los economistas occidentales consideran irrelevante el conocimiento de las normas legales y los principios del derecho, pues asumen que las leyes fundamentales de la economía se derivan de un orden natural anterior y pueden ser descubiertas con ejercicios deductivos de conocimiento abstracto. Tienden a creer que “las leyes de la economía” son la materia básica y fundamental en la que reposa el derecho económico y, en última instancia, la que determina su forma y contenido. Por ello no tendría mayor relevancia examinar los sistemas e instituciones legales existentes. De hecho, en muchas universidades los estudiantes pueden graduarse como economistas sin haber cursado una sola materia de introducción al derecho.

De otro lado, si bien las incongruencias entre la teoría económica y el contenido de las leyes ha generado controversias entre los juristas, su dificultad para mantenerse al día en el desarrollo de la teoría y la historia económica ha limitado su capacidad de reconocer la interacción entre los sistemas legales, las relaciones de poder y el funcionamiento de la economía. Keynes afirmaba que “los hombres prácticos, que se creen completamente exentos de cualquier influencia intelectual, son generalmente esclavos de algún economista difunto” (1936, p. 234). El problema con estos “hombres prácticos” es que las ideas de sus referentes intelectuales han sido desplazadas por nuevos paradigmas con un poder explicativo superior, cuyos contenidos y significados generalmente desconocen. Sus argumentos incorporan valores y creencias, y “se sustentan siempre sobre ciertas teorías económicas, aunque no necesariamente sobre teorías sólidas” (Gilmore, 1917, p. 77).

El objetivo de este artículo es examinar la concepción y los significados de las políticas de competencia en el Perú, poniendo de relieve las reflexiones teóricas, el razonamiento histórico y las motivaciones que explican su adopción y puesta en vigor. Consideramos necesario destacar los intereses y valores que las motivan, y en particular su impacto en el bienestar de las sociedades y el fortalecimiento de la democracia.

La exposición está organizada en cuatro secciones, incluyendo esta breve introducción. La sección siguiente presenta una breve reflexión teórica sobre las fortalezas potenciales de las economías de mercado y sobre los principios que sustentan las políticas de competencia en las sociedades contemporáneas. Para ilustrar su significado exponemos aspectos destacados de la historia del antitrust en EE.UU. y luego examinamos las políticas de competencia en Alemania como pilar de la economía social de mercado que empezó a construirse en esa nación al culminar la segunda guerra mundial. Luego, en la tercera sección, presentamos una breve reflexión sobre la experiencia peruana en la adopción de estas políticas desde 1991. Pondremos de relieve los antecedentes y el contexto que dio origen al marco normativo sobre libre competencia, las concepciones que orientaron su formulación e interpretación, algunas características destacadas del diseño institucional adoptado y los resultados obtenidos. La cuarta y última sección presenta las reflexiones finales.

2. LA CONCEPCIÓN DEL ANTITRUST EN EL CAPITALISMO OCCIDENTAL

En un destacado artículo publicado hace poco más de una década, John Kay discutía las fortalezas de las economías de mercado e identificaba tres componentes centrales. El primero es el mecanismo de los precios como guías y señales para la asignación de los recursos, con resultados históricamente superiores a los obtenidos por economías centralmente planificadas. El segundo componente se refiere a los procesos de descubrimiento y experimentación, a través de los cuales las economías de mercado se adaptan a los cambios. Y el tercero consiste en que las economías de mercado obtienen beneficios de la difusión del poder económico y político: la descentralización de la autoridad y la desconcentración de la actividad económica restringen la conducta rentista, llevada a cabo por agentes –individuos y organizaciones– que encuentran más lucrativo apropiarse de la riqueza creada por otros, en lugar de generarla por ellos mismos (Kay, 2009).

La mayoría de economistas, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX, concentró su atención en el primer componente. La llamada “escuela austriaca” de Hayek, Von Mises y Schumpeter, y más recientemente el enfoque evolutivo de la economía, han contribuido notablemente a nuestra comprensión sobre el significado del segundo. En este ensayo concentraremos nuestra atención en el tercer componente, el cual de alguna manera cuestiona, frontalmente, una vieja tesis de Marx, quien afirmaba que la competencia por la apropiación de plusvalor y el propio proceso de acumulación capitalista, traían inexorablemente consigo la concentración y centralización del capital. La monopolización del poder económico y la desaparición de la competencia representaba para Marx una de las contradicciones centrales inherentes al capitalismo, un sistema condenado a desaparecer con el desarrollo de las fuerzas productivas.²

El propio Kay sostiene que el poder económico privado tiende a auto reforzarse y hacerse cada vez más poderoso, y precisamente por ello las sociedades democráticas deben construir instituciones capaces de impedirlo. Al respecto destaca la importancia de limitar la concentración del poder económico en el Estado y en las empresas, vigilar constantemente las fronteras entre ambos, y lograr una combinación adecuada de supervisión externa con restricciones internas a las propias organizaciones, a fin de evitar que el poder sea utilizado en función de intereses particulares y en perjuicio del interés público (Kay, 2009, p. 6).

Toda democracia requiere, como mínimo, de “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”

2 Marx expuso su “Ley General de la Acumulación Capitalista” en el capítulo 25 del primer volumen de El Capital. Al respecto afirma que “la batalla de la competencia se libra abaratando las mercancías, cuyo precio depende *caeteris paribus*, de la productividad del trabajo y nuevamente de la escala de producción... Siempre termina en la ruina de muchos pequeños capitalistas, cuyos capitales pasan en parte a manos de sus conquistadores, y otra parte se desvanece” (Marx 1967 [1867]: 586-587). Sin embargo, no contempló la posibilidad de que los Estados capitalistas modernos adopten políticas de competencia, para regular la concentración y preservar el proceso competitivo.

(Bobbio, 1986). Estas decisiones comprenden la adopción o modificación del cuerpo normativo y, en particular, de las reglas del juego económico que gobiernan la producción y distribución de la riqueza. En términos sustantivos, la democracia es una forma de gobierno en la que el pueblo ejerce el poder. Por ello, como una cuestión de principio, las reglas adoptadas deben orientarse a proteger los derechos de las personas, promover el interés público y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Uno de los problemas centrales de las economías de mercado reside en que la concentración excesiva del poder económico trae también consigo una mayor capacidad de influir en los procesos políticos y legislativos, donde se definen las reglas de juego. Las sociedades han intentado enfrentar este problema mediante la adopción y aplicación de un conjunto de reglas y principios en el diseño de sus sistemas políticos, y también de normas y políticas que regulan la estructura de los mercados y la conducta de las corporaciones empresariales, lo que hoy conocemos como el derecho antitrust o derecho de la competencia.

En realidad, la idea de que la competencia puede generar resultados positivos para el bienestar de la sociedad ha ocupado un lugar central en la economía política clásica, y mantiene vigencia hasta nuestros días. Su formulación proviene de Adam Smith quien sostenía que, dadas ciertas condiciones, la división del trabajo y la competencia entre actores que buscan sus propios intereses podría guiarlos, como una “mano invisible”, en la dirección de promover los intereses de la sociedad (Smith 1977 [1776], pp. 593-594).

Para Smith los monopolios eran el resultado de diversos tipos de regulaciones, privilegios y restricciones a la libertad de comercio y a la movilidad de trabajo y capital, surgidos de la concepción mercantilista. Bajo esta concepción, la riqueza de las naciones dependía de la acumulación de metales preciosos y requería de la adopción de políticas proteccionistas, para lograr una balanza comercial positiva. En contraste, Smith defendía la libertad económica frente a la interferencia del gobierno como un componente central del “sistema de libertades naturales”. Desde esta perspectiva la intervención del gobierno debía orientarse a asegurar la libertad de todas las personas a conducir y gestionar sus propios negocios. El poder de mercado era sólo un fenómeno transitorio toda vez que, en ausencia de restricciones, cualquier ganancia supra normal atraería el ingreso de nuevos competidores, que terminarían erosionando dicho poder (Giocoli, 2021).

2.1. Origen del antitrust en los EE.UU

La historia puso en evidencia las limitaciones de este razonamiento. EE.UU. se integró a la economía mundial en condiciones particulares, desde un territorio ocupado con intensos flujos migratorios, abundancia de tierras y oportunidades de crecimiento económico. El despliegue de infraestructura de transportes y comunicaciones desde mediados del siglo XIX facilitó la expansión de los mercados y el desarrollo de nuevas industrias, sobre todo en los estados del nordeste (Chandler, 1977). Con frecuencia las presiones competitivas incentivaron a las empresas a fusionarse o a formar carteles, federaciones y combinaciones de capital o *trusts*, a fin de consolidar su poder de mercado, controlar los precios y proteger sus ganancias. Surgieron incluso iniciativas para legalizar los carteles, como en la industria ferroviaria, que enfrentaron sin embargo una fuerte oposición. La controversia sobre los carteles empezó a resolverse en 1890 con la promulgación de la *Sherman Act*, una de las primeras leyes antitrust en la historia.³ La ley Sherman determinó la ilegalidad de cualquier contrato, combinación o conspiración cuya consecuencia sea la restricción del intercambio y el comercio, y calificó como delito la monopolización o el intento de monopolización de cualquier parte del intercambio o el comercio.

3 Un año antes, en 1889, se promulgó en Canadá *The Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, también como reacción al malestar generado por las conductas de grupos y combinaciones de empresas (*combines*). Ver al respecto Ross (1998).

La Ley Sherman dejó algunos vacíos e imprecisiones que provocaron, junto a otros factores, un proceso de consolidación y constitución de holdings empresariales, y luego un proceso de concentración empresarial calificado como “la primera gran ola de fusiones” en la historia de los EE.UU. Los abogados de las corporaciones advirtieron las contingencias legales emergentes en el nuevo contexto, recomendaron a sus clientes dejar de lado las asociaciones, alianzas y carteles, y fusionar a las empresas vinculadas, adoptando una sola personería jurídica (Chandler, 1977, p. 332). La ley Clayton, promulgada en 1914, llenó algunos vacíos de la Ley Sherman, tipificando con mayor precisión las conductas anticompetitivas y prohibiendo las fusiones cuyo efecto fuera reducir sustancialmente la competencia. El mismo año se aprobó la ley de la FTC, que tipifica y sanciona conductas de competencia desleal y publicidad engañosa, y establece la *Federal Trade Commission* como agencia de defensa de la competencia y protección del consumidor. Las tres normas se complementan y constituyen los pilares del antitrust en los EE.UU.

¿Cuáles fueron los objetivos y motivaciones de los legisladores que aprobaron estas normas? Su motivación central fue incentivar la competencia, pero los “objetivos finales” atribuidos a los legisladores han sido materia de intensos debates (Lande, 1982).⁴ Bork (1978, p. 50, citado en Lande, 1982, p. 68) sostuvo que el antitrust tiene sentido y puede justificarse racionalmente, sólo si los objetivos finales y los valores que lo sustentan se formulan con suficiente claridad. Si la competencia permite alcanzar distintos objetivos, potencialmente divergentes o incompatibles entre sí, ¿con que criterios se decide cuál de ellos tiene mayor importancia?

Bork respondió a la pregunta afirmando que la intención del Congreso sobre el objetivo central del antitrust fue la eficiencia económica, entendida en términos contemporáneos como el bienestar o excedente del consumidor. Desde su perspectiva este es el valor único y decisivo en la interpretación y aplicación de las normas del antitrust.

Como sabemos el concepto de eficiencia tiene distintas connotaciones. En términos agregados, la noción relevante es la *eficiencia en la asignación* de los recursos a la producción de los distintos bienes y servicios, o eficiencia asignativa. Bajo ciertos axiomas, condiciones y supuestos, que caracterizan al “modelo de competencia perfecta”, el resultado del equilibrio general en los mercados es un óptimo de Pareto: no es posible reasignar los recursos en la producción de los distintos bienes y mejorar el bienestar de un consumidor, sin reducir el bienestar de otro. Una de las características centrales del equilibrio general competitivo, es que los precios de todos y cada uno de los bienes son iguales a los costos marginales de producción, y en esa medida operan como señales que transmiten con precisión, de manera descentralizada, los costos de oportunidad de los recursos disponibles, asegurando así una asignación óptima.

Desde esta perspectiva, el monopolio provoca una ineficiencia en la asignación, pues al no enfrentar competencia maximiza ganancias elevando el precio por encima del costo marginal. Con un precio más alto la cantidad demandada y la producción son menores, por lo que se asignan menos recursos a producir el bien monopolizado, una magnitud inferior a la preferida por la sociedad. Es un resultado divergente del óptimo de Pareto.

Al respecto Lande observa que no se ha encontrado evidencia de que los legisladores que aprobaron la Ley Sherman en 1890 entendieran que el monopolio provocaba ineficiencia en la asignación, un concepto que, en el mejor de los casos, apenas había empezado a discutirse en la literatura de la época. La definición del óptimo de Pareto fue presentada por primera vez recién en 1909. Además,

4 El término “competencia” fue expresamente omitido en la Ley Sherman, y solo se incorpora en las otras dos normas. Una de las explicaciones es que no se acostumbraba, en el contexto histórico de la época, imponer patrones de acción en positivo a los ciudadanos. “La regla era prohibir conductas reprensibles. Y el monopolio había sido moralmente reprensible de antaño.” Ver al respecto Thorelli (1954, p. 231).

los economistas más destacados no tuvieron mayor participación en el proceso legislativo. Las leyes antitrust fueron discutidas y aprobadas por políticos, no por economistas (Lande, 1982, pp. 88-89).

El segundo concepto relevante es la *eficiencia productiva*, definida como la utilización más efectiva de los recursos en una organización empresarial determinada, dada la tecnología disponible. Una empresa eficiente alcanza el máximo nivel de producción posible con los recursos dados, y produce con el mayor ahorro posible de recursos, minimizando el costo.⁵ La eficiencia, así definida, depende de la tecnología utilizada y de la propia organización. En contextos de expansión, las empresas pueden reducir sus costos unitarios al aumentar y diversificar su producción, generando economías de escala y de alcance. Las fusiones entre empresas también pueden facilitar una utilización más racional de los recursos y la consolidación de sus operaciones en estructuras más eficientes, operando con múltiples plantas y gestionando más eficazmente sus instalaciones.

Los legisladores que aprobaron las leyes antitrust estaban bien informados sobre la *eficiencia productiva* que las grandes corporaciones podían generar. El propio senador Sherman sostuvo que “ellas son los organismos más útiles de la civilización moderna. Los buenos resultados del poder corporativo son visibles en el vasto desarrollo de nuestros ferrocarriles y en el enorme incremento de los negocios y la producción de toda clase.” (como se cita en Lande, 1982, pp. 91-92). Para Sherman, la actividad de las corporaciones que reducía los costos de producción debía ser incluso estimulada y protegida (Bork, 1966, p. 26).

Al mismo tiempo, la valoración positiva del potencial impacto de las grandes corporaciones no atemperó, de modo alguno, el cuestionamiento de los monopolios y de los trusts, considerados como verdaderas amenazas cuando eliminaban la competencia y generaban perjuicios a los consumidores. No podían ser aceptados, a pesar de sus eficiencias debido a que frecuentemente, como afirmaba Sherman, “los ahorros en costos se van a los bolsillos de los productores” (Lande, 1982, p. 91).

El impacto distributivo de la concentración de los mercados y la importancia asignada al valor de la equidad, parecen haber jugado un rol central en la motivación de los legisladores. Conceptualmente las políticas de competencia forman parte de un conjunto más amplio de políticas públicas, y solo son efectivas como parte de dicho conjunto. Hoy sabemos que ellas inciden en la distribución *primaria* del ingreso en el propio proceso productivo, es decir antes de impuestos a los ingresos y al consumo y de las transferencias a las familias. En contraste, las políticas *pre-distributivas* –que incluyen especialmente la provisión de servicios básicos de calidad en salud, educación y seguridad– se orientan al desarrollo de capacidades, incluyendo la “capacidad de competir” y afectan las *dotaciones* con las cuales las personas participan en las relaciones de mercado. De otro lado, las políticas *re-distributivas* “corrigen” la distribución primaria del ingreso mediante transferencias, impuestos y pensiones. Ellas operan después de que el sistema de precios ha generado dicha distribución (Blanchard & Rodrik, 2019)

Por cierto, estas precisiones no formaban parte del marco conceptual de fines del siglo XIX. Además, el problema gravitante que el Congreso intentó enfrentar no fue solamente el aumento en la desigualdad, sino la enorme acumulación de poder en las grandes corporaciones, y los graves riesgos al orden social y la democracia que este poder representaba. Entendieron muy bien que se

5 Los dos conceptos de eficiencia están relacionados, en el sentido de que la eficiencia productiva en cada una de las empresas y las industrias, es una condición necesaria para que exista eficiencia en la asignación de recursos a nivel general, en toda la economía. De otro lado es preciso advertir que la concentración de los mercados en una o pocas empresas tiene efectos ambiguos en la eficiencia productiva. El impacto positivo generado por las economías de escala y de alcance, que se traduce en menores costos unitarios, puede ser contrarrestado por el debilitamiento de la competencia y de los incentivos a controlar los gastos, lo que impacta negativamente en la eficiencia (un efecto conocido como ineficiencia X). En ausencia de competencia los incentivos a innovar también se debilitan. Esto pone en cuestión la supuesta superioridad intrínseca de las grandes empresas atribuida exclusivamente a su mayor escala de operaciones.

trataba de problemas directamente relacionados. El propio senador Sherman sostenía que “si no toleramos a un rey como poder político, tampoco deberíamos tolerar a un rey de la producción” y afirmaba que “los poderes concentrados...son una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno.” Por su parte el senador Hoar (citado en Lande, 1982, p. 99) destacaba el clamor frente a los grandes monopolios, y los calificaba como “una amenaza para las instituciones republicanas”.

El clamor al que se refería Hoar venía incubándose al menos desde mediados del siglo XIX, y cobró un nuevo impulso al terminar la guerra civil en 1865. La exigencia de leyes contra los monopolios provino inicialmente de los *Grangers*, una asociación de agricultores que había promovido la regulación de las tarifas ferroviarias.⁶ Las denuncias pusieron en la mira a varias empresas prominentes como Standard Oil, pero luego con la formación de trusts en varias industrias, el sentimiento anti-monopólico se fue difundiendo en la opinión pública de la época. Un artículo de Letwin destaca “el gran fervor contra los trusts”, percibidos como “una amenaza a la libertad, pues corrompían a los servidores públicos, sobornaban a los legisladores; disfrutaban de privilegios como la protección arancelaria, perjudicaban a los consumidores elevando sus precios, defraudaban a los inversionistas licuando el valor de sus acciones, dejaban a sus trabajadores desempleados cerrando las fábricas, y de una manera u otra abusaban de todos” (Letwin, 1956, p. 235).

Al empezar la primera guerra el proceso de consolidación e integración empresarial en los EE.UU. había prácticamente concluido, y la corporación empresarial moderna afianzó su dominio sobre las principales industrias, un dominio que mantendría durante las décadas siguientes (Chandler, 1977, p. 345). Una de las principales controversias del antitrust había sido resuelta al empezar la década de 1920, en el sentido de que –dadas las crecientes dimensiones de una economía en expansión– el gran tamaño empresarial no constituía en sí mismo, una infracción a las normas de competencia. Si bien el movimiento antitrust empezó a perder popularidad, “el antitrust mantuvo una considerable vitalidad como herramienta de la política económica nacional” (Mac Crow, 1984, p. 144).

Luego de la crisis de 1929, las políticas económicas adoptadas generaron poderosos estímulos a la innovación tecnológica y aumentos destacados en el progreso material, que hicieron posible afianzar derechos y libertades fundamentales. El antitrust formó parte de una constelación más amplia de políticas públicas en distintos ámbitos, que estuvieron acompañadas de acciones dirigidas a sostener la demanda vía compras estatales, para usos civiles o militares. Las políticas expansivas del *New Deal* y el fortalecimiento de la regulación sectorial durante las décadas siguientes tuvieron un nuevo impacto en el desarrollo de las corporaciones. Por un lado, generaron incentivos a la formación de conglomerados de empresas que operaban en varias industrias –con lo cual se evitaban posiciones dominantes en mercados específicos– y por el otro estimularon también la internacionalización de sus actividades, evitando una participación excesiva en el mercado nacional que sería percibida como poder monopólico (Bianchi & Labory, 2006, p. 8).

La época dorada del capitalismo, y en particular de la economía norteamericana, empezó al concluir la segunda guerra mundial, y concluyó durante la primera mitad de la década de 1970, con la crisis del petróleo y el colapso del sistema monetario adoptado en Bretton Woods. Fueron años de un crecimiento extraordinario en la producción y en la productividad. Las presiones competitivas se expandieron al conjunto de la economía, principalmente como resultado de las políticas antitrust, aunque la competencia generada por las importaciones y la desregulación de algunas industrias jugaron también un rol importante (Shepherd, 1982). Luego, como se explica más adelante, la implementación o *enforcement* de las políticas de competencia empezó a debilitarse, en buena medida como resultado de la acumulación de poder económico en grandes corporaciones y por la

⁶ En su pronunciamiento de 1873 sostenían que “todos los monopolios no regulados y controlados por la ley, han demostrado ser perjudiciales para la prosperidad pública, corruptos en su gestión y peligrosos para las instituciones republicanas.” Citado en Letwin (1956, p. 233)

notable influencia de nuevas corrientes del pensamiento económico que lograron hegemonía en la década en 1980.⁷

2.2. La política de competencia en una economía social de mercado

La historia europea es distinta en varios sentidos. La revolución industrial se originó en Inglaterra como resultado de la construcción de una nación unificada, con una estructura legislativa y un sistema de gobierno con reglas y roles bien definidos, luego de varios siglos de conflicto entre el poder parlamentario y la monarquía. La disponibilidad de materias primas y energía de bajo costo, y el acceso a capitales para financiar inversiones e innovaciones, generaron un poderoso estímulo a la industrialización. La creación de un mercado interno con dimensiones crecientes hizo posible el aprovechamiento de economías de escala, pero pronto resultó insuficiente y el imperio británico continuó expandiendo sus fronteras en el comercio internacional (Bianchi & Labory, 2006).

Esta expansión representó un desafío para otros estados europeos, que empezaron a promover activamente la producción industrial en sus propios territorios. Hacia mediados del siglo XIX los ingleses mantenían la supremacía, pero otras naciones –en particular Alemania, Francia y Bélgica– también habían logrado desarrollar y consolidar sus industrias. Los gobiernos de cada país intervinieron para sostener sistemas de mercado de dimensiones más reducidas, y la competencia entre empresas se fue transformando en competencia entre naciones. La rivalidad entre ellos dio lugar a la adopción de medidas dirigidas a fortalecer sus empresas y a proteger sus mercados de la competencia externa. Los estados participaron en sectores considerados “estratégicos”, especialmente aquellos vinculados a la producción de armamento.

La competencia entre naciones dio lugar a la formación de carteles, consorcios, sociedades de inversión y combinaciones empresariales de distinto tipo. Al empezar el siglo XX constituyeron la forma dominante de organización industrial en Alemania, Checoslovaquia y Suiza, también en Francia, el Reino Unido, Austria y Rusia. Controlaban la producción de diversos bienes incluyendo el acero, aluminio, productos químicos, explosivos, cemento, papel y fertilizantes, así como la construcción naval (Fear, 2006, p. 11). La guerra de precios entre empresas era percibida como negativa para la estabilidad económica y política, y atentaba contra la capacidad de competir con las naciones rivales, por ello los propios gobiernos alentaron la formación de carteles y la concentración industrial. Los acuerdos entre empresas podían ser supervisados por autoridades gubernamentales, legitimando su existencia, y su cumplimiento podía incluso ser exigido en procesos judiciales (Wigger, 2008).⁸ Durante las primeras décadas del siglo XX las combinaciones y carteles de empresas que operaban en el Reino Unido recibieron también el apoyo político de los gobiernos. El poder económico privado no fue percibido como una amenaza, pues la aristocracia y los sistemas de clase limitaron el acceso al poder de los empresarios e industrialistas ricos (Kay, 2008).

7 El término neoliberalismo ha sido atribuido a Alexander Rüstow, y tuvo su origen en el coloquio Walter Lippmann realizado en París en 1938. Rüstow estuvo también vinculado a los ordoliberales alemanes, y postulaba la necesidad de construir un nuevo liberalismo, en rechazo al colectivismo socialista y distante también del laissez-faire por sus efectos sociales adversos (Slobodian 2018). Los fundadores de la Escuela de Friburgo, cuyas ideas se exponen más adelante, no aceptaban el término neoliberalismo pues a su juicio “sugería el retorno a las anteriores políticas del liberalismo, consideraban al ordoliberalismo como algo significativamente nuevo” (Gerber, 1994, p. 31).

8 La concepción dicotómica mercados vs. jerarquías, que caracteriza a la teoría económica neoclásica, impide percibir que los carteles no necesariamente eliminan la competencia, sino que más bien pueden regularla y limitarla. Fear (2006) observa al respecto que no se trata entonces de elegir entre carteles o competencia, es posible tener carteles y competencia a la vez. Históricamente los carteles han operado como un mecanismo de autogobierno privado de la industria, con frecuencia sujeto a supervisión estatal, y como una forma legítima de gobernanza de los mercados. La cooperación y coordinación entre asociaciones de empresas y autoridades – por ejemplo, en el ámbito de la inversión, la formación especializada y la innovación, la estandarización y la promoción de exportaciones – involucra un conjunto muy amplio de actividades y conductas que las normas antitrust con frecuencia prohíben.

El apogeo de la concertación y la concentración económica tuvo lugar en Alemania, donde el número de carteles aumentó de manera sostenida desde fines del siglo XIX y, al empezar la segunda guerra mundial, comprendía virtualmente a todas las ramas de la industria.⁹ Luego de su derrota en la primera guerra, Alemania se vio obligada a pagar sumas elevadas por reparación a los ganadores. Vino luego un período de inestabilidad, caracterizado por el deterioro de las finanzas públicas y la debilidad política de los gobiernos bajo la República de Weimar. Dada la incertidumbre generada por los agudos conflictos entre conservadores y socialistas, las empresas reemplazaron la competencia por acuerdos colaborativos. Las élites empresariales defendían a los carteles como un mecanismo estabilizador de la economía, pero al mismo tiempo los utilizaban para destruir a sus competidores y presionar a los gobiernos en función de sus propios intereses.

La crisis mundial de 1929 trajo consigo la pérdida masiva de empleos, empobrecimiento y conflictos sociales. El gobierno perdió respaldo político y el nacional socialismo finalmente llegó al poder en 1933. Ese mismo año se promulgó una ley que establecía como obligación de las empresas la participación en carteles industriales, para lo cual se creó un tribunal en el Ministerio de Economía con el encargo de supervisarlos. El gobierno promovió las fusiones entre empresas utilizando incentivos fiscales, y también recurrió a otros mecanismos como el intercambio de acciones, la participación coordinada en directorios, y el derecho de patentes (Wigger, 2008).

Se configuró así una “relación simbiótica” entre el Estado y la élite corporativa alemana, que facilitó la construcción de un poderoso complejo industrial-militar. Con la crisis de 1929 buena parte de la capacidad instalada en la industria había quedado inutilizada, y la expansión del gasto en armamento reorientó masivamente las prioridades de producción. Durante sus primeros 6 años el régimen logró elevar el gasto en armamento del 1% al 20% del producto nacional. Los empresarios aseguraron sus ganancias y la protección de sus intereses mediante distintos mecanismos, especialmente la adjudicación de contratos y las compras estatales. También recibieron los activos de las empresas arrebatadas a la población judía y en los territorios anexados, y explotaron a los trabajadores en los campos de concentración, utilizándolos “como un tipo de materia prima que se consume igual que el combustible” (Fear, 2015, p. 101). Por su parte el régimen obtuvo de los carteles la provisión de armamento, logística y equipamiento militar, y también el apoyo financiero y político al partido nacional socialista (Wigger, p. 2008).

Con la derrota y rendición de Alemania en mayo de 1945, las fuerzas aliadas tomaron control del territorio y asumieron la ardua tarea de reconstruir la economía y la política alemana. La élite norteamericana estaba convencida de que la victoria militar no era suficiente para eliminar la amenaza que representaban las grandes corporaciones alemanas, que ya habían sobrevivido a la primera guerra. Un reporte del Senado sostenía que “para derrotar al imperialismo alemán permanentemente...la estructura y el control de la industria alemana debe ser alterado a fin de que no pueda ser utilizada nuevamente para los fines de la guerra” (Wells, 2002, p. 139).

Las órdenes de Eisenhower a las autoridades americanas de las fuerzas de ocupación eran muy claras: “ustedes prohibirán todos los carteles y otros arreglos empresariales privados y organizaciones tipo cartel... la política de su gobierno es efectuar una dispersión de la propiedad y del control de la industria alemana” (Wells, 2002, p. 140). Meses después, en la conferencia de Potsdam, los líderes aliados confirmaron la decisión de dismantelar los carteles.

9 La información estadística sobre los carteles en Alemania es limitada, los datos tentativos disponibles indican que el número de carteles se elevó de 4 en 1865 a 8 en 1875, luego a 90 en 1885 y a 210 en 1890. Algunos de ellos operaban a escala transnacional, bajo un régimen comercial liberal. Al finalizar el siglo XIX alrededor de 40 carteles con participación de empresas alemanas realizaban operaciones transnacionales, (Wigger, 2008, p. 112). Otras fuentes estiman que el número de carteles en Alemania llegó a un pico en 1930 con 2,100 carteles, y que al empezar la segunda guerra más del 40% del comercio mundial estaba gobernado por los carteles (Fear, 2006, p. 15). Algunas empresas de los EE.UU. también formaron parte de estos carteles (Wells, 2002).

Lucius Clay, gobernador militar de la zona bajo control de los EE.UU. organizó un equipo de trabajo con especialistas reclutados directamente de las unidades antitrust del gobierno americano, y promulgó un estatuto provisional que declaraba ilegales los carteles y acuerdos similares. Se disolvieron numerosos carteles de empresas, pero los esfuerzos dirigidos a desconcentrar la economía enfrentaron una fuerte resistencia de los empresarios y sus asociaciones gremiales. Los propios expertos norteamericanos en antitrust destacaban las ventajas de la producción en gran escala y afirmaban que no tenían la intención de pulverizar la industria alemana. El sistema bancario alemán estaba constituido por tres grandes bancos que con frecuencia coordinaban las operaciones de concentración y los carteles, y sus activos incluían importantes paquetes de acciones en las grandes empresas. La propuesta inicial de reorganizar el sistema con 13 unidades independientes, fue luego revisada y se creó una nueva estructura con solo 9 bancos (Wigger, 2008).

La élite política de las fuerzas de ocupación consideraba que la legislación de libre competencia era indispensable para integrar a Alemania occidental en el capitalismo de mercado, y constituir la en un baluarte frente a las economías de Europa de Este. Por su parte, las principales empresas norteamericanas estaban interesadas en establecer nuevas alianzas y expandir sus operaciones a los mercados europeos. En los primeros años de la ocupación algunos grupos de empresarios viajaron a Alemania para visitar empresas y establecer contactos con sus contrapartes en la zona occidental.

Sin embargo, en el contexto de devastación de la posguerra, los industriales alemanes tenían muy poco interés en la apertura del mercado a la libre competencia y seguían convencidos de las ventajas de los carteles para hacer frente a la crisis y estabilizar la economía. La Asociación Federal de la Industria Alemana –*Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)*– que agrupaba a 39 gremios empresariales con más de 100 mil empresas afiliadas, organizó una agresiva campaña publicitaria contra el establecimiento de un régimen antitrust inspirado en el modelo norteamericano (Wigger, 2008, p. 120).

Las autoridades militares consideraban que la aprobación de normas de libre competencia constituía una condición no negociable para la recuperación de la soberanía de Alemania. Además, contaban con el poder derivado del control de los planes y los recursos asignados a la reconstrucción, que en efecto utilizaron para ejercer cierta presión. Pero al mismo tiempo entendían que dichas normas no podían ser impuestas, y que la construcción de un nuevo sistema económico y político en Alemania solo tendría viabilidad con la participación directa de los propios alemanes. En 1946 solicitaron a sus contrapartes formular una propuesta normativa, y se convocó a un grupo de expertos para esta tarea. Ellos provenían de la Universidad de Friburgo donde se venía gestando, desde la década anterior, una corriente intelectual que orientaría el desarrollo de Alemania desde la posguerra hasta la actualidad.

Los intelectuales de Friburgo se habían opuesto al totalitarismo nacional socialista y aspiraban a una sociedad donde las personas pudieran vivir libremente en toda la medida posible, sin interferencias del Estado, y con instituciones democráticas capaces de asegurar la dispersión y descentralización del poder económico y político, así como la participación ciudadana en los asuntos públicos.¹⁰ Sus ideas configuraron una nueva vertiente del pensamiento liberal –el ordoliberalismo– que no solo valoraba la competencia sino también la importancia de protegerla, en un marco constitucional con principios y valores bien definidos, orientados a garantizar que los beneficios del mercado fueran

10 El núcleo original estuvo integrado por Walter Eucken (economía), y por Franz Böhm y Hanns Grossmann-Doerth (derecho), a quienes luego se unieron otros académicos más jóvenes. Gerber (1994) sostiene que una escuela del pensamiento con ideas tan opuestas a las del régimen totalitario liderado por Hitler, difícilmente hubiera podido surgir y desarrollarse en un lugar distinto a Friburgo, una ciudad ubicada en el sudoeste de Alemania, muy cerca de las fronteras con Suiza y Francia, sin importancia estratégica y alejada de los principales centros de poder, con marcadas tradiciones liberales y pluralistas. Algunos de los líderes intelectuales de esta corriente fueron arrestados o despedidos, pero las autoridades locales evitaron sanciones drásticas contra ellos.

equitativamente distribuidos en la sociedad (Gerber, 1998, p. 232). El concepto “economía social de mercado” condensa y se nutre precisamente de esta concepción.¹¹ Su diagnóstico sobre el fracaso de la República de Weimar, destacaba “la ausencia de un marco legal efectivo y confiable” y definía como “el núcleo del problema...la incapacidad del sistema legal de prevenir la creación y el mal uso del poder económico privado” (Gerber, 1994, p. 30).

Al terminar la guerra, salieron de sus claustros y asumieron posiciones de liderazgo. Las autoridades del régimen de ocupación apreciaron con simpatía su concepción de la economía y de la democracia, en particular sus propuestas de eliminar los carteles y conglomerados empresariales –los Konzerns– percibidos como facilitadores de la emergencia del Nazismo (Kay, 2009, p. 6). El gobierno de los EE.UU. esperaba limitar también la planificación económica centralizada, asociada a los regímenes de Europa del Este. Los intelectuales de Friburgo no solo contaban con una visión coherente y propuestas consistentes con estas expectativas, sino que además “no estaban manchados por vinculaciones con el Nazismo” (Gerber, 1994, p. 31).

Uno de los líderes más destacados fue Ludwig Erhard, quien desempeñó el cargo de Ministro de Economía entre 1949 y 1964 bajo la gestión de Konrad Adenauer, a quien luego sucedió como Canciller de la República Federal entre 1964 y 1966. Erhard fue “el más famoso adherente” de la economía social de mercado y el más activo promotor de la política de competencia (Gerber, 1998, p. 237). El primer proyecto de ley sobre la materia fue presentado en 1949 por un grupo que coordinaba Paul Josten –Josten Draft– y contemplaba la creación de una Comisión de Monopolios con plenos poderes y facultades para investigar y sancionar todos los acuerdos y conductas que expresaran una utilización nociva del poder económico, también para desconcentrar conglomerados y promover la disolución de grandes corporaciones. Además, sujetaba a las empresas con poder económico a nuevas obligaciones de reporte de información (Wigger, 2008, p. 125).

La propuesta no fue bien recibida y enfrentó una fuerte oposición, sobre todo de la industria. Sin embargo, constituyó el primer paso en un prolongado proceso de deliberación y debate, que culminó recién en 1957. El gobierno elaboró un nuevo proyecto en 1952, que también fue cuestionado por la Federación de Industrias Alemanas (BDI). Uno de los temas centrales de controversia fue la prohibición de los carteles. La BDI reafirmaba el valor de las relaciones de cooperación y auto regulación de las organizaciones empresariales, y sostenía que dicha medida afectaría negativamente a la economía. Las autoridades de EE.UU. mantuvieron la presión, anunciando que Alemania no recuperaría plenamente su soberanía hasta que no se promulgue la ley de competencia.

Los años siguientes continuaron las negociaciones. Se mantuvo la prohibición de los carteles, pero se aceptaron excepciones en los casos de industrias en crisis. También se excluyeron a algunos sectores de las prohibiciones, incluyendo el transporte, la banca, los seguros y los servicios públicos, y se eliminó la restricción a las fusiones empresariales.¹² Finalmente se llegó a un compromiso, y en 1957 se promulgó la primera ley de competencia en Alemania. Uno de sus pilares fue la creación de una agencia de competencia independiente, que operaría como una especie de “diafragma” con la función de prevenir la colusión entre el poder político y el poder económico (Amato, 1997, p. 42). La norma fue una expresión de los principios fundacionales del ordoliberalismo y la economía social de mercado, en el marco de una constitución socialmente integradora, sustentada en la promoción de valores humanistas y en la defensa de derechos fundamentales de las personas.

11 El término “ordo” tomaba como referencia el “orden natural” de la filosofía escolástica, y fue el nombre finalmente escogido para el Journal fundado en 1948 por Eucken y Bohm. De otro lado, el término “economía social de mercado” fue acuñado por Alfred Muller-Armack en 1946. (1994, p. 32).

12 Las normas de control de concentraciones empresariales en Alemania fueron promulgadas posteriormente, en 1973.

Esta misma concepción ejerció también una influencia determinante –gracias a la intervención activa de los alemanes– en la formulación de las dos normas sobre protección de la competencia incorporadas en el Tratado de Roma, aprobado el mismo año, que dio lugar a la creación de la Comunidad Económica Europea (artículos 85 y 86). La literatura destaca precisamente las diferencias sustantivas entre esta variante de capitalismo –que algunos autores denominan “capitalismo renano”– y el modelo del liberalismo clásico que caracteriza al mundo anglosajón. En contraste con este último, donde los objetivos sociales se logran mediante políticas tributarias y regulaciones, asumiendo que los agentes económicos actúan en función de sus propios intereses, en esta variante del capitalismo se espera que los individuos y las corporaciones asuman un conjunto más amplio de responsabilidades frente a la sociedad.¹³ Como bien observa Gerber, “los ordoliberalos redefinieron la tradición del liberalismo económico y, al hacerlo, ayudaron a resucitarla” (1998, p. 265).

2.3. Ocaso y renacimiento del Antitrust

Con la crisis del petróleo de los 1970 y la desaceleración de la economía de los EE.UU., la hegemonía del keynesianismo - Estado fuerte, altos impuestos y redes de protección social – empezó a debilitarse. Se empezaron a cuestionar las disrupciones generadas por el Estado con sus políticas antitrust, argumentando que entraban en conflicto con la eficiencia económica. Algunos estudios ponían de relieve la racionalidad económica de conductas hasta entonces consideradas como lesivas a la competencia, mostrando por ejemplo que la utilización de controles verticales – como los territorios exclusivos o la fijación de los precios de venta a los distribuidores – y la discriminación de precios podían justificarse por consideraciones de eficiencia. Se argumentó también que las fusiones empresariales generaban impactos positivos al reducir los costos, por lo que –asumiendo la inexistencia de barreras a la entrada de nuevas empresas al mercado– no tenía sentido limitarlas (Posner, 1979).

Por otro lado, la teoría de elección pública formulada en la década de 1960, había contribuido a difundir una concepción individualista y amoral sobre conducta la humana –*el homo economicus*– tanto en el análisis de las transacciones privadas como en la esfera pública (Buchanan et al 1980). Esta peculiar manera de entender el comportamiento de los agentes económicos –agudamente cuestionada por Amartya Sen en su seminal artículo sobre los “tontos racionales” (1977)– fue aceptada y promovida en otros centros destacados de producción intelectual, notablemente en la Escuela de Chicago. Uno de sus principales exponentes sostenía que “el monopolio y otras imperfecciones son tan o más importantes en el sector político que en el mercado” y por ello “puede ser preferible no regular los monopolios económicos y sufrir sus malas consecuencias, antes que regularlos y sufrir los efectos de las imperfecciones políticas” (Becker, 1958, p. 109). Se asumió como una cuestión de principio que los costos de la regulación son siempre mayores que sus beneficios.

Desde esta perspectiva el “interés público” empezó a percibirse como un concepto vacío de contenido. Se argumentó que la intervención del gobierno debía reducirse al mínimo posible, como condición esencial para el buen funcionamiento de la economía. No importaba el problema, la actividad o el servicio en cuestión, la solución propuesta era muy simple y consistía en sacar al gobierno y dar vida a los negocios. Dadas las reglas del juego, sostenía Friedman (1970), la única responsabilidad social de las empresas es aumentar sus ganancias todo lo posible, pues sólo así benefician a la sociedad.

Un artículo seminal de Stigler (1970) acuñó el concepto de “captura” de la regulación. Sostuvo que los intereses de los grupos más fuertes y organizados tienden a prevalecer sobre los intereses

13 Ver al respecto Kay (2005, p. 97). El término “capitalismo renano” fue popularizado por Michael Albert (1993) y ha sido utilizado en las investigaciones sobre las variedades del capitalismo. Está asociado con las economías del norte de Europa –sobre todo Alemania, los Países Bajos, Dinamarca y Suecia– y también se ha utilizado para caracterizar a la economía del Japón. La literatura reciente sobre “capitalismo de accionistas” vs. “capitalismo de las partes interesadas” (*shareholders vs stakeholders*) de alguna manera refleja las intuiciones centrales sobre las principales variantes del capitalismo contemporáneo (Zingales et al 2020).

de los grupos más débiles, postulando como “tesis central” que “la regulación es adquirida por la industria, es diseñada y operada primariamente para beneficiarla.” (p. 3.). Expone diversas medidas que incluyen restricciones a la entrada de nuevos competidores, subsidios directos, regulación de tarifas e inversión pública sesgada en beneficio de intereses particulares.¹⁴

La prescripción de política que se deriva de estas teorías, apunta invariablemente a desregular y eliminar las restricciones que limitan el libre funcionamiento de los mercados. La exigencia no se dirige a reformar la regulación, sino a abandonarla. Desde esta perspectiva, casi cualquier problema observado en la regulación empezó a ser calificado como “captura”, sin examinar la evidencia. La gran difusión y la popularidad logradas por estas teorías dieron lugar a un discurso pesimista de alcance más general, que puso en cuestión la capacidad y disposición de cualquier organismo del Estado para servir el interés público (Novak, 2014). Las “fallas de gobierno” se volvieron más importantes que “las fallas de mercado”.

En el ámbito específico de las políticas de competencia, se difundió la creencia de que “los mercados se autorregulan” y que la competencia surge y se renueva espontáneamente, sin necesidad de un Estado que la promueva o la defienda. Desde esta perspectiva la colusión y los carteles casi siempre colapsan, y las únicas barreras a la competencia realmente nocivas son aquellas que resultan del intervencionismo estatal.

Esta concepción llegó a ser hegemónica desde los 1980, con Reagan en EE.UU. y Thatcher en Inglaterra. Empezó una nueva etapa caracterizada por la desregulación de los mercados y la financiarización de las economías, la privatización de las empresas, la tercerización y mercantilización de los servicios públicos, que inspiró las reformas conocidas como “el Consenso de Washington.” El Estado de bienestar debía operar al mínimo nivel posible, y la creación de un buen clima de negocios requería esencialmente reducir impuestos para atraer inversiones y asegurar el crecimiento económico.

La reacción contra esta corriente fundamentalista ha demorado, pero hoy vivimos una nueva etapa de resurgimiento y revitalización del antitrust.¹⁵ La creciente concentración del poder económico en grandes empresas –incluyendo aquellas que controlan las principales plataformas en la economía digital– ha despertado, desde hace al menos una década, el interés en los principales centros de investigación, universidades y organismos multilaterales. Hoy contamos con investigaciones y evidencia que revelan cómo el debilitamiento de la competencia no solo concentra la riqueza y aumenta las desigualdades, también genera pérdidas de eficiencia y despilfarro de recursos en la búsqueda de rentas, debilita los incentivos a la innovación y las mejoras en la productividad. La propia Universidad de Chicago viene organizando espacios de reflexión y difundiendo propuestas de política, que se encuentran en las antípodas de los postulados de la vieja escuela del siglo pasado.¹⁶ Como irónicamente observa Shapiro, “competition is sexy again” (2018, p. 715).

El interés académico sobre la historia de la regulación y el antitrust en las economías de mercado, contribuyó a desbaratar los postulados centrales de la vieja escuela de Chicago. El estudio de

14 Un grupo de investigadores de la Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard organizó un Seminario Internacional el año 2015, sobre el tema “la crisis en la teoría de la firma.” En su artículo destacan que las consecuencias derivadas de los argumentos de Friedman y Stigler son divergentes e incompatibles. Observan que, si las empresas pueden generar ganancias no solo produciendo bienes y servicios valiosos, sino también influyendo en las reglas de juego en su propio provecho, entonces no es posible afirmar que, al maximizar los intereses de sus accionistas, las empresas maximizan también el bienestar social (Healy et al., 2015).

15 Ver al respecto Baker (2019), Kwoka (2020), World Bank Group & OECD (2017), Philippon (2019), Wu (2018), Khan (2018).

16 Al respecto juega un rol destacado el *Stigler Center for the Study of the Economy and the State*, de la *Booth School of Business* de la Universidad de Chicago. <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler>

McCraw mostró que, históricamente, la preocupación por la equidad, el debido proceso y la protección de todas las personas afectadas, con frecuencia prevaleció frente a quienes postulaban que la eficiencia y el crecimiento económico constituían los criterios de decisión (1987, pp. 301-302). Otros autores cuestionaron el argumento de que la desregulación facilitaba el desarrollo de los mercados, presentando evidencia de que los gobiernos habían reorganizado su control, sin reducir sustancialmente las regulaciones (Vogel, 1998). Desde esta perspectiva el buen funcionamiento de los mercados requiere de mejores reglas, y no simplemente de su eliminación (Vogel, 1998). La “captura” fue percibida como una verdadera amenaza, pero la desregulación total nunca fue considerada una opción viable, sobre todo en industrias con segmentos de monopolio natural. Por ejemplo, la competencia en los mercados de telecomunicaciones requiere de un conjunto de normas y regulaciones, que obligan a las empresas a interconectar sus redes y permitir el acceso a facilidades esenciales. Se puso en evidencia que la regulación no surge desde fuera o al margen del desarrollo de las economías de mercado, sino que por el contrario “es históricamente endémica y constitutiva de dicho desarrollo” (Novak, 2014, p. 36). En realidad, ninguna empresa opera en el vacío institucional que caracteriza a los modelos más simples de libro de texto.

Por cierto, puede ocurrir que la captura efectivamente disminuya la capacidad de la regulación para servir al interés público, y sin embargo aún con sus limitaciones la regulación puede generar resultados superiores a un escenario base de no regulación. También se puso en evidencia que “un proceso político capturado puede resultar en menor regulación orientada al interés público y, como consecuencia, reducir o eliminar los costos regulatorios que recaen en la industria...la captura puede conducir a la desregulación, tan fácilmente como conduce a la regulación” Esta modalidad, bautizada como “captura corrosiva”, “puede dismantelar la regulación aún en ausencia de apoyo público o de una fuerte racionalidad basada en bienestar” (Carpenter y Moss, 2013, p. 16).

Los nuevos enfoques adoptaron una perspectiva sistémica, partiendo del reconocimiento de que las personas desempeñamos más de una función en la economía. Los hogares no solo están compuestos por consumidores, también por trabajadores y productores, que se ven afectados por el debilitamiento y desaparición de la competencia (Begazo & Nyman, 2016). Y por ciudadanos que aportan recursos fiscales, los cuales se dilapidan cuando las empresas se coluden en licitaciones públicas y compras estatales arregladas, corrompiendo a funcionarios del Estado. La concentración de los mercados da lugar a monopolios y oligopolios en la venta de bienes y servicios, pero también a monopsonios y oligopsonios que concentran poder de mercado en la compra –como en la industria láctea, también los supermercados y las cadenas de distribución minorista de productos– imponiendo condiciones abusivas a sus proveedores. La evidencia revela que los salarios en las empresas que comercializan sus productos a través de estos canales concentrados, tienden a ser menores que en empresas con menor relación de dependencia frente a monopsonios y oligopsonios (Wilmers, 2018). La concentración puede elevar también los precios de insumos y bienes intermedios utilizados por la pequeña y la mediana empresa, reduciendo sus márgenes y limitando su desarrollo. Por último, y no por ello menos importante, la concentración del poder económico puede corromper las instituciones y debilitar la democracia (Zingales, 2017; Wolin, 2008).

Estos estudios ponen precisamente en evidencia los distintos canales o ‘vasos comunicantes’ a través de los cuales el debilitamiento de la competencia amplifica y reproduce las desigualdades existentes. En términos estructurales, la desigualdad en los ingresos del capital siempre es mayor que la desigualdad en los ingresos del trabajo, esta es una regularidad estadística que se observa en todos los países y en todos los períodos para los cuales existe información, sin excepción alguna. Las desigualdades con respecto al capital son siempre extremas, pues los agentes con mayor dotación de capital obtienen un retorno más alto que aquellos con menor dotación (Piketty, 2014, p. 244). Bajo estas condiciones, cuando los eslabones críticos de las cadenas productivas no operan en términos competitivos, puede ocurrir que las dificultades y restricciones que aquejan a la pequeña y mediana empresa –empresarios y trabajadores– no se expliquen exclusivamente por las “brechas de productividad” como generalmente se afirma, sino también por el ejercicio de poder de mercado.

3. LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN EL PERÚ

La historia de las políticas de competencia en el Perú es mucho más reciente, además la economía y la política peruana tienen muy poco en común con las de EE.UU. y Alemania. Durante la mayor parte del siglo XX y hasta la actualidad, los principales impulsos al crecimiento económico provinieron de las actividades de exportación de productos primarios –principalmente minerales, productos agropecuarios y pesqueros– y sus beneficios se concentraron en Lima, ciudad capital, y en otras ciudades de la costa. Con la excepción de algunas industrias como la textil, el crecimiento industrial recién alcanzó dimensiones significativas en la década de 1950, sobre todo en actividades vinculadas a los productos de exportación (Thorp & Bertram, 1985).

Dos décadas antes de la adopción de las normas de competencia tuvo lugar un proceso de reformas de orientación nacionalista bajo el régimen militar liderado por Velasco, entre 1968 y 1975. Entre ellas destacan la expropiación de los activos de empresas de capital extranjero en minería y petróleo, y la creación de empresas públicas en estos sectores. La reforma agraria liquidó el sistema de haciendas y entregó la tierra a cooperativas de trabajadores. También se establecieron límites a la propiedad extranjera en la industria, pesca y minería, y se reservaron para el Estado un conjunto de industrias, incluyendo la siderurgia, cemento, papel, química básica y fertilizantes. Se dispuso la creación de comunidades industriales en las empresas privadas como vehículo de participación de los trabajadores en la gestión y en la propiedad. Además, se otorgaron generosos incentivos a la industria con una protección ilimitada del mercado interno frente a la competencia de las importaciones, y se puso en marcha una política macroeconómica expansiva. Todo este conjunto de medidas estuvo expresamente dirigido a redistribuir ingresos y a limitar el poder de los grupos dominantes, en particular los terratenientes, la gran empresa nacional y sus socios extranjeros (Fitzgerald, 1979; Thorp & Bertram, 1978). Su impacto en la estructura de la propiedad fue significativo.¹⁷

Como era de esperarse y a pesar de los incentivos otorgados, los empresarios se opusieron a las leyes que afectaban la propiedad y el control de sus empresas, y la inversión privada se contrajo. Las cooperativas agrarias tuvieron un pobre desempeño y las actividades de exportación en general no crecieron al ritmo esperado. Esto confluyó con el drástico deterioro en los términos de intercambio entre 1974 y 1977, provocando déficits en la balanza comercial y desequilibrios fiscales. La moneda se devaluó y la inflación se elevó, desencadenando una crisis que provocó la caída del régimen.

La autodenominada “segunda fase de la revolución peruana” entre 1975 y 1980, tuvo muy poco de revolucionaria. La política económica del nuevo gobierno respondió a los imperativos de los programas de estabilización y al calendario de transición electoral hacia un gobierno dirigido por civiles. Lo más destacado en este período fue el notable crecimiento de la exportación no tradicional, principalmente productos textiles, agroindustriales y pesqueros, como resultado de los generosos incentivos otorgados.¹⁸

Durante la primera mitad de la década de 1980 continuaron los programas de estabilización patrocinados por el FMI y el Banco Mundial, pero no se llevaron a cabo mayores reformas. Luego, desde 1985, el nuevo gobierno puso en marcha un conjunto de políticas expansivas e intervencionistas, nuevamente acompañadas de una retórica nacionalista. Se impusieron límites unilaterales al servicio de la deuda externa, regresaron las políticas de protección del mercado interno y se adoptaron diversos regímenes de controles de precios y del tipo de cambio, que facilitaron una corrupción en gran escala (Quiroz, 2013).

17 Las empresas públicas elevaron su participación en el producto bruto interno de un 11% en 1968 al 21% en 1975, y las empresas con capital extranjero disminuyeron del 22% al 11% en el mismo período.

18 Las exportaciones no tradicionales se elevaron desde un promedio anual de 90 millones de dólares en el período 1970-75, a una cifra del orden de los 850 millones de dólares en 1980.

El resultado fue una de las mayores crisis de la historia peruana, con una contracción acumulada en el PBI de casi 30% entre 1987 y 1990, y una hiperinflación fuera de control. Recién en 1991, cuando la inflación empezó a disminuir, las autoridades del nuevo gobierno anunciaron la adopción del “nuevo sol” como moneda oficial, a un tipo de cambio de 1,000,000 de intis (la moneda anterior). La política de competencia fue adoptada en el Perú precisamente el año 1991, con la promulgación del Decreto Legislativo 701 (DL 701). Fue la primera norma que prohibía y sancionaba el abuso de posición de dominio y las conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia. Hasta entonces los delitos económicos tipificados en el Código Penal eran la estafa, el acaparamiento, la alteración y adulteración de los productos, sin referencia alguna al proceso de competencia.

En contraste con el origen histórico del antitrust en los EE.UU. y Alemania, en el Perú las normas de libre competencia no estuvieron motivadas por tradiciones liberales ni fueron el resultado de movilizaciones contra los abusos del poder económico. Tampoco fueron concebidas en el marco de una constitución económica sustentada en principios y valores democráticos. El DL 701 de 1991 no fue el resultado de un proceso de deliberación sobre la importancia y el significado de la libre competencia, sino más bien el resultado de una decisión política en un contexto muy particular. Como se indicó, el Perú venía saliendo de una de sus crisis más profundas, luego de una desastrosa gestión macroeconómica, con un intervencionismo estatal desbocado, controles de precios y corrupción. El muro de Berlín había caído, sepultando el modelo soviético de planificación centralizada. Las ideas generadas en la vieja escuela de Chicago se venían difundiendo en todo el mundo, especialmente durante la gestión de Reagan en EE.UU. y Thatcher en el Reino Unido, y las reformas del llamado “Consenso de Washington” eran activamente promovidas en toda la región.

El Congreso peruano había delegado en el poder ejecutivo la facultad de legislar en el campo del fomento del empleo y el crecimiento de la inversión privada, y se promulgaron diversas normas dirigidas a abrir la economía al comercio mundial y acelerar la privatización de las empresas públicas, otorgando seguridades y garantías a los inversionistas. Cinco meses después de la promulgación de DL 701, en abril de 1992, tuvo lugar el autogolpe de Fujimori. El Congreso fue disuelto y el gobierno asumió el control de todas las instituciones autónomas del Estado. En noviembre del mismo año se promulgó el Decreto Ley 25868, con el cual se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

La presión internacional obligó al gobierno a convocar a un Congreso Constituyente Democrático, y se aprobó una nueva Constitución en 1993. Los “principios generales” de su régimen económico, vigente hasta la fecha, están contenidos en 8 artículos. El primero de ellos establece que “[l]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado...el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (art. 58). También corresponde al Estado facilitar y vigilar la libre competencia, combatir “toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas” (art. 61).

De otro lado la Constitución incorpora el principio de libertad contractual en una forma extrema, al ordenar que los términos contractuales entre privados –y también aquellos contenidos en los contratos-ley, con los que el Estado “puede establecer garantías y otorgar seguridades”– no pueden ser modificados legislativamente (art. 62). Al mismo tiempo limita la actividad empresarial del Estado “directa o indirecta” –también de forma extrema– al establecer que solo puede realizarse subsidiariamente previa autorización mediante ley expresa, “por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (art. 60). Por un lado, promueve y protege la actividad privada de eventuales interferencias del poder legislativo, y por el otro restringe y condiciona el rol empresarial del Estado, redefiniendo el sentido de la subsidiariedad. En efecto, el sentido original de este principio –que los problemas pueden ser resueltos, con mayor eficacia, por la autoridad más próxima y cercana a los ciudadanos, lo que supone garantizar cierto grado de independencia a los actores locales frente

al poder central– fue reemplazado por el postulado de que los problemas deben ser resueltos por la empresa privada, como una cuestión de principio y sin referencia alguna a proximidad y cercanía.

En el marco de la nueva Constitución y con las reformas en marcha, se consolidó un nuevo régimen económico. Se difundió la percepción del Estado como ineficiente, gastador e improductivo, las empresas públicas fueron privatizadas, aunque con frecuencia –sobre todo en energía y telecomunicaciones– los activos fueron adquiridos por empresas estatales de otros países. La competencia empezó a ser considerada como un fin en sí misma, incluso en servicios como el transporte público. Esta concepción llevó a privatizar las empresas públicas de transporte atomizando las flotas de buses, los cuales fueron entregados individualmente a los choferes, a cuenta de sus beneficios sociales, para que formen microempresas y compitan entre sí. El resultado, en un contexto de desregulación irresponsable del servicio, fue un sistema de transporte altamente ineficiente e inseguro, con graves problemas de congestión vehicular y un elevado número de accidentes, con lamentables pérdidas de vidas. También se permitió la inversión privada con fin de lucro y la mercantilización de servicios básicos como salud, educación y seguridad, e incluso se la promovió con incentivos tributarios en algunos sectores, a medida que el Estado se replegaba y congelaba las asignaciones presupuestales a estos servicios.¹⁹

Con la apertura de la economía al comercio internacional, varias industrias hasta entonces protegidas desaparecieron con la competencia de las importaciones. En otros casos las empresas se adaptaron al nuevo contexto, asociándose con el capital extranjero. Con el aumento en las inversiones y el consumo privado, la economía entró en una fase de expansión y surgieron nuevos centros de poder económico que construyeron estrechos vínculos con el poder político. Se construyó así una red con “puertas giratorias” que facilitaban el tránsito de ida y vuelta entre las grandes empresas y los centros de decisión en el Estado, incluyendo al Ministerio de Economía y Finanzas. Esto facilitó la extracción de rentas en los procesos de privatización, en las renegociaciones de la deuda externa, y en la expedición de normas que facilitaban la elusión tributaria y otorgaban generosas exoneraciones. Algunas empresas consultoras y estudios de abogados operaron también –en condiciones de opacidad– como “correas de transmisión” entre el poder político y el poder corporativo (Durand, 2003, pp. 435-453).

El nacimiento del INDECOPI tuvo lugar en este contexto de cambios en la economía y en la política. En la experiencia internacional las funciones de promover la competencia y proteger la propiedad intelectual estaban generalmente asignadas a organismos distintos. Sin embargo en el Perú, apelando a restricciones presupuestales y en parte debido a la presión de organismos multilaterales, se optó por constituir el INDECOPI con estas y otras funciones adicionales, incluyendo la remoción de barreras burocráticas, la represión de la competencia desleal, las medidas antidumping, la protección del consumidor, los procesos de quiebra y re estructuración patrimonial, y la gestión de las normas técnicas (Ramos, 2013).²⁰ INDECOPI se hacía cargo de un amplio abanico de funciones, lo que de alguna manera ha hecho más difícil la cohesión interna con una misión bien definida, como sustento de su identidad institucional.

19 Tirole observa al respecto que “tanto sus partidarios como sus detractores olvidan en ocasiones que la competencia no es un fin en sí misma. Es un instrumento al servicio de la sociedad y, si provoca falta de eficacia, debe ser dejada de lado o corregida” (2017, p. 381). Ilustra el argumento con ejemplos de introducción de la competencia por motivos ideológicos, refiriéndose precisamente al “triste espectáculo de unos autobuses compitiendo por ser los primeros en coger pasajeros” (2017, p. 381). Al parecer esta “concepción ideológica” de la competencia sigue vigente en algunos estudios (Banco Mundial, 2021, p. 186). En un texto reciente sobre el tema, que lleva como título “sobredosis de competencia”, se advierte que “la competencia puede sacar a la gente de la pobreza, aumentar su bienestar y promover su autonomía. Pero otras veces, cuando se prescribe en exceso y sin salvaguardias, hace lo contrario. Y más allá del daño material y práctico que nos hace, que es enorme, también puede socavar los valores sociales, éticos y morales que deberían dar forma a nuestras vidas” (Stucke & Ezrachi, 2020, p. 11).

20 Un ministro de economía de la época llegó a calificar al INDECOPI como un pulpo, “un monstruo que tiene ocho brazos...llegó a abarcar muchos aspectos de la actividad económica (Ramos 2013:59).

Las grandes empresas también se interesaron en la creación de este organismo. De hecho, durante el segundo semestre de 1992, meses antes de la promulgación de la norma que decretó su creación, la mayor parte de las reuniones llevadas a cabo por los organizadores de la nueva agencia tuvieron lugar en el local de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) –históricamente liderada por las principales corporaciones– pues “se consideró entonces que era el mejor lugar para cruzar información y exponer los avances” (Ramos, 2013, pp. 55-56). No faltaron quienes destacaban el peligro inminente de que el INDECOPI juegue “un papel controlista y supervisor del mercado.” (2013, p. 60).

Sin embargo, y quizá para disipar estos temores, la conducción del INDECOPI durante sus primeros años de existencia fue encargada a personas orientadas por la corriente intelectual de la época. Se afirmaba que “la visión de libre mercado del INDECOPI... deja de lado la regulación invasiva, otorgando a los consumidores un rol principal...ofreciéndoles la información necesaria para que las fuerzas de mercado ejerzan presión sobre las empresas” y que lo prioritario era promover una “cultura de la competencia...mediante varias actividades de información y entrenamiento (Boza, 1998, pp. 7-13). El lema era “educar antes que reprimir” (Ramos, 2013, p. 72).²¹ La aplicación de las leyes de competencia fue considerada como de segundo orden de importancia frente a “la abogacía y la promoción de la competencia”, e incluso fue considerada indeseable en la etapa inicial (Orbach, 1999, pp. 16-17).

Lo prioritario era desmontar toda forma de intervencionismo estatal, y dicho desmontaje se transformó en una actividad permanente. En efecto, dos décadas después de la promulgación de la ley de competencia se afirmaba que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas –es decir de normas y reglamentos expedidos por autoridades– constituía, “de lejos...el órgano más importante del INDECOPI y tiene la capacidad de generar mayor bienestar a los ciudadanos del país (mucho más que protección al consumidor o libre competencia).” Desde esta perspectiva, “la esencia del problema” residía en las barreras burocráticas que “nos expropián a los ciudadanos de nuestra iniciativa privada.”²² Se trataba entonces de desregular la actividad económica todo lo posible, pues los mercados podían autorregularse por sí mismos. Los mercados eran tácitamente entendidos, parafraseando a Jacobs & Mazzucato (2015), como instituciones abstractas pre existentes, a la que ingresan las empresas a hacer sus negocios, y no como resultados de interacciones entre actores económicos e instituciones, públicas y privadas, y de condiciones sociales y culturales de mayor alcance.²³

Las consecuencias de esta concepción, vigente desde el nacimiento del INDECOPI, se pusieron muy pronto en evidencia. Un estudio sobre los primeros años de aplicación de las nuevas normas de libre competencia, reveló que la gran mayoría de denuncias por infracciones en el período 1993-1996 se dirigió contra municipios, gremios tradicionales, sindicatos de trabajadores y empresas pequeñas e informales. Las denuncias provenían, en su mayor parte, de empresas de mayor tamaño. Asimismo, las investigaciones de oficio también estuvieron principalmente dirigidas contra municipios, sindicatos y asociaciones gremiales. Era evidente que las grandes empresas se adaptaban más rápidamente al nuevo marco legal y, como podría esperarse, lo utilizaron en su propio provecho (Távora, 1996).

21 Uno de los líderes intelectuales del INDECOPI sostenía que, “históricamente, las regulaciones antimonopólicas han sido una suerte de pariente cercano del intervencionismo estatal. Es más: gran parte del discurso ideológico del socialismo se ha basado en la necesidad de destruir los monopolios privados, que son una suerte de “creación natural” del sistema de mercado” (Bullard, 1994, p. 244).

22 Alfredo Bullard, en INDECOPI (2013, p. 56)

23 El propio Decreto de creación del INDECOPI (DL 25868) lo define como “el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia...” (art. 2). El objetivo no era entonces proteger la competencia en función del bienestar de las personas, sino al “mercado”, tácitamente entendido como entidad abstracta pre existente.

Un estudio posterior encontró que el número de denuncias admitidas por vulneración de normas de competencia se redujo a la tercera parte en el período 1996-1999, y que el equipo responsable de las investigaciones en INDECOPI, a nivel nacional, estaba compuesto por solo tres profesionales. En la conclusión se advierte, con sutil ironía, que “es difícil discernir si eso refleja cambios en la política, limitaciones institucionales o una labor de convencimiento exitoso de parte de INDECOPI, que podría haber bajado el número de infracciones a la Ley” (Krakowski, 2001, p. 115).

Durante la primera década del nuevo siglo la actividad del INDECOPI en este campo se mantuvo a un nivel muy limitado, de baja intensidad, con un promedio de 10 procedimientos iniciados por año, de los cuales menos de 2 correspondían a investigaciones de oficio. Solo 5 casos de abuso de posición de dominio y 12 de “prácticas colusorias” fueron declarados fundados en toda la década. Cabe destacar, sin embargo, el cambio significativo que tuvo lugar poco después, con el ingreso al INDECOPI de una nueva generación de autoridades y funcionarios. Así, entre 2010 y el 2018 se iniciaron 85 procedimientos por vulneración de las normas de libre competencia y se impusieron sanciones a 29 grupos de empresas por prácticas colusorias.

Una de las debilidades del marco normativo adoptado, fue la omisión expresa del control de la concentración de los mercados vía fusiones y adquisiciones de empresas. La Constitución promulgada en 1993, estableció que “ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” (art. 61). Sin embargo, esto fue interpretado en el sentido de que a las empresas les está permitido lograr una posición de dominio absoluto, mediante fusiones con o adquisiciones de las empresas competidoras sin límite alguno, incluso hasta concentrar todo el mercado, pues lo único que se prohíbe es que se abuse de dicha posición. La única excepción es el sector eléctrico, que cuenta con una ley específica de control de concentraciones desde 1997.

La inconsistencia de esta interpretación fue oportunamente advertida, e incluso especialistas internacionales consultados por el propio INDECOPI, hicieron notar que prohibir y sancionar los acuerdos de precios entre empresas, sin controlar al mismo tiempo las fusiones entre ellas, podría incentivar a las empresas a fusionarse (Orbach, 1999; OCDE-BID, 2004; Harrington, 2017).²⁴ Como era de esperarse, la principal consecuencia ha sido una concentración del poder en muy pocas corporaciones y conglomerados económicos. Los mercados más concentrados son los de bebidas y alimentos, también diversos productos de limpieza y cuidado del hogar, hidrocarburos (envasado del GLP y cadenas de estaciones de servicios que hoy concentran la venta de gasolina y de gas), insumos para la construcción (acero y derivados, cemento), supermercados, tiendas por departamento, cadenas de farmacias, los medios de comunicación y el mercado publicitario, entre otros.²⁵ Un informe reciente del Banco Mundial destaca los casos de productos prioritarios en el consumo de los hogares, lo que puede generar “un impacto negativo en las familias de menores ingresos, especialmente en áreas rurales (2021, p. 183). La concentración del mercado financiero local en grandes bancos también es un problema reconocido por la propia autoridad monetaria, y explica en parte el elevado *spread* entre las tasas de interés activas y pasivas. Lo mismo puede afirmarse del mercado de seguros, incluyendo los grupos económicos que hoy concentran los seguros de salud y el control de clínicas privadas.²⁶

24 Durante los últimos 20 años se presentaron varios proyectos de ley para regular las concentraciones empresariales. Todos ellos enfrentaron una intensa oposición, principalmente de la gran empresa y del Ministerio de Economía y Finanzas, y fueron finalmente archivados. La norma fue aprobada recién a fines del 2019, mediante un Decreto de Urgencia, y luego mediante la promulgación de la Ley 31112, en enero del 2021.

25 Ver al respecto Durand (2017b). <http://www.otramirada.pe/sites/default/files/MercadosConcentrados.pdf>

26 A nivel de mercados específicos, el informe del Banco Mundial destaca “productos como el arroz, leche evaporada, detergentes y aceite de soya, en los cuales el actor principal maneja cuotas de mercado con porcentajes cercanos al 70, 81, 69 y 59, respectivamente” (Banco Mundial, 2021, p. 183). Otras fuentes identifican mercados donde la participación de la empresa más grande supera con frecuencia el 50%, como es el caso del azúcar, los fideos, la harina doméstica, la cerveza, las gaseosas, la pasta dental y

Uno de los casos emblemáticos fue la industria de cerveza, donde una de las empresas monopolizó el mercado absorbiendo progresivamente –mediante fusiones– a todos sus competidores. Como era de esperarse, la empresa elevó sus precios a tal extremo que el consumo per cápita de cerveza se redujo sostenidamente en el período 1996-2001, a pesar de que el ingreso per cápita en ese mismo período se elevó. Hacia el año 2004 el precio de la cerveza en el Perú, antes de impuestos, llegó a ser el más elevado de Sudamérica y uno de los más altos de América Latina (Fernández-Baca, 2006). En ese contexto otro grupo empresarial decidió ingresar al mercado peruano, pero enfrentó la resistencia del monopolio establecido, que se negó a aceptar su ingreso al Comité de Fabricantes de Cerveza para acogerse al acuerdo de intercambiabilidad de botellas. El caso llegó al INDECOPI, pero la Comisión de Libre Competencia “por alguna razón inexplicable, nunca quiso resolver el fondo del asunto y tuvieron que pasar cinco años, cuando las condiciones del mercado habían cambiado, para aceptar el desistimiento de la denunciante” (Fernández Baca, 2012, p. 369). Pasaron otros cinco años y la empresa denunciante absorbió a la denunciada, consolidando la concentración del mercado.²⁷

Como se indicó, el ingreso de nuevas autoridades y profesionales al INDECOPI empezó a revertir la orientación complaciente y permisiva que caracterizó su primera etapa. Sin embargo, es oportuno destacar que el marco normativo vigente aún no brinda suficiente protección al INDECOPI como agencia independiente frente al poder económico y político. Su conducción está a cargo un Consejo Directivo, integrado por representantes designados discrecionalmente por el gobierno durante un período de cinco años. Si bien la norma legal establece que sólo podrán ser removidos por falta grave debidamente comprobada y fundamentada, su autonomía puede resultar comprometida cuando los directores son al mismo tiempo funcionarios de confianza en los ministerios que representan, por lo que pueden estar expuestos a presiones de los ministros de turno. El Consejo Directivo propone la designación de los vocales de las salas del Tribunal –es decir quienes resuelven en última instancia administrativa todos los casos de infracciones a las normas– y también designa directamente a los miembros del órgano consultivo, a los miembros de las comisiones de las áreas de competencia y propiedad intelectual y a los secretarios técnicos. Con la excepción de estos últimos, que tienen a su cargo la conducción de las investigaciones, los integrantes de las instancias resolutorias tienen una dedicación a tiempo parcial, y sólo reciben dietas por las sesiones en las que participan. Es decir, obtienen ingresos o rentas en actividades realizadas fuera del INDECOPI, lo que da lugar a riesgos de retrasos y –peor aún– a potenciales conflictos de intereses.

el jabón, entre otros productos de consumo masivo (Durand, 2017b). También es el caso de insumos utilizados en otras industrias como el acero, los hidrocarburos y el cemento. Detrás de la concentración de algunos de estos mercados, se encuentra la concentración de la propiedad de la tierra en la costa, facilitada por el Estado. En efecto, los grandes proyectos de inversión en irrigaciones, financiados con recursos públicos, fueron diseñados de tal manera que solamente las corporaciones de mayor tamaño podían adquirir y concentrar la propiedad (venta de módulos de 250 Has como mínimo). Se abandonó a su suerte a la pequeña agricultura familiar, al tiempo que se otorgaron subsidios a la gran agricultura, que además opera bajo regímenes laborales y tributarios especiales. La concentración de la industria de productos lácteos ha sido estudiada por Ore y Tavera (2018).

- 27 El caso también es emblemático en el sentido de que ejemplifica los potenciales conflictos de interés y el mecanismo de la “puerta giratoria”, destacado en la literatura sobre “captura del Estado” en el Perú. El año 2005, bajo la gestión de Fernando Zavala como Ministro de Economía y Finanzas (MEF), el congresista Alvarado presentó un proyecto de Ley para adoptar un régimen de control de concentraciones empresariales y el MEF se opuso, como de hecho ha ocurrido en forma consistente y sistemática. El año siguiente Zavala asumió el cargo de Vicepresidente de la corporación cervecera, con la que continuó vinculado hasta el año 2016, cuando asumió el cargo de Presidente del Consejo de Ministros bajo la gestión de Kuczynski. Poco después asumió el cargo de Director y luego CEO del grupo Intercorp, uno de los conglomerados empresariales más grandes del país (Crabtree y Durand 2017: 128). De otro lado, según se indica en la memoria del INDECOPI del año 2008 (p.123), el propio presidente de la Sala de Competencia N° 2 había sido miembro del directorio de empresas cerveceras e integraba en ese entonces el directorio del Grupo Backus, la corporación cervecera que monopolizó el mercado. La “puerta giratoria” también fue utilizada por otros ex ministros y funcionarios, incluyendo a quienes se opusieron y bloquearon la aprobación del control de concentraciones, que pasaron luego a integrar los directorios de las grandes corporaciones.

Estos problemas también fueron advertidos hace casi dos décadas, y lamentablemente no se les prestó importancia de manera oportuna. Un informe de la OCDE-BID (2004) indicaba que la autonomía del INDECOPI podía ser afectada pues no contaba con procesos adecuados de selección y destitución de quienes tomaban decisiones en primera y segunda instancia.²⁸ Un informe más reciente, concluye que la designación de los miembros del Consejo Directivo y los puestos de dirección y responsabilidad “debería concitar un consenso más amplio” y propone que los integrantes de los órganos resolutivos sean designados a tiempo completo (OCDE & BID, 2018, pp. 125-127). También revela que INDECOPI cuenta con un número reducido de profesionales dedicados a la defensa de la competencia, quienes, además, desempeñan sus funciones en Lima (2018, p. 43).²⁹ El Banco Mundial observa al respecto que el Perú se encuentra “en los últimos lugares en la región tanto en número de personal como en presupuesto dedicado a temas de competencia” (2021, p. 189). Si bien a la fecha este organismo se autofinancia con ingresos que sus propias actividades generan –específicamente multas, derechos antidumping y otras tasas que deben pagar los usuarios– es evidente que algunas de estas fuentes pueden generar incentivos perversos, que ponen en cuestión su imparcialidad. Además, los recursos directamente recaudados fluctúan en el tiempo, por lo que no ofrecen una base estable para el funcionamiento de la organización.³⁰

4. REFLEXIONES FINALES

Hace algunos años Francis Fukuyama puso de relieve la importancia de la liberalización económica en la remoción de los obstáculos al desarrollo generados por los sectores estatales en muchos países. Pero al mismo tiempo advirtió que, si bien los Estados requerían de recortes en ciertas áreas, también debían, simultáneamente, ser fortalecidos en otras. Cuestionó que el énfasis se haya concentrado en reducir vigorosamente la actividad estatal, “lo cual pudo ser honestamente confundido, o deliberadamente distorsionado, como un esfuerzo para reducir o recortar la capacidad del Estado en todos los ámbitos” (Fukuyama, 2004, p. 20). A su juicio la agenda de construcción del Estado –tan importante como la de reducir el ámbito de su intervención– pasó a segundo plano y no recibió mayor énfasis ni reflexión alguna.

Han transcurrido tres décadas desde la promulgación de las primeras normas de libre competencia en el Perú, y hoy conocemos con mayor precisión el contexto en que se adoptaron, los marcos conceptuales y motivaciones de los principales actores involucrados, y las consecuencias de su aplicación en nuestra economía y nuestra sociedad. En contraste con el origen del antitrust en EE.UU., en el Perú las normas de competencia fueron adoptadas sin mayor discusión sobre su naturaleza y sus objetivos, ignorando su impacto sistémico y, en particular, las graves consecuencias de una concentración excesiva del poder económico en la democracia y el orden social. De otro lado, si bien la referencia al modelo de economía social de mercado fue formalmente incluida en la Constitución de 1993, en los hechos las políticas e instituciones de libre competencia estuvieron configuradas por corrientes fundamentalistas de los años 1980, que se aferraron a una concepción ideológica de la economía divorciada de la teoría y de la historia. En realidad, tuvieron muy poco en común con dicho

28 El informe también destacaba el hecho de que “el actual proceso de selección no es transparente” y que la independencia no siempre ha sido respetada. Se encontró que “no es inusual” que los funcionarios “puedan ser destituidos a voluntad y, por tanto, estén sujetos a algún grado de influencia gubernamental” (OCDE & BID, p. 72).

29 INDECOPI no decide los niveles remunerativos de sus profesionales –los que se encuentran por debajo de profesionales con el mismo nivel de calificación y responsabilidad en otras entidades del gobierno– y su presupuesto está sujeto al control de las autoridades del MEF.

30 Las propias autoridades del INDECOPI han elaborado un documento con propuestas de fortalecimiento institucional (INDECOPI, 2020). Dicho documento recoge e integra las propuestas del informe de la OCDE-BID (2018), y al mismo tiempo analiza su autonomía institucional y sus funciones en el marco constitucional vigente. Concluye afirmando que las exigencias de autonomía derivadas del desempeño de dichas funciones “podrían ser logradas en grado óptimo, mediante un modelo de autonomía de rango constitucional”, aunque al mismo tiempo reconoce que otra ruta son los “ajustes legislativos” que no involucran una reforma de la Constitución vigente.

modelo, y se apartaron de los principios y las políticas que guiaron el desarrollo de Alemania desde mediados del siglo pasado.

Como sabemos, las economías de mercado no solo producen ganadores sino también perdedores, sobre todo en contextos de liberalización y apertura al comercio internacional. Por ello una tarea central en la “agenda de construcción del Estado” que destaca Fukuyama es organizar y coordinar la provisión de servicios básicos y el funcionamiento de una red de seguridad social que proteja la vida de las personas, en especial de las más vulnerables. El American Antitrust Institute (AAI) observa al respecto que el antitrust

puede ser concebido como parte de dicha red, en la medida que mantiene los precios bajos y previene transferencias de riqueza...pero el impulso general del antitrust es dinámico, por lo que existen mayores posibilidades de que sea defendido como una institución fundamental ... si también existen instituciones significativas de la compasión, como componentes respetados del sistema (AAI, 2008, p. 13).

La pandemia ha desnudado nuestras principales falencias en el ámbito de la provisión de servicios esenciales, que por cierto también afectan la productividad de las personas. Además, puede advertirse que las políticas de competencia tampoco fueron concebidas como componente de las políticas de desarrollo y diversificación productiva, tan importantes para fortalecer la capacidad de competir de las empresas y, en esa medida, reconfigurar las estructuras económicas, revirtiendo los procesos de concentración. No hubo mayor interés en mejorar la capacidad de formulación, coordinación, monitoreo y evaluación de estas políticas desde el Estado. De hecho, las escasas iniciativas que surgieron enfrentaron una fuerte resistencia y no tuvieron mayor continuidad. El propio Ministerio de Economía y Finanzas, el centro de tecnocrático con mayor poder de decisión sobre la política económica, funciona mucho mejor en las macrofinanzas que en el ámbito de la productividad y la competitividad, y al parecer “la diferencia es marcada” (Ghezzi, 2021, p. 116). No debería sorprendernos que el crecimiento económico registrado en los últimos años no haya traído consigo una reducción de las brechas de productividad entre sectores y estratos empresariales, ni el fortalecimiento del “tejido industrial”. La heterogeneidad productiva y una informalidad extendida siguen siendo un freno al desarrollo de nuestra economía (Távora et al., 2014).

Por último, es preciso reconocer los avances logrados por el INDECOPI en los últimos años, tanto en el combate a los carteles como en la remoción de numerosas barreras burocráticas –creadas sobre todo por autoridades locales– que efectivamente debilitan la competencia y reducen el bienestar. Al menos desde el 2005 el INDECOPI abandonó su oposición inicial a la adopción de un régimen de control de las concentraciones empresariales, aunque debido a la oposición sistemática de actores poderosos –en particular la tecnocracia del MEF y algunos gremios empresariales– la promulgación de la norma correspondiente tuvo que esperar 15 años más. Como se indicó, hoy tenemos mercados mucho más concentrados, y por ello mayor espacio para el abuso de posiciones dominantes. Las normas de competencia no han logrado suficiente legitimidad ante la opinión pública, debido precisamente a que no han logrado frenar la concentración del poder de mercado ni el ejercicio abusivo de este poder.

La interacción del poder corporativo con la política ha sido un hecho frecuente, que no solo ha frenado la integración y desarrollo de los mercados, sino que al mismo tiempo ha constituido una evidente amenaza a nuestra democracia. Los ordoliberalistas del siglo pasado reconocieron y advirtieron que la economía de mercado “tiende naturalmente a engendrar sus monstruos”, y por ello consideraban esencial gobernarla en el marco de un orden legal robusto, con reglas efectivas capaces de impedirlo (Amato, 1997, p. 100).

A pesar de todas sus limitaciones, nuestras instituciones democráticas –en particular los sistemas judicial y electoral– han resistido hasta la fecha, en buena medida, los embates del poder, mostrando

ser más fuertes de lo que parecían. Parafraseando a Pitofsky, quizá sea posible contribuir a consolidar estas fortalezas, mejorando nuestra comprensión y difundiendo la importancia de los valores políticos en la interpretación del derecho de la competencia. Este artículo ha intentado aportar algunas luces en esa dirección.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albert, M. (2009). *Capitalism Against Capitalism*. Wiley.
- Amato, G. (1997). *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*. Hart Publishing.
- American Antitrust Institute. (2008). *The Next Antitrust Agenda: Transition Report on Competition Policy to the 44th President of the United States*. https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Introduction-from-AAI-Transition-Report_100520082046.pdf
- Banco Mundial. (2021). *Repensar el futuro del Perú. Notas de política para transformar al Estado en un gestor del bienestar y el desarrollo*. Grupo Banco Mundial.
- Baker, J. (2019). *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy*. Harvard University Press.
- Becker, G. (1958). Competition and Democracy. *Journal of Law and Economics*, 1, 105-109.
- Begazo, T. y Nyman, S. (2016). *Competition and Poverty: How Competition Affects the Distribution of Welfare*. Viewpoint: Public Policy for the Private Sector Note 350. World Bank.
- Bianchi, P. y Labory, S. (Eds.). (2006). *International Handbook on Industrial Policy*. Edward Elgar
- Blanchard, O. y Rodrik, D. (2019). *We Have the Tools to Reverse the Rise in Inequality*. Peterson Institute for International Economics. <https://www.piie.com/events/combating-inequality-rethinking-policies-reduce-inequality-advanced-economies>
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bork, R. (1978). *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. Basic Books.
- Bork, R. (1966). Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *The Journal of Law & Economics*, 9, 7-48.
- Boza, B. (1998). The role of INDECOPI in Peru: the first five years of INDECOPI. En B. Boza (Ed.). *Peru's Experience in Market Regulatory Reform 1993 – 1998* (3-38). INDECOPI.
- Buchanan, J., Tollison, R. y Tullock, G. (1980). *Toward a Theory of the Rent Seeking Society*. A & M University Press.
- Campbell, P.S. (2013). *Democracy v. Concentrated Wealth: In Search of a Louis D. Brandeis Quote*. *Green Bag* 2D, 16(3), 251-256. http://www.greenbag.org/v16n3/v16n3_articles_campbell.pdf
- Carpenter, D. y Moss, D. (Eds.) (2013). *Preventing Regulatory Capture. Special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.
- Chandler, A. (1977). *The Visible Hand. The managerial revolution in American Business*. The Belknap Press of Harvard University Press.

- Crabtree, J. & F. Durand. (2017). *Perú: Elites del Poder y Captura Política*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Durand, F. (2003). *Riqueza Económica y Pobreza Política. Reflexiones sobre las élites del poder en un país inestable*. Fondo Editorial PUCP.
- Durand, F. (2017a). *Los Doce Apóstoles de la Economía Peruana. Una mirada social a los grupos de poder limeños* Mercados concentrados: ¿falla el mercado y falla el Estado?. Documento de trabajo de la Plataforma Para la Reflexión Democrática, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas PUCP. y provincianos. Fondo Editorial PUCP.
- Durand, F. (2017b). *Mercados concentrados: ¿falla el mercado y falla el Estado?. Plataforma para la reflexión democrática*. <http://www.otramirada.pe/sites/default/files/MercadosConcentrados.pdf>
- Fear, J. (2015). War of the factories. En M. Geyer y A. Tooze (Eds.). *Cambridge History of the Second World War, Vol. 3. Total War: Economy, Society and Culture* (pp. 94-121). Cambridge University Press.
- Fernández-Baca, J. (2006). La negativa a estandarizar productos como barrera de acceso al mercado: la controversia entre AmBev y Backus. *Ius et Veritas*, 33,185-912
- Fernández-Baca, Jorge (2012). *Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú*. Universidad del Pacífico, CIES.
- Fitzgerald, E.V.(1979). *The Political Economy of Peru 1956-1978: Economic Development and the Restructuring of Capital*. Cambridge University Press.
- Fukuyama, F. (2004). The imperative of State Building. *The Journal of Democracy*, 15(2), 17-31.
- Friedman, M. (1970, September 13). The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*.
- Gerber, D. (1994). Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 42(1), 25-84.
- Gerber, D. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*. Oxford University Press.
- Ghezzi, P. (2021). *El Estado Productivo. Una apuesta para reconstruir la relación entre mercado y Estado en el Perú de la pospandemia*. Planeta.
- Gilmore, E. (1917). The Relation of Law and Economics. *Journal of Political Economy* 25(1), 69-79.
- Giocoli, Nicola (2020). Free From What? Classical Competition and the Early Decades of American Antitrust. *New Political Economy*, DOI: 10.1080/13563467.2019.1708880
- Harrington, J. (2017). El riesgo de las concentraciones empresariales. *Estrategia* 38,102-107.
- Healy, P., R. Henderson, D. Moss & K. Ramanna. "A crisis in the theory of the firm." Harvard Business School, 2015. <https://www.hbs.edu/faculty/Shared%20Documents/conferences/2015-crisis-in-theory-of-firm/Crisis%20in%20the%20Theory%20November%202015.pdf>
- INDECOPI. *Eliminación de Barreras Burocráticas - Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: INDECOPI, 2013.

- INDECOPI (2020). *Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del INDECOPI*, publicado recientemente por la misma institución. Documento de trabajo 003-2020. INDECOPI.
- Jacobs, M. y Mazzucato, M. (Eds.). (2016). *Rethinking Capitalism. Economics and policy for sustainable and inclusive growth*. Wiley & Sons
- Kay, J. (2009). The Rationale of the Market Economy: A European Perspective. *Capitalism and Society*, 4 (3), 1-10.
- Kay, J. "The Truth about Markets". P. De Gijsel & H. Schenk Eds. *Multidisciplinary Economics*. Srpinge, 2005.
- Keynes, J. M. (1936). *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Macmillan.
- Khan, L. (2018). The Ideological Roots of America's Market Power Problem. *The Yale Law Journal Forum*.
- Krakowski, Michael 2001. *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación. Un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica*. Managua: Proyecto MIFIC-GTZ, 2001.
- Kwoka, J. (2020). *Controlling Mergers and Market Power: A Program for Reviving Antitrust in America*. Competition Policy International.
- Lande, R. (1982). Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. *The Hastings Law Journal* 34, 65-151.
- Letwin, W. (1956). Congress and The Sherman Antitrust Law: 1887-1890. *University of Chicago Law Review* 23, 221-258.
- Martin, S.(2004). Globalization and the natural limits of competition." M. Neumann & J. Weigand Eds. *The International Handbook of Competition*. Edward Elgar.
- McCraw, T. (1984). *Prophets of Regulation. Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Marx, Karl. 1967 [1867] *Capital: A Critical Analysis of Capitalist Production*. International Publishers.
- Novak, W. (2013). A Revisionist History of Regulatory Capture. En D. Carpenter y D. A. Moss (Eds.) *Preventing Regulatory Capture. Special interest influence and how to limit it* (25-48). Cambridge University Press.
- OCDE-BID (2004). *Derecho y Política de la Competencia en Perú. Examen Inter Pares*. OECD
- OCDE-BID (2018) *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú*. OCDE.
- Orbach, B. (1999). *Competition Policy in Transition: Lessons from Peru*. Harvard Law School, 1999.
- Ore, T. & J. Tavera (2018). *Milking the Milkers: a Study on Buyer Power in the Dairy Market of Peru*. Documento de Trabajo 470, Depto. de Economía de la PUCP.
- Philippon, T. (2019). *The Great Reversal How America Gave Up on Free Markets*. The Belknap Press of Harvard University Press.

- Piketty, T. (2014). *Capital in the Twenty-First Century*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Pitofsky, R. (1979). The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1051-1075.
- Posner, E. (1979) The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 925, 925-948.
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. IEP - Instituto de Defensa Legal.
- Ramos, C. (2013). *El INDECOPI a sus 20 años. La historia de una innovación*. INDECOPI.
- Ross, T. (1998). Introduction: The Evolution of Competition Law in Canada. *Review of Industrial Organization*, 13,1-23.
- Sen, A. (1977). Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, 6, 317-344.
- Shapiro, C. (2018). Antitrust in a time of populism. *International Journal of Industrial Organization*, 61, 714-748.
- Shepherd, W. (1982). Causes of Increased Competition in the U.S. Economy, 1939-1980. *The Review of Economics and Statistics*, 64(4), 613-626.
- Smith, A. 1937 [1776]. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Modern Library.
- Stigler, G. (1970). The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 3-21.
- Stucke, M. y Ezrachi, A. (2020). *Competition Overdose. How free market mythology transformed us from citizen kings to market servants*. Harper Collins.
- Távora, J., Gonzales de Olarte, E. y Del Pozo, M. (2014). Heterogeneidad estructural y articulación productiva en el Perú: evolución y estrategias. En R. Infante y J. Chacaltana (Eds.) *Hacia un desarrollo Inclusivo. El caso del Perú*. OIT/CEPAL.
- Távora, J. (1997). Las Políticas Antimonopolio y la Promoción de la Competencia en el Perú. *Economía*, 20(39-40), 453-493.
- Thorelli, H. (1955). *The Federal Antitrust Policy. Origination of an American Tradition*. The Johns Hopkins Press.
- Thorp, R. y Bertram, G. (1978). *Peru 1890-1977: Growth and Policy in an Open Economy*. MacMillan.
- Tirole, J. (2017). *La Economía del bien común*. Penguin Random House.
- Vogel, S. (1996). *Freer Markets, More Rules. Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*. Cornell University Press.
- Wells, W. (2002). *Antitrust and the Formation of the Postwar World*. Columbia University Press.
- Wigger, A. (2002). *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*. Rozenberg Publishers.

- Wilmers, N. (2018). Wage Stagnation and Buyer Power: How Buyer-Supplier Relations Affect U.S. Workers' Wages, 1978 to 2014. *American Sociological Review*, 83(2), 213–242.
- Wolin, S. (2008). *Democracy Incorporated. Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*. Princeton University Press.
- World Bank Group & OECD (2017). *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. World Bank.
- Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports.
- Zingales, L. (2017). Towards a Political Theory of the Firm". *The Journal of Economic Perspectives* 31(3), 113-130.
- Zingales, L., Kasperkevic, J. y Schechter, A. (2020). *Milton Friedman 50 Years Later*. The Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business. Promarket. <https://promarket.org/wp-content/uploads/2020/11/Milton-Friedman-50-years-later-ebook.pdf>

EL ANÁLISIS DE INSTITUCIONES ECONÓMICAS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

ANALYSIS OF ECONOMIC INSTITUTIONS IN COMPETITION LAW

FRANCISCO EDUARDO BENEKE AVILA¹

RESUMEN

La aplicación de las leyes de competencia se nutre del conocimiento que se tiene sobre el fenómeno económico que se pretende regular: el poder de mercado de una o varias empresas. Dicho conocimiento se basa actualmente en los campos de la teoría de precios y la organización industrial. Estos campos de la ciencia económica han, por un lado, ayudado a estructurar un marco en el que es posible analizar factores como estructura del mercado e incentivos de los agentes económicos para poder determinar si una conducta es o no anticompetitiva. Por el otro, cabe preguntarse si las variables que se desprenden de dichos campos son suficientes para un entendimiento completo del desempeño de un mercado. El presente artículo expone dos aspectos de la literatura en el campo del neo-institucionalismo que pueden utilizarse para complementar el marco de análisis de competencia basado en la teoría de precios y la organización industrial moderna: 1. La influencia de empresas con poder de mercado en el proceso de adopción de regulaciones estatales que pueden afectar la intensidad de competencia; 2. La incertidumbre en cuanto a las políticas públicas que pueden afectar las ganancias de un proyecto de inversión.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Competencia | Neo-institucionalismo | Teoría de Precios | Organización Industrial Moderna | Economía Política

ABSTRACT

Competition law enforcement is informed by the knowledge of the economic phenomenon to be regulated: market power of one or more companies. Such knowledge is currently based on the fields of price theory and industrial organization. These fields of economic theory have helped, on the one hand, to structure a framework in which it is possible to analyze factors such as market structure and incentives of economic agents in order to determine whether a conduct is anticompetitive or not. On the other hand, the question arises as to whether the variables derived from these fields are enough for a complete understanding of market performance. This article shows two aspects of the literature in the field of neo-institutionalism that can be used to complement the analytical framework of competition based on price theory and modern industrial organization: 1. The influence of companies with market power in the process of adopting state regulations that may affect the intensity of competition; 2. Uncertainty regarding public policies that may affect the profits of an investment project.

KEYWORDS

Competition Law | Antitrust Law | Neo-Institutionalism | Price Theory | Modern Industrial Organization | Political Economy

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 27 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 11 de agosto de 2021.

¹ Senior research fellow, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich, Germany.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** La relación entre influencia política de empresas dominantes y poder de mercado; **2.1.** Fundamentos teóricos; **2.1.1.** La necesidad de complementar el análisis tradicional de teoría de precios y organización industrial con el estudio de instituciones; **2.1.2.** La relación entre estructura de mercado y el proceso político; **2.2.** Sobre la viabilidad de incorporar variables políticas en el análisis de competencia; **3.** Inestabilidad institucional, incertidumbre y entrada de nuevos competidores; **3.1.** Fundamentos teóricos; **3.2.** Factores institucionales que afectan la incertidumbre sobre ganancias esperadas; **3.3.** Sobre la viabilidad de incorporar incertidumbre institucional en el análisis de competencia; **4.** Conclusiones; **5.** Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El marco de análisis del derecho de competencia se encuentra basado en el concepto de poder de mercado². Este poder se define como la capacidad de una o varias empresas de establecer precios por encima del costo marginal de producción (Carlton et al., 2015, p.117). En la práctica, determinar la diferencia entre el precio y el costo marginal es una tarea compleja. Como consecuencia, es común que en casos de competencia la autoridad administrativa o judicial utilice métodos indirectos de inferencia de poder de mercado. Uno de ellos es la definición de un mercado relevante (o candidatos viables) como punto de partida para proceder a analizar variables como concentración y barreras a la entrada. Como resultado del análisis de la totalidad de factores relevantes, la autoridad puede formarse una convicción acerca de la capacidad de una o varias empresas de fijar precios supra-competitivos.

Este marco de análisis se basa primordialmente en la literatura económica sobre teoría de precios y organización industrial. Dichos campos del pensamiento económico se han encargado de identificar los incentivos y estructura que explican comportamientos y resultados en un mercado determinado. Un ejemplo puntual de la influencia de la teoría de precios en el derecho de competencia se encuentra en la jurisprudencia actual en Estados Unidos sobre precios predatorios. Para que dicha conducta sea reprochable, debe acreditarse que la empresa en cuestión puede recuperar en el futuro las pérdidas incurridas en el periodo de venta por debajo de los costos (Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp, 1993). Esto es un reflejo del supuesto de maximización de ganancias de los agentes económicos. La influencia del enfoque estructuralista del campo de organización industrial es más patente en casos de fusiones y adquisiciones horizontales, donde el análisis de concentración de mercado y barreras a la entrada son dos de los factores más determinantes en la decisión de la autoridad de competencia.

Los conceptos provenientes de la teoría de precios y organización industrial proveen un marco de análisis manejable que a la vez es capaz de producir resultados consistentes. Ciertamente hay excepciones a esto, pero en general puede afirmarse que dichos campos del análisis económico tienen un buen desempeño en términos de administración del sistema de aplicación de leyes de competencia (Priest, 2013, pp. 79-89). Si bien esta es una virtud importante, cabe preguntarse si estos campos dan una visión suficientemente completa de los mercados sobre la cual las autoridades de competencia pueden fundamentar sus decisiones en pro del bienestar común. De no ser así,

2 En el derecho estadounidense, la teoría de monopolios es el fundamento económico del derecho antitrust. Ver Posner, R. (2001). *Antitrust Law*. University of Chicago Press, p. 35. En el derecho de competencia de la Unión Europea, el concepto utilizado es el de 'competencia efectiva', el cual alude al nivel de competencia que debe existir para preservar los fines del Tratado de la Comunidad Europea, reemplazado subsecuentemente por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ver Caso 27/76, United Brands v. Commission (19789 ECR 207, para 65; Caso T-168/01, GlaxoSmithKline Services v. Commission [2006] ECR II-2969, para. 109. El concepto de competencia efectiva es actualmente interpretado en función del resultado en un mercado en términos del bienestar del consumidor y por ende fundamentado en el concepto económico de poder de mercado. Ver Bishop, S. & Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law*. Sweet & Maxwell, pp. 20-21.

la siguiente pregunta que puede plantearse es acerca de los efectos sobre costos provenientes de errores de la autoridad que pueden ser causados por la falta de análisis de variables y relaciones provenientes de otros campos de la ciencia económica.

El presente artículo se enfoca en el estudio de instituciones formales que subyacen a las transacciones en los mercados y como este campo puede complementarse con la teoría de precios y organización industrial³ para proveer a las autoridades de competencia una perspectiva más completa del funcionamiento de los mercados y los factores que afectan el bienestar del consumidor. Específicamente, este artículo aborda dos mecanismos que el análisis de competencia usualmente deja de lado: 1. Cómo la estructura del mercado afecta la capacidad de los agentes económicos de influir en el proceso de formación de reglas formales que afectan la intensidad de competencia y rentabilidad en una industria⁴; y 2. Cómo la incertidumbre sobre las reglas del juego pueden afectar el dinamismo en un mercado, dificultando la entrada de competidores e inversiones necesarias para la innovación. El presente trabajo pretende ser un punto de partida para analizar la viabilidad de la inclusión de estas consideraciones en el derecho de competencia, especialmente en jurisdicciones donde estos problemas pueden ser más pronunciados.

2. LA RELACIÓN ENTRE INFLUENCIA POLÍTICA DE EMPRESAS DOMINANTES Y PODER DE MERCADO

2.1. Fundamentos teóricos

2.1.1. La necesidad de complementar el análisis tradicional de teoría de precios y organización industrial con el estudio de instituciones

El análisis de instituciones no es ajeno al derecho de competencia. Las reglas del mercado y la interacción de los agentes económicos con las mismas suelen ser objeto de análisis en mercados regulados, como las telecomunicaciones, tanto en el sector académico como en los casos de competencia. No obstante, desde una perspectiva económica, el análisis es parcial pues se centra en pocos aspectos importantes de esta interacción.

En general, el estudio de instituciones formales –i.e. leyes y demás normas del Estado– y su interacción con el mercado puede dividirse en dos enfoques⁵: 1) el efecto de regulaciones sobre el desempeño del mercado y 2) las causas políticas de la regulación y sus formas específicas (subsidios, aranceles a la importación, limitaciones a la entrada, etc.). El análisis de competencia se centra normalmente en el primero de los enfoques. Esto no ha sido siempre de esta manera, principalmente durante los primeros 80 años de aplicación de las leyes de competencia en Estados Unidos, donde uno de los supuestos más importantes detrás de las principales decisiones judiciales era la incompatibilidad de altas

3 Para Joskow, el neo-institucionalismo fluye del paradigma moderno de organización industrial y lo expande con una descripción más detallada y amplia del entorno institucional y de las variables transaccionales que caracterizan la organización de agentes económicos y los mercados. Ver Joskow, P. L. (1995). The new institutional economics: Alternative approaches. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 151(1), pp. 248-259.

4 Este enfoque es conocido como estudio del entorno institucional ("Institutional Environment Pathway"). Ver Joskow, Paul L. (1995). The new institutional economics: Alternative approaches. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 151(1), pp. 248-259.

5 Para Noll, existen 3 vertientes: 1) el estudio de fallas de mercado y las acciones que el Estado puede tomar para corregirlas, 2) el estudio del efecto de las regulaciones sobre el desempeño del mercado y si estas pueden incrementar la eficiencia (una pregunta simple) o si son más eficientes que hacer nada (una pregunta más compleja) y 3) las causas políticas de la regulación. Ver Noll, R. G. (1989). Economic perspectives on the politics of regulation. In Schmalensee and Willig (eds) *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier Science Publishers, 2, pp. 1254-1257. Para una división alternativa, ver Joskow, P. L. (1995). The new institutional economics: Alternative approaches. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 151(1), pp. 248-259.

concentraciones de mercado con los valores democráticos de la política estadounidense⁶. Actualmente las escuelas más influyentes de pensamiento en el derecho de competencia estadounidense⁷ son la escuela Post-Chicago y la escuela de Harvard, las cuales se enfocan en los efectos sobre el bienestar del consumidor (Yoo, 2020; Piraino, 2007; Kovacic, 2007). El enfoque en el bienestar del consumidor y eficiencia económica es la regla en casi la totalidad de legislaciones en Latinoamérica, con la excepción de la legislación Venezolana y Ecuatoriana. La Ley Antimonopolio en Venezuela (Decreto N° 1.415, 2014, Art. 1) tiene como fines la democratización de la actividad económica, igualdad social, soberanía nacional y el desarrollo sostenible, entre otros⁸.

La Ley de Control del Poder de Mercado en Ecuador tiene como objetivo, además de la eficiencia económica y bienestar del consumidor, el comercio justo y el establecimiento de un sistema económico social solidario y justo (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, Art. 1).

En pocas palabras, puede decirse que el enfoque 1) mencionado en el párrafo anterior analiza la relación entre las reglas de intercambio y el desempeño del mercado tomando a las primeras como variables exógenas, es decir, ya dadas en la estructura del mercado. El enfoque 2) analiza dichas reglas como variables endógenas, es decir, no son ajenas a variables competitivas como el número de competidores y la rentabilidad en la industria. Para facilidad de lenguaje, se denominará en adelante al enfoque 1) como “neo-clásico” y al enfoque 2) como “neo-institucionalista”.

La perspectiva neo-institucionalista conlleva a no abstraerse del proceso de formación de las reglas del mercado, lo cual es un producto de las interacciones de los agentes (públicos y privados) que intervienen en el mismo. Podemos ilustrar lo anterior con un ejemplo. Si tenemos un mercado de un producto X en el cual 2 productores controlan cerca del 100 por ciento de la producción y las importaciones están sujetas a un arancel del 20%, tradicionalmente este último factor es tratado como una variable exógena en casos de competencia. No obstante, desde una perspectiva neo-institucional, es importante analizar las interacciones que llevaron a las autoridades a determinar dicho arancel. Los esfuerzos de cabildeo y otras actividades políticas de empresas que pueden beneficiarse del arancel son una parte importante de estas interacciones. Bajo esta perspectiva, puede estudiarse la relación entre el número de competidores, su rentabilidad y como esto afecta su influencia en el proceso de establecimiento de las reglas del mercado.

Otro ejemplo de cómo puede aplicarse el enfoque neo-institucionalista puede elaborarse en el campo de las asociaciones gremiales y profesionales. Estas son relevantes en el análisis actual de casos de competencia por motivos puntuales, entre ellos, el rol que juegan en la coordinación de variables competitivas como precios y calidad de los productos. No obstante, estas entidades pueden influir en los resultados en el mercado de muchas otras formas, como por ejemplo por medio de autorregulación, cabildeo con autoridades públicas en cuanto a normas que afectan a la industria, etc. Estas últimas actividades se llevan a cabo afuera de lo que normalmente se entiende como mercado –compuesto por las interacciones entre oferentes y demandantes. No obstante, si la interacción entre

6 Ver *Brown Shoe Co. Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *United States v. Philadelphia Nat’l Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

7 En gran medida puede decirse que, en el caso de la Unión Europea, las escuelas mencionadas en el presente párrafo han sido muy influyentes en la Comisión Europea, aunque probablemente no en la misma medida en la Tribunal General y el Tribunal de Justicia. La influencia de estas escuelas en la Comisión puede verse reflejada en el empuje hacia el “enfoque más económico” plasmadas en instrumentos sin fuerza obligatoria pero que dictan su práctica de aplicación de la ley, como la Comunicación de la Comisión acerca de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE (hoy art. 102 del TFUE). Ver Van Wijck, P. (2020). Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law. *European Competition Journal*, 17(1), pp. 1-22.

8 La Ley tiene solamente una mención a la eficiencia económica y bienestar del consumidor en el art. 16 sobre competencia desleal. No obstante, estos términos no son mencionados en conductas que tradicionalmente se entienden comprendidas dentro el derecho de competencia.

competidores, por un lado, y autoridades gubernamentales, por el otro, pueden tener un efecto palpable en variables como concentración, precios y bienestar del consumidor, cabe preguntarse si dejarlas de lado en el análisis es producto de un entendimiento incompleto del concepto de mercado⁹.

Si se tiene en cuenta que la estructura de mercado tiene efectos sobre las reglas del juego a través de la influencia política de los agentes económicos, entonces podemos también formular mejores recomendaciones para agencias de competencia en términos de estrategia. Una recomendación común para países en vías de desarrollo es un enfoque en restricciones legales a la competencia puesto que se piensa que estas son una de las causas principales de la falta de competitividad de los mercados nacionales¹⁰(Clark, 2005). El curso de acción comúnmente propuesto es el de centrarse en actividades de abogacía de la competencia, lo cual consiste en promover que los diferentes órganos del Estado modifiquen el marco regulatorio que contribuye a resultados ineficientes. No obstante, esto es una labor muy importante, estas labores de cabildeo son por regla general una batalla cuesta arriba (Baumgartner et al., 2009). Por ello, si se reconoce que las normas del Estado pueden ser un obstáculo importante a la competencia, cabe preguntarse cuál puede ser el rol de una autoridad de competencia para influir en el proceso de formación y mantenimiento de las mismas.

Para poder explorar el kit de herramientas que puede usar una autoridad de competencia para prevenir que las reglas de juego se formulen en beneficio de empresas incumbentes, pero en perjuicio de la sociedad en general, es necesario profundizar en cómo funciona la relación entre poder de mercado y el proceso de adopción de leyes y demás reglas del estado.

2.1.2. La relación entre estructura de mercado y el proceso político

Como punto de partida es importante formular el problema. A nivel fundamental es el bienestar de la sociedad en general y explicar las causas de por qué la regulación de una determinada industria puede conllevar a una reducción del mismo. Puesto que el presente artículo se enfoca en el derecho de competencia, el problema que nos ocupa puede delimitarse de la siguiente manera¹¹: cómo las empresas que integran una determinada industria pueden influir en las políticas públicas y generar resultados en su beneficio, pero en detrimento de la eficiencia en el mercado y el bienestar de los consumidores. Asimismo, es preciso estudiar como la estructura del mercado puede influir en el nivel de influencia que pueden tener las empresas para obtener dichos resultados.

Las instituciones económicas y políticas interactúan recíprocamente. La intensidad de la competencia en un mercado depende de decisiones políticas como aranceles al comercio internacional y requisitos de entrada. La literatura que estudia estos efectos recíprocos es muy extensa. Puede argumentarse que el debate en este tema incrementó gracias a trabajos como el de George Stigler, quien se preocupó por general un marco analítico de por qué se tiene un determinado resultado regulatorio en una industria (1971). Tomando como ejemplo mercados como el transporte terrestre de carga y profesiones reguladas, Stigler esboza una serie de factores que determinan el nivel de influencia de los agentes económicos sobre el proceso político, lo cual a su vez determina la política que en últimas

9 Para muchos neo-institucionalistas, no es posible separar el estudio del desempeño del mercado de las reglas que subyacen las interacciones económicas, políticas y sociales. Ver Drobak, J. N. (2008). Introduction: Law & The New Institutional Economics. *Washington University Journal of Law & Policy*, 26(1), pp. 1-11.

10 La razón es que muchos países en vías de desarrollo han sufrido una transición relativamente reciente a economías de mercado, por lo que existe un rezago de regulaciones estatales que conducen a resultados ineficientes. Ver Leidenz, C. (1996). *Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de implantación de las políticas de competencia en América Latina*. Naciones Unidas, p. 12.

11 La estructura del mercado y su interacción con el proceso de formación de políticas públicas es meramente una faceta. Existen otras relaciones esenciales para entender este problema ajenas a la estructura del mercado, como por ejemplo asimetrías de información, costos de transacción y problemas de agencia relativas a la estructura del proceso político que contribuyen a la desalineación entre los intereses del público en general y representantes del estado.

adoptará el Estado. Ejemplos de variables importantes para determinar el nivel de influencia política de una industria son: la intensidad de competencia con otras industrias políticamente influyentes, el apoyo con el que cuenta de los ciudadanos en general, el tamaño de la industria, etc (Stigler, 1971, pp. 8 y 13). La hipótesis general de Stigler en términos de competencia es que toda industria o profesión con suficiente influencia política buscará utilizar el poder del Estado para limitar la entrada de competidores (Stigler, 1971, p. 5), perjudicar a los productores de bienes sustitutos y promover la producción de bienes complementarios (Stigler, 1971, p. 6).

La influencia política de empresas se ha estudiado también en un nivel más macroeconómico, enfocándose en el efecto que esta puede tener sobre el desarrollo económico y social. No obstante, como podrá verse, dicho enfoque puede tener lecciones valiosas también para el análisis de competencia que sucede en un nivel más microeconómico. Acemoglu et al. desarrollan un modelo de trampa política en el contexto de políticas industriales que puede describirse de la siguiente manera: en un primer período, el Estado protege industrias locales las cuales crecen por medio de adopción de tecnología existente. Dicha protección incrementa la rentabilidad de las empresas locales, las cuales pueden ser utilizadas para obtener influencia política por medios legítimos (gastos en actividades de cabildeo y donaciones a partidos políticos). Esto afecta el peso relativo de la importancia que puede tener por un lado las contribuciones de la industria y por otro los votos que pueden obtenerse con políticas que benefician a otros grupos de la sociedad. Si la rentabilidad de las industrias en cuestión son lo suficientemente altas, las empresas que las integran podrán comprar políticas proteccionistas dentro del marco de la ley (Acemoglu et al., 2006), lo cual remueve los incentivos necesarios para la innovación y la participación de la ciudadanía en la vida económica de un país¹².

La influencia política de compañías y gremiales no es necesariamente un problema si existe un balance entre los distintos intereses de agentes económicos alrededor de una cadena de valor. Por ejemplo, el interés de los productores de alimentos procesados en mantener un precio bajo de la materia prima puede ser compensado por la influencia política de los agricultores. Este es el punto hecho por George Stigler (1971, p.8) cuando estudia el balance que puede haber entre industrias con intereses opuestos en cuanto al precio de un bien, lo cual aplica no solo a relaciones insumo-producto, sino también a bienes complementarios y sustitutos¹³. No obstante, en el caso de Estados Unidos, la evidencia empírica no soporta esta teoría de balance entre distintos grupos de interés (Gilens & Page¹⁴, 2014). En el caso de Latinoamérica, se cuenta con algunos estudios más estrechamente delimitados. En Brasil, se cuenta con evidencia de la efectividad de donaciones a campañas y cabildeo en la obtención de créditos estatales (Claessens et al., 2008) y contratos públicos (Boas et al. 2014, pp. 415-429). En el caso de Argentina, existe evidencia empírica que sugiere una asociación entre la intensidad de actividades de cabildeo y donaciones a campañas políticas de incumbentes, por un lado, y el monto de los contratos públicos adjudicados (Freille et al., 2019).

12 En cuanto a modelos similares sobre adopción de políticas de innovación e influencia política de intereses organizados, ver Grossman, G. & Helpman, E. (1996). Electoral Competition and Special Interest Politics. *RevEconStud*, p. 265- 268; Krusell, P., & Ríos-Rull, J. (1996). Vested Interests in a Positive Theory of Stagnation and Growth. *The Review of Economic Studies*, 63(2), pp. 301–329.

13 Por esta razón, Mitra encuentra que libre comercio puede ser un equilibrio en su modelo de formación endógena de intereses organizados. Mitra, D. (1999). Endogenous Lobby Formation and Endogenous Protection: A Long-Run Model of Trade Policy Determination. *The American Economic Review*, 89(5), p. 1116.

14 Con base en un estudio de 1779 temas de política pública en Estados Unidos, los autores encuentran que los intereses del votante promedio no se encuentran alineados con la población que se encuentra en los percentiles más altos de ingreso y de intereses organizados (gremiales, asociaciones profesionales, etc.). Asimismo, al parecer las preferencias del votante promedio no tienen ningún efecto sobre la probabilidad de adopción de una política determinada. Por otro lado, los autores encuentran que las preferencias de intereses organizados tienen un efecto significativo en la probabilidad de adopción de una política pública determinada.

¿Cómo está relacionado esto con el derecho de competencia? Por un lado, dichos estudios indican la capacidad de empresas en un mercado de influir en la adopción de decisiones del Estado que afectan su rentabilidad. Por el otro, podemos encontrar también parte de la respuesta en los determinantes de influencia y activismo político que se han identificado en la literatura empírica, entre ellos la concentración de mercado y el tamaño relativo de los competidores. Kerr et al. (2014) encuentran que existe una variación alta en actividades de cabildeo dependiendo del tamaño de una compañía medido por su valuación en mercados bursátiles, en donde las compañías más grandes tienen en promedio los gastos de cabildeo más altos. Akcigit et al. (2018) obtienen resultados similares en el caso de Italia¹⁵.

Al existir un soporte teórico y empírico que soporta la relación entre variables de competencia (como tamaño relativo de una empresa) e influencia política, lo cual deriva en última instancia en efectos sobre el bienestar de los consumidores, cabe preguntarse cuál puede ser el rol del derecho de competencia para prevenir y corregir resultados anticompetitivos derivados del ejercicio de la influencia política de incumbentes.

2.2. Sobre la viabilidad de incorporar variables políticas en el análisis de competencia

La introducción de factores complejos de análisis introduce costos de aplicación de una ley. Esto debe de balancearse sobre los beneficios de obtener decisiones más apegadas a la realidad económica puesto que el fin último es incrementar en el agregado el bienestar social. En la práctica este balance es difícil de hacer puesto que la medición de los costos y beneficios asociados no es tarea fácil. En el presente artículo se introducen las principales consideraciones que se pueden hacer, lo cual puede servir de base a trabajos posteriores en el tema¹⁶.

Basado en las consideraciones teóricas hechas en los apartados anteriores, podemos decir que consideraciones de carácter político pueden hacerse bajo dos categorías: (1) la relación entre influencia política y poder de mercado y (2) el ejercicio anticompetitivo de la influencia política.

Un argumento en contra de introducir consideraciones políticas en el derecho de competencia es que un enfoque exclusivamente en poder de mercado tiene efectos positivos sobre el control de la influencia política de las empresas puesto que el problema estructural es el poder de mercado (Posner, 2001). Si esto es cierto, entonces no es justificable introducir nuevos factores de análisis puesto que puede presumirse que el beneficio adicional de hacerlo es bajo.

El problema puede surgir si encontramos escenarios en los que la decisión de una autoridad de competencia tiene efectos positivos o neutros en términos de eficiencia económica y al mismo tiempo efectos negativos sobre el control de la influencia política de las empresas en un mercado. Un ejemplo puede ser una concentración de conglomerado, en la que no se encuentra ningún traslape horizontal o relaciones verticales en los mercados afectados. En términos de competencia, una operación de esta naturaleza no da lugar a preocupaciones por parte de la autoridad. Lo mismo puede decirse de concentraciones de empresas que se dedican a la misma actividad económica, pero operan en mercados geográficos distintos. Por otro lado, dichas operaciones pueden incrementar las ganancias agregadas del grupo empresarial, lo cual puede ser utilizado para actividades que benefician el bienestar general (por ejemplo, en investigación y desarrollo de nuevos productos) o actividades que pueden reducirlo –en el caso que nos ocupa, puede ser en gastos de cabildeo o donaciones a

15 En el presente artículo se hace un resumen de las consideraciones principales.

16 Para un análisis más exhaustivo, ver Beneke, F. (2021). *Competition Law and Political Influence of Large Corporations – Antitrust Analysis and the Link between Political and Economic Institutions*. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, No. 21-12. Disponible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3831269>. Consultado el 20/09/2021.

campañas de candidatos políticos con el fin de obtener un beneficio regulatorio (Carlton et al., 2015, p. 23).

No obstante lo anterior, cabe mencionar que también existen riesgos de que la aplicación de la ley sea errática en términos de bienestar de la sociedad si no se fijan parámetros y variables que indiquen cuándo existe realmente un problema de influencia política de empresas en una industria. En otras palabras, la solución al problema descrito en el presente artículo no es objetar cualquier conducta o estructura de mercado que incremente las ganancias agregadas. El camino aquí esbozado consiste en obtener evidencia directa e indirecta de los efectos de una conducta o cambio de estructura sobre la capacidad de empresas en influir en el proceso regulatorio.

La relación entre poder de mercado e influencia política se puede analizar en función de evidencia sobre variables como gastos en cabildeo y donaciones a partidos políticos. Si puede establecerse que en un mercado determinado dichas variables tienen una asociación robusta con la probabilidad de adopción de regulaciones restrictivas de la competencia, esto puede llevar a que la autoridad objete conductas o estructura de mercado que estén asociadas con mayor activismo político de empresas en el mercado¹⁷ (Beneke, 2021, p.13).

Un problema tal vez de mayor complejidad es el de determinar si las actividades de cabildeo mismas pueden considerarse como conductas anticompetitivas. La complejidad del tema puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que productores de energía geotérmica en un país tienen en conjunto una participación sustancial (digamos, un 40 por ciento) del mercado en un determinado país. Dichos productores están agrupados en una asociación gremial, la cual entre otras actividades promueve regulaciones que restringen la importación de carbón y otros combustibles fósiles. En un sentido tradicional de competencia, la adopción de una regulación en ese sentido puede considerarse excluyente de competidores que utilizan combustibles fósiles como insumo. ¿Podemos considerar que la actividad de cabildeo de la gremial de energía geotérmica es anticompetitiva? Las regulaciones propuestas pueden, por un lado, incrementar el precio que pagan los consumidores de energía producida a partir de combustibles fósiles. Por otro lado, la industria de energía geotérmica puede argumentar que utilizan una fuente menos dañina al medio ambiente. Si esto es cierto, cabe preguntarse si es deseable reducir los incentivos de empresas en una industria de abogar por regulaciones que pueden restringir la competencia, pero promover otros bienes protegidos por el Estado como el medio ambiente y salud pública. Como puede verse en este corto ejemplo, es difícil de sobreestimar la complejidad del tema. Es por esto que en caso de que se desee dar a una autoridad de competencia la facultad de investigar este tipo de conducta, esta sea restringida a casos muy delimitados, en los que el daño a la sociedad en general sea más claro (Beneke, 2021, p. 16).

Una alternativa puede ser otorgar a la autoridad de competencia la facultad de control sobre la emisión de regulaciones que restrinjan la competencia. En este sentido hay diversas alternativas. Se puede optar por un control laxo, en el que la autoridad de competencia tiene la facultad de emitir una opinión no vinculante sobre la conveniencia de emitir una regulación, tal como sucede en El Salvador (Ley de Competencia de El Salvador, Art. 14, lit. I). Otro tipo de control se encuentra en Perú, donde el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) tiene la facultad declarar inaplicable al caso concreto actos administrativos que constituyan barreras injustificadas a la entrada. Asimismo, el INDECOPI puede promover de oficio una acción popular en contra de barreras burocráticas a la entrada contenidas en decretos supremos. En el caso de obstáculos a la competencia contenidos en ordenanzas y normas regionales que tengan

17 Para determinar la viabilidad de este tipo de análisis dentro de un caso de competencia deben analizarse otros factores, como por ejemplo, el diseño institucional de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley. Agencias especializadas pueden estar en mejor posición de realizar este tipo de análisis que jueces generalistas.

rango de ley, el INDECOPI debe acudir a la Defensoría del Pueblo, para que esta promueva la acción de inconstitucionalidad¹⁸.

En España se sigue en un enfoque similar que en Perú. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) (2013, Art. 27) faculta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a interponer acciones contencioso-administrativas en contra de cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente.

Uno de los casos de aplicación más recientes es la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Uber (Sentencia 349/2020, 2020). La CNMC interpuso recurso contencioso-administrativo en contra de los siguientes requisitos de ejercicio de autorizaciones para el transporte particular de pasajeros: prohibición de transmisión de la autorización dentro de los dos primeros años luego de su emisión y la obligación de transmitir antes del inicio de cada servicio ciertos datos¹⁹ a la administración²⁰. El Tribunal Supremo determinó que dichos requisitos infringían los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones públicas contenidos en el Art. 5 de la LGUM.

En el caso de la prohibición de transmisión de la autorización, la razón fue la falta de un interés público protegido por ley que sirviera de justificación. En el caso de la obligación de transmisión de información al inicio de cada servicio, se determinó que era desproporionalmente onerosa en función del fin que se perseguía – controlar que los servicios se dieran dentro de la zona geográfica cubierta por la autorización (Sentencia 349/2020, 2020).

Como puede verse, en estos casos también es necesario realizar un balance entre los distintos intereses en juego, por un lado, la promoción de competencia, y por el otro, el interés público que persigue la regulación determinada (salud, protección del medio ambiente, etc.). La ventaja de esta alternativa es que cuando el objeto de la intervención de la autoridad de competencia es la regulación y no la actividad de cabildeo del agente económico, se evitan los efectos probables sobre los incentivos a participar en procesos políticos de personas jurídicas.

En resumen, a pesar de que existe una relación entre influencia política y poder de mercado, incluir la dimensión política en el análisis de casos es una tarea compleja. Para determinar su viabilidad, es necesario llevar a cabo estudios con mayor profundidad sobre los puntos aquí esbozados y otros que salen del alcance del presente artículo.

3. INESTABILIDAD INSTITUCIONAL, INCERTIDUMBRE Y ENTRADA DE NUEVOS COMPETIDORES

3.1. Fundamentos teóricos

Otro aspecto institucional que normalmente se deja por fuera en el análisis de competencia es el de la incertidumbre que causa la falta de instituciones estables y el efecto que esto puede tener sobre la entrada en el mercado, especialmente en casos donde esto requiere de inversiones hundidas sustanciales. Para poder abordar este tema es necesario realizar un vínculo entre literatura a

18 Decreto Ley No 25868 (Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), Art. 26BIS; Decreto Legislativo N° 1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas), Arts 7-11.

19 Nombre y número del documento nacional de identidad o código de identificación fiscal del conductor y el pasajero; el lugar y fecha de celebración del contrato; el lugar, fecha y hora en que ha de iniciarse el servicio y el lugar y fecha en que haya de concluir; y la matrícula del vehículo (Art. 2, Real Decreto 1076/2017; Art. 24 Orden FOM/36/2008).

20 Dichos requisitos se encontraban impuestos en los Arts. 1 y 2, Real Decreto 1076/2017.

nivel macro (comportamiento agregado en la economía) y microeconómico (comportamiento de mercados y agentes económicos). Esto es así puesto que la literatura teórica sobre el tema se ocupa de mecanismos a nivel de la empresa y un mercado delimitado pero la literatura empírica se ha enfocado tradicionalmente en el análisis de la tasa de inversión de la economía a nivel de país.

La importancia de las instituciones como facilitadoras de transacciones complejas –e.g. inversión de capital– ha sido estudiada a partir del trabajo de Douglass North, quien aplica el concepto de costos de transacción desarrollado por Ronald Coase al problema de inversión y desarrollo económico. Ronald Coase (1960, p. 15) define los costos de transacción como los recursos necesarios para llevar a cabo una operación en el mercado, tales como búsqueda de socios contractuales, tiempo empleado en la comunicación y negociación entre las partes, redacción del contrato, etc. Para North (1989, p. 1324), las instituciones económicas, las cuales son producto de una determinada estructura política, son fundamentales en reducir costos de transacción ocasionados por la incertidumbre intrínseca en interacciones entre personas.

Dixit y Pindyck (1994) desarrollan un modelo para explicar el comportamiento de una empresa a la hora de invertir en una situación de incertidumbre. En la literatura de finanzas corporativas, para analizar la viabilidad de una inversión se calcula su valor presente neto (VPN), lo cual consiste en sumar los flujos esperados de una inversión, a los cuales se aplica una tasa de descuento (la cual a su vez refleja el costo de oportunidad de utilizar los fondos en el presente). Si esto es mayor que el monto que se requiere invertir, entonces se puede decir que una inversión es rentable (Dixit & Pindyck, 1994, p. 4). Los autores realizan modificaciones a esta regla para ajustarla a las condiciones que en la realidad enfrentan ejecutivos de una empresa a la hora de invertir. La regla de VPN tiene los siguientes supuestos implícitos que los autores relajan en su modelo: que la inversión es reversible, que es una decisión de ahora o nunca, y que no hay incertidumbre en los flujos de efectivo futuros (Pindyck, 2008, p. 626).

En pocas palabras, el modelo de Dixit y Pindyck puede explicarse así: cuando se tiene incertidumbre acerca de los flujos futuros de una inversión que consiste en costos hundidos, la compañía tiene la opción de esperar a obtener mayor información sobre los escenarios futuros. El valor de esperar está dado por el valor de las potenciales pérdidas que se pueden dar en un escenario negativo. Por tanto, durante periodos de incertidumbre se puede esperar que la actividad de inversión en un mercado (o una economía si la incertidumbre es a nivel sistémico o macroeconómico) se reduzca. Esto se puede traducir en un menor dinamismo en el mercado por la falta de entrada de competidores.

3.2. Factores institucionales que afectan la incertidumbre sobre ganancias esperadas

El proceso político de adopción de reglas que influyen en las ganancias de compañías en un mercado o en toda la economía puede influir en la incertidumbre que se tiene sobre la viabilidad de la entrada de una empresa. Factores como la corrupción, inestabilidad política y volatilidad de políticas públicas pueden generar un ambiente de incertidumbre y riesgos adicionales que disminuyen las ganancias esperadas²¹.

Un problema generalizado de corrupción en un país es un indicador de que las políticas públicas no se diseñan, por lo general, con el propósito de incrementar el bienestar de la sociedad. Un ejemplo de cómo esto puede generar incertidumbre en cuanto a las reglas del juego es en la expectativa de las empresas de cómo los requisitos regulatorios serán aplicados. Esto afecta directamente las ganancias esperadas y por tanto se puede esperar un impacto sobre la inversión y la entrada de competidores en mercados alrededor de toda la economía. Existe evidencia empírica que sugiere una asociación

21 Para un análisis más detallado de la literatura teórica y empírica que da soporte a esta afirmación ver Beneke, F. (2021). Market entry and competition law in Latin America – The role of economic development in antitrust analysis. *Springer*, p. 30 y ss.

entre mayor corrupción y menores tasas de inversión y crecimiento económico (Mauro, 1995; Wei, 2000; Knack & Keefer, 1995; Brunetti & Weder, 1998).

Otra variable que puede afectar la incertidumbre sobre regulaciones que afectan la rentabilidad de un proyecto de inversión es la inestabilidad política (Alesina & Perotti, 1996; Feng, 2001). Este fenómeno puede ser de dos tipos: cambios frecuentes en el gobierno (ya sea por medio de elecciones o eventos al margen de la ley como golpes de Estado) o violencia política y descontento social (Alesina & Perotti, 1996, p. 1205).

Alrededor de la literatura empírica, la estabilidad política se ha medido de diferentes formas²². Para efectos del presente artículo, nos concentraremos en aquellas medidas que capturan un espectro más amplio de inestabilidad, tales como índices compuestos (Alesina & Perotti²³, 1996; Feng²⁴, 2001), dejando de lado medidas que reflejan situaciones más extremas como número de golpes de Estado y asesinatos políticamente motivados.

La evidencia empírica que utiliza índices compuestos para medir estabilidad política indica una asociación entre dichas medidas y la tasa de inversión en una economía (Alesina & Perotti, 1996; Feng, 2001; Aisen & Veiga, 2013; Henisz, 2000). En específico, entre mayor la inestabilidad, menor es el flujo de capital. Esto indica de igual manera que en mercados en los que es necesario hundir costos para entrar, el dinamismo de entrada y salida se verá afectada por periodos de inestabilidad política.

3.3. Sobre la viabilidad de incorporar incertidumbre institucional en el análisis de competencia

Dado que la evidencia empírica indica una relación entre variables que afectan la incertidumbre sobre políticas públicas y la inversión en capital, puede afirmarse que dichas variables son relevantes en términos de competencia en un mercado. El siguiente paso es analizar la viabilidad de incluir estos factores en el análisis, lo cual dependerá de los beneficios y costos adicionales que esto puede traer con respecto a los resultados que se obtienen con el análisis de factores que ya son tradicionalmente tomados en cuenta.

En un nivel teórico, dejar de lado el análisis de la incertidumbre sobre el marco regulatorio conlleva a subestimar los costos de entrada en un mercado. Esto está dado principalmente por el modelo de Dixit y Pindyck presentado en el apartado 3.A. Procedemos a ilustrar lo anterior con un ejemplo. Digamos que una empresa está considerando invertir 1 millón de dólares para entrar a al mercado de telecomunicaciones de un país. Actualmente se está discutiendo una regulación, que tendrá como efecto una reducción en el ingreso del proyecto. Si la regulación es adoptada, el proyecto generará un ingreso, ajustado a valor presente, de 800 mil dólares, lo cual generaría una pérdida de 200 mil dólares. Si la regulación no es adoptada, el proyecto generará 1.2 millones de dólares, produciéndose en tal caso una ganancia de 200 mil dólares. Supongamos, para simplicidad del análisis que la inversión es en su totalidad un costo hundido. En caso de que la compañía decida invertir hoy –es decir, antes que la incertidumbre regulatoria se disipe– este costo es no solo de 1

22 Barro (1991) utiliza data sobre número de asesinatos y golpes de Estado; Levine & Renelt (1992) utilizan el número de revoluciones y golpes de Estado; Mauro, (1995) utiliza un índice compuesto de indicadores subjetivos como encuestas, opiniones de expertos, etc.; Brunetti & Weder (1998) utilizan tanto indicadores cuantitativos como cualitativos, entre ellos, el número de ejecuciones políticas, número de víctimas de guerra y percepción acerca de cambios violentos en la sociedad; Aisen & Veiga (2013) utilizan el número de veces que un jefe de gobierno es nombrado y al menos la mitad del gabinete de gobierno es rotado.

23 Construyen un índice compuesto basado en indicadores cuantitativos tales como el número de asesinatos políticamente motivados, muertes en eventos masivos de violencia doméstica.

24 Utiliza la desviación estándar de su medida de libertad política como un proxy de estabilidad política, asumiendo que menores desviaciones se encuentran asociadas a mayor estabilidad.

millón de dólares. A esto hay que sumarle la pérdida esperada que generaría el proyecto en caso de que la regulación se materialice. El valor exacto de esta pérdida dependerá de la probabilidad de adopción de la regulación. Este valor es naturalmente difícil de estimar. En un nivel más práctico, las empresas que enfrenten esta situación tenderán a retrasar proyectos de inversión o enterrarlos en el caso que la incertidumbre y riesgos no sean temporales.

Los costos de introducir factores de análisis como corrupción e inestabilidad política están dados por la complejidad que introducen en el análisis –lo cual incrementa la probabilidad de errores de una autoridad– y la disponibilidad de evidencia que refleje la intensidad del problema. Para simplificar el análisis de incertidumbre institucional en un caso de competencia, en caso de que se esté utilizando un enfoque directo de estimación de poder de mercado, puede introducirse proxys de incertidumbre en el modelo econométrico, tales como indicadores de inestabilidad política. En caso de que se utilice un enfoque de inferencia más indirecto, como cuando se analizan por separado factores asociados a mayor poder de mercado (e.g. barreras a la entrada, concentración, etc.), el análisis no difiere de aquél que se hace sobre cualquier factor que restringe la entrada de competidores. Por ello, no se espera que su introducción incremente la complejidad del análisis de un caso puesto que no se sugiere aquí desviarse del marco tradicional de análisis que se centra en los efectos de una conducta en los consumidores a través del ejercicio del poder de mercado.

Para simplificar aún más el análisis, se sugiere utilizar índices compuestos que agrupen variables institucionales, tales como corrupción e inestabilidad política²⁵. Además de los indicadores utilizados en la literatura mencionada en el apartado anterior, un buen ejemplo de índice compuesto que agrupa indicadores cuantitativos y cualitativos es Índice de Inestabilidad Política desarrollado por the Economist Intelligence Unit. Entre los indicadores utilizados encontramos desigualdad de ingreso, corrupción, fragmentación étnica, confianza en las instituciones, desempleo e ingreso per cápita. Los valores de dicho índice y otros similares pueden ser utilizados para medir, aunque sea de manera imperfecta, inestabilidad política que puede dar pie a mayor volatilidad en la regulación (y su aplicación) en los mercados. Con base en los fundamentos expuestos en los apartados 3.A. y 3.B. esta información puede utilizarse para ajustar las expectativas de entrada en un mercado en el que la entrada conlleve el riesgo de perder la inversión –en otras palabras, cuando estemos en presencia de costos hundidos– y la regulación afecte sustancialmente las ganancias esperadas –que será el caso en mercados altamente regulados como las telecomunicaciones.

Por último, puede argumentarse que la necesidad de inclusión de variables sobre incertidumbre institucional e inestabilidad de políticas públicas es mayor en el caso de países en los que la intensidad del problema es mayor. Esto es porque se puede esperar que en promedio los efectos sobre el dinamismo de entrada y salida a través de la economía sea menor y al no ser tomado esto en cuenta la autoridad de competencia puede estar subestimando en mayor medida la dificultad de entrada en un mercado determinado.

En resumidas cuentas, en el caso de variables institucionales que afectan la incertidumbre acerca de regulaciones que pueden afectar las ganancias de un proyecto de inversión, la viabilidad de su inclusión en el análisis de competencia no debería ser problemática. Por un lado, el análisis se hace en un marco familiar para autoridades de competencia: la evaluación del entorno regulatorio sobre el desempeño del mercado. Por el otro, no se vislumbra un costo alto de recopilar data sobre incertidumbre a nivel de país o en un mercado específico. En un mercado como el de telecomunicaciones puede, por ejemplo, recopilarse información sobre frecuencia de cambios en el marco regulatorio o sobre la expectativa de cambios en el futuro. Asimismo, información sobre legislación y regulación actualmente discutida puede utilizarse para obtener un panorama más completo.

25 Un ejemplo de esto en la literatura empírica puede verse en Mauro, P. (1995). Corruption and growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 110(3), pp. 681–712.

4. CONCLUSIONES

El propósito de las legislaciones de competencia es por lo general incrementar el bienestar del consumidor, en algunas ocasiones con un enfoque en el corto plazo y en otras en el largo plazo. Para esto, es necesario incluir en el análisis aquellas variables que tienen un impacto en los resultados que se buscan. Además de concentración de mercado, estructura de costos, características de la demanda, barreras a la entrada, y conductas específicas de empresas con respecto a sus clientes y proveedores, hemos visto que las reglas formales –e.g. leyes, reglamentos y demás formas de intervención estatal– están relacionadas estrechamente con el comportamiento de las empresas y el desempeño del mercado. A su vez, hemos visto que la adopción de las reglas aplicables a un mercado puede estar influenciada por las empresas que participan en el mismo. Esta influencia es una función de, entre otros factores, variables competitivamente relevantes como la rentabilidad de los agentes económicos y la estructura del mercado.

En vista de lo anterior, es necesario discutir la viabilidad de la introducción de variables que capturan la influencia de las empresas que participan en un mercado en la adopción de regulaciones que afectan las ganancias en el mismo. Asimismo, debe discutirse en qué contexto puede introducirse este tipo de consideraciones. Por un lado, el análisis de estas variables puede ser útil para complementar la evaluación sobre la existencia de poder de mercado de una o varias empresas consideradas en conjunto. Por otro lado, puede plantearse la posibilidad de que el cabildeo por parte de empresas con el propósito de excluir competencia para incrementar o mantener sus ganancias sea capturado como una conducta anticompetitiva.

El primer contexto parece ser preliminarmente el que menos problemas presenta en términos de costos de administración y aplicación de la ley. Analizar variables como gastos en cabildeo y donaciones a partidos políticos y su impacto en el desempeño del mercado no introduce una complejidad mayor a la que una autoridad de competencia enfrenta en la actualidad para evaluar los efectos de una conducta determinada. El segundo escenario, por el contrario, introduce una serie de complejidades que tornan necesario abordar el tema como mayor cautela. Capturar actividades de cabildeo como conductas anticompetitivas puede modificar los incentivos de grupos de interés para abogar por regulaciones que promueven bienes protegidos por el Estado distintos al bienestar del consumidor –tal como el concepto es entendido en la literatura económica neoclásica– como el medio ambiente y la salud pública. Una alternativa puede ser un control más directo sobre la emisión de regulaciones siguiendo el modelo utilizado en países como Perú y España.

Otro aspecto que es comúnmente dejado por fuera en el análisis del entorno institucional en casos de competencia es la incertidumbre provocada por inestabilidad en las políticas que pueden afectar la rentabilidad de proyectos de inversión de una empresa. Como hemos visto, incertidumbre en cuanto a las políticas públicas puede reducir el dinamismo de la entrada y salida en mercados en los que es necesario incurrir en costos hundidos para iniciar operaciones. Esta incertidumbre puede estar ocasionada por una serie de factores como corrupción generalizada y otros que contribuyen a la inestabilidad política de un país. En los casos en que estos problemas se presenten con mayor intensidad, se justifica en mayor medida su introducción en el análisis de casos de competencia con el propósito de no sobreestimar la factibilidad de entrada de competidores en un mercado.

Preliminarmente, no se vislumbra que la introducción de incertidumbre regulatoria como variable que afecta la intensidad de competencia sea problemática. Esto porque tampoco introduce un nivel de complejidad en el análisis de competencia ya que se no se trata más que de un factor que afecta la factibilidad de entrada. El costo de recopilar información que refleje la intensidad del problema no se espera, al menos a primera vista, que sea alto. La literatura empírica puede servir de guía para determinar qué tipo de información puede utilizarse, tal como frecuencia de cambios regulatorios en un mercado, percepción de volatilidad de políticas públicas, etc.

En un nivel académico, ya desde hace algunas décadas se ha reconocido la necesidad de completar los campos de teoría de precios y organización industrial moderna con el estudio de instituciones para el mejor entendimiento del funcionamiento de mercados. Dicho reconocimiento no ha tenido acogida en la aplicación del derecho de competencia. Para que esta rama del derecho cumpla sus objetivos, es necesario que los principios que rigen su aplicación estén de acorde con nuestro mejor entendimiento sobre el funcionamiento de los fenómenos económicos que se pretenden regular.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acemoglu, D., Aghion, P. & Zilibotti, F. (2006). Distance to Frontier, Selection, and Economic Growth. *Journal of the European Economic Association (JEEA)*, 4(1), 37-74.
- Aisen, A. & Veiga, F. (2013). How does political instability affect economic growth?. *European Journal of Political Economy*, (29), 151–167.
- Akcigit, U., Baslandze, S. & Lotti, F. (2018). Connecting to Power: Political Connections, Innovation, and Firm Dynamics. *National Bureau of Economic Research*. Disponible en <https://www.nber.org/papers/w25136>. Consultado el 19/09/2021.
- Alesina, A. & Perotti, R. (1996). Income distribution, political instability, and investment. *European Economic Review*, 40(6), 1203–1228.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (29 de septiembre de 2011). [Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de 2011].
- Barro, R. (1991). Economic growth in a cross section of countries. *The Quarterly Journal of Economics*, 106(2), 407–443.
- Baumgartner, F. R., Berry, J. M., Hojnacki, M., Kimball, David C. and Leech, B. L. (2009). Lobbying and Policy Change: Who Wins, Who Loses, and Why. Chapter 4. University of Chicago Press.
- Beneke, F. (2021). Competition Law and Political Influence of Large Corporations – Antitrust Analysis and the Link between Political and Economic Institutions. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-12*, p. 13. Disponible en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3831269>. Consultado el 20/09/2021.
- Boas, T., Hidalgo, F. & Richardson, N. (2014). The Spoils of Victory: Campaign Donations and Government Contracts in Brazil. *The Journal of Politics*, 76(2), 415-429.
- Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224 (1993).
- Brunetti, A. & Weder, B. (1998). Investment and institutional uncertainty: A comparative study of different uncertainty measures. *Weltwirtschaftliches Archiv*, 134(4), 513–533.
- Carlton, D. W. & Perloff, J. M. (2015). Modern Industrial Organization. *Pearson*.
- Coase, R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, 3, 1–44.
- Claessens, S., Feijen, E. & Laeven, L. (2008). Political Connections and Preferential Access to Finance: The Role of Campaign Contributions. *Journal of Financial Economics*, 88(3), 554-580.
- Clark, J. (2005). Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 6(4), 69-80.
- Dixit, A. K., and Pindyck, R. S. (1994). *Investment under Uncertainty*. Princeton University Press.

- Feng, Y. (2001). Political freedom, political instability, and policy uncertainty: A study of political institutions and private investment in developing countries. *International Studies Quarterly*, 45(2), 271–294.
- Freille, S., Avramovich, C., Moncarz, P. & Soffietti, P. (2019). Inside the revolving door: Campaign finance, lobbying meetings and public contracts. An investigation for Argentina. Development bank of Latin America – CAF. Working paper No. 2019/03. Disponible en <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1392/inside-the-revolving-door-campaign-finance-lobbying-meetings-and-public-contracts-an-investigation-for-argentina.pdf?sequence=1>. Consultado el 19/09/2021.
- Gilens, M. & Page, B. (2014). Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens. *Perspectives on Policies*, 12(3), 564-581.
- Gobierno de España. (9 de diciembre del 2013). [Ley de Garantía de la Unidad de Mercado].
- Henisz, W. (2000). The institutional environment for economic growth. *Economics & Politics*, 12(1), pp. 1–31.
- Kerr, W., Lincoln, W. & Mishra, P. (2014). The Dynamics of Firm Lobbying. *American Economic Journal: Economic Policy*, 6(4), 343-379.
- Kovacic, W. (2007). The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double-Helix. *Columbia Business Law Review*, 2007(1), 1-80.
- Knack, S. & Keefer, P. (1995). Institutions and economic performance: Cross-country tests using alternative institutional measures. *Economics & Politics*, 7(3), 207–227.
- Levine, R. & Renelt, D. (1992). A sensitivity analysis of cross-country growth regressions. *The American Economic Review*, 82(4), 942–963.
- Mauro, P. (1995). Corruption and growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 110(3), 681–712.
- North, D. (1989). Institutions and economic growth: An historical introduction. *World Development*, 17(9), 1319–1332.
- Pindyck, R. (2008). Sunk costs and real options in antitrust analysis. En Wayne D.C. (ed), ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, ABA Publishing, 1, pp. 619–640.
- Piraino, T. Jr. (2007). Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*, 82(2), pp. 345-409.
- Posner, R. (2001). *Antitrust Law*. University of Chicago Press.
- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. (13 de Noviembre de 2014). [Ley Antimonopolio. Decreto N° 1.415 con Rango, Valor y Fuerza de Ley].
- Priest, G. (2013). Competition law in developing nations: The absolutist view. In: Sokol D., Cheng T., Lianos I. (eds). *Competition law and development*. Stanford University Press: Stanford, pp. 79-89.
- República de El Salvador. (26 de noviembre de 2004). [Ley de Competencia de El Salvador].
- Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management*, 2(1), 3-21.

Tribunal Supremo de España, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. (10 de Marzo de 2020) Sentencia 349/2020.

Wei, S. (2000). How taxing is corruption on international investors?, *Review of Economics and Statistics*, 82(1), 1–11.

Yoo, C. S. (2020). The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 2145-2169.

CICLOS DE VIDA DE LOS REGÍMENES DE COMPETENCIA: ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE NUEVOS SISTEMAS

LIFECYCLES OF COMPETITION SYSTEMS: EXPLAINING VARIATION IN THE IMPLEMENTATION OF NEW REGIMES

BILL KOVACIC¹
MARIANELA LÓPEZ-GALDOS²

RESUMEN

El artículo analiza de forma original los patrones de evolución de los sistemas de competencia a nivel global. Establece patrones de evolución y aspira a identificar aquellos factores que influyen en el éxito o fracaso de la progresión de los sistemas de competencia.

PALABRAS CLAVE

competencia | agencias de competencia | ciclos de vida | regulación económica

ABSTRACT

The article analyzes in an original way the patterns of evolution of competition systems at a global level. It establishes patterns of evolution and aims to identify those factors that influence the success or failure of the progression of competition systems.

KEYWORDS

competition | competition agencies | lifecycles | economic regulation

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 4 de setiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 16 de setiembre de 2022.

CONTENIDO

I. Introducción; **II.** Diseño institucional y buen funcionamiento de la agencia, **A.** Los problemas de implementación, **B.** Nota sobre la metodología; **III.** Aplicación de la política: tareas, retos y expectativas realistas, **A.** Los poderes de las autoridades a prueba, **B.** Contratación y retención de personal capacitado, **C.** Desafíos previsibles en los tribunales y resistencia de los mismos, **D.** Respuesta a los cambios en la dirección de la agencia, **E.** Superar las crisis económicas y políticas, **F.** Demostrar la capacidad de recuperación **G.** Expectativas realistas, **G.** Expectativas realistas; **IV.** Ciclos de vida, **A.** Ascenso temprano seguido de declive, **B.** La línea plana, **C.** Progresión gradual hacia arriba; **V.** Factores que explican el éxito de la implantación, **A.** Financiación, **B.** Capital humano, **C.** Adecuación de los compromisos a las capacidades, **D.** Aprendizaje, **E.** Apoyo político, **F.** Instituciones de apoyo, **G.** Cooperación internacional, **H.** Evaluación periódica y actualizaciones; **VI.** Conclusión; **VII.** Bibliografía.

1 Es professor en la George Washington Law School y director del Competition Law Center de dicha Universidad.

2 Abogada en la asociación Computer & Communications Industry Association y profesora en varias universidades sobre derecho de la competencia.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición del derecho de la competencia como fenómeno mundial es un acontecimiento único y notable en la regulación económica.³ Durante casi un siglo, tras la adopción de las primeras leyes a finales del siglo XIX,⁴ la legislación de competencia o antimonopolio, fue en gran medida, una idiosincrasia estadounidense.⁵ Esto ya no es así. Desde finales de la década de 1980, el número de jurisdicciones con leyes de competencia ha pasado a tener menos de veinte a más de 130,⁶ y hay más en camino.⁷ Muchos de las jurisdicciones que recientemente han adoptado esta normativa son países que parecían inmutablemente comprometidos con la planificación central y la propiedad gubernamental como bases del progreso económico hasta el pasado reciente.⁸

La asombrosa expansión mundial del derecho de la competencia tiene una importancia económica considerable más allá de los regímenes consolidados en la Unión Europea y Estados Unidos, que juntos habían funcionado hasta hace poco como una forma de duopolio regulador en el derecho internacional de la competencia desde principios de la década de 1990.⁹ Para las grandes empresas multinacionales, el establecimiento de nuevos sistemas en Brasil y China y la remodelación del antiguo e ineficaz régimen de competencia de la India ha transformado la planificación de las fusiones y ha exigido la reconsideración de prácticas como la concesión de licencias de propiedad intelectual.¹⁰

- 3 Véase Aydin & Buthe (2016), describen el desarrollo del derecho de la competencia y los retos a los que se enfrentan los organismos de competencia. En este artículo, el “derecho de la competencia” abarca las herramientas de política (incluyendo la aplicación de la ley, la promoción, la investigación, los estudios de mercado y la educación empresarial) que los países utilizan para proscribir las prácticas comerciales anticompetitivas y promover la adopción de políticas públicas favorables a la competencia. Véase Kovacic (2001, pp. 281-286) (en adelante, Kovacic, Institutional Foundations), donde se describen las herramientas políticas que componen la ley y la política de competencia.
- 4 Véase D. Jeffrey Brown (2015) describe la aprobación de la ley de competencia de Canadá en 1889.
- 5 Estados Unidos promulgó su primera ley federal antimonopolio, la Ley Sherman, en 1890. Ley Sherman. 15 U.S.C. § 1 et seq. (1982). La adopción de la ley se examina en Martin J. Sklar (1988, pp. 93-117). Un pequeño número de otras jurisdicciones establecieron sistemas de derecho de la competencia en el siglo posterior a la aprobación de la Ley Sherman. Las adiciones más importantes tuvieron lugar en 1958, cuando entró en vigor la ley de competencia de Alemania y la Comunidad Europea, a través del Tratado de Roma, adoptó los artículos sobre competencia que crearon el sistema de derecho de la competencia de la Unión Europea. Sobre la promulgación de la ley de competencia alemana, véase Gerard Braunthal (1965, p. 187). La adopción de los artículos sobre competencia del Tratado de Roma se relata en David J. Gerber (2001, pp. 342-345).
- 6 Véase William E. Kovacic (2015a, pp. 1157-1158) (en adelante Kovacic, *Influencia*), describe la creación global de sistemas de derecho de la competencia. El cálculo de cuántos países que tienen sistemas de derecho de la competencia es un ejercicio impreciso. Para un análisis de las cuestiones de clasificación y otras cuestiones metodológicas, véase Mark R.A. Palim (1998) (en adelante Palim, *Worldwide Growth*).
- 7 Por ejemplo, Nigeria está avanzando hacia la promulgación de una ley de competencia (Briggs, 2016).
- 8 La adopción de leyes de competencia en los países BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) es ilustrativa. Hace treinta años, estas naciones parecían poco propensas a emprender reformas basadas en el mercado y a crear sistemas de competencia. Véase en general Emch, Regazzini & Rudomino (Eds.) (2012) detallando el establecimiento de la ley de competencia en las naciones BRICS; véase también Jenny & Katsoulacos (Eds.) (2016) analizando el desarrollo de la ley de competencia en las naciones BRICS y otros países en desarrollo. Los adoptantes desde 1990 no son sólo economías planificadas o países en desarrollo. Entre ellos se encuentran Austria, Italia y los Países Bajos. Véase www.en.bnb.gv.at/AustrianCompetitionAuthority/Seiten/default.aspx (señalando la adopción de la ley de competencia de Austria en 2002); NMa, Informe Anual 1998, en 3 (1998), disponible en www.acm.nl/en/publications/publication/11598/NMa-1998-Annual-0Report/ (señalando la adopción por parte de los Países Bajos de su primera ley de competencia en 1998); www.agcm.it/en/ (describiendo la promulgación de la primera ley de competencia de Italia en 1990).
- 9 Véase Kovacic (2010) donde se relata el desarrollo del duopolio de la ley de competencia de la UE y los Estados Unidos.
- 10 Véase Kovacic, *Influencia*. (2015a, p.1158) donde se analiza la expansión del número de sistemas de competencia en el mundo y su importancia para la toma de decisiones empresariales.

Aunque su Ley Antimonopolio no entró en vigor hasta agosto de 2008,¹¹ China ya está a la altura de la Unión Europea y de Estados Unidos en cuanto a su capacidad para dar forma a las normas mundiales de comportamiento empresarial y condicionar a través de la regulación económicas los negocios mundiales. Es importante señalar, que en los¹² próximos años, alianzas regionales como la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático podrían alcanzar la misma estatura.¹³

Para los estudiosos de la regulación, el establecimiento de nuevos sistemas de derecho de la competencia llama la atención por otra razón. La creación de tantos sistemas nuevos –aproximadamente 100 nuevos regímenes en apenas veinticinco años¹⁴– ofrece una oportunidad inigualable para estudiar por qué surgen las instituciones reguladoras, cómo evolucionan y qué hace que tengan éxito o fracasen en el cumplimiento de sus mandatos legales. Nuestra impresión no científica es que no hay ningún otro campo de la política económica en el que tantas jurisdicciones hayan adoptado un nuevo régimen regulador por primera vez en un periodo tan corto.¹⁵ El derecho de la competencia abarca

11 Wang & Emch (2015, pp. i12-i13) describen la adopción y aplicación de la Ley Antimonopolio de China.

12 Véase, en general, Emch & Stallibras (Eds.) (2013) donde se analiza cómo la Ley Antimonopolio de China ya ha dado forma a los negocios mundiales; véase también Symposium, *Competition Law in China Today*, 3 J. ANTITRUST ENFORCEMENT 1 (Supp. Oct. 2015) (donde se analiza el desarrollo del sistema de derecho de la competencia de China); Svetiev & Wang (2016).

13 La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático se comprometió con sus miembros a adoptar leyes de competencia para finales de 2015. Los compromisos de la asociación en materia de derecho de la competencia aparecen en www.asean.org. Esto impulsó la creación de nuevos sistemas en Myanmar y Filipinas. La asociación ha lanzado recientemente el Programa de Política y Derecho de la Competencia para fomentar la cooperación y la integración de políticas en materia de derecho de la competencia en toda la región. Calvin Hui, Singapore's Competition Commission leads effort to align competition policy and law in ASEAN (27 de abril de 2016), disponible en <http://www.channelasia.com/news/business/singapore-s-competition/2735476/html>.

14 Véase Aydin & Buthe (2016), describen la difusión de los sistemas de competencia a nivel mundial. Obtenemos nuestra estimación de varias fuentes. Comenzamos con el estudio de Mark Palim, *Worldwide Growth*, (1998, pp. 106-109 & n. 15), que identificó las jurisdicciones con leyes de competencia a partir de 1990. Luego identificamos a los adoptantes desde 1990 con la base de datos del Centro de Derecho de la Competencia de la Universidad George Washington y los datos de los miembros de la Red Internacional de Competencia. Véase *Worldwide Competition Database*, The George Washington Competition Law Center, disponible en <https://www.law.gwu.edu/world-competition-database> (que recopila datos sobre las características institucionales de los sistemas de derecho de la competencia); *Members Directory*, International Competition Network, disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx.

15 A finales de la década de 1980 y en la de 1990, muchos países comunistas o socialistas emprendieron reformas económicas orientadas al mercado. Véase, por ejemplo, el proceso de reforma económica en estos países, documentado en Clague & Rauser (Eds.) (1992) (en adelante, *Emergence*) (que describe las reformas económicas emprendidas por las economías en transición tras la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética). Estos cambios reflejaron la comprensión de que una transición exitosa a un sistema de mercado requería cambios básicos en el marco legal existente. Véase Mancur Olson (1992),

Para obtener todos los beneficios del comercio, ... tiene que haber un sistema jurídico y un orden político que haga cumplir los contratos, proteja los derechos de propiedad, lleve a cabo acuerdos hipotecarios, prevea sociedades de responsabilidad limitada y facilite un mercado de capitales duradero y ampliamente utilizado que haga que las inversiones y los préstamos sean más líquidos de lo que serían de otro modo. (p. 65)

En medio de toda la actividad de reforma del derecho económico en este periodo, la amplitud de las leyes de competencia adoptadas parece no tener parangón. Comprobamos nuestra impresión examinando los procedimientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, cuyos programas apoyan las reformas para estimular el crecimiento económico. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OECD] (2011): "A lo largo de su historia, la OCDE... ha ayudado a los países a fomentar el buen gobierno y a reformar y mejorar sus políticas económicas para generar un mayor crecimiento económico" (p. 2). La OCDE opera a través de un marco de unos 250 comités, grupos de expertos y grupos de trabajo. Véase Hugh M. Hollman y William E. Kovacic (2011, p. 289), donde se describe el funcionamiento de la OCDE. El trabajo de estos organismos es accesible a través de la página web de la OCDE en www.oecd.org. Nuestro examen de su trabajo no revela ningún otro ámbito de

ahora una extraordinaria variedad de jurisdicciones en la mayor parte del mundo.¹⁶ Desde 1990, la amplia experimentación con el diseño institucional y la implementación de políticas para el derecho de la competencia ha suscitado la atención de los estudiosos de la política, la historia, el derecho, la ciencia política y la administración pública.¹⁷

Este artículo examina un aspecto de la adopción global de sistemas de derecho de la competencia: Nos centramos en lo que las jurisdicciones deben hacer para construir las instituciones necesarias para la aplicación efectiva de la ley de competencia, especialmente el desarrollo de programas que mejoren los resultados económicos.¹⁸ En lugar de evaluar si los sistemas de competencia creados recientemente han reducido los precios, mejorado la calidad de los productos o estimulado la innovación,¹⁹ analizamos en qué medida las distintas jurisdicciones han creado los fundamentos institucionales para alcanzar estos objetivos.

En este artículo se aborda el tema de las instituciones y la implementación de la siguiente manera. En la parte II del artículo se exponen los principales supuestos que han guiado nuestro estudio de los ciclos de vida de los sistemas de competencia. Discutimos la importancia del diseño institucional y de la capacidad de implementación de políticas y, centrándonos en las consideraciones institucionales, ofrecemos nuestra propia definición de lo que constituye un “buen” régimen de competencia.

La parte III del artículo considera los obstáculos específicos que una jurisdicción debe superar para establecer un régimen de derecho de la competencia eficaz. Al hacerlo, destacamos que el establecimiento de un sistema que funcione bien en la mayoría de las jurisdicciones será probablemente un proceso relativamente lento. Sugerimos que se necesitan aproximadamente de veinte a veinticinco años desde la adopción de una ley para determinar si un nuevo régimen de derecho de la competencia está en el camino de la aplicación exitosa a largo plazo. En circunstancias más difíciles, el camino puede ser más largo. Esto exige realismo a la hora de establecer expectativas sobre lo que puede hacer un sistema de competencia y la rapidez con la que puede hacerlo.

Aunque los más de 100 sistemas de competencia que se han formado desde finales de la década de 1980 han evolucionado de diferentes maneras, han surgido algunas pautas generales. La parte IV del artículo presenta las principales vías de evolución que han seguido los nuevos sistemas de

la regulación económica en el que tantas jurisdicciones hayan creado nuevos regímenes jurídicos en cantidades comparables al derecho de la competencia.

16 Véase la nota 12 y el texto adjunto (donde se describe la expansión de los sistemas de derecho de la competencia). La amplia distribución geográfica de los sistemas de competencia se hace evidente en los miembros de la Red INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. Véase el *Directorio de Miembros*, Red Internacional de Competencia, www.internationalcompetitionnetwork.org/members/members-directory.aspx (lista, por continente, de los miembros de la Red Internacional de Competencia).

17 Véase, por ejemplo, Aydin & Buthe (2016) colaboración entre dos politólogos para analizar el desarrollo de los nuevos sistemas de competencia; Rodríguez & Menon (2016) estudio realizado por un economista sobre los límites de la capacidad de los organismos de competencia para aplicar la política con éxito.

18 Los comentaristas identifican la mejora de los resultados económicos (por ejemplo, una mayor productividad y un aumento de la innovación) como un objetivo importante de la política de competencia, pero también sugieren que el derecho de la competencia puede ayudar a alcanzar otros objetivos, como la reducción de la corrupción y la pobreza. Véase Davies & Thiemann (2015), donde se analiza la capacidad del derecho de la competencia para aumentar la productividad y la innovación, al tiempo que se lucha contra la corrupción y se reduce la pobreza. Al centrarnos en la mejora de los resultados económicos, somos conscientes de que las naciones adoptan leyes de competencia para alcanzar otros objetivos políticos. Véase Barak Orbach (2013) donde se analizan los diversos objetivos de los sistemas de competencia. No conocemos ninguna jurisdicción que, al promulgar y aplicar una ley de competencia, haya sido indiferente al propósito de mejorar los resultados económicos.

19 Una creciente literatura ha tratado de evaluar el impacto económico de las decisiones de aplicación de la ley de competencia. Véase Vitale y Carrieri (2016), presenta el marco para la evaluación ex post y revisa los estudios sobre los efectos de las decisiones de los organismos de competencia.

competencia. Llamamos a estos caminos “ciclos de vida” para transmitir la noción de que hay patrones recurrentes en la forma en que evolucionan los sistemas de competencia. Sostenemos que, mediante el estudio de los ciclos de vida de los sistemas, las jurisdicciones pueden mejorar el rendimiento de los regímenes de competencia existentes y pueden anticiparse mejor a los obstáculos para crear nuevos sistemas eficaces y enfrentarse a ellos. Descubrimos que la trayectoria más asociada con el éxito de la implementación es una curva gradual de progreso ascendente, una condición que subraya la importancia de las mejoras sostenidas e incrementales para las instituciones a las que se les confían tareas clave de implementación.

La Parte V presenta los factores que determinan el ritmo de implantación de los nuevos sistemas. Las consideraciones clave son los recursos (desembolsos financieros y capital humano), el liderazgo de los organismos, el compromiso y la estabilidad política, y la calidad de las instituciones colaterales, como los tribunales y las universidades.

La Parte VI ofrece algunas conclusiones sobre la trayectoria del éxito de la implementación. Llegamos a la conclusión de que, puestos a elegir entre el consumo en forma de inicio de nuevos casos u otros programas y la inversión en la creación de instituciones, los nuevos sistemas están bien asesorados para hacer hincapié en la inversión a la hora de asignar recursos en las primeras décadas de su desarrollo.

II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA AGENCIA

Nuestra premisa básica es que las mejoras en los diseños institucionales tienden a producir resultados políticos superiores. Durante gran parte de la década de 1990, las organizaciones de ayuda al desarrollo tanto nacionales y multinacionales que fomentaron la adopción de leyes de competencia generalmente prestaron una atención inadecuada al diseño institucional y a la aplicación de las políticas.²⁰ Las organizaciones que asesoraron a los países en la formulación de nuevas leyes despreciaron los diseños institucionales que son vitales para la aplicación de las nuevas leyes de competencia.²¹ Los donantes a menudo medían su propio éxito sólo por el número de nuevas leyes, sin tener en cuenta la eficacia o la sostenibilidad de las leyes que ayudaban a aplicar (Kovacic, 1997). Al mismo tiempo, las agendas de derecho de la competencia de organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) focalizaban sus debates sobre los programas sustantivos de competencia que debían perseguir los sistemas, pero escasas veces discutían cómo llevarlos a cabo.²²

Sorprendentemente, las cuestiones de aplicación de la política se consideraron meros detalles técnicos que debían resolverse una vez aprobada la ley de competencia (Kovacic, 1997). Al redactar los nuevos estatutos de competencia, los asesores externos solían proporcionar soluciones copiadas de otras jurisdicciones, sin tener en cuenta las condiciones locales o las capacidades para su implementación.²³ El status quo predominante también presionó hacia la adopción de regímenes de competencia que incluían el conjunto completo de mandatos de política que eran la norma en sistemas más antiguos como la Unión Europea y los Estados Unidos (Kovacic, 1997). Esta tendencia reflejaba en parte la opinión generalizada de que la oportunidad para que economías en transición hiciesen reformas

20 Véase William E. Kovacic (1997, p. 404) (en adelante, *Getting Started*) donde se describe la escasa atención prestada a los problemas de aplicación en la década de 1990.

21 Véase William E. Kovacic (2007) (en adelante *Lucky Trip*)

22 La agenda de las Mesas Redondas de Políticas convocadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico muestra esta tendencia. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Comité de Competencia, Mesas Redondas de Políticas, www.oecd.org/competition/roundtables.htm. Hasta mediados de la década de 2000, los temas de estas mesas redondas trataban predominantemente cuestiones de análisis antimonopolio sustantivo. A partir de mediados de la década de 2000, se observa un mayor número de sesiones que abordan cuestiones de aplicación de políticas.

23 Véase en general Kovacic (2007), *Lucky Trip*, que examina esta tendencia en varios países.

económicas básicas era solo una (Kovacic, 2001). Asumiendo que la voluntad política de promulgar reformas se evaporaría, se hizo necesario empaquetar todo en la normativa de competencia desde el principio. La posibilidad de futuras actualizaciones o de una aplicación gradual y escalonada se consideraba remota (Kovacic, 2001, pp. 274-275; pp. 298-301).

A. Los problemas de implementación

Los estudios académicos y la elaboración de políticas en los últimos quince años revelan un creciente reconocimiento de que las cuestiones relativas a la implementación de sistemas de competencia exigen una atención especial desde el primer día en que se inicia el proceso de reforma legislativa (Fox & Trebilcock, 2013). Las leyes con grandes aspiraciones políticas pero con escasos medios de aplicación consumen inútilmente los recursos de los funcionarios públicos y de los empresarios (Kovacic, 1997). Y lo que es peor, generan cinismo sobre la legislación y la administración pública en general a los ojos de los ciudadanos, que con demasiada frecuencia han visto a sus gobiernos prometer demasiado y cumplir muy poco (Kovacic, 1997). Sin embargo, la implementación de las normas de competencia recibe cada vez más la atención necesaria por parte de académicos, funcionarios y profesionales. Con mayor frecuencia e intensidad, los debates sobre el derecho de la competencia abordan hoy en día cómo establecer y aplicar las bases institucionales necesarias para lograr buenos resultados políticos,²⁴ así como la forma de medir la eficacia de las diferentes configuraciones institucionales.²⁵

El hecho de que este artículo se centre en los ciclos de vida destaca la historia de la implementación de las políticas de competencia en las distintas jurisdicciones. El establecimiento de un nuevo sistema de regulación implica una considerable experimentación con enfoques políticos sustantivos así como las pertinentes técnicas para su implementación.²⁶ La capacidad de aprender de la propia experiencia así como de la experiencia colectiva de otras instituciones a las que se han asignado responsabilidades similares es importante.²⁷ Esta perspectiva histórica puede ayudar a orientar el diseño inicial y el funcionamiento temprano de un sistema de regulación y, lo que es más importante, informar sobre cómo perfeccionar el sistema para que funcione a largo plazo.²⁸ Los organismos que adoptan un

24 Véase, por ejemplo, Daniel A. Crane (2011): "Las instituciones son un motor crítico y subestimado de una política antimonopolio que interactúa de muchas maneras sutiles con las normas y decisiones antimonopolio sustantivas" (p. xi). Annetje Ottow (2015) donde se analiza de forma general el funcionamiento de los sistemas de competencia y sus principios estructurales.

25 Véase en general David A. Hyman y William E. Kovacic (2012, pp. 528 - 536) evaluando una variedad de diferentes sistemas de diseño de agencias de competencia y cómo las opciones pueden afectar a la eficacia futura de estos sistemas.

26 Esto es evidente, por ejemplo, en la experiencia de Estados Unidos. La decisión de crear una segunda institución federal de aplicación de la ley en 1914 (la Comisión Federal de Comercio) puede considerarse un experimento de desarrollo de políticas administrativas como alternativa a la aplicación de las leyes antimonopolio por parte del Departamento de Justicia en los tribunales federales. Véase Marc Winerman (2003, pp. 62-88; 90-92) donde se analizan los motivos legislativos para la creación de la FTC). La evolución del programa de aplicación penal del Departamento de Justicia contra los cárteles también ha mostrado una considerable experimentación y ajuste, especialmente desde mediados de la década de 1970. Véase William E. Kovacic (2011).

27 Véase Marc Winerman y William E. Kovacic (2010, pp. 146-149) donde se describe el valor del estudio histórico como forma de identificar el valor del análisis histórico para entender la FTC y comprender los retos a los que se enfrentarán otras agencias en el período inicial de su desarrollo; William E. Kovacic (2009b, pp. 2-5) (en adelante *FTC at 100*) donde se discuten los beneficios para la FTC de compararse con otras agencias de competencia.

28 Véase en general Edward J. Balleisen y Elizabeth K. Brake (2014) en el que se destacan las diferentes formas en que los organismos reguladores utilizan la historia para influir en las futuras decisiones y elecciones políticas y se evalúan las perspectivas históricas en la configuración de la política regulatoria.

ciclo virtuoso de experimentación, evaluación y perfeccionamiento mejoran considerablemente sus perspectivas de éxito.²⁹

B. Nota sobre la metodología

Existe un amplio y creciente cuerpo de literatura sobre el desarrollo de nuevos sistemas de derecho de la competencia. Esto refleja, creemos, el excepcional número de vías de investigación abiertas por la notable expansión del derecho de la competencia como preocupación global. Nuestro artículo se basa en esta literatura y en varios recursos adicionales. Uno de ellos es un proyecto de evaluación comparativa realizado por el Centro de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Este proyecto ha recogido información sobre diez características institucionales principales de los 130 sistemas de derecho de la competencia del mundo.³⁰ El proceso de preparación de este estudio ha proporcionado una valiosa oportunidad de utilizar la información para ver cómo han evolucionado los sistemas individuales. Una segunda fuente de información son los informes y las revisiones por pares elaborados por la Red Internacional de Competencia (ICN), la OCDE y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre asuntos relacionados con la aplicación de la ley de competencia.³¹ La tercera fuente incluye entrevistas con funcionarios actuales y antiguos de los organismos de competencia y visitas a diversos países.³²

La recopilación e interpretación de esta información está profundamente influenciada por la Iniciativa para Repensar la Regulación (Rethinking Regulation) del Instituto Kenan de Ética de la Universidad de Duke.³³ Para el derecho de la competencia, el establecimiento de un régimen regulador exitoso requiere un conocimiento de las condiciones económicas y políticas que facilitan o dificultan la aplicación de la política, una comprensión de las estructuras de incentivos que motivan a la dirección y al personal de los organismos, y bastan las perspectivas derivadas de la experiencia real.³⁴ La mera redacción de mandatos legales y mecanismos de procedimiento sin estos pilares es una fórmula para el fracaso.³⁵

29 Véase William E. Kovacic (2005, pp. 511-513) en el que se defiende un proceso de innovación política que implica la experimentación con nuevas técnicas, la identificación de enfoques superiores a través de la evaluación periódica y la adopción de mejores prácticas.

30 *Base de datos de la competencia mundial*, Centro de Derecho de la Competencia, Universidad George Washington, www.gwcl.com/World-competition-database.html.

31 Kovacic ha participado en varios de estos ejercicios de revisión por pares desde 2011 y ha sido coautor de las revisiones por pares de la UNCTAD para Armenia, Pakistán y Ucrania. UNCTAD, Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Ucrania (5 de julio de 2013), disponible en www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclp2013d3_en.pdf; UNCTAD, Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Pakistán (6 de junio de 2013), disponible en www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclp2013d4_en.pdf; UNCTAD, Voluntary Peer Review of Competition Policy: Armenia (31 de agosto de 2010), disponible en www.unctad.org/en/docs/ditclp20101_en.pdf.

32 Desde 2011, entre todos hemos visitado a las autoridades de competencia de las siguientes jurisdicciones que adoptaron leyes de competencia después de 1990: Albania, Argentina, Armenia, Barbados, Botsuana, Brasil, Chile, China, Colombia, Ecuador, España, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Kenia, Letonia, Lituania, Malasia, Marruecos, Mauricio, México, Países Bajos, Pakistán, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Serbia, Singapur, Sudáfrica, Taiwán, Tailandia, Turquía, Ucrania y Zambia.

33 Véase *Rethinking Regulation*, The Kenan Institute for Ethics at Duke University, www.kenan.ethics.duke.edu/regulation/about/rethinking-regulation (visitado por última vez el 29 de mayo de 2016) (donde se describe la iniciativa Rethinking Regulation y sus objetivos).

34 Sobre la importancia de un examen cuidadoso de las condiciones económicas y políticas existentes y de los acuerdos institucionales como base para la reforma regulatoria, véase William E. Kovacic (1995, pp. 1215-1223) (en adelante *Perspectives*). Véase también Michal S. Gal (2003, p. 4) donde se analizan las consideraciones especiales que hay que tener en cuenta a la hora de diseñar la política de competencia en los mercados pequeños; se observa que “las economías pequeñas necesitan una política de competencia que se adapte específicamente a sus mercados”.

35 El hábito de los asesores occidentales de dar a las economías en transición soluciones normativas improvisadas concebidas en economías de mercado bien establecidas, y de minimizar los problemas de aplicación, se critica en William E. Kovacic (1996, pp. 437-39; 445-51) (en adelante *Entrepreneur*).

III. APLICACIÓN DE LA POLÍTICA: TAREAS, RETOS Y EXPECTATIVAS REALISTAS

La evaluación de los regímenes de derecho de la competencia plantea una doble cuestión: no sólo cómo sino también cuándo determinar si un nuevo sistema de derecho de la competencia está funcionando eficazmente. La primera parte de la cuestión requiere al menos una investigación preliminar sobre lo que constituye un buen rendimiento de una agencia reguladora e, idealmente, cuánto ha contribuido una agencia a mejorar el rendimiento económico. Dado que el rendimiento es difícil de medir, los funcionarios electos, los periodistas, los profesionales, los reguladores y los investigadores académicos utilizan sustitutos relacionados con la actividad.³⁶ Tal vez la métrica de rendimiento más comúnmente utilizada en los debates populares y académicos sobre el comportamiento de las agencias reguladoras, y ciertamente el comportamiento de las agencias de competencia, es la cantidad de actividad en forma de investigaciones iniciadas, casos procesados y normas promulgadas.³⁷ Muchos funcionarios de las agencias de competencia comienzan sus discursos diciendo que sus organizaciones han estado “ocupadas”, una afirmación basada en la premisa de que los altos niveles de actividad certifican la calidad de una agencia.³⁸

Sin embargo, los niveles de actividad son indicadores terriblemente ambiguos del rendimiento de las agencias.³⁹ Sin duda, la actividad no es irrelevante para una buena evaluación del rendimiento de la agencia.⁴⁰ Una agencia que no hace nada para aplicar sus competencias adecuadamente puede considerarse un fracaso.⁴¹ Por ejemplo, es necesario al menos un cierto nivel de aplicación de la ley para disuadir infracciones, para crear y mantener la capacidad de la agencia y para establecer la legitimidad de la institución, en un sentido político y social amplio (Kovacic, 2015). Después de todo, ¿por qué deberían los legisladores confiar los fondos públicos a una agencia que apoltrona sus poderes? Pero un enfoque centrado en la actividad (el producto) no puede equipararse automáticamente a los logros (el resultado). Hacer muchas cosas no es lo mismo que hacer las cosas correctas, o hacerlas correctamente. Focalizarse en la actividad también genera incentivos erróneos para los altos cargos, que pueden centrarse los titulares que acompañan a las nuevas iniciativas, pero ignoran los costes a largo plazo para el organismo y el público cuando esos asuntos concebidos

36 Sobre la popularidad de las medidas basadas en la actividad de los organismos de competencia, véase William E. Kovacic (2015b, pp. 246-247; 2009a, p. 908), y Kovacic (2003, pp. 404-405) (en adelante *Enforcement Norms*) (igual). Existe un esfuerzo saludable y creciente, por parte de las agencias y los académicos, para desarrollar y aplicar técnicas para responder a la cuestión fundamental del impacto económico. Esto es evidente, entre otros lugares, en los programas del Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que ha celebrado varias mesas redondas sobre la evaluación de la eficacia de los organismos de competencia.

37 Véase, por ejemplo, *Rating Enforcement 2015: The Annual Ranking of the World's Top Antitrust Authorities*, Global Competition Review, 1, 2-32 (2015) (presenta los criterios de evaluación, que dan la mayor importancia a los niveles de actividad, incluidos los casos procesados); James C. Cooper y William E. Kovacic (2012, pp. 783-784) describe las fuerzas que crean presión para que los reguladores maximicen la “acción observable”; William E. Kovacic, Hollman, y Grant (2011, pp. 27-30) donde se analiza la popularidad de las medidas de eficacia de la competencia basadas en la actividad.

38 Véase, por ejemplo, Renata B. Hesse (2016): “2015 fue un año ajetreado para la división: abrimos varias investigaciones, registramos mucho tiempo de juicios y registramos varias victorias de importancia...”; Sharis Pozen (2011): “Ha sido un momento ajetreado y emocionante para estar en la división”.

39 Ver Kovacic (2009; 2011), explicando por qué los niveles de actividad reflejan mal el rendimiento de la agencia.

40 Véase Kovacic (2015), *Respected Brand*, *supra* (describe la importancia que tiene para la credibilidad de un organismo el mantenimiento de un nivel básico de actividad)

41 Véase *id.* (describiendo cómo la no aplicación de un mandato legal puede negar a un organismo “una importante medida de capital político y de reputación”); al mismo tiempo, sin embargo, la reputación de un organismo antimonopolio puede mejorar si se niega a aplicar un mandato legal que ha llegado a ser ampliamente considerado como mal concebido y hostil a los intereses de los consumidores. Véase Kovacic (2003), *Enforcement Norms*, (donde se describe la retirada del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio desde principios de los años 70 de la aplicación de la Ley Robinson-Patman).

de forma abrupta (pero llamativos) explotan más tarde.⁴² Los líderes que sucumben a las sirenas de la actividad también son propensos a invertir poco en activos a largo plazo, sin desarrollar y cultivar conocimientos, procedimientos, infraestructura administrativa y capacidad del personal, que aumentarían el potencial de éxito futuro de la agencia.⁴³

Como se comenta más adelante, en las primeras décadas de una nueva agencia de competencia, los recursos deben asignarse principalmente a la mejora de la capacidad institucional y, en segundo lugar, al ejercicio de las facultades de aplicación de la ley o de elaboración de normas.⁴⁴ A medida que la capacidad aumenta, la agencia puede llevar a cabo un programa más ambicioso.⁴⁵ Por ejemplo, la agencia de la competencia de México, una historia de éxito, no organizó un asalto importante a la posición dominante de Telmex, el mayor proveedor de servicios de telecomunicaciones en México, y su políticamente poderoso líder, Carlos Slim, hasta bien entrada la segunda década de sus operaciones.⁴⁶ Aunque el procedimiento contra Telmex (que se centró en una conducta que supuestamente constituía un abuso de posición dominante en el mercado) no logró todos sus objetivos, la acción, debidamente programada, catalizó importantes mejoras en el sector de las telecomunicaciones del país.⁴⁷

La segunda parte del dilema consiste en determinar el momento adecuado para evaluar la eficacia de un sistema. Es posible formarse opiniones tentativas en las primeras etapas de un nuevo régimen.⁴⁸ Tanto para los participantes nacionales como para los observadores externos, es sensato supervisar el progreso de un nuevo sistema desde sus primeros días y utilizar las evaluaciones periódicas como herramientas para mejorar los programas o las disposiciones institucionales (Kovacic, 2011). Los primeros parámetros para la evaluación incluyen el éxito en la contratación de profesionales cualificados y personal administrativo, la sensibilización del público sobre el régimen de derecho de la competencia, la publicación de directrices sobre las intenciones de aplicación del organismo y la aceleración de la tramitación de tareas rutinarias, como la revisión de las solicitudes de concentraciones en el marco de un sistema de notificación obligatoria (Kovacic, 1997, pp. 446-452). La creación del hábito de evaluar los resultados de los asuntos individuales y de medir el progreso en la construcción de una infraestructura administrativa eficaz facilita el aprendizaje y muestra el camino para adoptar mejoras que fortalezcan el sistema de competencia.⁴⁹ Este proceso también proporciona la base para que una agencia busque “actualizaciones” de sus poderes, estructura y recursos para remediar las imperfecciones que se hacen evidentes en el curso del funcionamiento de la agencia.⁵⁰

42 Véase William E. Kovacic y David A. Hyman (2016, pp. 317-320) (en adelante, *Consume o invierte*) donde se analiza este fenómeno.

43 Véase Kovacic y Hyman (2016, pp. 304-313) donde se discute cómo un énfasis excesivo en el lanzamiento de nuevos casos o procedimientos normativos puede causar una inversión insuficiente en la creación de la capacidad necesaria para llevar a cabo tales medidas con éxito.

44 Véase la Sección C de la Parte IV (en la que se discute la necesidad de adaptar los compromisos de los programas a las capacidades institucionales, especialmente al principio de la vida de un organismo).

45 Ver *id.*

46 William E. Kovacic, Entrevista con Eduardo Pérez Motta, ex presidente de la CFC (Comisión de Competencia de México) en Washington, D.C. (7 de abril de 2016); Aydin, *supra*.

47 *Id.* Agradecemos a Eduardo Pérez Motta la discusión de la evolución del asunto Telmex.

48 Kovacic (2011), *Institutional Foundations*, describe la importancia de los esfuerzos tempranos y continuos para evaluar el progreso hacia la creación de instituciones eficaces de derecho de la competencia.

49 Kovacic (2009b, pp. 4-6), FTC AT 100, el hábito de la autoevaluación sirve para aumentar la capacidad y mejorar el rendimiento.

50 Una característica de los sistemas de competencia que han tenido éxito, tanto los antiguos como los nuevos, es que periódicamente reciben mejoras en sus poderes, estructura y recursos. Este ha sido el caso de los sistemas más recientes, como Chile, Brasil, México y Sudáfrica. Véase Umut Aydin (2016) donde se analiza el desarrollo del sistema mexicano; Francisco Agüero (2016); Andre Gilberto, *Competition Law Enforcement in Brazil: How CADE Is Overcoming Deep Structural Problems to Become an Internationally Recognized Agency*, en *ANTITRUST IN EMERGING AND DEVELOPING COUNTRIES* 11 (Eleanor M. Fox et al. eds., 2015) (analizando Brasil); Dennis Davis, *The South African Competition Experience: A Review*

Se puede, y se debe, evaluar el progreso continuamente. Hemos observado que los responsables de la competencia son cada vez más conscientes de que este tipo de evaluación rutinaria es un elemento fundamental de la buena gestión: la evaluación periódica de los resultados facilita el proceso de aprendizaje y mejora mediante el cual las instituciones se vuelven más eficaces. Al mismo tiempo⁵¹, hay que tener en cuenta que pueden pasar de veinte a veinticinco años para formarse una impresión fiable de si el nuevo sistema ha arraigado realmente y es capaz de lograr un éxito sostenido. Las opiniones formadas en las primeras etapas de un régimen de competencia pueden ser engañosas. En la mayoría de las jurisdicciones se necesita al menos este tiempo para construir y establecer las bases institucionales del sistema, lo que incluye la adopción y el perfeccionamiento del esquema legal inicial, la obtención de interpretaciones judiciales de los mandatos sustantivos y las características de procedimiento de la ley, la creación de capacidad dentro de la agencia de competencia y la mejora de las instituciones de apoyo (por ejemplo, las universidades) cuyas contribuciones son necesarias para sostener un sistema eficaz.⁵²

La necesidad de observar el desarrollo de un nuevo sistema durante un periodo de tiempo significativo antes de sacar conclusiones firmes sobre su solidez y eficacia se hace patente en la experiencia de los sistemas de competencia de América Latina hasta mediados de los años noventa. A los cinco años de su creación, la agencia de competencia de Perú, INDECOPI,⁵³ se había ganado una reputación superior dentro de América Latina y a nivel mundial, en gran parte gracias a la labor de Beatriz Boza, la primera presidenta de la agencia, y a los excepcionales profesionales que reclutó para ocupar puestos de alta dirección.⁵⁴ El lanzamiento de nuevos sistemas de competencia en Argentina, Brasil y Venezuela no fue menos impresionante. Cada uno de estos sistemas fue dirigido por líderes astutos (Jorge Bogo en Argentina, Gesner Oliveira en Brasil y Ana Julia Jatar en Venezuela) y atrajo a hombres y mujeres jóvenes y brillantes.⁵⁵ El éxito inicial de estos sistemas en la creación de equipos excepcionales de profesionales y la articulación de una visión de la aplicación de las políticas parecía sentar las bases para unos días aún mejores.⁵⁶

Pero la experiencia de las dos últimas décadas ha refutado algunas de las elevadas expectativas de mediados de los noventa. De las cuatro jurisdicciones que habían ascendido rápidamente, sólo el sistema de competencia de Brasil conserva hoy todo el brillo de sus primeros días.⁵⁷ Sin embargo,

of Fifteen Years into a New Regime, en ANTITRUST IN EMERGING AND DEVELOPING COUNTRIES 159 (Eleanor M. Fox et al., eds., 2015) (revisando la experiencia en Sudáfrica).

51 El 16 de mayo de 2016, uno de nosotros (Kovacic) presidió una mesa redonda de responsables de la aplicación de las normas de competencia en la Ciudad de México, en el marco de la Reunión de Medio Año de Competencia de la International Bar Association. Entre los panelistas se encontraban Esteban Grecco, jefe de la agencia de competencia de Argentina; Eduardo Frade, miembro del consejo del CADE, la autoridad de competencia de Brasil; y Alejandra Palacios, la presidenta de la agencia de competencia de México. Todos ellos destacaron el valor de desarrollar y aplicar métricas de rendimiento para evaluar la calidad de sus procedimientos internos.

52 Véase en general William E. Kovacic (2001) donde se explica cómo crecen y evolucionan los sistemas de competencia y que es necesario dar a estas instituciones el tiempo adecuado para madurar antes de evaluar su éxito.

53 Véase en general *Lecciones de los primeros años del INDECOPI: Peru's Experience in Market Regulatory Reform 1993-1998* (Beatriz Boza (Ed.), 1998) donde se analiza la formación y los primeros años del INDECOPI.

54 Entrevista con Luis Diez Canseco, exjuez del Tribunal de Propiedad Intelectual de Perú, en Lima, Perú (21 de agosto de 2016).

55 Uno de nosotros (Kovacic) observó el desarrollo de estas instituciones en el curso de varias visitas a estos países en la década de 1990 y en conversaciones con los tres funcionarios en varios eventos internacionales en esa década.

56 Entrevista con Marcelo Calliari, ex miembro del CADE, en Londres, Reino Unido (27 de junio de 2016).

57 Véase Eleanor M. Fox, Harry First y Nicolas Charbit (Eds.) (2015) para un tratamiento informativo de la evolución en América Latina desde mediados de la década de 1990; véase también Organization for Economic Cooperation and Development (2015); Organización para la Cooperación y el Desarrollo

los resultados de los sistemas latinoamericanos que parecían menos prometedores a mediados de los años noventa han mejorado constantemente. Por ejemplo, los regímenes de derecho de la competencia de Chile y México se desarrollaron lentamente, pero ahora se sitúan, junto con Brasil, como casos de aplicación de políticas en gran medida exitosas.⁵⁸ El régimen de competencia de Colombia, iniciado hace más de medio siglo, también ha hecho notables progresos en los últimos años.⁵⁹

Sin embargo, estos ejemplos no garantizan que un organismo que sale de sus primeras décadas en buenas condiciones siga teniendo éxito. Más allá de este periodo, tanto las agencias más antiguas como las más nuevas se enfrentan a retos que pueden determinar si mantendrán un rendimiento creciente o si sufrirán daños duraderos. La experiencia de Polonia indica por qué es necesario un periodo de veinte a veinticinco años de experiencia para evaluar la resistencia de un régimen.

El establecimiento de un sistema de política de competencia en Polonia a principios de la década de 1990 fue un acontecimiento crucial en los antiguos estados comunistas de Europa central y oriental.⁶⁰ Polonia fue un barómetro temprano y continuo para medir el éxito de las reformas de la ley de competencia entre la cohorte repentinamente grande y en expansión de las economías en transición.⁶¹ Como resultado del fuerte compromiso de Polonia con el esfuerzo, así como del apoyo sustancial y prolongado de los regímenes de competencia de la Unión Europea y Estados Unidos, la Oficina Polaca de Competencia y Protección del Consumidor se convirtió en una institución formidable y muy respetada.⁶² El vigésimo cumpleaños del sistema de competencia polaco en 2012 dio lugar a una celebración internacional de los logros del país,⁶³ llegando la Oficina de Competencia y Protección del Consumidor acogió en abril de 2013 la ^a Conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia', la mayor reunión anual de los organismos de competencia del mundo.⁶⁴

Los últimos años han servido para recordar que Polonia y otros organismos de competencia no pueden dar nada por sentado. En 2014, el jefe de Estado destituyó a la prestigiosa presidenta de la Oficina de Competencia y Protección del Consumidor, Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel, por un desacuerdo político.⁶⁵ Su sucesor, Adam Jassar, conservó los elementos clave del programa de su predecesor, añadió nuevas y útiles mejoras y pronto dispuso los temores de que la destitución de Tomkiel presagiara un nuevo e inoportuno período de injerencia política en el funcionamiento de

Económicos, seguimiento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). Cooperation and Development, follow-up to nine peer reviews of Competition Law and policy of Latin American Countries: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Panamá y Perú (2012); Eleanor M. Fox & D. Daniel Sokol (Eds.) (2009); Claudia Schatan (2012).

58 Véase Aydin (2016), donde se detalla la progresión de México.

59 Véase Global Competition Review (2015), donde se relatan los modernos avances de Brasil, Chile, Colombia y México.

60 Véase, en general, John Fingleton, Eleanor Fox, Damien Neven, Paul Seabright (1996), donde se describe el desarrollo temprano de la ley de competencia en las naciones de Visegrad, incluida Polonia.

61 Véase en general Russell Pitmann (1998) donde se destaca que Polonia fue uno de los primeros países en adoptar leyes de competencia tras la desintegración de la Unión Soviética.

62 Véase, en general, Michael Wise (2003), en el que se analiza el desarrollo de la ley de la competencia en Polonia y su papel para ayudar a remodelar la economía polaca.

63 Ver Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel (2010) conmemorando el vigésimo aniversario de la creación del sistema de derecho de la competencia de Polonia.

64 ICN ^{12th} Annual Conference, ICN, www.icnwarsaw2013.org (visitado por última vez el 29 de mayo de 2016).

65 Agradecemos a Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel que haya relatado sus experiencias como presidenta de la UOKIK y que haya descrito las circunstancias de su despido.

la Oficina de Competencia y Protección del Consumidor. En diciembre de 2015, la nueva dirección política anunció su intención de destituir a Jassar en cuanto se pudiera organizar su sustitución.⁶⁶

Incluso en las mejores circunstancias, los cambios de liderazgo en las agencias reguladoras pueden ser una fuente de considerable ansiedad para las empresas y el propio personal de la agencia.⁶⁷ Es mucho más inquietante cuando la intervención política provoca el cese de la alta dirección. Sufrir destituciones de inspiración política en dos años consecutivos es una inmensa conmoción para cualquier agencia. No hay que subestimar el efecto desorientador en la propia agencia, con la incertidumbre sobre los programas futuros y la inevitable reorganización del personal en la oficina principal y otros puestos de gestión. Los organismos ya se han recuperado de este tipo de reveses, pero la pérdida de rendimiento puede ser considerable y el daño a la reputación puede ser duradero. Se tarda mucho en escalar una montaña alta; el descenso de un paso en falso suele ser mucho más rápido. En la mayoría de los casos, una agencia más antigua, mejor establecida y con más experiencia está en mejor posición para responder a esos golpes y recuperarse. Una agencia relativamente nueva, por el contrario, puede ser más vulnerable a ser barrida o disminuida permanentemente.

A. Los poderes de las autoridades a prueba

Todas las nuevas agencias de competencia deben pasar por un periodo inicial en el que aplican sus poderes por primera vez. Inevitablemente, habrá un desfase (a veces considerable) entre la fecha de entrada en vigor de la nueva ley de competencia y el momento en que su organismo de aplicación se vuelve competente para realizar las tareas básicas asociadas a la realización de investigaciones, la recopilación de pruebas, la formulación de teorías de responsabilidad y el enjuiciamiento de casos. Una cosa es sentarse en un seminario de formación para escuchar a un experto repasar los fundamentos analíticos de la ley de competencia y explicar los ingredientes conceptuales de algo como los delitos basados en la mala conducta de una sola empresa. Otra cosa es identificar un objetivo potencial para el procesamiento, preparar un caso y defenderlo a través de una serie de recursos judiciales.

No hay nada automático ni fácil en el lanzamiento de un nuevo sistema ni en el proceso de aprendizaje que es vital para el éxito de un programa. Dos ejemplos básicos ilustran las dificultades a las que se enfrenta un nuevo organismo a la hora de llevar a cabo los rudimentos. El primero es el uso de órdenes de registro o instrumentos equivalentes para recopilar información mediante una inspección sin previo aviso de los locales comerciales, a menudo denominada “dawn raid”. Para un organismo que nunca ha hecho una, un dawn raid puede ser un proceso complejo y desconcertante. Para que un dawn raid se ejecute correctamente y arroje información útil para la preparación de un caso, es necesario preparar una descripción específica de los materiales que se van a recoger, identificar correctamente los locales que se van a registrar, reunir un equipo de inspectores con una idea clara de los artículos que se van a incautar y de la información que se va a recoger (como las contraseñas de los sistemas informáticos), una metodología sólida para hacer un inventario de los artículos recogidos, un experto en la ley que dirima las objeciones in situ planteadas por los gerentes de las empresas y, una vez recogidas las pruebas, un equipo de especialistas forenses que puedan analizar y destilar las pruebas pertinentes. Esto se complica aún más si una agencia debe registrar varios locales, en los que hay que sincronizar el momento de la entrada para evitar alertar a algunos gerentes de oficina de la inminencia de la redada y darles así la oportunidad de ocultar o destruir los registros pertinentes.

⁶⁶ Agradecemos a Adam Jassar que nos hable de su gestión como presidente de la UOKIK y que revise las circunstancias de su despido.

⁶⁷ Véase, en general, Kovacic (2014) describe la influencia de la política y el partidismo en la elaboración de políticas antimonopolio en Estados Unidos.

Para una agencia novata (y para unas pocas agencias experimentadas), la realización de estas tareas está plagada de oportunidades para errar. La mayoría de las agencias de competencia pueden contar historias sobre la llegada a las oficinas comerciales sólo para descubrir que la orden de registro (generalmente aprobada por un magistrado u otro funcionario judicial) indicaba la dirección incorrecta de los locales que debían inspeccionarse, lo que invalidaba el instrumento de registro.⁶⁸ En otros casos, las dificultades van más allá. En algunas jurisdicciones, el organismo de defensa de la competencia se enfrenta a la seria posibilidad de que sus empleados se encuentren con una respuesta violenta cuando lleguen a realizar la redada de madrugada.⁶⁹ En otros países, el peligro de atentados terroristas impide de hecho a la agencia de la competencia realizar registros obligatorios o incluso visitar los locales de las empresas para realizar entrevistas voluntarias.⁷⁰

Un segundo ejemplo es la aplicación de mecanismos de control de concentraciones que exigen la notificación previa de determinadas transacciones y la imposición de un periodo de suspensión en el que las partes tienen prohibido cerrar su acuerdo. Más de sesenta jurisdicciones han establecido variantes de este proceso, y todas han subestimado las cargas administrativas que conlleva. Estados Unidos creó el prototipo de esta forma de control de las fusiones con la Ley de Mejoras Antimonopolio Hart-Scott-Rodino de 1976.⁷¹ Su aplicación comenzó en 1979 y en los primeros años estuvo marcada por los esfuerzos, a menudo caóticos, de los organismos antimonopolio estadounidenses –con grandes recursos a su disposición y una larga experiencia en el análisis de fusiones– para crear procedimientos internos que permitieran evaluar grandes cuerpos de información en un tiempo relativamente corto y preparar los casos para los litigios por transacciones potencialmente anticompetitivas.⁷² Casi todas las jurisdicciones que han recorrido este camino han comprobado que se necesita un tiempo y unos recursos considerables para crear equipos capaces de tramitar los casos para revisar las transacciones propuestas, idear procedimientos administrativos para organizar y evaluar grandes cantidades de información, encontrar formas de dar información y asesoramiento a los planificadores de negocios, y captar y retener los conocimientos adquiridos en la práctica.⁷³

68 La primera redada llevada a cabo por la autoridad portuguesa de la competencia es ilustrativa. Cuando los funcionarios de la agencia llegaron a los locales de la empresa comercial que debían examinar, descubrieron que la sede de la empresa se había trasladado al otro lado de la calle. Así, en la orden de registro figuraba una dirección diferente a la presentada al magistrado, que aprobó la orden de autorización del allanamiento. El instrumento de registro, tal como estaba firmado, no permitía a la agencia registrar las instalaciones de la nueva sede. La autoridad portuguesa obtuvo una nueva orden, esta vez con la dirección correcta, y ejecutó el registro unos días después. El registro fue infructuoso, tal vez porque la empresa destinataria aprovechó el intervalo para trasladar los registros potencialmente problemáticos a una nueva ubicación, o para barrer los ordenadores en busca de registros electrónicos. Entrevista con Mariana Tavares, ex jefa de gabinete del presidente de la Agencia de la Competencia de Portugal, Londres, Reino Unido (28 de enero de 2016).

69 En visitas a Rusia en los años 90, uno de nosotros (Kovacic) escuchó en varias ocasiones a funcionarios del Servicio Federal Antimonopolio que algunos sectores estaban controlados por organizaciones mafiosas que no dudarían en abatir a un funcionario del gobierno que intentara presentar una orden de registro. Véase William E. Kovacic (1996, pp. 444-445) donde se analizan las preocupaciones expresadas por los empleados de las oficinas regionales del Servicio Federal Antimonopolio.

70 Este es el caso de la Comisión de Competencia de Pakistán, que no puede realizar operaciones en algunas regiones de Pakistán propensas a la violencia. Entrevista con Joseph Wilson, Comisario de la Comisión de Competencia de Pakistán, Ginebra, Suiza (10 de julio de 2016).

71 15 U.S.C. § 18a (2000). Véase, en general, William Blumenthal (1997) donde se detallan los orígenes y los efectos de las reformas de control de las fusiones de Hart-Scott-Rodino.

72 Véase William E. Kovacic (2012) (donde se destacan las primeras dificultades de la FTC para aplicar un nuevo programa de notificación previa obligatoria de las fusiones).

73 China ofrece un ejemplo ilustrativo. Al crear su sistema de derecho de la competencia, China subestimó en gran medida las dificultades administrativas que presentaría su sistema de notificación previa a las fusiones. Se asignaron veinte personas a la nueva unidad de revisión de fusiones del Ministerio de Comercio: diez profesionales y diez empleados de apoyo administrativo. La oficina, muy escasa de personal, ha tenido dificultades para hacer frente al volumen de presentaciones obligatorias, aunque el aumento de personal (la oficina cuenta ahora con aproximadamente 40 personas) y la adopción de un mecanismo de vía rápida para las transacciones benígnas han puesto a la oficina en una mejor posición para gestionar el programa.

La experiencia señala el papel vital del aprendizaje en el desarrollo de una agencia de competencia y, en general, de un sistema de competencia eficaz. La búsqueda de métodos eficaces para la aplicación de la política implica un elemento inevitable de experimentación; por ejemplo, el establecimiento de procesos para identificar temas prometedores para ser investigados, la selección de casos fuertes y la litigación con éxito de las infracciones.⁷⁴ La experimentación conlleva una mezcla de éxitos y fracasos. No hay que avergonzarse del fracaso, sólo de convertirlo en un hábito, especialmente de la repetición de los errores del pasado. Los organismos con éxito progresan porque aprenden: mejoran a través de un proceso de tres pasos de experimentación, evaluación y refinamiento. Uno de los atributos más importantes de los sistemas de competencia exitosos es el establecimiento de una cultura dentro de la agencia de competencia que promueve la autoevaluación crítica continua y el compromiso de hacerlo mejor en el futuro.

B. Contratación y retención de personal capacitado

Se necesita mucho tiempo para ver si una agencia ha establecido una reputación que le permita atraer y retener a buenos abogados, economistas y profesionales administrativos.⁷⁵ Algunas agencias nunca consiguen contratar un número suficiente de personal capaz. A otras les va bien en los primeros años, cuando el entusiasmo por un nuevo programa, las ambiciosas medidas de implementación y un liderazgo carismático hacen de la agencia un empleador deseable. Una prueba seria para estas agencias es si pueden convertirse efectivamente en algo más que un programa de MBA ejecutivo que identifique a los buenos talentos para que sean absorbidos por el sector privado o por otras agencias públicas.

A algunos países les resultará más fácil que a otros crear la masa crítica de capital humano necesaria. Consideremos las ventajosas condiciones iniciales en las que Singapur estableció su agencia de competencia en 2005.⁷⁶ La Comisión de Competencia de Singapur se creó en el marco de una larga tradición de magníficas instituciones públicas dotadas de personal altamente cualificado y regidas por estrictas normas de integridad. La Comisión de la Competencia de Singapur comenzó sus operaciones, como lo hacen inevitablemente los nuevos sistemas, en un país sin experiencia en derecho de la competencia. No obstante, la nueva agencia contaba con un magnífico capital humano: el perfil típico tanto de los directivos como de los encargados de los casos más jóvenes incluía un primer título universitario de Singapur y un segundo (o más en algunos casos) título de una institución de élite fuera del país. Para obtener los conocimientos necesarios para aplicar las leyes de competencia, Singapur contrató a altos directivos y asesores de países con amplia experiencia en derecho de la competencia.⁷⁷ Ningún organismo de competencia ha tenido un mejor comienzo en este sentido, y la temprana tradición de la Comisión de Competencia de Singapur de formar un personal con excepcionales habilidades profesionales continúa hoy en día.

Véase William E. Kovacic (2015c) donde se analiza la aplicación temprana de la Ley Antimonopolio de China y su mecanismo de revisión de fusiones. Un patrón similar ha surgido en Filipinas, cuya nueva ley de competencia entró en vigor en mayo de 2016. La ley incluye un sistema obligatorio de notificación de fusiones, que requiere que las partes que se fusionan informen de las transacciones propuestas con antelación y permitan a la agencia de competencia la oportunidad de revisar la transacción antes de que se cierre. La nueva agencia.

- 74 Véase en general William E. Kovacic (2006) donde se examina el carácter experimental de gran parte de la formulación de políticas en el derecho de la competencia.
- 75 Véase en general William E. Kovacic (2015) donde se evalúa la importancia de la reputación y la marca para el desempeño de una agencia.
- 76 Véase, en general, Comisión de la Competencia de Singapur, *The first decade* (2015) que relata la historia de la Comisión de la Competencia de Singapur.
- 77 Agradecemos a Robert Ian McEwin las numerosas conversaciones mantenidas durante los últimos diez años sobre la puesta en marcha de la Comisión de la Competencia de Singapur. McEwin, australiano de nacimiento, doctor en economía y licenciado en derecho, fue contratado por la Comisión de la Competencia de Singapur poco después de su creación para asesorar en el establecimiento de los criterios de selección de casos.

En muchos otros países, la creación de la masa crítica de capital humano necesaria es un proceso mucho más lento. Esto es especialmente cierto en las antiguas repúblicas soviéticas y en las naciones que se orientaron hacia las reformas basadas en el mercado tras un largo periodo de planificación central. Incluso en estas circunstancias, hay ejemplos alentadores que muestran que es posible establecer un equipo capaz mediante un proceso de contratación deliberado y gradual. Las autoridades de defensa de la competencia de Letonia y Lituania forman parte de la cohorte de nuevas agencias creadas entre principios y mediados de los años noventa. Ambas instituciones destacan por la calidad de su dirección y de su personal.⁷⁸ La agencia de competencia de Serbia ha cumplido recientemente diez años, y la institución ha hecho considerables progresos en el aumento de la profesionalidad de su personal.⁷⁹ La experiencia de estas y otras agencias muestra que es posible alcanzar los niveles de capacidad necesarios, aunque también demuestra que acumular las habilidades necesarias llevará un tiempo considerable en muchas jurisdicciones.

Los esfuerzos para establecer una capacidad personal talentosa en muchos países se llevan a cabo sin el beneficio de un programa universitario que enseñe cursos de economía y derecho de la competencia en las primeras fases del sistema de competencia. Los sistemas exitosos de derecho de la competencia se basan invariablemente en centros académicos autóctonos que enseñan derecho de la competencia y economía de la organización industrial, y generan investigaciones que informan el desarrollo de políticas. También en este caso, la formación de estas capacidades desde cero es un proceso difícil y largo.

C. Desafíos previsible en los tribunales y resistencia de los mismos

En casi todas las jurisdicciones que cuentan con una ley de competencia, los esfuerzos iniciales para ejercer los poderes de la agencia han suscitado fuertes desafíos en los tribunales por parte de las empresas afectadas.⁸⁰ La mayoría de las agencias pasan al menos una década defendiendo su autoridad ante este tipo de desafíos, incluyendo el poder de recopilar información, el mandato sustantivo de desafiar varias formas de comportamiento empresarial y el poder de imponer sanciones. Pueden pasar fácilmente dos décadas o más para que una agencia obtenga sentencias judiciales (a menudo del tribunal más alto de la jurisdicción) que apoyen los esfuerzos de la agencia para ejercer su mandato legal.

En la mayoría de las jurisdicciones, es probable que los tribunales en el período inicial consideren la ley de competencia con cautela o ambivalencia. Pocos jueces estarán familiarizados con los conceptos del derecho de la competencia. Como consecuencia, los jueces tenderán a centrarse en las aparentes desviaciones de los requisitos de procedimiento establecidos en la ley de competencia o impuestos por el código de procedimiento administrativo de la jurisdicción relevante. En México, por ejemplo, la primera década del sistema de competencia se vio obstaculizada por el hábito judicial de emitir rutinariamente requerimientos para subsanar aparentes incumplimientos de los mandatos procedimentales por parte de la agencia de competencia. Esfuerzos como los programas que ofrecen formación en derecho de la competencia a los jueces pueden mejorar la capacidad de los tribunales para tratar cuestiones sustantivas, pero estos programas tardan en desarrollarse.

D. Respuesta a los cambios en la dirección de la agencia

Es importante observar cómo se comporta una agencia tras los cambios de liderazgo. Algunas agencias han tenido un comienzo aparentemente excelente gracias a un liderazgo muy visible y

78 Agradecemos a los responsables de las agencias de competencia de Letonia y Lituania que hayan brindado generosas oportunidades para que Kovacic se reúna con sus economistas y abogados.

79 Agradecemos a la dirección de la autoridad serbia de la competencia que nos haya brindado la generosa oportunidad de reunirnos con los economistas y abogados de la agencia.

80 Véase, en general, Marc Winerman y William E. Kovacic (2010) en el que se detallan las primeras dificultades de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos ante los tribunales federales.

capaz. Muchas de ellas han descendido rápidamente en su rendimiento cuando el líder de la primera generación se marcha y un sucesor menos capaz asume el cargo. Las agencias más nuevas, al igual que las más antiguas, pueden sufrir la rivalidad y los celos que pueden caracterizar las relaciones entre los líderes actuales y los anteriores. Como ilustra el ejemplo polaco anterior, serán necesarios varios relevos para determinar si el gobierno sigue comprometido con el nombramiento de funcionarios de alta calidad y si la agencia consigue incorporar una buena capacidad de proceso y análisis en la propia institución (en lugar de depender principalmente de la habilidad de un determinado dirigente). Después de varios cambios de dirección, también es posible evaluar si los líderes han aceptado una norma que define el éxito en términos de los logros de la agencia.

E. Superar las crisis económicas y políticas

Los primeros veinte o veinticinco años de funcionamiento de un sistema de competencia proporcionan una idea aproximada de su capacidad para responder a las perturbaciones económicas y políticas externas que se producen, de diversas formas, en todas las jurisdicciones. En algún momento, a menudo en las primeras décadas de su existencia, un sistema de competencia será puesto a prueba por la agitación económica o política. Al igual que un barco de vela azotado por una tormenta, el organismo debe conseguir mantenerse a flote durante la crisis inmediata y retomar el rumbo previsto una vez que el conflicto haya remitido.⁸¹ Ninguna agencia de la competencia, ya sea antigua o nueva, sobrevivirá si da por sentada la profundidad y la durabilidad de su apoyo político, o si asume que la aceptación social de la competencia como principio de organización económica es tan profunda y duradera que ningún cambio en las fortunas económicas puede desbancarla.

Todas las agencias se han encontrado con desafíos que ponen a prueba su capacidad para recibir un golpe y seguir luchando. La aplicación enérgica de la ley puede crear una reacción política que inspire a ministros y legisladores a intervenir de forma destructiva en el trabajo de la agencia de la competencia. Los cambios en las condiciones económicas erosionan el apoyo a la competencia como principio de organización económica.⁸² El apoyo político también puede evaporarse en medio de la agitación o el conflicto político: la agitación política puede convertir la ley de competencia en una preocupación política subordinada, o hacer que el régimen de competencia sea totalmente irrelevante. Estos desafíos son desalentadores para los organismos más antiguos, y son aún más exigentes para los sistemas relativamente nuevos. Incluso un sistema nuevo que parece haber superado sus primeras décadas en buenas condiciones y haber establecido una base sólida para futuras mejoras puede verse afectado por la agitación económica y política.

Otra tendencia caracteriza el desarrollo de los nuevos sistemas y el impacto de los choques económicos y políticos. En muchos países, el diseño inicial de un régimen de competencia sitúa a la nueva institución dentro de un ministerio gubernamental u otros controles políticos de los funcionarios elegidos. Esto puede interpretarse como la desconfianza del régimen político hacia el nuevo sistema. O, de forma

81 Un ejemplo instructivo que involucra un sistema de competencia más antiguo es la respuesta de la Dirección de Competencia de la Unión Europea a la crisis financiera que comenzó en 2008. La desesperación por restablecer la solidez de los bancos en la Unión Europea creó presiones extremas para anular los requisitos de la ley de competencia existentes, incluido el régimen que limita las ayudas estatales. La Comisaria de Competencia (Neelie Kroes) libró una valiente y exitosa batalla para mantener el papel de la Dirección de Competencia en el control de las ayudas estatales, incluidos los rescates de las instituciones financieras. La crisis podía dañar gravemente el papel de la Dirección de Competencia en la elaboración de la política económica y, a largo plazo, disminuir su eficacia. Agradezco a Philip Lowe, que fue Director General de la Dirección de Competencia durante la crisis, por relatar este episodio en numerosas conversaciones durante los últimos cinco años. Véase también Michael Reynolds (entrevista a Sir Philip Lowe) (2015, pp. 104-105) relata algunos aspectos de la respuesta de la Dirección General de Competencia a la crisis financiera iniciada en 2008.

82 Se puede argumentar que las leyes de competencia de Estados Unidos no se convirtieron en elementos principales de la política económica nacional hasta finales de la década de 1930, tras el abandono de las iniciativas de planificación centralizada ensayadas en el Primer New Deal.

algo más positiva, puede verse como un deseo de someter a la nueva institución a una observación más estrecha. A lo largo de los años, muchos países con nuevos sistemas han estado dispuestos a dar mayor autonomía a la agencia de la competencia. De este modo, las agencias que inicialmente estaban sometidas a un control político más estrecho han ganado una mayor independencia con el tiempo.

F. Demostrar la capacidad de recuperación

En gran medida, todas estas consideraciones revelan la resistencia del sistema de competencia. Frente a muchas adversidades. Se necesitan al menos veinte años para ver si la agencia ha generado logros positivos, como atacar con éxito a los cárteles o ajustar las políticas gubernamentales anticompetitivas en respuesta a una defensa eficaz. Pero también se requiere este período de tiempo para que la agencia demuestre su capacidad de recibir un golpe y seguir avanzando.

Estos golpes pueden adoptar muchas formas, por ejemplo: un caso importante que fracasa en los tribunales, una poderosa campaña de presión de la industria para inducir a los legisladores a retirar la financiación o la autoridad, una divulgación indebida de información confidencial que pone en duda las salvaguardias de procedimiento de la agencia o, lo que es peor, un episodio de corrupción que implique a un alto funcionario de la agencia. Resulta entonces importante saber si la agencia puede hacer frente a la adversidad y, si ha cometido errores, reparar los problemas y mejorar el rendimiento en el futuro.

La resistencia de una agencia se pone aún más a prueba cuando una jurisdicción reestructura las instituciones responsables de su aplicación. En los últimos diez años, varias jurisdicciones han realizado cambios fundamentales en sus agencias de competencia. Francia, Portugal, España y el Reino Unido tomaron cada uno dos agencias nacionales de competencia separadas y consolidaron la responsabilidad de la política en una sola institución. Brasil y los Países Bajos combinaron las responsabilidades de competencia de tres organismos distintos en una sola autoridad. Irlanda fusionó su agencia de competencia y su autoridad de protección del consumidor en una sola institución. Después de crear una única agencia de competencia a partir de dos organismos existentes, España formó un organismo regulador ómnibus compuesto por la agencia de competencia y seis reguladores sectoriales.

Este reajuste estructural puede ser una fuente de considerable agitación. La nueva institución debe llevar a cabo tanto tareas conceptuales desafiantes (por ejemplo, cómo definir el propósito y la identidad de la nueva institución) como tareas administrativas aparentemente mundanas (como la unión de dos sistemas de tecnología de la información separados) cuya finalización satisfactoria es necesaria para una transición sin problemas. La transición de las instituciones predecesoras a la nueva configuración, desde el anuncio del rediseño previsto hasta el lanzamiento y las primeras operaciones del nuevo organismo, crea una cantidad inevitable de desorden y tiene un cierto coste en efectividad.⁸³

G. Expectativas realistas

Los factores aquí expuestos advierten sobre el peligro de albergar expectativas poco realistas sobre lo que un nuevo sistema de competencia puede lograr en su primera o segunda década. Como se analiza más adelante en la parte IV, el rendimiento de un sistema de competencia depende fundamentalmente

83 El anuncio de un cambio estructural previsto, ya sea una fusión de agencias o funciones, o una desvinculación de algunas tareas políticas, inspira inmediatamente especulaciones entre el personal de las agencias afectadas sobre su lugar en el nuevo régimen. La incertidumbre asociada a un reajuste hará que algunos empleados busquen otras oportunidades profesionales. Cuando las salidas alcanzan cierto nivel, la memoria institucional vital sale por la puerta.

de cuestiones como la financiación y el capital humano.⁸⁴ Las agencias de competencia con escasa financiación y situadas en jurisdicciones con una escasa reserva de talento deben aplicar la ley de forma más gradual que las agencias bendecidas con importantes recursos financieros y talento de primer nivel. Incluso para la agencia mejor dotada de recursos y con un personal excelente, puede llevar un tiempo considerable llegar a ser competente en tareas como la aplicación de la ley o la defensa de la competencia. No existe un caso de cártel “fácil” o un dawn raid “sencillo” para una agencia que nunca ha hecho uno. La arquitectura estándar de un programa de clemencia puede parecer bastante sencilla (dar inmunidad al primer miembro del cártel que informe), pero la aplicación rutinaria de los programas de clemencia presenta complejidades extraordinarias que pueden dejar perplejos incluso a los regímenes más experimentados.

Existe una tendencia crónica a subestimar las cargas administrativas impuestas por los mecanismos de acción forzada que obligan a la agencia de la competencia a dedicar recursos a determinados tipos de asuntos. Algunos ejemplos son la notificación obligatoria de fusiones con períodos de espera obligatorios y los requisitos de derecho administrativo que obligan a la agencia a investigar todas las denuncias que se le presentan (con poca o ninguna discreción para dejar de lado asuntos manifiestamente insignificantes en favor de la consecución de prioridades más significativas desde el punto de vista económico). Existe un largo proceso de aprendizaje por el que las agencias se adaptan para hacer frente de forma eficaz a estos y otros mandatos similares.

IV. CICLOS DE VIDA

La experiencia acumulada de los nuevos sistemas desde finales de la década de 1980 demuestra un patrón que sigue tres vectores principales de implantación: un ascenso inicial seguido de un declive; una línea plana; y una progresión gradual hacia arriba.

A. Ascenso temprano seguido de declive

Una serie de sistemas subió pronto y luego entró en un periodo sostenido de declive. En algunos casos, el primer periodo consistió en un fuerte ascenso vertical seguido de un descenso casi tan dramático como el ascenso inicial. El sistema de competencia de Venezuela se ajusta a este perfil. En los primeros años, estos organismos suelen ser anunciados como historias de éxito. Un líder fuerte de la primera generación (por ejemplo, Ana Julia Jatar en Venezuela) que consigue atraer talento superior a la agencia en sus primeros años suele impulsar este ascenso. El declive se desencadena por diversos factores: la salida del líder carismático sin que se haya desarrollado un marco institucional para continuar la labor de la agencia; un cambio en el liderazgo político nacional que da lugar a una reorientación de la política; o una disputa legal que pone en duda la legitimidad del marco.

En algunos casos, el colapso asociado a este escenario no es completo, sino más bien un descenso notable desde el primer período de aplicación aparentemente eficaz. Argentina y Perú son ejemplos destacados en esta categoría. La agencia no se hunde, sino que desciende a un nivel de rendimiento decididamente modesto en comparación con sus logros iniciales. En este caso, la agencia se estanca por algunas de las mismas razones sugeridas anteriormente. También puede decaer tras un cambio de liderazgo que reorienta drásticamente la agencia, como la agitación política que llevó a la salida de Beatriz Boza y al recorte de la autoridad del Indecopi en Perú,⁸⁵ o en respuesta a la aparición de filosofías políticas que cuestionan el valor de las reformas orientadas al mercado, como en Argentina (Peña, 2009).

84 Véase la sección IV *infra*.

85 Ver Winslow (2004, pp. 15-16) donde se describe la reducción de las facultades del Indecopi a principios de la década de 2000.

La agitación política inspirada por el descontento con las reformas del mercado afecta profundamente al régimen de derecho de la competencia. En algunos casos, los movimientos políticos contrarios al mercado han colocado al sistema de política de la competencia en una situación de espera durante la cual, en el mejor de los casos, la agencia puede esperar retener una masa crítica de su personal superior, que se dedica durante el paréntesis a tareas de investigación y análisis en previsión de una futura reanudación de las operaciones. En el peor de los casos, el repudio de los procesos de mercado convierte a la agencia de la competencia en un monstruo de Frankenstein, que retrasa, en lugar de promover, la competencia.

En algunos casos, la agitación política ha sido debilitante. La crisis política de Ucrania amenaza ahora con destruir un sistema de competencia que se formó a principios de los años 90 y que había mostrado un progreso gradual en sus dos primeras décadas. En 2014, la crisis económica y política de Ucrania llevó al gobierno a imponer un recorte del setenta por ciento en el presupuesto de la Comisión Antimonopolio de Ucrania. La drástica medida de austeridad obligó a la mayoría de los funcionarios de la agencia a tomar vacaciones involuntarias a media jornada, lo que provocó que numerosos directivos y personal abandonaran la agencia. A mediados de 2015, el gobierno reconstituyó la Comisión Antimonopolio con un nuevo presidente y una nueva junta. En gran medida, la institución se está recreando desde cero.

El sistema de competencia de Egipto ofrece un ejemplo similar. Aunque tuvo un comienzo prometedor con una buena financiación y un liderazgo inspirado, la agitación política del país tras el levantamiento de la Primavera Árabe puso el sistema de política de competencia prácticamente en suspensión. Durante este tiempo, la agencia se ha esforzado por retener, con éxito desigual, a muchos de sus mejores profesionales, que se dedicaron durante el parón a tareas de investigación y análisis en previsión de una futura reanudación de las operaciones. Estos ejemplos no significan que los organismos no puedan recuperarse del declive tras un comienzo prometedor.

B. La línea plana

Un segundo vector se asemeja a una línea plana. Algunos sistemas nuevos nunca llegan a ponerse en marcha tras la adopción de la ley y la formación de la agencia de competencia. Por diversas razones, son incapaces de aplicar sus poderes nominales para hacer cumplir la ley o realizar tareas de defensa. Algunos sistemas no reciben los niveles mínimos de financiación necesarios. Esto ocurre normalmente en las jurisdicciones que sufren una gran pobreza y no cuentan con el apoyo financiero de fuentes externas, como las agencias de ayuda extranjera o los donantes multinacionales, que pueden complementar el presupuesto. En otros sistemas, como el de Paraguay, la ausencia de apoyo político a la ley de competencia ha paralizado su aplicación. Esto puede ser el resultado de la designación de líderes comprometidos con la inactividad o deberse a una negativa consciente a proporcionar los recursos necesarios. Por ejemplo, en Tailandia, los tribunales han anulado una característica clave del mecanismo de implementación de la ley de competencia, y los dirigentes políticos de la jurisdicción no han adoptado un dispositivo sustitutivo.

Estas agencias no han fracasado irremediablemente. En algunos casos, la agencia, en gran medida inactiva, ha comenzado a construir un programa que promete una progresión ascendente. Por ejemplo, la autoridad de la competencia de Armenia ha mostrado recientemente signos de superar unos niveles de financiación muy inadecuados y un entorno político desfavorable para dar pasos que podrían establecer un programa útil.

C. Progresión gradual hacia arriba

El tercer vector es una trayectoria de progresión gradual hacia arriba. La pendiente del progreso puede variar: las pendientes de algunos sistemas son pronunciadas (Brasil, Singapur, Sudáfrica) mientras que las de otros son más graduales (Barbados, Chile, Indonesia, Jamaica, Kenia, México).

El vector no suele ser un arco ascendente ininterrumpido porque el organismo encuentra éxitos y reveses en el camino. México, por ejemplo, ha logrado importantes mejoras en su marco estatutario y en la implementación de sus programas de *enforcement* y de promoción. Sin embargo, un reciente cambio en la dirección provocó una pérdida masiva de altos cargos (con la salida de diecisiete de los dieciocho principales directivos de la agencia hace un año). Reponer el equipo directivo llevará tiempo y tendrá un cierto coste en el rendimiento a corto plazo.

En sus primeros años, estos sistemas, cada vez más exitosos, no suelen ser identificados como estrellas emergentes en sus primeros años. Recordemos que los regímenes de competencia de Chile y México no se consideraban candidatos obvios al éxito. Sin embargo, con el tiempo, han mostrado una mejora constante y se han hecho más resistentes gracias a una mejor dotación de recursos, personal, selección de programas y apoyo político.

V. FACTORES QUE EXPLICAN EL ÉXITO DE LA IMPLANTACIÓN

El estudio de los ciclos de vida de los distintos sistemas de competencia implica la observación de los factores que tienden a mejorar las perspectivas de éxito de la aplicación.

A. Financiación

Los organismos bien financiados suelen superar a los regímenes con pocos recursos. Una condición que vincula a muchos de los sistemas menos exitosos es la escasez de recursos procedentes de fuentes internas y la incapacidad de conseguir donantes externos para llenar el vacío. Algunos organismos gozan de un sólido apoyo financiero desde sus primeros días, pero un presupuesto elevado desde el principio no es en absoluto un requisito previo para el éxito. Singapur y Sudáfrica son dos ejemplos de agencias que han experimentado mejoras graduales y constantes en su implementación desde el principio.⁸⁶ En otras jurisdicciones, como Colombia y México, el ascenso gradual del sistema de competencia se ha beneficiado de aumentos periódicos sustanciales en los desembolsos que mejoraron la capacidad de la agencia de competencia y apoyaron la realización de programas más ambiciosos de aplicación de la ley y de promoción.

B. Capital humano

La financiación, a su vez, influye profundamente en una segunda condición vital: la capacidad de atraer y retener a los mejores talentos y de gastar fondos en consultores externos.⁸⁷ La capacidad de un organismo para establecer programas eficaces de aplicación de la ley depende en gran medida de su capital humano (Sokol, 2009).⁸⁸ A medida que aumenta el talento de la agencia, ésta puede emprender programas más ambiciosos. El nivel de competencias debe ser primordial a la hora de elegir los asuntos relacionados con la aplicación de la ley y los que no lo son.

86 Sudáfrica ofrece un buen ejemplo de cómo el Gobierno subrayó su apoyo al nuevo sistema de competencia con el presupuesto. La primera sede de la nueva Comisión de Competencia de Sudáfrica y del Tribunal en el que lleva sus casos fue un elegante parque de oficinas cerca de Pretoria. El recinto se asemejaba a los alojamientos que cabría esperar de un próspero bufete de abogados o de una empresa comercial. Desde entonces, las instituciones se han trasladado a instalaciones en Johannesburgo, pero siempre de una manera que refleja la estatura e importancia de los organismos de competencia.

87 Esta es una consideración crucial en los actuales esfuerzos de Ucrania por revitalizar su sistema de competencia, que se formó a principios de los años 90. El Comité Antimonopolio de Ucrania paga a su personal profesional unos 200 dólares al mes. Sin un aumento del presupuesto y flexibilidad para aumentar los salarios, la agencia de la competencia de Ucrania tendrá dificultades para contratar y retener a los profesionales cualificados. Entrevista con Yuri Yevgenev, Presidente del Comité Antimonopolio de Ucrania, Kiev, Ucrania (22 de julio de 2016).

88 Detallando las dificultades asociadas con la construcción de esta dimensión crucial de la capacidad en las economías en transición.

C. Adecuación de los compromisos a las capacidades

Los sistemas de competencia más eficaces se esfuerzan por adecuar los compromisos que adopta a las capacidades de ejecución. Un organismo con escasos recursos debe esforzarse por seleccionar programas que tenga posibilidades de llevar a cabo con éxito. Esto requiere una fuerte disciplina en la selección de programas para evitar comprometerse con asuntos que la agencia no pueda ejecutar con éxito. Una trampa común a la que se enfrenta una agencia en los primeros años es la tendencia a iniciar un gran número de asuntos muy ambiciosos que superan la capacidad del personal y corren graves riesgos de fracasar ante los tribunales.⁸⁹

Esto apunta a un dilema básico al que se enfrentan los líderes de las agencias en las primeras décadas de una agencia de competencia, y, quizás, otros nuevos organismos reguladores: A la hora de dedicar recursos, ¿cuál es el equilibrio adecuado entre el "consumo" en forma de iniciación de nuevos asuntos y las "inversiones" en infraestructura administrativa, procedimientos, conocimientos y otras formas de capacidad que sitúan a la agencia en una posición de éxito a largo plazo? (Hyman & Kovacic, 2016, pp. 322-324). Hay un mínimo necesario de *enforcement* requerido para que la agencia se gane la credibilidad de los directivos de las empresas, desarrolle la capacidad de su personal y alcance la legitimidad a los ojos de los funcionarios elegidos y del público en general (Kovacic, 2015a). Por lo tanto, una nueva agencia puede verse obligada a operar a un ritmo que, en cierta medida, excede su capacidad para completar todos sus proyectos con éxito. Pero si la brecha entre las primeras promesas y la entrega real es demasiado grande, muchos proyectos se derrumbarán de tal manera que desmoralizarán al personal de la agencia y crearán una reputación de ineptitud.

El relanzamiento del sistema de competencia de Pakistán en la última década ilustra los peligros de crear un grave desajuste entre los compromisos de un programa y sus capacidades. La primera generación de dirigentes de la agencia reformada emprendió un programa de desafíos de alto nivel en los principales sectores de la economía (Mirza, 2011).⁹⁰ Al principio, estas medidas se consideraron una prueba de la nueva vitalidad y valentía de la agencia, que sustituía la timidez del sistema anterior por actos audaces. Al cabo de unos años, se puso de manifiesto que la ECC carecía de la capacidad necesaria para gestionar un gran número de ambiciosos proyectos de forma competente, sobre todo ante la fuerte resistencia de las empresas afectadas, que enredaron a la agencia en litigios prolongados e indeterminados (Furlan & Kovacic, 2013, pp. 11-13).

D. Aprendizaje

El aprendizaje es uno de los procesos más importantes por los que los organismos se adaptan para hacer frente con eficacia a los mandatos que se les confía. A medida que la autoridad de la competencia acumula experiencia, puede razonablemente tratar de llevar a cabo un mayor número de investigaciones o emprender asuntos individuales de mayor dificultad. Nuestra percepción es que las agencias más eficaces aprenden de dos maneras -de su propia experiencia y de la experiencia de otros regímenes de derecho de la competencia-, ya sea directamente de los regímenes individuales

89 Véanse el texto adjunto (donde se analiza el caso del Comité de Competencia de Pakistán). Este problema no se limita a los sistemas de competencia más recientes. La Comisión Federal de Comercio de EE.UU. se sometió a una importante remodelación en la década de 1970 en respuesta a las críticas de que la agencia se había centrado abrumadoramente en asuntos triviales y había evitado ocuparse de las conductas que suponían un grave perjuicio para los consumidores. Al tratar de reforzar su programa en los años 70, la agencia inició una extraordinaria serie de asuntos de competencia y protección de los consumidores que superó con creces su capital humano. Muchos de los ambiciosos asuntos de la FTC iniciados en este periodo se vinieron abajo como consecuencia. La experiencia de la FTC en los años 70 se examina en Hyman y Kovacic (2016), *Consume o invierte*.

90 Khalid Mirza, Presentación, Mesa redonda sobre los fundamentos de una agencia de competencia eficaz (19-21 de julio de 2011), disponible en www.unctad.org/sections/wcmu/docs/IGC%202011_RT_Agency%20effectiveness_written%20contribution_%20Khalid%20Mirza.pdf.

o indirectamente a través del trabajo de organismos internacionales como la ICN, OCDE y la UNCTAD. Para aprender de su propia experiencia, la agencia debe idear un proceso para evaluar sus proyectos completados y sus procesos y alimentar su trabajo futuro con lo aprendido. Para que un solo organismo aprenda de la experiencia de otros, los organismos con experiencia deben compartir lo que saben, tanto lo bueno como lo malo.⁹¹

E. Apoyo político

Es extraordinariamente difícil aplicar un programa de política de competencia en una jurisdicción que es hostil o indiferente a los objetivos de la ley. Es aún más difícil construir un programa en medio de la entropía política. Un apoyo político débil o episodios de grave inestabilidad política alargan inevitablemente el periodo de aplicación efectiva de la ley de competencia. Por el contrario, un fuerte apoyo político permite a la agencia superar muchos de los impedimentos señalados anteriormente y le permite centrarse en hacer valer su trabajo a través de su rendimiento.

F. Instituciones de apoyo

La aplicación de la ley de competencia depende en gran medida de la calidad de las instituciones que le den apoyo, lo que Allan Fels denomina “coproductores”.⁹² Una de esas instituciones cruciales para un organismo de competencia es el sistema judicial de un país. Un sistema judicial que funcione bien confiere una gran ventaja al desarrollo del régimen de competencia. Por el contrario, un país con tribunales débiles o, peor aún, corruptos, se enfrenta a un largo proceso de remodelación de su sistema judicial o de establecimiento de nuevos tribunales dedicados a la ley de competencia.

En última instancia, un sistema de competencia tampoco puede prosperar sin el apoyo de las instituciones académicas que imparten cursos y realizan investigaciones en materia de derecho de la competencia y economía de la organización industrial. La velocidad con la que una jurisdicción desarrolle una infraestructura intelectual sólida afectará al ritmo y la calidad de la aplicación efectiva del derecho de la competencia.

G. Cooperación internacional

El compromiso con otras jurisdicciones puede ayudar a los organismos a superar las limitaciones de recursos, acelerar el aprendizaje y conseguir apoyo político.⁹³ Este objetivo puede lograrse a través de programas bilaterales de asistencia técnica, de la cooperación entre organismos o de la participación en alianzas regionales internacionales o en redes internacionales más amplias (Doleys, 2012, p. 337). En un grado cada vez mayor, estos mecanismos permiten a las agencias obtener información muy valiosa sobre el fondo y el proceso del derecho de la competencia. Además, los intercambios regulares con sus homólogos de otros países permiten a los responsables de las agencias aprender a tratar cuestiones delicadas relacionadas con la presión política y las relaciones con otros organismos públicos.

91 Una agencia debe estar dispuesta a suprimir el instinto de salvar la cara ocultando sus fracasos o atribuyendo todos los buenos resultados únicamente a su habilidad (en lugar de, por ejemplo, a la pura suerte). Puede ser más fácil hacerlo en un entorno –por ejemplo, una pequeña reunión a puerta cerrada de altos funcionarios de la agencia de competencia– en el que los altos directivos estén dispuestos a hablar con más libertad. Desde principios de esta década, uno de nosotros (Kovacic) ha participado en un seminario organizado por la Facultad de Derecho de Fordham en el que entre 15 y 20 altos funcionarios de la competencia debaten sobre temas delicados (por ejemplo, cómo hacer frente a la presión política ejercida por los cargos electos) que sería incómodo abordar ante un público numeroso. Este formato facilita un debate más abierto e informativo y tiene un gran potencial para acelerar el aprendizaje entre agencias.

92 Agradecemos a Allan Fels que nos haya hecho llegar este concepto.

93 Véase Thomas J. Doleys (2012, p. 337) donde se analiza la influencia de la Unión Europea y sus Estados miembros en el desarrollo de los sistemas de competencia en los mercados emergentes.

H. Evaluación periódica y actualizaciones

Los esfuerzos de implementación más exitosos han tenido lugar en jurisdicciones que realizan revisiones periódicas del sistema de competencia. El ciclo virtuoso que se observa en los mejores sistemas consiste en un proceso de tres etapas de experimentación, evaluación y perfeccionamiento. Muchos de estos estados, como Brasil, México y Taiwán, han incluso recurrido a sus legisladores nacionales para obtener importantes actualizaciones del sistema.

VI. CONCLUSIÓN

En su influyente estudio sobre la crisis de los misiles en Cuba, Graham Allison lamentaba los límites de nuestra comprensión sobre hasta qué punto los diseños institucionales (lo que él llamaba "burocracia") contribuían al fracaso de los gobiernos en la consecución de buenos resultados políticos (Allison & Zelikow, 1971, p. 266).⁹⁴ Para salvar la brecha entre las expectativas y los resultados reales, Allison pidió que los estudiantes de administración pública reorientaran sus esfuerzos: "Si los analistas y los operadores quieren aumentar su capacidad para lograr los resultados políticos deseados, ... tendremos que encontrar la manera de pensar más intensamente en el problema de la "implementación", es decir, el camino entre la solución preferida y el desempeño real del gobierno" (Allison & Zelikow, 1971, pp. 267-268).

El reto que Allison planteó hace cuarenta y cinco años se aplica con fuerza a la expansión moderna del derecho de la competencia. El diseño y la aplicación con éxito de la reforma de la ley de competencia son tareas difíciles en cualquier sistema jurídico. Pero es justo señalar que son intrínsecamente más difíciles en las economías en desarrollo y en transición, docenas de las cuales han adoptado leyes de competencia en los últimos veinticinco años.

Por lo general, el camino hacia el éxito de los nuevos sistemas de competencia ha sido un proceso de mejora gradual. Las mejores experiencias han tenido lugar en las jurisdicciones que han aumentado gradualmente el ritmo y la dificultad de la aplicación. La necesidad de un enfoque deliberado y gradual es más acuciante en los países con condiciones iniciales desfavorables: organismos mal financiados, escaso apoyo político y escaso capital humano.

Nuestro análisis de los programas de implementación hasta la fecha sugiere el valor de un mayor énfasis en la creación de instituciones como una dimensión de las reformas de la ley de competencia. También pide paciencia a la hora de establecer expectativas sobre lo que la mayoría de los regímenes pueden lograr. El desarrollo futuro del derecho de la competencia en los nuevos sistemas requiere una mezcla de realismo y ambición. Las agencias de competencia y sus grupos externos deben abordar el establecimiento del nuevo régimen regulador con expectativas realistas sobre lo que se necesita para construir un sistema eficaz a la luz de lo que las jurisdicciones han logrado hasta la fecha. El realismo es un antídoto contra la decepción y la frustración que pueden surgir cuando no se obtienen buenos resultados en los primeros años de aplicación de una ley. Desarrollar un nuevo sistema de regulación económica es una prueba de larga distancia, no un sprint de 100 metros.

El realismo debe ir acompañado de la ambición de seguir adelante y lograr la mejora gradual de la calidad institucional y de los métodos operativos que constituyen la base de los buenos resultados. La apreciación clarividente de las dificultades en la implementación no justifica la rendición. Como han demostrado varios organismos de competencia nuevos, el compromiso sostenido con un ciclo virtuoso de experimentación, evaluación y mejora puede dar lugar a mejoras graduales constantes que construyen instituciones superiores, la base de un rendimiento político superior.

94 Sobre el gran impacto del estudio de Allison en el análisis de la toma de decisiones burocráticas, véase Barton J. (1999, p. 121).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Agüero, F. (2016). Chilean antitrust policy: some lessons behind its success. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 123-154.
- Allison, G. T., & Zelikow, P. (1971). *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis*. Little Brown & Co.
- Aydin, U. (2016). Competition Law and Policy in Mexico: Successes and Challenges. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 155-186.
- Aydin, U., & Büthe, T. (2016). Competition Law & Policy in Developing Countries: Explaining Variations in Outcomes; Exploring Possibilities and Limits. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 1-36. <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss4/1>.
- Balleisen, E. J., & Brake, E. K. (2014). Historical Perspective and Better Regulatory Governance: An Agenda for Institutional Reform. *Regulation & Governance*, 8(2), 222-245.
- Bernstein, B. J. (1999). Book Review: *Essence of Decision*. *Foreign Policy*, Spring.
- Blumenthal, W. (1997). Symposium: Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement: Introductory Note. *Antitrust Law Journal*, 65(3), 813-824.
- Braunthal, G. (1965). The Struggle for Cartel Legislation. En J. B. Chirstoph & B. E. Brown (Eds.), *Cases in Comparative Politics*, pp. 191-200. Little Brown and Co.
- Briggs, M. (2016, 9 de junio). Nigeria edges closer to competition law. *Global Competition Review*. <https://globalcompetitionreview.com/article/nigeria-edges-closer-competition-law>.
- Brown, D. J. (2015). Introduction to Competition Law. En *Competition Act & Commentary*, 6-13. Stikeman Elliott LLP.
- Clague, C., & Rausser, G. C. (Eds.) (1992). *The Emergence of Market Economies in Eastern Europe*. Blackwell.
- Crane, D. A. (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Oxford University Press.
- Davies, J., & Thiemann, A. (2015). Competition law and policy: Drivers of economic growth and development. *Coherence for Development*, 4, 1-12.
- Doleys, T. J. (2012). Promoting Competition Policy Abroad: European Union Efforts in the Developing World. *The Antitrust Bulletin*, (57)2, 337-366.
- Emch, A., Regazzini, J., & Rudomino, V. (Eds.) (2012). *Competition Law in the BRICS Countries*. Kluwer Law International.
- Emch, A., & Stallibras, D. (Eds.) (2013). *China's Anti- Monopoly Law. The First Five Years*. Kluwer Law International.
- Fingleton, J., Fox, E., Neven, D., & Seabright, P. (1996). *Competition Policy and The Transformation of Central Europe*. Center for Economic Policy Research.
- Fox, E. M., First, H., & Charbit, N. (Eds.). (2015). *Antitrust in Emerging and Developing Countries*. Institute of Competition Law.

- Fox, E. M., & Trebilcock, M. J. (Eds.). (2013). *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*. Oxford University Press.
- Furlan, F., & Kovacic, W. E. (2013). *Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Pakistan. Overview* (Documento N° UNCTAD/DITC/CLP/2013/4). UNCTAD. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d4_overview_en.pdf.
- Gal, M. S. (2003). *Competition Policy for Small Market Economies*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1kmj811>.
- Global Competition Review. (2015). *The Antitrust Review of the Americas 2016*. <https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/the-antitrust-review-of-the-americas-2016>.
- Gerber, D. J. (2001). Chapter IX. Competition Law and European Integration: The Competition Law of the European Union. En D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (334–391). Oxford University Press.
- Hesse, R. B. (2016, 5 de febrero). *Antitrust: Helping Drive the Innovation Economy* [Remarks]. Global Competition Review Live 5th Annual Antitrust Law Leaders Forum 1, Miami, Florida, Estados Unidos. <https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant-attorney-general-renata-b-hesse-delivers-remarks-global>.
- Hollman, H. M., & Kovacic, W. E. (2011). The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role. *Minnesota Journal of International Law*, 20, 274-323.
- Kovacic, W. E. (2015a). The United States and its future influence on global competition policy. *George Mason Law Review*, (22)5, 1157-1204.
- Kovacic, W. E. (2015b). Creating a Respected Brand: How Regulatory Agencies Signal Quality. *George Mason Law Review*, (22)2, 237-258.
- Kovacic, W. E. (2015c). China's Competition Law Experience in Context. *Journal of Antitrust Enforcement*, 3(s1), i2–i11.
- Kovacic, W. E. (2014). Politics and Partisanship in U. S. Federal Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal*, 79(2), 687-711.
- Kovacic, W. E. (2011). Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from US Experience. En C. Beaton-Wells & A. Ezrachi (Eds.), *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* (pp. 45-73). Hart Publishing.
- Kovacic, W. E. (2012). HSR at 35: the Early US Premerger Notification Experience and its Meaning for New Systems of Competition Law. En R. Whish & C. Townley (Eds.), *New Competition Jurisdictions* (pp. 9-29).
- Kovacic, W. E. (2010, 1 de diciembre). Dominance, Duopoly and Oligopoly: The United States and the Development of Global Competition Policy. *Global Competition Review*, 14, pp. 39-42.
- Kovacic, W. E. (2009). Rating the Competition Agencies: What Constitutes Good Performance. *George Mason Law Review*, 16(4), 903-926.
- Kovacic, W. E. (2009b, enero). *FTC at 100 Report. The Continuing Pursuit of Better Practices, A Report by Federal Trade Commission Chairman William E. Kovacic*. <http://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-100-our-second-century/ftc100rpt.pdf>

- Kovacic, W. E. (2007). ¿Lucky Trip? Perspectives from a Foreign Advisor on Competition Policy, Development and Technical Assistance. *European Competition Journal*, 3(2), 319-328.
- Kovacic, W. E. (2006). Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities. *Journal of Corporation Law*, 31(2), 503-547.
- Kovacic, W. E. (2005). Achieving better practices in the design of competition policy institutions. *The Antitrust Bulletin*, 50(3), 511-517.
- Kovacic, W. E. (2003). The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms. *Antitrust Law Journal*, 71(2), 377-478.
- Kovacic, W. E. (2001). Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement. *Chicago-Kent Law Review*, 77(1), 265-315. Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol77/iss1/12>.
- Kovacic, W. E. (1997). Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies. *Brooklyn Journal of International Law*, 23(2), 403-453.
- Kovacic, W. E. (1996). The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries. *American University International Law Review*, 11(3), 437-474.
- Kovacic, W. E. (1995). Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe. *DePaul Law Review*, 44(4), 1197-1224.
- Kovacic, W. E. & Cooper, J. C. (2012). Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law, Economics & Policy*, 8(4), 779-800.
- Kovacic, W. E., Hollman, H. M., & Grant, P. (2011). How does your Competition Agency measure up?. *European Competition Journal*, 7(1), 25-45.
- Kovacic, W. E., & Hyman, D. A. (2016). Consume or Invest: What Do/Should Agency Leaders Maximize?. *Washington Law Review*, 91(1), 295-324.
- Kovacic, W. E., & Hyman, D. A. (2012). Competition Agency Design: What's on the Menu?. *European Competition Journal*, (8)3. 527-538.
- Krasnodebska-Tomkiel, M. (2010). *Changes in Competition Law over the past two decades*. Polish Office of Competition and Consumer Protection.
- Olson, M. (1992). The Hidden Path to a Successful Economy. En C. Clague & G. Rausser (Eds.), *The Emergence of Market Economies in Eastern Europe* (pp. 55-76). Blackwell.
- Orbach, B. (2013). Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose. *Fordham Law Review*, 81(5), 2151-2156.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OECD]. (2011). *OECD 50th Anniversary Vision Statement* (Documento N° C/MIN(2011)6).
- Ottow, A. (2015). *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford University Press.
- Jenny, F., & Katsoulacos, Y. (Eds.) (2016). *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. Legal and Economic Aspects*. Springer Cham.

- Palim, M. R. A. (1998). The Worldwide Growth of Competition Law: An Empirical Analysis. *The Antitrust Bulletin*, 43(1), 105–145. <https://doi.org/10.1177/0003603X9804300106>.
- Peña, J. (2009). Promoting Competition Policies from the Private Sector in Latin America. En E.M. Fox & D.D. Sokol (Eds.), *Competition Law and Policy in Latin America* (pp. 469–480). Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472560544.ch-022>.
- Pitmann, R. (1998). Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later. *Antitrust Bulletin*, 43(1), 179–228.
- Pozen, S. (2011, 17 de noviembre). Acting Assistant Attorney General Sharis A. Pozen Speaks at the American Bar Association 2011 Antitrust Fall Forum [Presentación de una conferencia]. Washington, D.C., Estados Unidos. <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-sharis-pozen-speaks-american-bar-association-2011>.
- Reynolds, M. (2015). An Interview with Sir Philip Lowe, Non-Executive Director of the Board of the UK Competition and Markets Authority. *Competition Law International*, 11(2), 99–111.
- Rodríguez, A. E. & Menon, A. (2016). Understanding the Nature of Competition Agency Ineffectiveness. The causes of competition agency ineffectiveness in developing countries. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 37–67. <http://www.jstor.org/stable/45019870>.
- Sklar, M. J. (1988). *The corporate reconstruction of American capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics*. Cambridge University Press.
- Sokol, D. D. (2009). The Development of Human Capital in Latin American Competition Policy. En E. M. Fox & D. D. Sokol (Eds.), *Competition Law and Policy in Latin America* (pp. 13–32). Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472560544.ch-002>.
- Svetiev, Y., & Wang, L. (2016). Competition Law Enforcement in China: Between Technology and Industrial Policy. *Law and Contemporary Problems*, 79(4), 187–222.
- Vitale, C., & Carrieri, S. (2016). *Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions*. OECD.
- Wang, X. & Emch, A. (2015). Chinese Antitrust - a Snapshot. *Journal of Antitrust Enforcement*, 3(1), i12–i25.
- Winerman, M. (2003). The Origins of the FTC: Concentration, cooperation, control and competition. *Antitrust Law Journal* 71(1), 1–97.
- Winerman, M. & Kovacic, W. E. (2010). Outpost Years for a Start-Up Agency: The FTC from 1921 to 1925. *Antitrust Law Journal*, 77(1), 145–203.
- Winslow, T. (2004). *Competition Law and Policy in Perú. A peer review*. OECD. <https://www.oecd.org/daf/competition/34728182.pdf>.
- Wise, M. (2003). Review of Competition Law and Policy in Poland. *OECD Journal: Competition Law and Policy*, 5(2), 83–132.
- Schatan, C. (2012). The Dynamics of Competition Policies in Small Developing Economies: The Central American Countries' Experience. En R. Whish & C. Townley (Eds.), *New Competition Jurisdictions* (pp. 91–118). Ascola Competition Law.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES — CAN. ANÁLISIS Y PROPUESTAS¹

COMPETITION LAW IN THE ANDEAN COMMUNITY OF NATIONS – CAN. ANALYSIS AND PROPOSALS

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

RESUMEN

Este documento explica de manera breve el Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) su desarrollo, antecedentes, aplicación, procedimiento y utilidad en relación con la normativa actual. El fenómeno de la libre competencia económica en la subregión ha sido producto del comercio internacional, los tratados, la negociación entre países y la globalización. Esto ha llevado a implantar un régimen de competencia supranacional de estilo europeo en la CAN, con un órgano que investiga y sanciona, un órgano que se encarga del control judicial y un órgano legislativo. Si bien esta estructura pretende fomentar la cooperación comercial, existen algunas dificultades para consolidar la actividad competitiva dentro de la subregión. Entre estas está la libre circulación de bienes, servicios y capitales en el territorio comunitario, y la creación de políticas macroeconómicas y de inversión, las cuales distorsionan la aplicación del régimen de competencia, lo cual permite a los agentes económicos cometer conductas anticompetitivas transfronterizas en los países miembros. Por esta razón, la normativa de libre competencia de la CAN debe modernizarse desde la activación jurisdiccional de los órganos, los requisitos para abrir una investigación, las definiciones de las conductas y sus efectos, la necesidad de un programa de delación o clemencia que armonice con el programa de las legislaciones nacionales y la creación de un régimen de control de las concentraciones empresariales. Estas propuestas se exponen en la parte final del presente documento.

ABSTRACT

This paper briefly explains the Andean Community of Nations antitrust law, its development, background, exercise, procedure and relevance facing the current regulations. The free economic competition phenomenon has been a result of the free trade, the agreements between the countries and the globalization. This has led to the implementation of a European-style supranational competition regime in the Andean Community of Nations, with an authority that investigates and sanctions, a tribunal in charge of the judicial control and a legislative body. Although this structure seeks to promote the commercial cooperation, there are some difficulties in the way the competitive activity behaves in the sector. Some of the difficulties are the free movement of goods, services, and capital in the territory of the Andean community and the creation of macroeconomic and investment policies that may affect the application of the antitrust regime. This leads the economic agents to develop cross-border anticompetitive behaviors. Therefore, the antitrust law of the Andean Community of Nations should be upgraded in: The jurisdictional activation of the authorities, the requirements to open an investigation, the definition of anticompetitive conducts and their effects, the introduction of a Leniency Program that can harmonize with national legislations and the creation of a merger control regime. The last suggestions are presented in the final part of this paper.

1 El presente artículo fue publicado anteriormente en: <https://centrocedec.org/>

2 Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de

PALABRAS CLAVE

Comunidad Andina de Naciones | Secretaría General de la Comunidad Andina | normas de libre competencia | procedimiento | prácticas restrictivas de la competencia | investigación | libre comercio

KEYWORDS

Andean Community of Nations | General Secretariat of the Andean Community | antitrust normativity | procedure | restrictive competition practices | investigation | free trade

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 22 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 12 de setiembre de 2021.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Breve semblanza de la Comunidad Andina De Naciones – CAN; **3.** Antecedentes de la Decisión 608 de 2005; **4.** Objetivo y principios de la normativa andina de competencia; **5.** ámbito de aplicación de la decisión 608, **5.1.** Ámbito objetivo de aplicación de la Decisión 608, **5.1.1.** Apreciaciones generales sobre la aplicación del artículo 5 de la Decisión 608, **5.1.2.** Definición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el test del “efecto real”. Caso de Angelcom S.A., **5.1.3.** Exclusiones o excepciones a la aplicación de la Decisión 608, **5.2.** Ámbito subjetivo de Aplicación de la Decisión 608; **6.** Prácticas restrictivas de la Libre Competencia en la normativa de la CAN, **6.1.** Comentarios a la norma sobre acuerdos anticompetitivos, **6.2.** Comentarios a las normas sobre posición de dominio y abuso de la posición dominante en el mercado; **7.** Procedimiento para la investigación y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia en la CAN, **7.1.** Inicio de la investigación, **7.2.** Trámite de la Investigación, **7.3.** Información, **7.4.** Compromisos de Cese, **7.5.** Medidas Cautelares, **7.6.** Medidas Correctivas y/o sancionatorias; **8.** Principales propuestas para la modernización del derecho de la competencia en la Can, **8.1.** Reglas de coordinación entre la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros para iniciar investigaciones de competencia, **8.2.** Creación del programa de Clemencia o Delación en la CAN y armonización del programa con las legislaciones nacionales, **8.3.** Creación del Régimen de Control de las Concentraciones Empresariales a nivel Andino; **9.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se aborda de manera breve el Derecho de la Competencia de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante la CAN), su desarrollo, aplicación y utilidad para la integración de la subregión, así como el potencial que tiene de interferir con las normativas de los países miembros del Acuerdo de Cartagena.

El Derecho de la Competencia comenzó a ser introducido en los países de la subregión andina, así como en los demás países de Latinoamérica entre el inicio y mediados del siglo XX, pero en esa primera época su aplicación fue muy tenue, debido principalmente al modelo de desarrollo proteccionista impulsado por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL), basado en la sustitución de importaciones y en el aislamiento de las empresas locales de la competencia

pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent – NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network – ICN” (2012 – 2016 y 2019 hasta la fecha). Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

internacional. Este no era un ambiente propicio para el desarrollo del principio de libre competencia, ya que su objetivo era el de resguardar las industrias de los países en desarrollo, con el fin de que pudieran florecer (Miranda Londoño, 2011, pp. 56-148).³

Sin embargo, a raíz del evento conocido como el *Consenso de Washington*, los países latinoamericanos cambiaron el modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica o globalización, lo cual vino aparejado de reformas constitucionales en la mayoría de estos países, en las cuales se introdujo el principio de libre competencia como un parámetro constitucional; y se generó una nueva ola de reformas a las leyes de competencia de los países de la región.

Como consecuencia de estas transformaciones, durante las últimas tres décadas el Derecho de la Competencia se ha difundido, se ha aplicado y ha madurado de manera muy importante en los países de la región, todos los cuales ya cuentan con una ley y una autoridad de competencia, con la notoria excepción de Guatemala en donde se continúan discutiendo proyectos de la ley de competencia, cuya expedición es inclusive una obligación para el país (hoy en día incumplida), en el contexto del tratado de libre comercio firmado con la Unión Europea.

Sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer a la aplicación de las normas de competencia en los países Latinoamericanos, lo cierto es que la política de competencia ha ganado importancia de manera creciente; y es hoy en día una de las principales políticas públicas orientadas a buscar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica en nuestros países.

Pero el desarrollo del Derecho de la Competencia, impulsado por el fenómeno de la globalización, no se ha producido solamente hacia el interior de los países Latinoamericanos, sino que ha venido aparejado de manera natural, con la negociación de tratados internacionales de carácter bilateral y multilateral, los cuales mencionan el principio de libre competencia económica en el marco del comercio internacional. Ejemplos de lo anterior son el Mercado Común Centroamericano (MCCA); la Comunidad Andina de Naciones (CAN); el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); y la Comunidad del Caribe (CARICOM). Estos tratados de libre comercio incluyen capítulos de competencia de mayor o menor intensidad y han dado lugar a acuerdos de cooperación entre las agencias Latinoamericanas de competencia, los cuales se han venido generando de manera espontánea, en la medida en que el Derecho de la Competencia de la región ha ido madurando y evolucionando.

De conformidad con lo antes dicho, el Derecho de la Competencia de la región debería avanzar con paso decidido hacia la internacionalización; sin embargo este desarrollo es aún bastante tímido, ya que a pesar de que existen cuatro tratados orientados a la creación de mercados comunes, así como tratados de libre comercio de carácter bilateral y multilateral, el desarrollo de la política y de competencia en el plano supranacional es aún incipiente. De hecho, podría decirse que en Latinoamérica la evolución del Derecho de la Competencia se ha producido en forma inversa al proceso de Europa, ya que en ese continente el mayor desarrollo del Derecho de la Competencia se dio primero en el organismo comunitario, el cual influyó en la maduración del Derecho de la Competencia de los países miembros. En el caso latinoamericano en cambio, son las autoridades nacionales de países como México, Chile, Brasil, Colombia, Perú, etc., las que han adquirido un gran conocimiento y han mejorado los niveles de aplicación del derecho de la Competencia, mientras que los organismos de integración económica se han visto rezagados en la aplicación de este tipo de normativas.

En efecto, aparte de los casos que recientemente ha venido realizando la CAN, algunos de los cuales están generando importantes problemas para el Derecho de la Competencia de la subregión,

3 Ver: Andrés Palacios Lleras y Juan David Gutiérrez Rodríguez "Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano". *CEDEC Revista de Derecho de la Competencia*. (2015). pp. 137 – 176.

puede decirse que no hay una aplicación continua o generalizada de las normas supranacionales de competencia en Latinoamérica. De hecho, solamente la CAN y CARICOM incluyeron en sus tratados de creación o en normas superiores, estructuras jurídicas supranacionales de competencia. MERCOSUR tiene una estructura intergubernamental que no tiene jerarquía supranacional y el MCCA no ha avanzado aún en la creación de una regulación regional de competencia (Diez Canseco Núñez, 2018).

En el caso de la CAN, como se verá más adelante, se ha establecido un régimen de competencia supranacional al estilo de la Unión Europea, el cual funciona dentro de una estructura institucional que cuenta con un órgano de investigación y sanción que es la Secretaría General - SGCAN; un órgano de control judicial de las decisiones que es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina - TJCA; y un órgano legislativo que es el Parlamento Andino - PA.

A pesar del marco jurídico e institucional de la CAN, los países de la subregión han celebrado una serie de convenios comerciales con países ajenos a la misma, lo que implica que en algunas ocasiones se adquieran compromisos que distorsionan las condiciones de competencia. Es el caso por ejemplo de las ventajas conferidas a terceros países que a su vez han llevado a introducir elementos ajenos a un esquema de integración, pero indispensables para tratar de restablecer las condiciones de competencia vulneradas por la falta de disciplina de los países en el cumplimiento de sus compromisos, como ha sucedido en el caso de los derechos correctivos contenidos en las Decisiones 370 y 371 del Acuerdo de Cartagena.

La celebración de convenios comerciales con terceros países ajenos a la CAN, resulta incoherente con los objetivos de la Comunidad Andina y comporta un factor de perturbación de la libre competencia en las relaciones comerciales entre Colombia y sus socios andinos; ya que en el afán por concluir acuerdos como el G3, el Acuerdo Bilateral con Chile, el MERCOSUR, etc., el tema de la competencia comercial ha sido relegado a un segundo plano.

En todo este proceso, el sector privado ha jugado un papel pasivo en lo que al tema de la promoción de competencia se refiere. Puede afirmarse que la experiencia del sector privado con otras agencias de protección de la competencia diferentes de la colombiana es muy limitada. La mayoría de los casos que se han presentado a nivel internacional se han manejado a través de medidas de política comercial como el anti *dumping* y las salvaguardias, en el caso del Pacto Andino. Lo anterior no es más que una consecuencia natural de la falta de reglas de juego a nivel internacional para hacer frente a las prácticas restrictivas de la competencia (Miranda Londoño, 1998, pp. 241-245).

Aparte de los casos sobre salvaguardias y anti *dumping*, se han presentado algunos pocos casos de prácticas restrictivas de la competencia ante la junta del Acuerdo de Cartagena, en los sectores como el del azúcar, el del arroz, las telecomunicaciones y el del papel suave.

Hasta el presente, el sector privado colombiano se ha defendido de las prácticas restrictivas de la competencia, de manera principal, a través de medidas de política comercial y no de la aplicación de las normas de protección de la competencia, lo cual no siempre resulta efectivo, ya que, como se sabe, son las mismas normas de política comercial de los estados, las que muchas veces estimulan y promueven las prácticas restrictivas de la competencia.

El objetivo de un tratado de integración económica es el de lograr una verdadera Comunidad Andina de Naciones, objetivo que se debe lograr progresivamente a través de: **(i)** Una zona de libre comercio, lo cual se logra eliminando las barreras arancelarias entre los países miembros; **(ii)** una Unión Aduanera, lo cual se logra estableciendo un arancel externo común; **(iii)** un mercado común, que implica la circulación libre y sin restricciones, de bienes, servicios y capitales; y finalmente una unión económica que implica la armonización de políticas macroeconómicas y de inversión.

En el caso del Acuerdo de Cartagena, el objetivo era el de crear un mercado común, sin embargo ese objetivo ya no es posible por la firma de tratados bilaterales de los países miembros del acuerdo, con países externos al mismo, como es el caso de los TLC con los Estados Unidos, lo cual impedirá tener un arancel externo común.

Es importante por lo tanto que la CAN replantee sus objetivos, por ejemplo hacia el establecimiento simplemente de una zona de libre comercio, que si es posible obtener y que justifica la aplicación de una normativa de competencia como la Decisión 608 de 2005, la cual en todo caso debe ser reformada con el fin de actualizarla y ponerla a tono con el Desarrollo del Derecho de la Competencia de los países miembros, de Latinoamérica y del mundo, aspectos que se analizarán en el presente documento.

2. BREVE SEMBLANZA DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES — CAN (Pedraza Gutiérrez, 2019)

El “Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)”, inspirado en la Declaración de Bogotá y en la Declaración de los Presidentes de América, fue firmado el día 26 de mayo de 1969 por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó el 13 de febrero de 1973 y Chile se retiró el 30 de octubre de 1976. Como se puede observar, el tratado constitutivo de la CAN, tiene ya más de cincuenta (50) años de vigencia. Después del retiro de Venezuela en el año 2004, los países miembros de la CAN son en la actualidad Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (Romero Zambrano et al., 2019).

La CAN está conformada por órganos intergubernamentales, organismos comunitarios y cuenta con la participación de la sociedad civil. En conjunto las autoridades y participantes conforman el Sistema Andino de Integración – SAI, el cual se integra así:

- a.** Consejo Presidencial Andino: Integrado por los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, es el órgano máximo de la Comunidad Andina.
- b.** Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE): Órgano de Dirección y Decisión.
- c.** Comisión de la Comunidad Andina: Órgano de dirección y decisión.
- d.** Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN): Órgano ejecutivo.
- e.** Parlamento Andino (PA): Órgano deliberante.
- f.** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN): Órgano judicial.
- g.** Consejos Consultivos Empresarial, Laboral, de Pueblos Indígenas y de Autoridades Municipales: Representantes de la sociedad Civil.
- h.** Universidad Andina Simón Bolívar: Institución educativa.
- i.** Fondo Latinoamericano de Reservas: Institución Financiera.
- j.** CAF-Banco de Desarrollo de América Latina: Institución financiera.
- k.** Convenio Simón Rodríguez: Institución Comunitaria.
- l.** Convenio Hipólito Unanue: Convenio Andino de Salud.

Las normas que constituyen el Derecho Primario de la CAN son el Acuerdo de Cartagena, del 26 de mayo de 1969, codificado como Decisión 406 de 1999 y el Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia, codificado como Decisión 472 de 1999. En adición a lo anterior, revisten gran importancia las siguientes normas:

- a.** El Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”.
- b.** El Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Decisión 407).
- c.** El Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina (Decisiones 471 y 508).
- d.** El Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisiones 409 y 426).
- e.** El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Decisión 425).
- f.** El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500).
- g.** Las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, contenidas en la Decisión 608 de 2005.

A la fecha de este documento el Consejo y la Comisión habían expedido 848 decisiones y la Secretaría General había expedido 2.094 resoluciones. Los principios para la aplicación del Derecho Comunitario Andino son: **(i)** Aplicación directa; y **(ii)** Supranacionalidad.

Hoy en día la CAN ha expedido regímenes comunes en los siguientes temas: Aduanas, Sanidad, Calidad, Origen, Servicios, Transporte, Competencia, Defensa comercial y Propiedad intelectual

Algunos de los principales logros de la CAN en estos cincuenta (50) de operación, son los siguientes:

- a.** Creación el Marco General para la Interconexión Subregional de Sistemas Eléctricos e Intercambio Intracomunitario de Electricidad (Decisión 816 de 2017).
- b.** Establecimiento del Mercado Andino Eléctrico Regional (MAER), que permite: (i) asegurar el abastecimiento eléctrico; y (ii) realizar la venta de excedentes eléctricos en la subregión.
- c.** Creación del Registro Andino Satelital (Decisión 707).
- d.** Autorización para la explotación del Recurso Órbita-Espectro, a la empresa New Skies Satellites B.V. (Decisión 725).
- e.** Lanzamiento del Satélite Andino SES-10 (30/03/2017).
- f.** Actualización del régimen de Protección del usuario de telecomunicaciones (Decisión 683).
- g.** Libre tránsito sin pasaporte ni visa (Decisión 503).
- h.** Pasaporte Andino (Decisión 504).
- i.** Reconocimiento de documentos nacionales de identificación (Decisión 503).

- j. Ventanilla preferencial para ciudadanos andinos (Decisión 526).
- k. Tarjeta Andina de Migración Electrónica (Resolución 527).
- l. Igualdad de condiciones laborales y trato nacional para que los trabajadores andinos bajo relación de dependencia, puedan laborar en los otros Países Miembros. (Decisiones 439, 545, 659 y 718).

En la actualidad la SGCAN ha presentado propuestas para lograr:

- a. La implementación de una normativa internacional que elimina los costos roaming entre los Países Miembros.
- b. Proyecto de Estatuto Migratorio Andino, que garantizará derecho de circulación y residencia a los ciudadanos andinos en el territorio de los cuatro Países Miembros.

La aplicación de la normativa de competencia contenida en la Decisión 608 de 2005 depende del órgano ejecutivo de la CAN que es la Secretaría General (SGCAN), la cual maneja el tema a través de la Dirección General No. 1, en la cual se tratan los temas de Acceso a mercados, Sanidad agropecuaria y calidad y obstáculos técnicos al comercio. Dentro del tema de acceso a mercados, la Dirección General No. 1 se ocupa de Gravámenes y restricciones; temas de origen; facilitación del Comercio y Competencia y Defensa Comercial.

3. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN 608 DE 2005

La política de competencia de la CAN se complementa con el Programa de Liberación Comercial del Pacto Andino. Al respecto dice el doctor Hugo Gómez Apac (2019) lo siguiente:

Para que los ciudadanos andinos gocen plenamente de los beneficios del libre comercio que subyace al Programa de Liberación, es necesario que este sea acompañado de normas de defensa de la libre competencia. Así, a la prohibición de los gobiernos de restringir las importaciones provenientes de otros países miembros mediante medidas restrictivas se adiciona la prohibición a los privados de distorsionar el comercio a través de conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) transfronterizas. Solo así el consumidor andino se beneficiará de una mayor oferta de bienes y servicios, a precios competitivos, de mejor calidad y en mayor variedad. (p. 60)

Al respecto, el TJCA en la Interpretación Prejudicial No. 78-IP-2018 de 2018 señala lo siguiente:

Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el mardo de los procesos de integración económica pueden verse afectados a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanenciade las empresas a los mercados, o se distorsionanlos precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores. (párr. 1.3)

La normativa de competencia de la CAN tiene su fundamento en el Capítulo VIII del Tratado del Acuerdo de Cartagena (1969) contiene las normas sobre competencia comercial. Al respecto, los artículos 105 y 106 de la Decisión 406 de 1999 (que codifica el Tratado)⁴, disponen:

⁴ Estos artículos equivalen a los artículos 93 y 94 del Capítulo X del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).

CAPÍTULO VIII

COMPETENCIA COMERCIAL

Artículo 105.— Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien. (Se ha resaltado)

Artículo 106.— Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.

En desarrollo de este mandato, la Comisión del Acuerdo de Cartagena ha expedido las siguientes decisiones que como se ve en este listado, desembocaron en la Decisión 608 de 2005: La Decisión 45 del 18 de diciembre de 1971, que contenía normas para prevenir y corregir las prácticas que puean distorsionar la competencia dentro de la subregión. La anterior norma fue sustituida por la Decisión 230 del 18 de diciembre de 1987. La anterior norma fue a su vez sustituida por la Decisión 285 del 4 de abril de 1991 y esta última, finalmente fue sustituida por la Decisión 608 del 29 de marzo de 2005.

En relación con la importancia de la Decisión 608 de 2005, Ingrid Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Osorio manifiestan lo siguiente:

El gran salto regulatorio en la CAN se produjo con la apro-bación de la Decisión 608/2005 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, Decisión 608/2005) que derogó y reemplazó la Decisión 285/1991. Esta norma modernizó la regulación de los acuerdos y actos restrictivos, confirió poderes e instrumentos a las autoridades supranacionales para la imposición de sanciones en casos de infracción, y sobre todo mitigó en su momento la carencia de una normativa general de libre de competencia tanto en Ecuador como en Bolivia, al establecer como obligatoria la aplicación de la normativa andina en estos países hasta cuando expidieran las normas nacionales correspondientes.

El mérito de la Decisión 608/2005 fue el de haber conseguido una armonización mínima en el tema, la cual resultaba indispensable para avanzar y profundizar en el proceso de integración económica y el fortalecimiento de la defensa de la competencia. (p. 320)

4. OBJETIVO Y PRINCIPIOS DE LA NORMATIVA ANDINA DE COMPETENCIA

El aspecto teleológico o finalístico de la normativa se encuentra claramente definido en el artículo 2 de la Decisión, el cual se refiere a la aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. El mencionado artículo señala que el objetivo de la Decisión es la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, para lograr la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Los principios que deben regir la aplicación de la Decisión son: no discriminación, transparencia y debido proceso. Dichos principios están consagrados en el artículo 3, que dispone:

Artículo 3.— La aplicación de la presente Decisión, **y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros** que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

a) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;

b) Transparencia, en el sentido de garantizar la publicidad, acceso y conocimiento de las leyes, normas y reglamentos, y de las políticas de los organismos encargados de vigilar su observancia, así como de las decisiones de los organismos o tribunales; y,

c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado. (Resaltado fuera de texto)

Debe destacarse que por medio de este artículo la Comisión, impone por vía supranacional e inmediata los mencionados principios de no discriminación, transparencia y debido proceso, en las legislaciones internas de los países miembros.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608

En esta sección se analizará el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la Decisión 608, con el fin de establecer en primer lugar los asuntos sometidos a la misma y en segundo lugar los sujetos que se encuentran sometidos a la normativa.

5.1. Ámbito objetivo de aplicación de la Decisión 608

La Decisión 608 fue expedida para investigar e impedir las prácticas anticompetitivas que tienen efectos dentro del mercado Andino. Esta regulación está diseñada para complementar las leyes de competencia internas de cada uno de los países miembros. En tal sentido, las prácticas anticompetitivas cuyos efectos están circunscritos a un país, deben ser investigadas y sancionadas por la autoridad de competencia de ese país. Por el contrario, en aquellos casos en los cuales los efectos prácticos de las conductas restrictivas de la competencia son transfronterizos, y por consiguiente la jurisdicción de una sola autoridad nacional de competencia no resulta suficiente para investigar las prácticas, se debe considerar que el caso tiene dimensión comunitaria y la Secretaría tendrá competencia para realizar la investigación.

5.1.1. Apreciaciones generales sobre la aplicación del artículo 5 de la Decisión 608

Como ya se advirtió, el objetivo de la Decisión no es el de sustituir las facultades que los países miembros otorgan a sus autoridades nacionales, sino que la Decisión en realidad aborda el problema de falta de competencia para perseguir a las conductas anticompetitivas con efectos en los mercados Andinos. En este sentido, para que la Secretaría pueda ejercer su competencia, no deben existir varias prácticas anticompetitivas en varios países Andinos, sino una sola práctica anticompetitiva que tenga efectos en el mercado de la Comunidad Andina; es decir, que tenga dimensión comunitaria. Esta interpretación es fácilmente entendible si se tiene en cuenta el texto del Artículo 5 de la Decisión, que establece:

Artículo 5.— Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

La regulación arriba mencionada no excluye la jurisdicción de las agencias nacionales de competencia que en cualquier caso pueden ejercer jurisdicción sobre prácticas anticompetitivas que se verifiquen dentro del alcance del mercado nacional. La Secretaría ejercerá jurisdicción cuando se trate de una conducta multi-jurisdiccional que **produzca efectos reales** sobre el Mercado Andino. De lo anterior se desprende que la Comisión no debe interferir en la jurisdicción de las autoridades locales cuando estas enfrenten conductas anticompetitivas originadas en un país y que produzcan efectos en ese mismo país, aún si algunas de las compañías investigadas son las mismas en diferentes países Andinos.

Esta interpretación ha sido adoptada por la Secretaría en la *“Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 en donde se estableció:*

Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de competencia de cada uno de los Países Miembros, **sino que sobretodo, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades competentes nacionales en razón al ámbito geográfico de la práctica o sus efectos.** (Se ha resaltado)

Uno de los principales aspectos que deben demostrarse para que la Secretaría asuma competencia sobre un caso en particular es que la conducta produzca **“efectos reales”**. La jurisprudencia europea ha tenido un enfoque que basa la competencia comunitaria en la producción de efectos reales en el mercado de la Unión Europea. Lo anterior quiere decir que, para asumir competencia sobre un caso, la Comisión Europea debe establecer que la conducta investigada “sea genuinamente capaz de afectar el patrón de flujo del comercio (entre los estados miembros) de una forma apreciable” (Faull & Nikpai, 1999), aún para el caso europeo, en donde el grado de integración económica ha sido muy profundo.

Con base en lo anterior, la Secretaría ha sido muy estricta al determinar que no tiene competencia sobre prácticas anticompetitivas que solo tienen efectos sobre un mercado. De la misma manera, la Secretaría reconoce que las conductas que tienen efectos nacionales deben ser investigadas por las autoridades de competencia nacionales debido a su falta de dimensión dentro de la comunidad o el mercado Andino y consecuentemente, falta de competencia de parte de la Secretaría.

Dicho lo anterior, los casos de conductas anticompetitivas realizadas en diferentes países Andinos no son siempre investigadas por la Secretaría. En estos casos pueden existir dos situaciones distintas: **(i)** que haya realmente una práctica restrictiva Andina, caso en el cual la Secretaría tendrá competencia para investigar; y **(ii)** que haya diferentes prácticas restrictivas en diferentes países, y por esta razón, cada una de las autoridades nacionales de competencia debe investigar la práctica restrictiva que se lleva a cabo en su respectivo país.

5.1.2. Definición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el test del “efecto real”. Caso de Angelcom S.A.

En relación con el elemento del **“efecto real”** se pronunció el Tribunal Andino de Justicia en la sentencia del caso de Angelcom S.A. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2015). En esa oportunidad el Tribunal Andino consideró que la SGCAN tenía razón al considerar que no tenía competencia para adelantar una investigación administrativa en contra de la empresa colombiana

Transmilenio S.A. por la realización de conductas de colusión en licitaciones públicas en violación de normas de la Decisión 608.

En la mencionada sentencia el Tribunal resumió las consideraciones de la SGCAN respecto del efecto real de la siguiente manera:

3.9. El hecho de que la licitación fuera de carácter internacional, si bien puede indicar que existirían operaciones comerciales a nivel de la subregión, no demuestra que los efectos de la práctica reclamada afecten a más de un mercado de un País Miembro.

3.10. Es importante recordar que el sistema andino, no exige únicamente un efecto en el comercio, sino un efecto "real"; es decir, exige una carga adicional a la simple prueba del efecto.

3.11. Por efecto real en el comercio, se entiende aquel que puede efectivamente influir en el desarrollo de sectores económicos dentro de los países andinos, teniendo en cuenta que, en el caso de la licitación, el mercado relevante se determina por el procedimiento de contratación de la obra pública (en derecho y en los hechos) y el modo como se efectúa el llamado a licitación.

3.12. Revisado el expediente y la información aportada por la demandante, se observa que se limita a indicar que algunos de los involucrados en la licitación, cumplen actividades económicas en otro País Miembro, siendo claro que ninguno de los ofertantes en la licitación tiene origen en un país de la Comunidad Andina distinto a Colombia, de igual manera menciona la cuantía de la licitación, sin dar cuenta de la importancia de este proceso licitatorio en el mercado subregional.

Posteriormente en la misma sentencia el Tribunal desarrolla sus consideraciones en el punto 4, para lo cual transcribe el artículo 5 de la Decisión 608 y manifiesta:

4.1. De la lectura de las normas transcritas, se desprende que se requiere un "efecto real" en el comercio, que afecte no solo a un País Miembro, **sino que la práctica anticompetitiva traspase fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros**, y de no suceder así, el procedimiento que deberá aplicarse se regirá por la normativa nacional de cada País Miembro. (Negritas fuera de texto)

Acto seguido el Tribunal se refiere a la explicación que sobre el tema del efecto real trae la "(Secretaría General de la Comunidad Andina - SGCAN 2018) *Práctica para la aplicación de la Decisión 608*" y copia los diagramas explicativos que dicha guía trae, con el fin de ilustrar las diferentes hipótesis fácticas en las cuales la SGCAN tiene competencia para adelantar una investigación administrativa y de todo lo anterior concluye:

4.3. En el presente caso, las pruebas presentadas por la empresa ANGELCOM S.A., mediante escrito recibido en este Tribunal el 1 de septiembre de 2013, - fojas 165 a 396, consistentes principalmente en publicaciones de prensa, noticias de prensa escrita e impresiones de páginas web, se limitan a evidenciar una posible colusión entre RECAUDO BOGOTÁ y OPERADOR SIRCI y la vinculación entre estos y algunas de las empresas licitantes, así como un posible favorecimiento de parte de TRANSMILENIO hacia RECAUDO BOGOTÁ; sin embargo, de la revisión de las mismas se aprecia que tales documentos no prueban que pudieron haber existido efectos anticompetitivos reales en un país distinto a Colombia.

4.4. El hecho de que hayan podido participar personas naturales o jurídicas de otros Países Miembros de la CAN, no significa que causen un perjuicio en otro

país distinto al que se realiza el concurso o licitación pública. (Negrillas fuera de texto)

4.5. Si la presunta conducta anticompetitiva nace y tiene efectos reales en el mismo país, no corresponde que la SGCA inicie una investigación. La norma comunitaria establece que sea la autoridad nacional competente la que investigue la presunta conducta anticompetitiva si los efectos reales tienen origen y afectación en el mismo País Miembro de la Comunidad Andina.

4.6. Por otro lado, es pertinente resaltar el hecho de que ANGELCOM S.A., tal como lo sostuvo en la Audiencia, **acudió previamente por esta causa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que rechazó el reclamo de la empresa demandante, por lo que esta oficina nacional competente, al conocer el reclamo y haberle dado trámite, se consideró competente para emitir un pronunciamiento.** (Negrillas fuera de texto)

4.7. En el caso que nos ocupa y es materia de la presente sentencia, este Tribunal no ha podido corroborar que los efectos reales se hayan producido en otros países que no sea Colombia, a pesar de que se trate de una licitación pública internacional. **El hecho de que personas jurídicas extranjeras formen parte de quienes fueron favorecidos por la licitación, no significa que causen efectos reales fuera de Colombia, no pudiendo determinarse el carácter de subregional y como consecuencia no sería aplicable la normativa comunitaria andina.** (Negrillas fuera de texto)

(...)

4.9. Este Tribunal considera pertinente determinar el concepto de “efectos reales transfronterizos”, tema en el cual la competencia para investigar la tiene la SGCA, en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 5 de la Decisión 608, la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando:

a) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País Miembro de la Comunidad Andina, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.

b) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de la posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un País Miembro de la CAN, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro País Miembro de la CAN.

Se debe entender por “efecto real”:

a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,

b) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores. (Negrillas fuera de texto)

4.10. Este Tribunal concluye que, en el presente caso, la conducta anticompetitiva alegada por ANGELCOM S.A., genera efectos en la República de Colombia, y no produce efectos

reales en otros Países Miembros de la CAN, por lo que, en estricta aplicación del Artículo 13 de la Decisión 608, al no cumplirse los requisitos del Artículo 5 de la misma normativa, la SGCA se encuentra plenamente facultada para desestimar la solicitud e incluso disponer el archivo de la misma.

Como se puede observar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado en reciente jurisprudencia, Caso Angelcom S.A., que el estudio del efecto real, debe enmarcarse en el cumplimiento de un test, a través de tres elementos: **(i)** que la conducta traspase las fronteras y sus efectos lesionen o causen efectos en otro u otros Países Miembros; **(ii)** que el hecho de que participen en un comportamiento que pueda ser restrictivo de la competencia personas naturales o jurídicas de distintos países de la CAN no causa que la conducta tenga dimensión andina y; **(iii)** el hecho de que las autoridades de los países miembros hayan asumido competencia indica que la SGCAN no es competente para adelantar el caso.

5.1.3. Exclusiones o excepciones a la aplicación de la Decisión 608

El artículo 6 de la Decisión 608 hace referencia a la posibilidad que tienen los países miembros de la CAN, de someter a la consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones a la aplicación de la normativa andina de competencia, respecto “... de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante” y cumplan con los requisitos contenidos en la norma, los cuales hacen referencia a los beneficios que la actividad a excluir reportaría al desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida de la población más vulnerable, en casos de emergencia, entre otros. Las exclusiones y excepciones deben ser adoptadas y modificadas por decisión y no pueden solicitarse respecto de actividades que se encuentren bajo investigación. Al respecto dispone el artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6.— Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.

Debe tenerse en cuenta que al enumerar los acuerdos anti competitivos, el artículo 7 de la Decisión 608 crea, de manera expresa, una exclusión adicional a la prohibición de los acuerdos anticompetitivos, al establecer que *"Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral."*

5.2. Ámbito subjetivo de Aplicación de la Decisión 608

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Decisión 608, la norma prohíbe y sanciona las conductas prohibidas que sean desarrolladas por los agentes económicos.

Para el efecto la Decisión incorpora en su artículo 1 algunas definiciones que son de la mayor importancia para establecer el ámbito subjetivo de aplicación de la norma como se puede ver enseguida.

Según el mencionado artículo, conducta es todo acto o acuerdo. El acto se encuentra definido como *"... todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma";* y el acuerdo, como *"... todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen"*.

De otra parte, el artículo define el Agente económico como *"... toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen"*. Como se puede observar, la normativa andina de competencia se aplica a todo aquél que desarrolle una actividad económica en el mercado, cualquiera sea su naturaleza jurídica; y por lo tanto se incluyen tanto las personas naturales como las jurídicas, ya sean privadas o estatales; las asociaciones y gremios y las personas con o sin ánimo de lucro, con lo cual se evitan discusiones ya superadas sobre la aplicabilidad de las normas de libre competencia a sujetos económicos diferentes de las empresas.

Finalmente, se definen las Personas Vinculadas, como

...los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades. (art. 1)

La definición de personas vinculadas da lugar a discusiones respecto de la posible imputación de la violación de las normas andinas de competencia a la matriz de una sociedad, sobre todo, cuando esa matriz se encuentra por fuera de los países de la CAN.

La definición de Personas Vinculadas, así como las demás definiciones incluidas en la Decisión 608, pueden ser identificadas en los trabajos preparatorios de dicha Decisión. Así, las definiciones comenzaron a ser incorporadas en el *"Informe de la Tercera Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de Libre Competencia"*, de los días 24 y 25 del mes de octubre de 2001 y en el *"Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia de los días 9 al 11 de julio de 2003"*, siendo este último informe el que incluyó la definición de agente vinculado, que terminó siendo incorporada en la Decisión 608.

En el Informe de la Cuarta Reunión se observan dos puntos en los cuales se relacionó la vinculación entre empresas para efectos de la regulación de la libre competencia de la Comunidad Andina; pero valga la pena señalar que, en ninguno de ellos, ni antes de ese momento en otro informe, se trata a las personas vinculadas como sujetos de imputación por el mero hecho de estar en una relación matriz - subsidiaria.

En relación con las referencias que realizaba el proyecto presentado en el Anexo No. 3 del *Informe de la Cuarta reunión*, se reconoce que, la vinculación se relacionó con el abuso de la posición dominante al que hace referencia el artículo 9 de la Decisión y con los derechos y obligaciones de los miembros del Comité Andino de Defensa de Competencia, mencionados en el artículo 41 de la misma norma.

En relación con la posición dominante entre agentes no vinculados, se utiliza la razón de la vinculación en sentido negativo. Así, señalaba el informe:

Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia. Proyecto de Decisión acordado — Anexo 3: Artículo 9.

Se entenderá que uno o más agentes económicos no vinculados entre sí, tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. (Resaltado fuera del texto)

La segunda mención a la vinculación de empresas se realizó en referencia los derechos y obligaciones de los miembros del Comité Andino de Competencia:

Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia. Proyecto de Decisión acordado – Anexo 3: Artículo 41

Constituyen derechos y obligaciones de los miembros del Comité los siguientes:

[...]

H) Abstenerse de trabajar para o asesorar a un agente económico investigado o **con otro con el que se tenga vinculación accionaria u otra dentro del año siguiente a la investigación**; (Resalto fuera del texto)

Posteriormente, en la versión aprobada de la Decisión 608, la cual se encuentra vigente, en el artículo 9 resultó eliminada la expresión “no vinculadas”, mientras que el artículo 41 literal h) del proyecto, terminó siendo el artículo 40 de la Decisión 608, en idéntica forma.

En conclusión, consultados los antecedentes de la expedición de la Decisión 608, la normativa andina no ofrece una interpretación del sentido, significado y efecto de la frase “*Personas vinculadas*”, que pueda interpretarse como la creación de una presunción de imputación de la responsabilidad a una matriz, cuando se abre una investigación en contra de una subsidiaria, sin que exista prueba de la participación de la matriz en alguna conducta anticompetitiva.

En relación con la imputación de la responsabilidad, la Decisión 608 es bastante clara al señalar que las conductas que se sancionan como anticompetitivas en los artículos 7 y 8, son aquellas que sean desarrolladas por “agentes económicos”. En este sentido se debe reconocer que en los términos de la Decisión 608, para que se pueda investigar y sancionar a una persona, es absolutamente indispensable que SGCAN tenga pruebas que el agente económico ha realizado conductas que restringieron de manera indebida la competencia en el mercado.

Así, se puede concluir que de la Decisión 608 no se desprende ninguna imputación a las sociedades matrices por el hecho de ser matrices. En efecto, para que una empresa pueda ser imputada de ser responsable de violar las normas de competencia comunitarias, la práctica o realización de la conducta debe poder imputársele y probarsele.

En efecto, el artículo 10 de la Decisión 608 señala que se puede iniciar una investigación cuando existan indicios de que las empresas a las que se investiga han realizado conductas que pudieran restringir la competencia de manera indebida.

Artículo 10.— “La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades **cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado**”. (Resalto fuera del texto)

Como se puede observar, el artículo 10 no hace ninguna alusión a que las “*Personas vinculadas*” definidas en el artículo 1, puedan resultar imputadas en una investigación sin que exista algún indicio de conducta restrictiva.

Por otra parte, el mercado andino no es tan homogéneo como el mercado europeo, las normas de cada país difieren sustancialmente y no ha habido el proceso de integración que ocurrió en la Unión Europea, por lo que la aplicación de la teoría del ente económico único que se ha utilizado en Europa debe hacerse con cautela, pues frente a mercados tan diferentes la realización y conocimiento de conductas con efectos comunitarios es difícil. A pesar de lo anterior, la SGCAN adoptó una decisión, que a la fecha no se encuentra en firme, en el sentido de declarar como persona vinculada a la matriz extranjera de sociedades incorporadas en los países miembros de la CAN, y a imponerle obligaciones a la matriz por la conducta de sus filiales, por considerar que la matriz, “... al tener influencia decisiva sobre sus filiales, debe desarrollar mecanismos adicionales de control para evitar que se reactiven o generen nuevas prácticas anticompetitivas por parte de este grupo económico en la subregión andina” (Secretaría General de la Comunidad Andina, 002/LC/SJ 2016, 2018).

6. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA NORMATIVA DE LA CAN

Las conductas restrictivas de la libre competencia en la CAN se encuentran definidas en el Capítulo III, artículos 7 a 9 de la Decisión 608. Los tipos de conductas previstos son los acuerdos y las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado. La Decisión 608 no contiene una cláusula de prohibición general que abarque conductas contrarias a la libre competencia no contenidas en los mencionados artículos.

La Decisión 608 establece una presunción de hecho, de conformidad con la cual las conductas definidas como restrictivas de la competencia se reputan ilegales, aunque las personas imputadas por la realización de una de estas conductas podrán demostrar lo contrario.

El artículo 7 de la Decisión 608 presenta una lista no taxativa de acuerdos anticompetitivos; mientras que el artículo 8 despliega una lista taxativa de conductas de abuso de la posición dominante. Por último, el artículo 9 contiene la definición de la posición de dominio en el mercado. Los mencionados artículos disponen lo siguiente:

Artículo 7.— Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.— Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Artículo 9.— Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

6.1. Comentarios a la norma sobre acuerdos anticompetitivos

- a.** Los comentarios relacionados con los acuerdos definidos en el artículo 7 de la Decisión 608 son los siguientes:
- b.** Como se advirtió arriba, la Decisión 608 no contiene una cláusula general de prohibición contra todas las prácticas restrictivas de la competencia, la cual podría resultar útil para investigar aquellas conductas anticompetitivas que no se encuentran expresamente definidas en los artículos 7 a 9 de la Decisión.
- c.** El artículo 7 establece una presunción no taxativa de los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia, lo cual deja la puerta abierta a la SGCAN para investigar acuerdos que no se encuentran dentro de las cinco (5) categorías definidas.

El artículo 7 no distingue entre conductas horizontales y verticales, lo cual demuestra que la Decisión 608 se encuentra rezagada frente al desarrollo del Derecho de la Competencia a nivel mundial.

En efecto, en noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia estadounidense, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, por medio del cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*, en el cual la Corte Suprema había establecido que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*. En dicho caso, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la regla de la razón y no bajo la regla "*per se*".

En 2007, es decir, diez años después del caso *State Oil v. Barkat Khan*, la Corte decidió el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, por medio del cual pasó de la regla "*per se*" a la regla de la razón, los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos. Este tipo de análisis demuestra que hoy en día es necesario distinguir las conductas horizontales de las verticales, como se hace en Europa, en Estados Unidos y en muchas jurisdicciones (Miranda Londoño, 2011, pp. 58-148).

- d. En el listado del artículo 7 hacen falta conductas tales como los acuerdos de cuotas, de ventas atadas y de limitación de desarrollos técnicos.

6.2. Comentarios a las normas sobre posición de dominio y abuso de la posición dominante en el mercado

Los comentarios relacionados con la definición de la posición de dominio y sobre las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado definidas en los artículos 8 y 9 de la Decisión 608 son los siguientes:

- a. La definición de posición de dominio contenida en el artículo 9 es genérica y consistente con este concepto en las principales legislaciones del mundo. Adicionalmente, contempla la posibilidad de la posición de dominio individual o conjunta.
- b. El artículo 8 establece una presunción taxativa de las conductas que se consideran como abusivas de la posición de dominio en el mercado. Aunque no lo dice, debe entenderse que un requisito para la investigación de estas conductas es que exista la posición de dominio del agente económico imputado de conformidad con lo definido en el artículo 9.
- c. Resulta cuestionable una conducta tan vaga como la contenida en el literal f) del artículo 8, de conformidad con el cual se considera abuso de la posición de dominio "*Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*"

7. PROCEDIMIENTO PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA CAN

Como se mencionó en párrafos anteriores, la SGCAN tiene la competencia para abrir investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia con dimensión comunitaria e imponer medidas tendientes a proteger la libre competencia, sea de oficio, a solicitud de las autoridades de competencia de los países miembros, de los organismos de integración, de personas naturales o jurídicas, organizaciones de consumidores u otras entidades, cuando existan indicios sobre la restricción indebida del mercado. Para estos efectos, la SGCAN debe actuar bajo los principios de

legalidad, celeridad, eficiencia, trato igualitario a las partes y transparencia, según lo dispone la *Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608*.⁵

7.1. Inicio de la investigación

La Decisión 608 de 2005⁶ indica que la solicitud de inicio de investigación debe contener toda la información requerida tal como: Datos, identificación, domicilio, descripción detallada de la conducta denunciada, periodo en el cual se habría realizado la presunta conducta, los involucrados y sus datos, las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada y los elementos de prueba que tenga al alcance el denunciante (Decisión 608, Artículo 11).

Dicha solicitud puede ser retirada antes que la SGCAN resuelva frente a la apertura de la investigación. Sin embargo, puede continuar de oficio o a petición de una autoridad nacional competente.

Una vez recibida la denuncia, la SGCAN debe pronunciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción, para determinar si se cumplen los requisitos sustanciales y de forma de la denuncia. La SGCAN le debe informar al denunciante si la información está completa y en caso de no estarlo, le otorga quince (15) días hábiles para completar la información. Este último plazo puede ser prorrogado por otros cinco (5) días hábiles a petición del solicitante (Decisión 608, Artículo 13). En todo caso, si la Secretaría no recibe la información en los plazos establecidos, debe desestimar la denuncia y disponer su archivo.

Si la información fue completada correctamente la SGCAN hace pronunciamiento frente a la apertura de la investigación en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. Dicho pronunciamiento se expide por medio de una resolución, la cual se publica en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y se notifica al denunciante, al denunciado, a los organismos nacionales de integración, las oficinas nacionales competentes de los Países Miembros y a los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Decisión 608, Artículo 13).

La Resolución de la Secretaría debe contener:

- a. La conducta objeto de la investigación;
- b. Las características de los bienes o servicios objeto de la investigación;
- c. La identificación de las partes;
- d. Su relación económica existente con la conducta;
- e. La relación y elementos de prueba que sustentan la solicitud;
- f. El plazo para que las partes presenten pruebas;
- g. La identificación de las autoridades nacionales competentes que van a cooperar con la investigación.

A partir de la publicación de la resolución de apertura de la investigación, la Secretaría cuenta con cinco (5) días hábiles para solicitar a las autoridades competentes la realización de investigaciones

5 Comunidad Andina de Naciones, *Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 de 2005* (CAN, 2005).

6 Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 de 2005. Reglas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*. (Comisión CAN, 2005).

propias con el fin de determinar la existencia de la conducta anticompetitiva. Una vez remitida esta solicitud, la SGCAN cuenta con quince (15) días hábiles para elaborar un Plan de Investigación, junto con las autoridades nacionales competentes a las cuales solicitó cooperación (Decisión 608, Artículo 15). El Plan de Investigación debe ser notificado a las partes interesadas.

La SGCAN y las autoridades de forma cooperativa pueden: citar e interrogar a las empresas investigadas, realizar inspecciones y tomar declaraciones a personas relacionadas, reproducir documentos, tomar fotografías, copias, entre otras medidas tendientes a fortalecer la investigación (Decisión 608, Artículo 16). Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento, la práctica de pruebas, las facultades de la autoridad y demás actuaciones que procedan en la investigación, deben tener en cuenta la legislación de libre competencia del País Miembro donde se realiza la actuación (Decisión 608, Artículo 16).

7.2. Trámite de la Investigación

La investigación se desarrolla en dos etapas: **(i)** una primera en Sede Nacional, la cual la realiza la autoridad o las autoridades de los Países Miembros que colaboran con la investigación; y **(ii)** La segunda etapa se desarrolla en Sede Comunitaria, directamente por la SGCAN.

La investigación en Sede Nacional se debe desarrollar en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, a partir de la notificación del Plan de Investigación de la Secretaría (Decisión 608, Artículo 17). En este lapso, los interesados pueden presentar alegatos y solicitar una audiencia pública para confrontar los mismos. La convocatoria a audiencia debe ser comunicada con diez (10) días hábiles de anticipación a las partes, a los Organismos de Integración, y a los miembros del Comité (Decisión 608, Artículo 26).

Posteriormente, ya en Sede Comunitaria, la SGCAN cuenta con cuarenta y cinco (45) días hábiles adicionales para realizar sus propias determinaciones, en las que puede complementar la investigación, solicitar nueva información de las autoridades nacionales competentes, de las partes, de los gobiernos o verificar la información que ya tiene (Decisión 608, Artículo 19). También son llamados a colaborar las personas naturales o jurídicas de los Países Miembros que se requieran en este periodo, mediante información, pruebas o alegatos en caso de ser necesario.

Después de los cuarenta y cinco (45) días mencionados, la SGCAN tiene otros diez (10) días hábiles para elaborar el Informe de Resultados de la investigación y remitirlo a los miembros del Comité. A partir ese momento, las partes cuentan con quince (15) días hábiles para presentar alegatos escritos, los cuales son remitidos nuevamente a los miembros del Comité (Decisión 608, Artículo 20). A continuación, la Secretaría cuenta con cinco (5) días hábiles para reunirse con los miembros del Comité, y estos últimos con veinte (20) días hábiles para volver a reunirse a partir de la convocatoria de la SGCAN (Decisión 608, Artículo 21).

Luego, corresponde al Presidente del Comité rendir informe a la SGCAN en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles (Decisión 608, Artículo 21). Si no lo hace se entiende que el Comité consintió sobre el informe y los resultados de la investigación.

Una vez surtido este trámite, el Secretario General de la CAN decide el caso mediante resolución que se notifica a los investigados, a las autoridades de competencia de los países miembros y se publica en la Gaceta Oficial de la CAN.

En contra de la decisión del Secretario General, procede el recurso de reconsideración, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la notificación del acto que se impugna (1997,

Decisión 425, Artículo 44)⁷. Decidido este recurso la decisión queda en firme, pero es susceptible de ser demandada mediante acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de los dos (2) años siguientes a partir de la vigencia de la decisión (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Artículo 20). La demanda no interrumpe el cumplimiento de la decisión, salvo que el demandante solicite y obtenga una medida cautelar consistente en la suspensión de la misma (1996, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Artículo 21)⁸.

7.3. Información

La información del expediente es pública, salvo que sea como confidencial, por su contenido o su oportunidad de divulgación. La SGCAN y las autoridades nacionales competentes garantizan la confidencialidad de la información. Dicha confidencialidad cesa por solicitud del interesado que la facilitó (Decisión 608, Artículo 24).

7.4. Compromisos de Cese

El agente económico investigado por la Secretaría puede ofrecer compromisos voluntarios con el objetivo de cesar la conducta anticompetitiva, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de publicación de la resolución de apertura de la misma (Decisión 608, Artículo 27). En el evento de que presenten compromisos, la SGCAN convoca al Comité de Competencia para analizarlos.

La Secretaría General tiene la potestad de aceptar o desestimar los compromisos ofrecidos mediante resolución motivada. Si la Secretaría acepta los compromisos se da por concluida la investigación y requiere a las partes para que estas suministren información de forma trimestral en función de verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. En caso de no aceptarse los compromisos continuará la investigación.

Si se incumple con el suministro de información por parte del agente económico, la SGCAN podrá reiniciar la investigación mediante resolución motivada y aplicar medidas cautelares de ser necesario (Decisión 608, Artículo 29). Sin embargo, el agente económico puede solicitar a la Secretaría la reconsideración de las condiciones que existen en el compromiso, si cambian las condiciones del mercado relevante (Decisión 608, Artículo 30).

7.5. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares deben ser solicitadas a la Secretaría General, pero pueden ser decretadas de oficio por la misma. La solicitud puede exigir una caución o garantía para el otorgamiento de dichas medidas siempre y cuando se demuestre un interés legítimo, una inminencia del daño, un perjuicio irreparable o uno de difícil reparación. La Secretaría se encarga de expedir un auto que determina la medida, caución, o garantía (Decisión 608, Artículo 31).

Las medidas cautelares de oficio buscan proteger el interés de la comunidad y son motivadas por la autoridad nacional de competencia del país donde se aplica dicha medida. Estas pueden buscar la suspensión provisional de la conducta restrictiva y debe ser emitida en favor de la autoridad nacional competente de conformidad con las leyes nacionales donde reside el solicitante. (Decisión 608, Artículo 32).

7 Secretaría General de la Comunidad Andina, Decisión 425 de 1997. *Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*. (SGCAN, 1997).

8 Comunidad Andina de Naciones, *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones*. (CAN, 1996).

La SGCAN debe pronunciarse sobre el decreto o rechazo de la medida dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud o de la fecha de apertura de la investigación (Decisión 608, Artículo 33).

7.6. Medidas Correctivas y/o sancionatorias

Una vez la investigación arroje resultados tendientes a demostrar conductas anticompetitivas, por acuerdos o abuso de posición dominante, la SGCAN puede ordenar el cese inmediato de las conductas restrictivas de la libre competencia y aplicar medidas correctivas o sancionatorias si lo encuentra necesario. Estas medidas pueden ser **(i)** El cese de la práctica en un periodo determinado **(ii)** la imposición de condiciones u obligaciones al infractor **(iii)** multas al infractor (Decisión 608, Artículo 34).

Para graduar las medidas correctivas o sancionatorias se tienen en cuenta elementos como: la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes, el nivel de daño causado, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa, el efecto de la restrictivo dentro de la competencia del mercado, la duración de la conducta, el impacto sobre los consumidores, entre otros aspectos (Decisión 608, Artículo 34).

En relación con las multas, estas no pueden superar el diez por ciento (10%) del valor de los ingresos totales brutos del infractor en el año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo de la SGCAN. Así mismo, debe indicarse monto, forma, oportunidad y lugar del pago de la multa (Decisión 608, Artículo 34).

Los gobiernos de los Países Miembros son responsables de la ejecución de las multas, dependiendo del lugar en el que se encuentra la empresa objeto de la medida, el principal centro de negocios de la empresa en la Subregión o donde sucedan los efectos de las prácticas denunciadas (Decisión 608, Artículo 35).

8. PRINCIPALES PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CAN

En esta sección se expondrán de manera resumida las principales propuestas para la modernización del Derecho de la Competencia en la CAN.

8.1. Reglas de coordinación entre la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros para iniciar investigaciones de competencia

Como se pudo observar en la sección quinta de este documento, existe una importante discusión respecto del ámbito de competencia de la SGCAN. Es decir, sobre la definición de cuándo una investigación debe ser abordada por las autoridades nacionales de competencia de los países miembros; y cuándo debe considerarse que la conducta investigada tiene una dimensión comunitaria y por lo tanto debe ser abordada por la SGCAN.

Más allá de las precisiones sobre el *efecto real* de la conducta, que ya ha adelantado el TJCA en el caso de Angelcom arriba citado, tanto la normativa Andina como la de los Países Miembros, deben contar con reglas que eviten la iniciación de investigaciones paralelas o consecutivas por las autoridades nacionales de los Países Miembros y por la SGCAN. Al respecto manifiestan Ingrid Ortiz-Baquero y Diego A. Solano-Orsorio lo siguiente:

4. Nada se dice en la Decisión 608/2005 sobre la competencia de la Secretaría General cuando un asunto está siendo objeto de uno o varios procedimientos de orden nacional, ni se regulan tampoco los efectos que en estos casos tendría la asunción de competencias

por parte de la autoridad andina. En otras palabras, no se regula el principio de primacía o prevalencia de la competencia de la autoridad supranacional, que en nuestra opinión estaría plenamente justificado y sería necesario respecto de aquellas conductas que claramente afecten el funcionamiento del mercado subregional. (p. 331)

Al respecto se considera que la solución del Derecho Europeo frente a una situación de este tipo parece sub-óptima, en el sentido de que de conformidad con la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es posible que coexistan procedimientos nacionales y comunitarios porque las normas nacionales y comunitarias de competencia persiguen finalidades distintas, con lo cual no se vulnera el principio *non bis in ídem*. Sin embargo, con base en el principio de equidad, el TJUE ha considerado que la al establecer la sanción, la Comisión Europea (CE) debe tener en cuenta las sanciones ya impuestas por las autoridades nacionales de los países miembros.

Esta doctrina tiene su origen en 1969, en el caso *Walt Wilhelm* (Caso 14/68), en el cual el *BundesKartellamt* alemán investigó y sancionó un cartel de siete (7) productores de colorantes alemanes, cuatro (4) de los cuales fueron también investigados por la CE. A pesar de las protestas de las empresas doblemente investigadas, como ya se dijo, la decisión adoptada por la CE consistió en admitir que se adelanten los procedimientos paralelos sobre unos mismos hechos, pero tener en cuenta en la sanción, las sanciones impuestas por la autoridad alemana.

Para adoptar su decisión el TJUE tomó en consideración el entonces vigente artículo 9 del Reglamento del Consejo N° 17, el cual fue modificado por el Reglamento 1/2003 del año 2004, que contiene criterios aún más amplios en favor de la competencia de la CE. En efecto, de conformidad con el mencionado reglamento, la CE tiene preferencia en materia de competencia y se encuentra facultada para adelantar una investigación aún en el evento de que una autoridad nacional de un País Miembro ya esté adelantando un procedimiento. Si bien la mencionada norma establece la posibilidad de que la CE suspenda o de por terminado un procedimiento, esto no es obligatorio, sino meramente potestativo de la autoridad europea. Al respecto los artículos 11(6) y 13(1) del Reglamento 1/2003 disponen lo siguiente:

REGLAMENTO 1/2003.

Artículo 11.– Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros

(...)

6. La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.

REGLAMENTO 1/2003.

Artículo 13.– Suspensión o fin del procedimiento

1. Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro.

2. Las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.

La doctrina del caso *Wilhelm* fue ratificada en el 2013 en el caso de *Toshiba Corporation* (TJUE, Asunto C-17/10, 2012), así:

78. En la medida en que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 6, frase primera, del Reglamento no 1/2003, la autoridad nacional de defensa de la competencia deja de estar autorizada a aplicar el artículo 81 CE desde el momento en que la Comisión incoa un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión en aplicación de lo establecido en el capítulo III del mismo Reglamento, dicha autoridad nacional pierde asimismo la posibilidad de aplicar las normas del Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias.

79. El Reglamento no 1/2003 no establece, sin embargo, que la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión prive a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, con carácter permanente y definitivo, de sus atribuciones para aplicar la legislación nacional en esta materia.

80. Tal como sostiene la Comisión en sus observaciones escritas, las autoridades nacionales de defensa de la competencia recuperan sus atribuciones tan pronto como concluye el procedimiento incoado por dicha institución.

81. De conformidad con reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia de competencia se aplican paralelamente (sentencias *Wilhelm* y otros, antes citada, apartado 3; de 9 de septiembre de 2003, *Milk Marque y National Farmers' Union*, C-137/00, Rec. p. I-7975, apartado 61, y de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros*, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 38). El Derecho de la Unión y el Derecho nacional consideran las prácticas restrictivas desde aspectos diferentes (sentencias *Wilhelm* y otros, antes citada, apartado 3; *Manfredi y otros*, antes citada, apartado 38, y de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros*, C-550/07 P, Rec. p. I-8301, apartado 103) y su ámbito de aplicación no es idéntico (sentencia de 1 de octubre de 2009, *Compañía Española de Comercialización de Aceite*, C-505/07, Rec. p. I-8963, apartado 52).

82. Esta situación no se vio modificada por la aprobación del Reglamento N° 1/2003. (el subrayado es nuestro)

De conformidad con lo anterior y como lo reconocen Caravaca y María del Pilar Canedo Arrillaga (2006) "Es poco probable que el principio non bis in idem sea aplicable en la red de autoridades de competencia de los Estados miembros.." (p. 39)

En vista de lo antes expuesto, procede recomendar que tanto en las normas Andinas como en las de los Países Miembros, se incluyan disposiciones que logren el siguiente efecto:

- a.** Cuando las autoridades nacionales de competencia se dispongan a iniciar investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, que involucren o puedan llegar a involucrar a más de un País Miembro de la CAN, procederán a informarle de dicha situación a la SGCAN con el fin de que evalúe si la conducta en cuestión debe ser investigada por esa autoridad.
- b.** Así mismo, cuando la SGCAN vaya a iniciar una investigación, debe poner en conocimiento de esta situación, de manera previa a las autoridades nacionales de competencia de los

Países Miembros, con el fin de que analicen su propia competencia frente al caso y se establezca un diálogo cuyo objeto es el de armonizar las actividades de las diferentes autoridades.

- c. No se deben adelantar procedimientos paralelos o sucesivos de la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros, respecto de unos mismos hechos.
- d. En caso de que una o más autoridades nacionales ya lleven adelantado el procedimiento, sin que la SGCAN haya manifestado tener competencia para realizar una investigación Andina de competencia, la SGCAN se abstendrá de interferir con la aplicación de la legislación local.
- e. La SGCAN y las autoridades de competencia de los Países Miembros deben colaborar armónicamente con el fin de coordinar sus actividades y tener mayor efectividad en la aplicación de sus respectivas normativas.

8.2. Creación del programa de Clemencia o Delación en la CAN y armonización del programa con las legislaciones nacionales

Los países latinoamericanos han adoptado la libre competencia económica como un elemento estructural para el funcionamiento de la economía de mercado dentro del Estado de derecho, ya que se considera que contribuye al mejoramiento de la eficiencia de la economía, pero sobre todo, al bienestar de los consumidores, los cuales podrán acceder, gracias a la libre competencia económica, a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio y les permitirá satisfacer de manera más eficiente sus necesidades.

De manera correlativa se considera que las prácticas restrictivas de la competencia afectan el funcionamiento de los mercados y disminuyen el bienestar de los consumidores. Estas prácticas han sido clasificadas como conductas generadoras de daños, infracciones administrativas y en algunos casos criminales, por el perjuicio que le causan a la sociedad. El Derecho de la Competencia es reconocido hoy en día en Latinoamérica, así como en la mayor parte del mundo, como un estatuto anticorrupción para el sector privado y la infracción de sus normas empieza a ser rechazada por la sociedad, que ha comprendido el efecto nocivo de conductas prohibidas tales como los carteles empresariales.

Por esta razón, la libre competencia económica ha sido consagrada como un derecho económico en las constituciones de los países latinoamericanos, los cuales cuentan hoy día con normativa y autoridad de competencia, con la notable excepción de Guatemala, país que seguramente culminará este año el proceso de expedición de su ley de competencia.

La investigación y sanción de conductas anticompetitivas es difícil, pues en muchos casos no se encuentran muchas evidencias directas, ya que los involucrados comprenden hoy día el carácter ilegal de sus conductas y han sofisticado los mecanismos para realizarlas, lo cual hace más difícil su detección. Adicionalmente, desde el punto de vista de la teoría de juegos, la posición más segura para todos los miembros de un cartel empresarial, consiste en mantenerse fieles entre sí y guardar silencio ante cualquier requerimiento de la autoridad, ya que, si nadie habla, la posibilidad de que cualquiera de los miembros del cartel resulte sancionado, es menor.

Los programas de amnistía, clemencia o delación, pretenden generar incentivos para romper la lealtad entre los infractores. Para ello, ofrecen inmunidad total, parcial o reducción de las multas a quienes colaboren con la autoridad.

Los programas de delación son la herramienta más eficaz en la lucha contra los carteles empresariales y por ello han sido introducidos en las legislaciones de competencia de los países latinoamericanos, los cuales han venido desarrollando sus primeros casos durante la última década.

Así mismo, nuestros países han expedido normas tendientes a la criminalización del derecho de la competencia, lo cual genera algunos problemas para el desarrollo de los programas de delación. En efecto, lo que sucede en la mayoría de nuestros países es que las autoridades de competencia son autoridades administrativas especializadas que están facultadas para otorgar inmunidad a quienes aplican al programa de delación, frente a las normas de competencia y en especial respecto de las multas; pero no tienen potestad para detener o brindar inmunidad frente a las investigaciones criminales, con lo cual se puede generar un desincentivo para delatar.

De otra parte, en Latinoamérica como en Europa, uno de los aspectos importantes que falta por desarrollar, es el de la indemnización de perjuicios por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, para lo cual las legislaciones de los países ofrecen diferentes clases de acciones judiciales, cuya activación podría también interferir con el desarrollo de los programas de delación.

Por último, los programas de delación pueden resultar afectados por la aplicación de normas supranacionales como es el caso de la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, sistema de competencia que no tiene programa de delación, lo cual puede llegar a interferir con el desarrollo de los programas de este tipo en los países andinos. En efecto, en el evento de que una empresa aplique al programa de delación en un país andino y obtenga inmunidad de las conductas delatadas, pero después la Secretaría de la CAN decida investigar esta misma conducta por considerar que tiene dimensión comunitaria, la empresa investigada puede ver afectada la inmunidad concedida por la aplicación de un régimen legal que no cuenta con una herramienta tan vital para el derecho de la competencia, como es el programa de delación.

Las situaciones brevemente descritas generan retos muy importantes para el desarrollo del Derecho de la Competencia en Latinoamérica y justifican su análisis cuidadoso, con el objeto de formular propuestas que permitan armonizar la herramienta de la delación con la estructura institucional y la legislación de nuestros países, de tal manera que los programas de delación en Latinoamérica puedan ser utilizados de manera efectiva y cumplan su propósito en beneficio de la sociedad.

La propuesta entonces es la de crear un programa de amnistía, clemencia o delación a nivel comunitario andino, así como una serie de reglas tendientes a coordinar de manera armónica este programa con el que tienen los Países Miembros, de tal manera que la delación realizada ante el organismo comunitario ampare a los aplicantes en las legislaciones de los países miembros; y que la aplicación ante cualquiera de las autoridades de los países miembros sea valorada y admitida por la SGCAN.

8.3. Creación del Régimen de Control de las Concentraciones Empresariales a nivel Andino

El control de las concentraciones empresariales es una de las herramientas más importantes con las que cuenta hoy en día el derecho de la Competencia a nivel mundial, con el fin de promover y garantizar la libre competencia económica en los mercados.

El control de las concentraciones empresariales, así como la abogacía de la competencia y la intervención del Estado en la economía para regular los mercados, son instrumentos que buscan la protección de la competencia en una forma *ex – ante*. Mucho se ha debatido sobre la conveniencia o inconveniencia de establecer el régimen de control de las concentraciones empresariales, sobre todo en economías pequeñas; pero la verdad es que esta área del Derecho de la Competencia se encuentra presente en casi todas las jurisdicciones. Inclusive en el Perú, donde se discutió por varias

décadas sobre su inclusión, finalmente este año se aprobó la ley que ordena el establecimiento del régimen de control de las concentraciones empresariales.

El principal objetivo del régimen de control de las concentraciones empresariales es el de analizar aquellas operaciones significativas de concentración empresarial, con el fin de identificar aquellas que tienen el potencial de generar una indebida restricción de la libre competencia, con el fin de imponerles condicionamientos que contribuyan a remediar los efectos nocivos sobre la competencia; y si ello no es posible, prohibirlas, con el fin de proteger la competencia, los competidores y los consumidores (Miranda Londoño et al., 2014).

La Decisión 608 de la CAN no trae un capítulo sobre control de las concentraciones empresariales y evidentemente podría manejarse el tema a través de las normas sobre acuerdos anticompetitivos, como en el caso de la Unión Europea; sin embargo, lo más apropiado sería establecer una normativa expresamente diseñada sobre la materia, eso sí, con reglas claras para identificar aquellas concentraciones empresariales con dimensión comunitaria, de tal manera que sea claro en que casos las conocerá la SGCAN y en que casos las deben conocer las autoridades de cada uno de los Países Miembros.

Es importante que la normativa defina por lo menos los siguientes aspectos:

- a. La definición de concentración empresarial, que es una operación, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, como consecuencia de la cual, dos agentes económicos que participaban de manera independiente en el mercado, quedan sometidos de manera permanente a un solo control. Las operaciones de concentración pueden ser horizontales (entre agentes económicos que realizan la misma actividad); verticales (entre agentes económicos que participan de la misma cadena de valor); o conglomeradas (entre agentes económicos que participan de diversos mercados).
- b. Deben establecerse las reglas para la definición del mercado relevante en sus tres dimensiones: producto, geográfico y temporal y establecerse los umbrales económicos que ameritan que se ponga en movimiento el control de las concentraciones empresariales, de conformidad con el principio de *mínimis*.
- c. Debe establecerse un procedimiento claro y expedito que garantice a los agentes económicos la rápida definición de la competencia de la SGCAN o de las autoridades nacionales de los Países Miembros, así como la eficiencia del trámite.
- d. Deben establecerse reglas referentes al test sustancial, la excepción de eficiencia, la excepción de la industria fallida, los condicionamientos estructurales o de comportamiento y las causales para la reversión de la operación.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Caravaca, A. L., & Canedo Arrillaga, M. P. (2014). Non bis in idem en Derecho antitrust. *Estudios De Deusto*, 54(1), 11-39. [https://doi.org/10.18543/ed-54\(1\)-2006pp11-39](https://doi.org/10.18543/ed-54(1)-2006pp11-39).
- Comunidad Andina de Naciones. (1996). Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Comunidad Andina de Naciones. (2005). Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 de 2005.

- Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. (2005). Decisión 608 de 2005 Reglas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- Díez Canseco Núñez, L. J. (2018, 13-14 de mayo). *Acuerdos Regionales de Competencia en América Latina y el Caribe* [ponencia]. Derecho de la Competencia: experiencias comunitarias y nacionales a los 40 años de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, Ecuador.
- Faull, J. & Ali Nikpai. (1999). *The EC Law of Competition*. Oxford University Press.
- Gómez Apac, H. R. (2019). Capítulo II. El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino. En H. R. Gómez Apac., *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, pp. 41-78. Editorial San Gregorio S.A..
- Gómez Apac, H. R. (Dir.); Romero Zambrano, H.; Rodríguez Noblejas, K.; Aguilar Feijoó, L. & Vergara Quintero, L. (2019). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Editorial San Gregorio S.A..
- Miranda Londoño, A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su Legado. CEDEC. *Revista de Derecho de la Competencia*. CEDEC. XI, (7)7, 56 -148.
- Miranda Londoño, A. (1998). Perspectiva del Sector Privado sobre la aplicación de las Leyes de la Competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto de comercio internacional. *CEDEC II - Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (Javeriana)*, 241-245.
- Miranda Londoño, A.; Gutiérrez Rodríguez, J. D. & Barrera Silva, N. (2014). *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Grupo Editorial Ibañez.
- Ortiz-Baquero, I. S. & Solano Osorio, D. A. (2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. *Vniversitas*, (65)132, 311-348.
- Palacios Lleras, A. & Gutiérrez Rodríguez, J.D. (2015). Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano. *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC XV*, (11)11. 137-176.
- Pedraza Gutiérrez, J. H. (2019, 7-8 de octubre). *Presente y futuro de la CAN en el nuevo contexto mundial* [ponencia]. V Simposio Internacional "Nuevas fronteras para el desarrollo socio económico y la integración en la Cuenca del Pacífico", Bogotá, Colombia.
- Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. (1997). Decisión 425 de 1997. Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. (2018, 28 de mayo). Expediente No. 002/LC/SJ 2016. Resolución 2006. En *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. (2018, 28 de mayo), XXXV, 3292.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], Gran Sala. (2012, 14 de febrero). Asunto C-17/10. Toshiba Corporation. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0017&from=ES>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2017, 9 de marzo). Proceso 05-AN-2015. Caso de Angelcom S.A.. En . En Gaceta Oficial del acuerdo de Cartagena. (2017, 2 de mayo). XXXIV, 3012.<http://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/AN/05-AN-2018.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018, 7 de setiembre). Interpretación prejudicial. 78 – IP – 2018. En Gaceta Oficial del acuerdo de Cartagena. (2018, 1 de octubre). XXXV, 3383, pp. 2-13. <http://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/78-IP-2018.pdf>

ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS DIGITALES: ¿NUEVOS TRUCOS PARA UN PERRO VIEJO?

ABUSE OF DOMINANT POSITION IN DIGITAL MARKETS: NEW TRICKS FOR AN OLD DOG?

JAVIER TAPIA CANALES¹
MANUEL ABARCA MEZA²

RESUMEN

Este trabajo resume los casos más recientes relativos a conductas unilaterales que se han iniciado tanto en Estados Unidos y Europa en contra de los denominados “Gigantes Tecnológicos” (Amazon, Google Facebook y Apple). Asimismo, muestra las soluciones regulatorias que se están planteando en distintas jurisdicciones para lidiar con las conductas que han dado lugar a tales casos. Esas conductas producen una tensión que está al centro del Derecho de la Competencia actual: si se trata de categorías nuevas que no son recogidas por el estándar tradicional del Bienestar del Consumidor, o si simplemente se deben a características propias de los mercados tecnológicos y que no producen (nuevos) problemas de competencia.

PALABRAS CLAVE

Gigantes Tecnológicos | conductas unilaterales | mercados digitales | neobrandesianos | bienestar del consumidor

ABSTRACT

This paper summarizes the most recent cases concerning unilateral conduct that have been brought in both the United States and Europe against the so-called “Tech Giants” (Amazon, Google Facebook and Apple). It also shows the regulatory solutions that are being put forward in different jurisdictions to deal with the conducts that have given rise to such cases. These conducts produce a tension that is at the core of today’s competition law: whether they are new categories that are not captured by the traditional standard of consumer welfare, or whether they are simply due to characteristics of technological markets that do not produce (new) competition problems.

KEYWORDS

Technological giants | unilateral behaviors | digital markets | neobrandesians | consumer welfare

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 1 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2022.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Conductas exclusorias, **2.1.** Self-preferencing, **2.2.** Preinstalación obligatoria; **3.** Conductas explotativas, **3.1.** Recolección excesiva de datos personales, **3.2.** Restricciones en un App Store; **4.** Conclusiones; **5.** Referencias.

¹ Abogado por la Universidad de Chile, PhD in Law (University College London) y MSc. in Regulation (London School of Economics and Political Science).

² Abogado por la Universidad de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, el análisis de los mercados digitales ha devenido en un eje central de los nuevos desarrollos en materia de libre competencia. En varias jurisdicciones, el debate ha girado en torno al examen de una serie de conductas desarrolladas de manera unilateral³ por cuatro reconocidas compañías: Google, Amazon, Facebook y Apple (o los “Gigantes Tecnológicos”, como se les suele denominar informalmente). El punto de partida común radica en la supuesta dominancia que ellas tendrían en sus respectivos mercados relevantes y la posibilidad que tal condición les conferiría de incurrir en diversas conductas consideradas abusivas⁴.

Lo anterior ha producido, primero, un aumento del *enforcement* enfocado en las mencionadas conductas en jurisdicciones tradicionalmente tomadas como referencia en la materia, tales como la Unión Europea y Estados Unidos. Allí, la mayoría de los casos han versado sobre conductas unilaterales, tanto exclusorias (por ejemplo, *Google Shopping*, *Google Android* y *Amazon* en la Unión Europea y los casos *Google I*, *III* y *IV*, *Amazon*⁵ y parcialmente *Google II*⁶ y *Facebook*⁷ en Estados Unidos) como explotativas (por ejemplo, *Facebook* en Alemania y parcialmente *Apple* en la Unión Europea⁸). En paralelo, se ha originado también una respuesta regulatoria. Atendida la relevancia actual de las mencionadas compañías en la vida diaria de las personas, el control de sus conductas se ha transformado en un tema que ha trascendido el mero ámbito de la competencia para pasar a ser uno de política pública. Por ello, se han propuesto modificaciones a las leyes de competencia (como ha ocurrido en Estados Unidos), o incluso la introducción de nuevas regulaciones (como la “*Digital Markets Act*”⁹, en la Unión Europea, o la “*GWB – Digitalisierungsgesetz*”, en Alemania).

3 En el derecho de la competencia, las conductas unilaterales son aquellas realizadas por una firma que posee un alto grado de “poder” en un mercado, que le permite “excluir” rivales o limitarles su capacidad de competir, dañando así significativamente la competencia; o bien, dañar (“explotar”) directamente a los consumidores extrayendo de ellos más de lo que se podría en condiciones de competencia.

4 Resumiendo esta idea, se ha señalado que “un agente económico que controle el acceso principal a un producto digital particular —resultados de búsqueda, por ejemplo— puede proteger su posición dominante creando un ecosistema compuesto de distintos portales donde los usuarios pueden cambiarse fácilmente” (Newman, 2019, p. 1508). Esto generaría incentivos para aumentar artificialmente los costos para los usuarios en caso de querer cambiarse a una plataforma competidora (*Ibíd*).

5 El caso *Amazon* consiste en la demanda de fiscales generales contra Amazon por monopolización en el mercado de e-commerce, al imponer Cláusulas de Nación Más Favorecida a sus vendedores (*sellers*).

6 El caso *Google II* consiste en la demanda de los fiscales generales republicanos contra Google por monopolización en el mercado de la publicidad online. Si bien esta constituye la principal arista del caso, también se imputa colusión con Facebook para alterar los resultados de las subastas de avisos en el Exchange propio de Google (proyecto “Jedi Blue”).

7 El caso *Facebook* consiste en la demanda de los fiscales generales demócratas y la Federal Trade Commission contra Google por monopolización en el mercado de redes sociales. La principal imputación consiste en el hecho de haber adquirido a Instagram y WhatsApp, en su momento, con el único fin de evitar de neutralizar a potenciales competidores. Al mismo tiempo, imputa una política de negativa de interoperabilidad y de acceso a las funcionalidades de Facebook.

8 En este trabajo nos enfocamos en la dimensión explotativa de la conducta, que también posee elementos exclusorios.

9 La *Digital Markets Act* será aplicable a plataformas *Gatekeepers*, esto es, plataformas que operen *core platform services* (como servicios de intermediación online, buscadores, redes sociales, buscadores, entre otros) con impacto significativo en el mercado interno europeo, que provean un *core platform service* que sea una puerta de enlace (*Gateway*) importante para que negocios puedan alcanzar a usuarios y mantengan una posición consolidada y durable en el mercado o que sea probable que lo hará en el futuro cercano. Se presumirá el impacto y la importancia si la plataforma mantiene utilidades superiores a 7,5 mil millones de euros en los últimos 3 años, o tiene más de 10.000 negocios anuales y 45 millones de usuarios mensuales. Para efectos de este trabajo, utilizamos la versión más reciente del proyecto de la *Digital Markets Act*, esto es, la versión del 11 de mayo de 2022, disponible en el siguiente link: <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf> (última visita: 28.06.22).

Ambos tipos de respuesta han tenido inconvenientes. De un lado, como veremos, la principal dificultad para avanzar en el *enforcement* ha radicado en la dificultad de subsumir los aparentes nuevos problemas dentro de las categorías tradicionalmente conocidas. De otro lado, el problema regulatorio deriva del hecho que si bien nuevas reglas podrían actualizar las categorías tradicionales del Derecho de la Competencia para dar cabida a nuevas conductas, su amplitud podría provocar aún más riesgos anticompetitivos que los problemas que se pretenden solucionar (Hovenkamp, 2021a).

Subyacente a ello, se ha generado un rico debate a nivel doctrinario. Frente al intento de sanción y control de las conductas antes indicadas, han surgido críticas que se centran, en general, en destacar las características propias e inherentes al funcionamiento de los distintos ecosistemas a través de los cuales operan los Gigantes Tecnológicos, ya sea *Marketplaces*, sistemas operativos, redes sociales o *App Stores*.

Por su parte, el sustento de las acciones regulatorias y de *enforcement*, ha provenido del que ha sido denominado “movimiento Neobrandesiano” (Wu, 2020a)¹⁰. Para este, se trataría de nuevas conductas que traerían consigo nuevos efectos anticompetitivos y nuevas teorías del daño, las cuales podrían incluso colisionar con las tradicionales basadas en el estándar del Bienestar del Consumidor utilizado comúnmente para el análisis de competencia (Khan, 2017).

En este contexto, nuestro objetivo en este trabajo no es adentrarnos en los detalles de este debate; en otras palabras, no pretendemos tomar posición ni analizar de manera crítica ninguna de las posiciones del debate doctrinario. Nuestro propósito es más bien descriptivo: mostrar los ejemplos más recientes de conductas unilaterales incurridas en los mercados digitales, intentando sistematizarlas en relación a las categorías tradicionalmente utilizadas en la literatura; es decir, según si se trata de conductas exclusorias o explotativas. Con ello, queremos develar las dificultades que las autoridades de competencia han enfrentado en otras jurisdicciones y que podrían replicarse en el contexto latinoamericano. Para ello, la descripción de cada conducta es acompañada de un relato de los respectivos casos a partir de los cuales ellas han sido analizadas y de las soluciones regulatorias que se han dado para lidiar con ellas.

De este modo, en la sección 2 analizamos el caso de *self-preferencing* y preinstalaciones obligatorias de Amazon y Google, respectivamente. Enseguida, en la sección 3, relatamos el caso de recolección excesiva de datos personales por parte de Facebook y el de restricciones en el App Store de Apple. La sección 4 y final concluye.

2. CONDUCTAS EXCLUSORIAS

2.1. Self–preferencing

El *self-preferencing* consiste en la preferencia ilegítima a la que induce una plataforma dominante hacia sus productos, servicios o *apps* propias, en desmedro de los productos, servicios o *apps* de competidores que también concurren a (utilizan) esa plataforma. Para su configuración, se requieren dos requisitos: la existencia de dos mercados relacionados, ya sea horizontal o verticalmente; y la existencia de un mecanismo por el cual la plataforma favorezca sus propias actividades en uno de

10 El denominado “movimiento Brandesiano” postula, en general, que el Derecho de la Competencia ha permitido y tolerado la concentración económica, producto de una aplicación irrestricta del estándar del Bienestar del Consumidor. De esta manera, el Derecho de la Competencia no vería un problema en la acumulación de poder económico por parte de los monopolios, los cuales no sólo afectarían el precio final al consumidor, sino también a pequeños competidores, trabajadores y, en general, a la democracia. El principal ejemplo de lo anterior consistiría en la concentración de los mercados digitales por los Gigantes Tecnológicos, donde la constatación de que los servicios que prestan tienden a ser gratuitos no generaría un problema desde la visión tradicional del Derecho de la Competencia.

aquellos mercados (Ibáñez Colomo, 2020b). En este sentido, el concepto de *self-preferencing* no sería propiamente un concepto unívoco, sino que tomaría elementos de distintos tipos de abusos (negativas de acceso, estrangulamientos de márgenes, discriminaciones arbitrarias y ventas atadas) para sancionar casos de *leverage*, esto es, la extensión del poder de mercado de un mercado a otro conexo (Carlton, 2020). Lo anterior ocurriría cuando la plataforma pretende extender el poder de mercado que ostenta en el control de la plataforma al del mercado conexo, donde la plataforma actúa como otro competidor más.

Uno de los casos paradigmáticos de *self-preferencing* radica en Amazon. Esta última, en tanto es un Marketplace y un proveedor de marcas propias, es a la vez plataforma y competidor de los negocios (en adelante, *sellers*) que concurren a la plataforma. Producto de esta integración vertical, Amazon tiene acceso a información comercial de los *sellers* y datos personales de los usuarios del Marketplace; típicamente, volúmenes de venta, movimientos de precios e historiales de compra. La mayor parte de esa información, en una forma que sea verdaderamente valorizable, sólo estaría disponible para Amazon o accesible a *sellers* a altos costos (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

El problema de competencia radica en que esa información puede ser utilizada por Amazon para privilegiar sus marcas propias; por ejemplo, por la vía de posicionarlos en forma preferente en los resultados de búsqueda. De esta manera, la dominancia de Amazon, en tanto plataforma, su integración vertical y la habilidad de recolectar información y datos personales, le permitiría excluir arbitrariamente a los *sellers* en su propia plataforma (Khan, 2017). Al mismo tiempo, Amazon podría elegir qué *sellers* acceden a un mejor posicionamiento y quiénes serán eventualmente excluidos del Marketplace (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

Otro de los casos insignes en esta materia es Google. Google es a la vez plataforma y competidor de los *apps* que aparecen en los resultados de búsqueda de Google Search. Por ejemplo, Google ofrece su propio servicio de comparación de precios (Google Shopping), el cual compite en el buscador con otros servicios en los resultados de búsqueda. En este sentido, Google tendría incentivos para privilegiar su propia página en desmedro de las de sus competidores, por la vía de otorgarle una preferencia en los resultados de búsqueda. Como los usuarios tienden a no hacer “clic” en resultados de búsqueda más alejados de los primeros, el tráfico de usuarios de los servicios comparadores de precios se vería disminuido, en paralelo a un aumento del tráfico de Google Shopping se vería aumentado (Case AT.39740 (Google Shopping), 2017).

La justificación del *self-preferencing* es muy discutida a nivel jurisprudencial y doctrinario. Por una parte, el *self-preferencing* sería una forma de discriminación, donde la plataforma puede excluir a competidores o reducir las transferencias de renta que los competidores reciben de los usuarios (Petit, 2020). Por la otra, esta conducta constituiría un caso de “efectos de redes en reversa” (Stucke, 2022): al reducir el tráfico de búsquedas de los competidores excluidos, también disminuirían la cantidad de consumidores que acceden a aquellos, lo que disminuye los beneficios obtenidos y las inversiones realizadas. De este modo, la única forma que tendría un competidor excluido de volver a recuperar tráfico consistiría en adquirir publicidad personalizada de la plataforma dominante, lo cual acrecentaría aún más su poder de mercado (Jones et al., 2020).

En *Google Shopping*, la Comisión Europea determinó que esta conducta puede ser sancionable, bastando que se haya creado la posibilidad de que competidores de la plataforma puedan dejar de competir o puedan ver reducidos sus incentivos a hacerlo (Caro de Sousa, 2020). Lo interesante, entonces, es que la Comisión habría determinado que el *self-preferencing*, en su forma de *leverage* (i.e., extender la posición dominante que tiene en un mercado a mercados conexos), constituye una teoría del daño en sí misma, lo que diluiría la distinción entre conceptos exclusorios y discriminatorios (explotativos) de abusos de posición dominante (Jones et al., 2020). Con todo, la reciente sentencia

del Tribunal General de Justicia Europeo, que confirmó parcialmente la resolución de la Comisión Europea habría entendido el *self-preferencing* como una forma de “favorecimiento” (*favouring*) y no como *leverage*, atendiendo a la importancia del tráfico de la plataforma dominante, el comportamiento de los usuarios al realizar búsquedas online (en términos que estos sólo privilegiarían los primeros resultados de búsqueda) y que la pérdida de tráfico no podría ser efectivamente reemplazada (Case T-612/17 *Google v Commission*, 2021) (Bostoen, 2022). Este favorecimiento constituiría una forma de discriminación arbitraria, aplicando el test de esta conducta derivado de la aplicación del Art. 103 (c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Bostoen, 2022).

Frente a esto, la principal crítica consiste en que no existiría realmente un deber legal de plataformas verticalmente integradas de “emparejar la cancha” y de compartir sus ventajas competitivas con otros competidores (Ibáñez Colomo, 2020a). En otras palabras, sería un ejemplo de competencia por méritos y no de una conducta anticompetitiva. Enseguida (y de acuerdo con el argumento de la propia Google), el *self-preferencing*, desde el punto de vista estrictamente legal, debería ser sancionado a partir de los tests de las conductas unilaterales tradicionales que guardarían una relación género-especie con abusos de *leverage* (Bostoen, 2022). Finalmente, esta conducta no necesariamente disminuiría el bienestar del consumidor (Bowman & Manne, 2021). En efecto, los servicios propios de la plataforma, al ser de menor precio, constituirían servicios ofrecidos por un competidor más eficiente que el negocio. La presencia de este menor precio obligaría a los demás competidores a disminuir los propios, lo que sería benéfico para el consumidor (Hovenkamp, 2021b). En suma, la sanción del *self-preferencing* protegería a pequeños competidores y no a consumidores, protección que no es parte del Derecho de la Competencia tradicional.

El *self-preferencing* es probablemente el “abuso [de posición dominante] de la década”, como coloquialmente señaló la académica Magali Eben en sus redes sociales¹¹. Su persecución se ha intentado realizar por la vía tanto de *enforcement ex post* como de regulación *ex ante*.

Por una parte, en lo que respecta al *enforcement*, los Gigantes Tecnológicos han sido investigados y a veces sancionados por esta conducta tanto a nivel comunitario europeo como en distintos países. Entre estos últimos, Google ha sido investigado y sancionado en Francia¹², Hungría¹³, Italia¹⁴ y Turquía¹⁵. Apple, por su parte, ha sido multada en Rusia por privilegiar su propia *app* de control parental¹⁶. Amazon también fue recientemente sancionada en Italia, por privilegiar ilegítimamente su propio servicio de logística de cara a los *sellers*¹⁷.

A nivel comunitario, el primer gran caso de *self-preferencing* fue *Google Shopping*, en el año 2017. En él, la Comisión Europea determinó que Google había abusado de su posición dominante al privilegiar ilegítimamente su propio servicio de comparación de precios en los resultados de búsqueda, en desmedro de sus competidoras. La Comisión determinó un umbral de sanción bastante más bajo que el usual en casos de abuso de posición dominante, pasando de “*likelihood*” (probabilidad) a “*capability*” (aptitud) (Zingales, 2018) the European Commission closed its investigation in the Google

11 <https://twitter.com/MagaliEben/status/1401823281024487425> (última visita: 29.08.21).

12 <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-hands-out-eu220-millions-fine-google-favouring-its-own> (última visita: 29.08.21).

13 https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2021/another-big-tech-proceeding-the-gvh-is-investigating-whether-google-abused-its-dominant-position (última visita: 29.08.21).

14 <https://www.agcm.it/media/dettaglio?id=a20bb312-9031-47c3-a52e-1ee966f651c7> (última visita: 29.08.21).

15 https://www.dailysabah.com/business/tech/turkey-fines-google-366m-for-abusing-its-dominant-position/amp?__twitter_impression=true (última visita: 29.08.21).

16 <https://www.reuters.com/business/retail-consumer/russian-competition-watchdog-fines-apple-12-mln-abusing-dominant-position-2021-04-27/> (última visita: 29.08.21).

17 <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528> (última visita: 28.06.22).

Shopping case. It found a breach of article 102 TFEU in relation to Google's "more favourable positioning and display of its own comparison shopping service compared to competing comparison shopping services" (hereinafter, "the conduct". Esta resolución fue confirmada parcialmente por el Tribunal General de Justicia Europeo. Posteriormente, la Comisión Europea inició una investigación en contra de Amazon, en 2019, por privilegiar ilegítimamente sus marcas propias en desmedro de sus negocios competidores en la misma plataforma. En el 2020 le formuló cargos, sosteniendo que el traspaso de información de los negocios hacia la propia Amazon le permitía aumentar su posición dominante en el mercado de Marketplaces (Comisión Europea, 2020). Más recientemente, la investigación de la Comisión Europea contra Facebook afirma que ésta sería dominante en el mercado de redes sociales y activa en el mercado de avisos clasificados en Marketplaces. En este contexto, Facebook tendría incentivos, a partir del control de datos personales, para privilegiar sus propios avisos. Otros avisadores serían clientes de Facebook en la red social y competidores en el Marketplace, por lo tanto podrían ser excluidos del mercado por la preferencia (Comisión Europea, 2021)¹⁸.

Estos casos han apuntado eminentemente a remedios conductuales, esto es, a cambios de conducta por parte de las plataformas relacionados con la obligación de otorgar tratamiento equitativo (Bostoen, 2022). Sin embargo, algunos autores han criticado esas medidas afirmando que no eliminarían ni la habilidad ni los incentivos de la plataforma para incurrir nuevamente en *self-preferencing* (Khan, 2019). Por tanto, la única forma de eliminar el conflicto de interés sería la imposición de medidas estructurales, esto es, la separación entre la plataforma y el negocio mismo, lo que mitigaría cualquier riesgo ulterior de discriminación arbitraria (Khan, 2019).

Por otra parte, en lo que respecta a la regulación, se han intentado prohibir conductas de *self-preferencing* tanto en Europa como en Estados Unidos. En Europa, el proyecto de la "Digital Markets Act" prohíbe a plataformas *Gatekeepers* utilizar, "en competencia con negocios, cualquier información que no esté públicamente disponible que sea generada o provista por aquellos negocios en contexto del uso de sus *core platform services* relevantes junto con, o en apoyo de los *core platform services* relevantes, incluyendo información generada o provista por usuarios de aquellos negocios" (Art. 6.1). Del mismo modo, prohíbe "tratar más favorablemente, en rankings y en indexaciones y clasificaciones relacionadas, servicios y productos ofrecidos por el *Gatekeeper* mismo o por terceros", debiendo "aplicar condiciones justas y no discriminatorias a dicho ranking" (Art. 6.5). En Alemania, la nueva sección 19a de la GWB permite que la autoridad de competencia pueda prohibir *ex-ante* a agentes que tengan "significancia primordial para la competencia en los mercados"¹⁹ "tratar las ofertas de competidores en forma diferente a sus propias ofertas al otorgar acceso a mercados de provisión o ventas" (sección 19a(1)(2)1.).

En Estados Unidos, los recientes proyectos de ley de la llamada "American Choice and Innovation Online Act"²⁰ y la "Ending Platform Monopolies Act"²¹ establecen prohibiciones conductuales y estructurales respecto del *self-preferencing*²². La primera prohíbe tres formas de *self-preferencing*:

18 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848 (última visita: 29.08.21).

19 Traducción disponible en <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2020/02/GWB10-Engl-Translation-2020-02-21.pdf> (última visita: 29.08.21). En su análisis, la Bundeskartellamt debe utilizar criterios como la posición dominante, fortaleza financiera, la integración vertical o mercados relacionados, el acceso a datos personales y la influencia en el acceso y ventas de terceros.

20 <https://cicilline.house.gov/sites/cicilline.house.gov/files/documents/American%20Innovation%20and%20Choice%20Online%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

21 <https://cicilline.house.gov/sites/cicilline.house.gov/files/documents/Ending%20Platform%20Monopolies%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

22 Ambas leyes son aplicables a plataformas que tengan 50 millones de usuarios, 100.000 usuarios, una capitalización superior a 600.000 millones de dólares y que sean consideradas "Critical Trading Partners", esto es, que tengan la habilidad para restringir o impedir el acceso por parte de negocios a usuarios o servicios necesarios para llegar a estos.

(i) la preferencia de productos, servicios o líneas de negocios propias de la plataforma respecto de los productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio; (ii) la exclusión o desventaja de productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio respecto de los de la misma plataforma; y (iii) las discriminaciones entre negocios similares (Sec. 2. (a)). Lo anterior, excepto si la plataforma prueba que la conducta no afecta el proceso competitivo. En otras palabras, el proyecto no establece una regla *per se* contra el *self-preferencing*, sino que permite defensas afirmativas por parte de la plataforma, lo que permitiría tanto la protección de apps eventualmente excluidas como el rechazo de denuncias o demandas temerarias (Singer, 2021). Por su parte, el segundo proyecto de ley prohíbe la integración entre plataforma y negocio cuando, entre otras, exista un conflicto de interés (Sec. 2. (a). (3)). Existirá un conflicto de interés cuando la plataforma controle una línea de negocios que cree incentivos para dar preferencia a los propios productos, servicios o líneas de negocios de la plataforma respecto de los productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio, o para excluir o dejar en desventaja a productos, servicios o líneas de negocios de otro negocio respecto de los de la plataforma.

Finalmente, el proyecto de la “Open App Markets Act” también incluye una prohibición de *self-preferencing*, al establecer que plataformas que tengan más de 50.000.000 de usuarios finales (“covered companies”) no podrán dar un tratamiento inequitativo a apps en un App Store mediante el otorgamiento de preferencias no razonables o la clasificación injustificada de las apps de la covered company o de cualquiera de sus socios comerciales, sobre la de otras apps, en los resultados de búsqueda orgánicos²³.

2.2. Preinstalación obligatoria

La preinstalación obligatoria consiste en la instalación en forma predeterminada de un software o de una app en un sistema operativo, de forma tal que cuando el dispositivo es iniciado por primera vez, dicho software o app aparece ya instalado y listo para usarse. La preinstalación obligatoria puede realizarse a favor de un software o una app verticalmente integrada con el sistema operativo y/o con el dispositivo, o a favor de un software o una app con la que exista un acuerdo vertical.

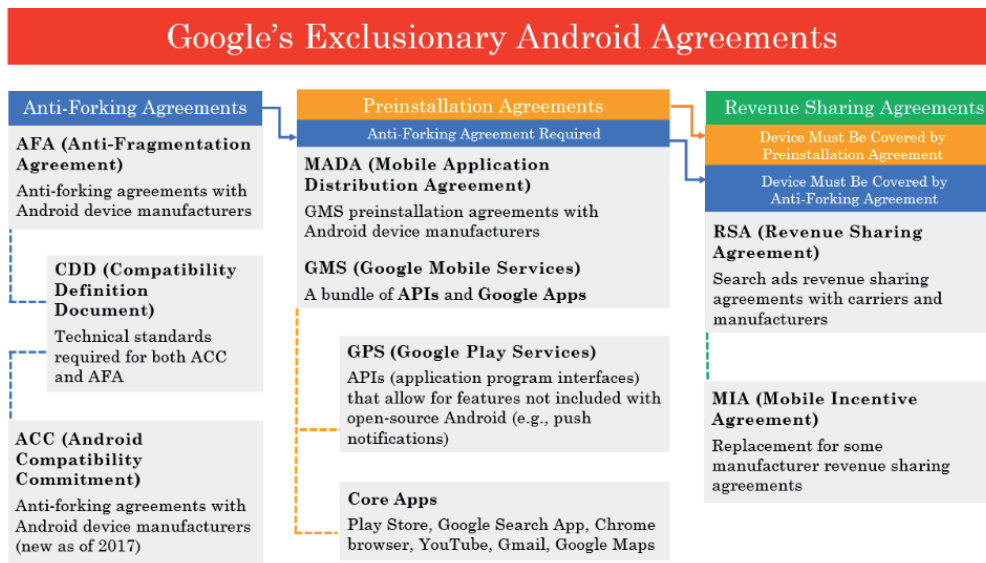
El caso paradigmático de preinstalación obligatoria es Google. Google ofrece Android, su sistema operativo para *smartphones* y *tablets*, el cual, en principio, es de acceso abierto y gratuito, licenciable para cualquier fabricante de teléfonos. Esto implica que, en principio, éstos son libres para modificar las características y funcionalidades del sistema operativo²⁴.

Sin embargo, los fabricantes que deseen licenciar Android deben celebrar distintos acuerdos para tener acceso a las apps propias de Google (como Google Play, Maps, YouTube y, especialmente, el buscador) (*Colorado et al v. Google LLC*, 2020): en primer lugar, acuerdos que prohíben a fabricantes alterar el código de fuente de Android más allá de lo establecido por Google (“Anti-Forking Agreements”); luego, acuerdos que obligan a preinstalar y otorgar un posicionamiento relevante a las apps de Google a cambio de poder tener acceso al App Store (“Mobile Application Distribution Agreements”); y, finalmente, algunos fabricantes de teléfonos u operadores móviles pueden acceder a un porcentaje de los beneficios obtenidos por publicidad en el buscador de Google, a cambio de preinstalar y dar preferencia al mismo buscador (“Revenue Share Agreements”). Un resumen de los acuerdos entre Google y fabricantes puede verse en la Figura 1.

23 <https://www.blumenthal.senate.gov/imo/media/doc/8.11.21%20-%20Open%20App%20Markets%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

24 A diferencia de Apple, por ejemplo, donde el sistema operativo (iOS) se encuentra integrado al dispositivo (iPhone o iPad), sin posibilidad de ser modificado.

Figura 1: Acuerdos entre Google y fabricantes.



Fuente: (United States and Plaintiff States v. Google LLC, 2020)

La aplicación conjunta de estos acuerdos implicaría que el ecosistema de Android no sería en realidad un ecosistema completamente abierto, sino sujeto a importantes limitaciones. Asimismo, las restricciones que se imponen a través de ellos sólo tendrían como fin que el buscador de Google mantenga su poder de mercado, excluyendo a otros buscadores competidores, los cuales no pueden acceder a la preinstalación.

El reproche a la preinstalación obligatoria se justificaría en la creación de un sesgo en los usuarios y en la generación de costos de cambio artificiales para estos. En efecto, en primer lugar, la preinstalación permitiría a la app obtener una mayor cantidad de tráfico móvil, debido a que se facilita la experiencia de uso por parte del usuario y a que se otorga una ventaja superior en relación a la navegación tradicional por Internet (Etro & Caffarra, 2017). En concreto, los usuarios adquirirían una preferencia por la app preinstalada, a pesar de la existencia de otras apps, de tal forma que los desarrolladores de éstas ven aumentados sus costos porque deben derrotar el sesgo y persuadir a los usuarios de ignorar la opción preinstalada (Stucke, 2012). Es decir, la opción predeterminada otorgaría una ventaja competitiva difícil de replicar por otros desarrolladores.

En segundo lugar, y debido a lo anterior, los usuarios verían aumentados sus costos de cambio a competidores. En el antiguo caso *Microsoft*, la preinstalación obligatoria de Internet Explorer permitió mantener altos costos de cambio en los usuarios (Edlin & Harris, 2013). En concreto, si los usuarios hubiesen querido cambiar de navegador, habrían tenido que cambiar de sistema operativo (Abarca, 2020). En el caso de las apps, "mientras existe un número de apps de terceros equivalentes que podrían competir con las apps preinstaladas, se hace más difícil para un consumidor comparar la app preinstalada con apps de terceros y tomar una decisión informada respecto a cuál app podría satisfacer mejor sus necesidades" (Australian Competition and Consumer Commission, 2021, p. 107).

Frente a estos postulados, las principales críticas a estas conductas radican en que ellas no aumentarían los costos de cambio y que tendrían justificación objetiva. En primer lugar, se sostiene que el cambio de la opción preinstalada por parte de los usuarios sería una operación muy sencilla, realizable "con pocos clics" (Houck, 2018). Al mismo tiempo, los usuarios preferirían la opción preinstalada por la simple razón de que es la mejor app. Así, en el caso del buscador de Google, este sería elegido por los usuarios, y consecuentemente no desinstalado, porque es el buscador más sencillo y con mejores resultados (Melamed, 2020). Por tanto, la exclusión de otras apps estaría basada en la competencia por méritos y no en una conducta anticompetitiva.

En segundo lugar, la preinstalación obligatoria sería la forma que tiene el sistema operativo integrado para monetizar el uso de la *app*. En el caso de Google, la preinstalación del buscador sería la forma en que se asegura el acceso gratuito de Android a los desarrolladores de *apps* (Picker, 2018). El modelo de negocios principal de Google consiste en la publicidad personalizada basada en la recolección de datos personales, a partir del uso por parte de los usuarios de todo su ecosistema de *apps*. La preinstalación del buscador le permitiría acceder a la escala de usuarios necesaria para subsidiar el costo de Android. Consecuentemente, en ausencia de los acuerdos de Google con los fabricantes, Android pasaría a ser pagado y con más restricciones al licenciamiento a terceros (Akman, 2018).

La preinstalación obligatoria, en el caso de Google, ha sido una de las principales preocupaciones a nivel jurisprudencial y regulatorio en los últimos años. La principal pregunta ha consistido en determinar por qué serían necesarios estos acuerdos, si es que los usuarios prefieren las *apps* de Google por ser sencillamente las mejores (Wu, 2020b). En otras palabras, Google podría seguir manteniendo su posición en el mercado sin la necesidad de establecer restricciones a los canales de distribución de *apps*, lo que sí sería indicativo de competencia por méritos.

En general, las conductas de Google se han sancionado como casos de venta atada y acuerdos de exclusividad (Chirita, 2018). Google ataría el buscador a Android, de manera que esté preinstalado en todos los dispositivos que utilicen el sistema operativo. Al mismo tiempo, acordaría con los fabricantes de teléfonos que el buscador sea, en la práctica, el único buscador; fortalecido por el sesgo de la preinstalación en los usuarios. De esta manera, Google extendería el poder de mercado que tiene en el mercado de buscadores (con su propio buscador) al mercado secundario de distribución de estos últimos, por la vía de cerrar el canal de Android (Abarca, 2020). De cara a los usuarios, estas conductas desincentivarían la innovación por parte de desarrolladores de *apps*. Desde la perspectiva de los consumidores, la preinstalación obligatoria privaría a los usuarios de más opciones de *apps*, reduciendo su bienestar (Chirita, 2018).

En el año 2018, la Comisión Europea multó a Google por la preinstalación del buscador (Case AT.40099 (*Google Android*), 2018a). En ese momento, la Comisión únicamente le impuso remedios conductuales, exigiéndole que dejara de incurrir en la venta atada. Sin embargo, Google reemplazó la atadura por el otorgamiento de pagos y descuentos, lo que para efectos prácticos implicó mantener la misma conducta sancionada (Caffarra, 2020). Posteriormente, Google anunció la creación de una ventana emergente al momento del primer uso de un dispositivo Android ("*Choice Screen*"), en la cual el usuario podría escoger qué buscador le gustaría instalar en forma predeterminada. Sin embargo, esta medida fue criticada porque el modelo original de Google consistía en un sistema de subastas, en virtud del cual el buscador que pagara más podía acceder a más *slots* y mayor posicionamiento. A la fecha de este trabajo, Google ha anunciado la modificación de la *Choice Screen*, eliminando el sistema de subastas y reemplazándolo por un sistema de acceso gratuito y con mayor opciones de buscadores elegibles (Bethell, 2021).

En paralelo, el Art. 6.3 del proyecto de la "*Digital Markets Act*" establece que un *Gatekeeper* deberá permitir y asegurar técnicamente a los usuarios finales, en forma sencilla,

desinstalar cualquier software preinstalado en su sistema operativo, sin perjuicio de la posibilidad de ese *Gatekeeper* para restringir dicha preinstalación en relación a aplicaciones que sean esenciales para el funcionamiento del sistema operativo o del dispositivo y que no puedan ser técnicamente ofrecidos solo por terceros.

En Estados Unidos, la conducta de preinstalación ha sido el puntapié inicial para la ola de acciones, proyectos de ley y regulaciones que se han visto desde mediados de 2020. Los casos *Google I* y

Google III²⁵ imputan que los acuerdos representan la monopolización del mercado de resultados de búsqueda y de publicidad en resultados de búsqueda. De cara a los desarrolladores de apps, Google impediría *“la distribución de apps innovadoras que ofrecen resultados de búsqueda que de otra manera podrían desafiar a Google”* (United States and Plaintiff States v. Google LLC, 2020, p. 53). En concreto, Google aumentaría artificialmente los costos de sus competidores y los excluiría de los canales de distribución de las apps. Por su parte, desde el punto de vista de los usuarios, Google *“reduciría la calidad de los resultados de búsqueda generales (incluyendo dimensiones como privacidad, protección de datos personales y uso de datos de consumidores), dañando la capacidad de opción en servicios de búsqueda generales, e impidiendo la innovación”* (United States and Plaintiff States v. Google LLC, 2020, p. 53). Por su parte, en Google IV los fiscales generales cuestionaron la obligación impuesta a los fabricantes de teléfonos de preinstalar y de otorgar una visibilidad prominente tanto a todo el ecosistema de apps propias de Google como a su App Store (llamado “Play Store”), lo que *“desplazaría a App Stores competidores y también desincentivaría la innovación por parte de apps con funcionalidades que se traslapen con aquellas de la suite de apps preinstaladas de propiedad de Google”* (State of Utah et al v. Google LLC et al, 2021).

En paralelo, la sección 2(b)(5) del proyecto de la *“American Choice and Innovation Online Act”* prohíbe *“restringir o impedir a los usuarios de la plataforma desinstalar softwares que estén preinstalados en la plataforma o cambiar configuraciones predeterminadas que dirijan a los usuarios a productos o servicios ofrecidos por la plataforma”*.

3. CONDUCTAS EXPLOTATIVAS

3.1. Recolección excesiva de datos personales

La recolección excesiva de datos personales consiste en la capacidad que tiene una plataforma dominante para extraer una cantidad de datos personales de sus usuarios superior a las que podría obtener en condiciones competitivas. Como puede apreciarse, la recolección excesiva de datos personales es homologable a los casos ya tradicionales de precios excesivos (Stucke, 2018). En estos casos, el actor dominante es capaz de cobrar un precio significativamente alto o recolectar muchos datos en relación con un *benchmark*. En general, la dominancia de la plataforma está dada porque el volumen de datos personales no sería replicable por otros competidores, debido a la presencia de efectos de redes y economías de escala propias de los mercados digitales (Haucap, 2019).

Típicamente, estos casos proceden para plataformas en las cuales su modelo de negocios consiste eminentemente en la recolección de datos personales, como Facebook y Google. En estos modelos, la plataforma permite el acceso gratuito a los usuarios a una experiencia de uso. A cambio, ella recolecta datos personales, los cuales permiten obtener perfiles de usuarios, incluyendo sus intereses y gustos. Tales perfiles son posteriormente utilizados al otro lado del mercado para ofrecer servicios de publicidad personalizada a los avisadores.

La justificación del reproche de la recolección excesiva de datos personales radica en la disminución de la calidad de los servicios y en el aumento de la asimetría negocial entre la plataforma y los usuarios (Stucke, 2018), todo por la vía de la degradación arbitraria de las políticas de privacidad aplicables al uso de la plataforma. En efecto, dado que el acceso a la plataforma es gratuito en el lado del mercado de los usuarios, una conducta anticompetitiva de la plataforma no puede resultar en un aumento de los precios. Sin embargo, ello no excluye que existan afectaciones a otras variables distintas al precio, tales como la calidad y la privacidad. En este sentido, una plataforma dominante tiene incentivos *“para reducir sus niveles de privacidad a niveles infracompetitivos y recolectar datos personales por sobre niveles competitivos”* (Stucke, 2018, p. 286). Lo anterior genera dos tipos de

25 Google III corresponde a la demanda de fiscales generales, liderados por Colorado, donde imputan a Google no sólo las conductas que el Departamento de Justicia (DOJ) imputó en Google I, sino también negativas de interoperabilidad y la exclusión de buscadores especializados.

daño: la capacidad de la plataforma para disminuir las políticas de privacidad y mejorar estrategias de discriminación de precios entre los usuarios (Economides & Lianos, 2021). En este sentido, la regulación de protección de datos personales puede servir como *benchmark* común para el mercado, de tal forma que una desadecuación a éste podría presumirse excesivo, en principio (Economides & Lianos, 2021).

Frente a estos postulados, la principal crítica a esta conducta radica en la confusión que se produciría entre la protección de la Competencia, la protección de los Datos Personales y la protección al consumidor (Colangelo, 2019). En efecto, la recolección excesiva de datos personales sería una forma encubierta de *enforcement* de estas reglas. Las reglas de privacidad, en lo medular, establecen el consentimiento de los usuarios como regla general para la recolección de sus datos personales. Por su parte, las reglas de protección al consumidor, en general, establecen un deber de los proveedores de entregar los términos y condiciones de uso de los servicios en forma clara y completa. En este sentido, la recolección excesiva de datos sería un problema de consentimiento generado por asimetrías de información, sin que exista causalidad entre la dominancia de la plataforma y la degradación de las políticas de privacidad (Vásquez & Hoffmann, 2021). De esta manera, las autoridades de privacidad y protección al consumidor estarían en mejor posición de hacerse cargo de este problema. Por otra parte, y a diferencia de los precios excesivos, el uso de los datos personales por parte de una plataforma no excluiría el uso de estos por parte de otra (Stapp, 2019). Por tanto, su aptitud para generar una ventaja competitiva irreplicable no sería tal. Finalmente, el valor de cambio de los datos personales sería distinto al valor de cambio del dinero. Cuando un usuario accede a una plataforma, técnicamente no estaría “pagando con sus datos”, ya que la cantidad de datos disponible no se vería disminuida, de modo que no podría existir un efecto explotativo basado en la transferencia de datos desde los usuarios hacia la plataforma (Haucap, 2019).

El caso paradigmático de recolección excesiva de datos personales es el caso alemán contra Facebook. En 2019, la Bundeskartellamt, la autoridad de competencia alemana, publicó su resolución sancionatoria (*Decision B6-22/16 («Facebook.com»)*, 2019), donde estableció que Facebook tendría una posición dominante en el mercado de redes sociales, dadas su alta participación de mercado, la gran escala de usuarios y datos personales a los que tendría acceso, y la ausencia de competidores efectivos en el ecosistema digital. El abuso, por su parte, consistiría en uno de tipo explotativo basado en la imposición de cláusulas abusivas contra los usuarios (“*Konditionenmissbrauch*”) (Botta & Wiedemann, 2019). La degradación de las políticas de privacidad habría permitido a Facebook obtener una cantidad “abusiva” y “excesiva” de datos personales, los que en condiciones competitivas no habría podido obtener. Lo anterior también generaría barreras de entrada a pequeños competidores que no hubieran incurrido en prácticas similares. Como remedio, la autoridad de competencia ordenó el cese de esta forma de recolección masiva de datos, salvo en cuanto exista consentimiento expreso de los usuarios. No hubo imposición de una multa como sanción.

Facebook reclamó judicialmente contra el remedio impuesto ante el Tribunal Regional de Düsseldorf. En agosto de 2019, el tribunal revocó la medida (al ordenar su efecto suspensivo), constatando razonamientos erróneos en la resolución final de la Bundeskartellamt (*Sentencia VI-Kart 1/19 (V) («Facebook»)*, 2019). En concreto, de acuerdo con el Tribunal, la autoridad de competencia no habría analizado en forma correcta el contrafactual, esto es, cuál sería la cantidad razonable de datos personales que una plataforma podría recolectar en condiciones competitivas (Lamadrid, 2019). Al mismo tiempo, el tribunal no constató un daño efectivo a los consumidores, toda vez que estos todavía podrían optar entre usar Facebook (y recibir publicidad personalizada), o no usarlo, según sus preferencias. En otras palabras, la falla de mercado de cara a los usuarios (pérdida de privacidad) tendría su origen en un problema estructural y no en el ejercicio de poder de mercado por parte de Facebook (Lamadrid, 2019). De esta manera, de una eventual infracción a la regulación de datos personales (como lo habría pretendido la Bundeskartellamt) no se seguiría necesariamente un abuso de posición dominante.

Esta resolución fue apelada por la Bundeskartellamt ante el Tribunal Federal de Justicia, el máximo tribunal alemán. El Tribunal revocó la resolución del Tribunal Regional de Düsseldorf en junio de 2020 (Bundesgerichtshof, 2020). Para el tribunal superior, existirían antecedentes serios de la posición dominante de Facebook como para mantener el remedio, toda vez que las políticas de privacidad de esta última eliminarían la opción de los consumidores para optar entre una red social personalizada (basada en la recolección masiva de datos personales) y una red social menos personalizada (basada únicamente en los datos personales recolectados bajo el consentimiento expreso de los usuarios) (Witt, 2020).

La discusión sobre el fondo del asunto siguió radicada en el Tribunal Regional de Düsseldorf. En marzo de 2021, éste remitió el caso a la Corte de Justicia Europea (aplicando el Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), dadas las dudas que el caso ha generado (Oberlandesgericht Düsseldorf, 2021). En general, el tribunal determinó preliminarmente que la Bundeskartellamt se habría extralimitado en sus funciones, pues al determinar *prima facie* que una infracción a la regulación de datos personales (la actual GDPR) constituiría un abuso de posición dominante explotativo, estaría actuando en la práctica como un regulador de datos personales (Podszun, 2021).

A nivel regulatorio, el proyecto de la “*Digital Markets Act*” también incluye una disposición relativa al tratamiento de datos personales respecto a *Gatekeepers*. El Art. 5.2 establece que estos no podrán “procesar, para efectos de proveer servicios de publicidad online, datos personales de usuarios usando servicios de terceros que usen *Core Platform Services* del *Gatekeeper*”; “combinar datos personales del *Core Platform Service* relevante con datos personales con otros *Core Platform Services* o de cualquier otro servicio provisto por el *Gatekeeper* o con datos personales de servicios de terceros”; “usar en forma cruzada datos personales del *Core Platform Service* relevante en otros servicios provistos separadamente por el *Gatekeeper*, incluyendo otros *Core Platform Services* y viceversa”; así como tampoco podrán “adscribir usuarios a otros servicios del *Gatekeeper* con el fin de combinar datos personales”. Con todo, no se aplicarán partes de la señalada disposición si es que al usuario le han presentado las opciones específicas y este ha prestado su consentimiento.

3.2. Restricciones en un App Store

Las restricciones en un App Store consisten en la capacidad que tiene una plataforma para imponer obligaciones de uso de determinadas funcionalidades del sistema operativo, lo que le permite cobrar comisiones supracompetitivas²⁶.

El caso paradigmático de restricciones en el App Store se presenta en Apple. El App Store de Apple es el único canal de distribución de *apps* disponible en el sistema operativo iOS (Geradin & Katsifis, 2021), debido a que Apple no permite la instalación de otros App Stores²⁷. Los desarrolladores de *apps* que ofrecen productos o servicios “digitales” y que quieran distribuir sus *apps* en el App Store, están obligados a utilizar el sistema de pagos propio de Apple (“*In-App Purchasing Systems*” o “IAP”) y pagar un 30% de comisión. Las aplicaciones basadas en publicidad o que ofrecen productos o servicios *offline* no pagan nada, en principio (Geradin & Katsifis, 2021). Por su parte, las *Readers Apps* (como Netflix, Spotify y Kindle) pueden deshabilitar el IAP, pero no pueden ofrecer medios de pagos alternativos dentro de la misma *app* (Geradin & Katsifis, 2021). Al mismo tiempo, los desarrolladores de *apps* no pueden publicitar la existencia de otros sistemas de pago alternativos al IAP (“*Anti-Steering Provisions*”). En caso que la *app* no cumpla con estas obligaciones, puede ser expulsada de App Store, perdiendo acceso al único canal de distribución de *apps* (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020).

26 También pueden apreciarse efectos exclusorios en las restricciones en el App Store, especialmente en caso del uso de medios de pago. Con todo, como hemos señalado *supra*, en este trabajo nos enfocamos en la dimensión explotativa de la conducta.

27 A diferencia de lo que hace Google en el sistema operativo Android.

La combinación de la comisión y la obligación del IAP ha sido fuertemente criticada por Spotify y por Epic (dueña del popular juego Fornite). En la práctica, señalan, constituiría un “impuesto discriminatorio”²⁸, que las apps que no compiten con Apple (como Uber) no deben pagar, pero que sí deben hacerlo las que compiten con alguno de sus servicios, como ocurre con Spotify y Apple Music. En suma, las críticas de Spotify y Epic apuntan a que el App Store debiera ser un ecosistema más abierto, en que se permita, por una parte, la instalación de App Store u otros sistemas de pago competidores, compitiendo por cuál ofrece las mejores comisiones.

La justificación de la sanción de las restricciones en que la plataforma tiene un monopolio en el mercado del App Store (Geradin & Katsifis, 2021), que genera restricciones innecesarias en un ecosistema de por sí cerrado. En general, el App Store de Apple no sería sustituible por el Play Store de Google. De cara a los desarrolladores de apps, existen altos costos de cambios entre los sistemas operativos donde cada App Store opera, relacionados principalmente por la pérdida de la escala de usuarios que ello significaría. De cara a los usuarios, también existen altos costos de cambio entre los dispositivos, debido principalmente al hecho de tener que descargar y aprender el uso de todo el nuevo universo de apps, y por la ausencia de portabilidad efectiva de datos personales (Case AT.40099 (Google Android), 2018b). A partir de lo anterior, la plataforma tiene incentivos para extender su poder de mercado a otros mercados conexos, por ejemplo, del mercado del App Store al mercado de apps de Streaming de música o al de sistemas de pagos dentro del mismo App Store (Otegui, 2015). En este contexto, la plataforma tiene incentivos para incurrir en conductas explotativas, típicamente ventas atadas y precios excesivos y condiciones de contratación injustas. En concreto, Apple ataría el IAP al App Store, en términos que los desarrolladores de apps estarían impedidos de salirse del App Store, donde se mantiene la gran escala de usuarios necesaria para que las app sean rentables (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020). El 30% de comisión de Apple sería superior a las comisiones que otros sistemas de pago (como marcas de tarjetas de crédito o PayPal) cobran por las mismas transacciones (Kotapati et al., 2020). En este sentido, como el App Store de Apple es el único permitido en iOS, sería imposible que ante un aumento de la comisión, se incentive la entrada de nuevos actores (Geradin & Katsifis, 2021). De cara a los consumidores, estas restricciones encarecerían el valor de las apps.

Ante esto, las principales críticas a esta conducta radicarían en que la plataforma no tendría poder de mercado y que la conducta estaría justificada. En concreto, el mercado relevante no debería incluir sólo al App Store de Apple, sino a todos los canales de distribución por los cuales los usuarios adquieren contenidos, incluso fuera del mismo App Store (Voelcker & Baker, 2020). Por tanto, el App Store de Apple sí competiría con el Play Store de Google, no teniendo, consecuentemente, poder de mercado. Al mismo tiempo, el 30% de comisión sería la forma que tendría Apple de subsidiar el hecho que las apps basadas en publicidad se mantengan en el App Store, sin tener que pagar nada (Picker, 2020). La comisión estaría justificada en todas las inversiones en que debe incurrir Apple para asegurar estándares de calidad, seguridad, privacidad, y en general, mantenimiento de un App Store, que los sistemas de pago por sí solos no deben incurrir (Picker, 2021a). En paralelo, se ha sostenido también que permitir la instalación de otros App Stores eliminaría la competencia por seguridad, una de las formas de diferenciación entre Apple y Google (Picker, 2021b).

Las restricciones en el App Store por parte de Apple han sido fuertemente investigadas en Europa e imputadas judicialmente en Estados Unidos. En 2020, la Comisión Europea envió un *Statement of Objections* a Apple por abuso de posición dominante en el mercado de distribución de apps de Streaming de música en su App Store, tras la denuncia de Spotify²⁹. La Comisión ha imputado el uso obligatorio del IAP y *Anti-Steering Provisions*. Estas restricciones elevarían los costos de apps competidoras, lo que sería traspasado a los usuarios en forma de mayores precios. Por su

28 Mayor información puede verse en la página que al efecto creó Spotify: <https://www.timetoplayfair.com/timeline/> (última visita: 29.08.21).

29 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061 (última visita: 29.08.21).

parte, la autoridad de competencia británica ha iniciado también una investigación por abuso de posición dominante en el App Store³⁰. Apple impondría condiciones de contratación injustas a los desarrolladores de apps, debido a la prohibición de App Stores, y los mismos IAP y *Anti-Steering Provisions*. En paralelo, la autoridad de competencia holandesa ordenó a Google permitir el uso de medios de pagos alternativos en el caso de apps de citas³¹, existiendo una controversia respecto al incumplimiento sostenido y continuo de Apple respecto de esta obligación³².

En Estados Unidos, existen tres casos paradigmáticos relativos al App Store de Apple. En primer lugar, *Apple v. Pepper* (*Apple Inc. V. Pepper*, 2019), resuelto por la Corte Suprema en 2019. Un grupo de consumidores imputó que Apple habría monopolizado el mercado del App Store al cobrar la comisión supracompetitiva del 30% a los desarrolladores de apps, lo que encarecería su valor final. Apple se defendió³³ sosteniendo que los desarrolladores de apps serían las víctimas directas de la conducta imputada y que, por tanto, los consumidores no tendrían legitimación activa. El voto de mayoría de la Corte, sin embargo, determinó que los usuarios son consumidores al final de la cadena productiva, sin que haya intermediarios en la cadena entre Apple y estos, toda vez que son éstos los que adquieren directamente las apps mediante el App Store. Por tanto, sí tendrían legitimación activa.

El segundo caso es *Cameron et al v. Apple Inc.*, del 2019. De acuerdo con la demanda, Apple, junto con imponer la distribución de apps sólo mediante el App Store y con pago del 30% de comisión, impondría un precio mínimo de \$.99 para las apps. Recientemente, Apple ha propuesto una conciliación en este caso, permitiendo que las apps puedan informar a los consumidores acerca de las opciones de pago fuera del App Store. Sin embargo, esta medida no tendría ningún efecto, dado que no incluiría la posibilidad de informar dentro de la misma app otras opciones de pago, donde se generarían los verdaderos efectos anticompetitivos³⁴.

El tercer caso es *Epic v. Apple*, del 2020. La controversia surgió luego de que Epic anunciara la posibilidad de adquirir funcionalidades del juego a un precio menor si es que eran descargados directamente desde Epic y no en App Store. Ante esto, Apple eliminó el juego de la plataforma, por incurrir en infracción a los acuerdos. Epic demandó. De acuerdo al escrito, Apple prohibiría a los usuarios descargar App Stores o apps directamente de páginas webs, preinstalaría el App Store en todos los dispositivos con iOS, impediría que los usuarios puedan desinstalar App Store, y condicionaría el acceso de los desarrolladores de apps a iOS a que estos tengan que distribuir sus apps únicamente mediante App Store y no en los de terceros (*Epic Games Inc. V. Apple Inc.*, 2020). El tribunal de primera instancia rechazó la mayoría de las imputaciones consistentes en infracciones a las secciones 1 y 2 de la Sherman Act. Respecto a la sección 1, señaló que las restricciones de Apple no configurarían un acuerdo, sino una conducta unilateral, y que Epic no habría cumplido el estándar de inexistencia de opciones alternativas menos lesivas que la conducta imputada, ante las justificaciones basadas en seguridad aducidas por Apple. Respecto a la sección 2, sostuvo que si bien Apple tendría una alta participación de mercado, no tendría poder monopólico, condición necesaria para la sanción de la monopolización. Tampoco sería un insumo esencial. Con todo, el tribunal acogió una imputación a la regulación de *unfair competition* del estado de California, al existir una infracción incipiente a una ley de competencia que amenaza la política o el espíritu de esta ley porque sus efectos serían comparables o los mismos a una infracción. En este contexto, ordenó

30 <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-apple-over-suspected-anti-competitive-behaviour> (última visita: 29.08.21).

31 <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/summary-of-decision-on-abuse-of-dominant-position-by-apple.pdf> (última visita: 28.06.22).

32 <https://www.acm.nl/en/publications/acm-apple-changes-unfair-conditions-allows-alternative-payments-methods-dating-apps> (última visita: 28.06.22).

33 Apple invocó un antiguo caso: *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

34 <https://www.theverge.com/2021/8/26/22643807/apple-developer-class-action-lawsuit-collect-information-ios-apps-anti-steering> (última visita: 29.08.21).

que los desarrolladores de *apps* puedan incluir links en sus *apps* que permitan a los usuarios comprar fuera del App Store y que puedan comunicar opciones de pago más baratas dentro de la *app*. Sin embargo, un tribunal de segunda instancia suspendió temporalmente el primer remedio impuesto.

En un sentido similar, debe tenerse en cuenta *Google IV* (esto es, como mencionamos, la demanda de un grupo de fiscales generales contra Google por monopolización de su App Store). A diferencia de Apple, si bien Google permitiría la instalación de otros App Stores competidores y la distribución de *apps* por fuera de su Play Store, en realidad pondría trabas a los usuarios finales para realizarlos; por ejemplo, por la vía de advertencias de potenciales daños a los equipos (*State of Utah et al v. Google LLC et al*, 2021).

Finalmente, ahora a nivel regulatorio, en Europa, el proyecto de la “*Digital Markets Act*” determina que un Gatekeeper deberá permitir a negocios “en forma gratuita, comunicar y promover ofertas, incluso en diferentes condiciones, a usuarios adquiridos a través de su *core platform service* o a través de otros canales y celebrar contratos con dichos usuarios, independientemente de que, para dicho propósito, utilicen los *core platform services* del Gatekeeper”; y “permitir a usuarios acceder y usar, mediante sus *core platform services*, contenidos, suscripciones, características u otros ítems, al usar la *app* de un negocio, incluso cuando dichos usuarios adquirieron dichos ítems del negocio relevante sin usar los *core platform services* del Gatekeeper”.

En EE. UU., la sección 2(b)(2) del proyecto de la “*American Choice and Innovation Online Act*”, en directa alusión a esta conducta, prohíbe “condicionar el acceso a la plataforma o el status o posicionamiento preferencial en la plataforma a la adquisición o uso de otros productos o servicios ofrecidos por la plataforma”, en paralelo a la prohibición de impedir la desinstalación de *apps* predeterminadas. Al mismo tiempo, el reciente proyecto de la “*Open App Markets Act*” pretende prohibir la atadura del medio de pago a la distribución mediante el App Store, entre otras prohibiciones, a plataformas que tengan más de 50.000.000 de usuarios finales, salvo en cuanto estas prueben que las restricciones son necesarias para la privacidad y seguridad de los mismos usuarios³⁵. En fin, al otro lado del océano pacífico, un reciente proyecto de ley en Corea del Sur prohíbe también atar el medio de pago propio de la plataforma al App Store³⁶.

4. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, el catálogo de conductas típicamente asociadas a los Gigantes Tecnológicos está en una suerte de “limbo” entre conductas tradicionalmente sancionadas por el Derecho de la Competencia y otras nuevas conductas que se alejarían de las categorías normalmente usadas en mercados tradicionales. En el caso de Amazon, el *self-preferencing* podría homologarse a casos de *leverage* y discriminación arbitraria. La preinstalación obligatoria por parte de Google seguiría la jurisprudencia de Microsoft, en tanto se imponen costos de cambio generados por factores estudiados por la Economía del Comportamiento. Las conductas imputadas a Facebook por la recolección excesiva de datos personales se han intentado asimilar a casos de precios excesivos. Finalmente, las restricciones impuestas por Apple seguirían también la suerte de los casos de precios excesivos y, en general, de las condiciones de contratación “injustas”.

Hasta hoy, han existido comúnmente dos formas de reacción frente a estas conductas. En primer lugar, mayor *enforcement*, como muestran los casos europeos y las demandas estadounidenses. Sin embargo, la principal dificultad de esta respuesta radica precisamente en la dificultad de subsumir estos supuestos nuevos problemas dentro de las categorías tradicionales. En segundo lugar, se ha

35 <https://www.blumenthal.senate.gov/imo/media/doc/8.11.21%20-%20Open%20App%20Markets%20Act%20-%20Bill%20Text.pdf> (última visita: 29.08.21).

36 <https://www.wsj.com/articles/google-apple-hit-in-south-korea-by-worlds-first-law-ending-their-dominance-over-app-store-payments-11630403335> (última visita: 29.08.21).

intentado utilizar mayor regulación. Esta vía se encuentra actualmente en desarrollo, con el proyecto de “*Digital Markets Act*” en Europa y los proyectos de leyes de competencia en Estados Unidos. Con todo, aunque estas reglas podrían actualizar las categorías tradicionales del Derecho de la Competencia, su potencial efecto expansivo podría provocar aun más riesgos anticompetitivos que los problemas que se pretenden solucionar.

Aún está por verse, entonces, si el perro viejo necesita —y quiere— aprender trucos nuevos.

5. REFERENCIAS

- Abarca, M. (2020). EE.UU. c. Google: No tan nuevas tendencias del derecho de competencia. *Derecho, Economía y Competencia*. <https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/eeuu-google/>
- Akman, P. (2018). *Will the European Commission’s Google Android Decision Benefit Consumers? Truth on the Market*. <https://truthonthemarket.com/2018/07/19/will-the-european-commissions-google-android-decision-benefit-consumers/>
- Apple Inc. V. Pepper, (Supreme Court 2019). https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-204_bq7d.pdf
- Australian Competition and Consumer Commission. (2021). *Digital platform services inquiry—March 2021 interim report*. <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>
- Bethell, O. (2021). Changes to the Android Choice Screen in Europe. Google. <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/changes-android-choice-screen-europe/>
- Bostoen, F. (2022). The General Court’s Google Shopping Judgment: Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse. *Journal of European Competition Law & Practice*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4014487>
- Botta, M., & Wiedemann, K. (2019). Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(8).
- Bowman, S., & Manne, G. (2021, marzo 4). *Platform Self-Preferencing Can Be Good for Consumers and Even Competitors*. Truth on the Market. <https://truthonthemarket.com/2021/03/04/platform-self-preferencing-can-be-good-for-consumers-and-even-competitors/>
- Caffarra, C. (2020, junio 15). The Remedies Sinkhole: Where all good theories go to die, and how to think again. *Politico*. <https://www.politico.com/f/?id=00000175-4d15-d7aa-af77-5f9ddab20000>
- Carlton, R. (2020). *Self-Preferencing by Digital Platforms is a form of leveraging behaviour*. 4th Innovation Economics Conference #2 - Self-Preference: The Gatekeeper Role. https://www.concurrences.com/IMG/pdf/concurrences_synthesis_200624.pdf?60785/12f67bea2aabc344558d06a13f59aae4ee7ae35a
- Caro de Sousa, P. (2020). *What Shall We Do About Self-Preferencing?* (SSRN Scholarly Paper ID 3659065). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3659065>
- Chirita, A. D. (2018). *Google Android: Record-Breaking Fine on Anti-Competitive Practices under Article 102 TFEU* (SSRN Scholarly Paper ID 3841512). <https://papers.ssrn.com/abstract=3841512>

- Colangelo, G. (2019, septiembre 23). Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent. *Competition Policy Internacional*. <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/>
- Economides, N., & Lianos, I. (2021). Restrictions On Privacy and Exploitation In The Digital Economy: A Market Failure Perspective. *Journal of Competition Law & Economics*, nhab007. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab007>
- Edlin, A. S., & Harris, R. G. (2013). The role of switching costs in Antitrust analysis: A comparison of Microsoft and Google. *Yale Journal of Law and Technology*, 15(2), Article 2.
- Etro, F., & Caffarra, C. (2017). On the economics of the Android case. *European Competition Journal*, 13(2-3), 282-313. <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1386957>
- Geradin, D., & Katsifis, D. (2021). The Antitrust Case Against the Apple App Store. *Journal of Competition Law & Economics*, nhab003. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab003>
- Haucap, J. (2019). *Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision*.
- Houck, S. (2018). Android—Is There a Viable Monopolization Case? *SSRN Electronic Journal*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3230355
- Hovenkamp, H. (2021a, junio 25). Congress' Antitrust War On China and American Consumers. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/06/25/congress-antitrust-china-consumers-merger/>
- Hovenkamp, H. (2021b). *President Biden's Executive Order on Promoting Competition: An Antitrust Analysis* (SSRN Scholarly Paper ID 3887776). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3887776>
- Ibáñez Colomo, P. (2020a). *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge University Press.
- Ibáñez Colomo, P. (2020b). Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles. *World Competition*, 43(4). <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/43.4/WOCO2020022>
- Jones, A., Sufrin, B., & Dunne, N. (2020). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (Seventh Edition). Oxford University Press.
- Khan, L. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 96.
- Khan, L. (2019). The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, 973. <https://papers.ssrn.com/abstract=3180174>
- Kotapati, B., Mutungi, S., Newham, M., Schroeder, J., Shao, S., & Wang, M. (2020). *The Antitrust Case Against Apple* (SSRN Scholarly Paper ID 3606073). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3606073>
- Lamadrid, A. (2019, septiembre 3). The Suspension of the Bundeskartellamt's Facebook Decision- Part I: What the Order Actually Says. *Chillin' Competition*. <https://chillingcompetition.com/2019/09/03/the-suspension-of-the-bundeskartellamts-facebook-decision-part-i-what-the-order-actually-says/>

- Melamed, D. (2020, octubre 22). *Lawyers who went after Microsoft in antitrust case say DOJ will have a difficult time succeeding against Google* [CNBC]. <https://www.cnbc.com/2020/10/22/lawyers-who-pressed-microsoft-on-antitrust-claims-say-the-google-case-differs.html>
- Newman, J. (2019). Antitrust in Digital Markets. *Vanderbilt Law Review*, 72(5), 1497.
- Otegui, J. N. (2015). Apple and Spotify, a Competition Law Song? *E.C.L.R.*, 36(436). <https://papers.ssrn.com/abstract=2628051>
- Petit, N. (2020). *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*. Oxford University Press.
- Picker, R. (2018). The European Commission Picks a Fight with Google Android over Business Models. *ProMarket*. <https://promarket.org/2018/07/23/european-commission-picks-fight-google-android-business-models/>
- Picker, R. (2020, junio 24). At the Heart of the European Commission's Investigations of Apple Is a Basic Question: How Should Apple Make Money? *ProMarket*. <https://promarket.org/2020/06/24/at-the-heart-of-the-european-commissions-investigations-of-apple-is-a-basic-question-how-should-apple-make-money/>
- Picker, R. (2021a). Europe Lacks a Vision for How Apple's App Store Fees Should Work. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/05/05/european-commission-apple-app-store-fees-spotify/>
- Picker, R. (2021b). Security Competition and App Stores. *Le Concurrentialiste*. <https://leconcurrentialiste.com/picker-app-stores/>
- Podszun, R. (2021, marzo 25). Facebook: Next Stop Europe [D' Kart]. *D' Kart*. <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/>
- Singer, H. (2021, julio 2). Cicilline's Nondiscrimination Bill Would Help Independent App Developers. *ProMarket*. <https://promarket.org/2021/07/02/antitrust-self-preferencing-preinstallation-app-developers-apple/>
- Stapp, A. (2019, octubre 8). *Why Data Is Not the New Oil*. <https://truthonthemarket.com/2019/10/08/why-data-is-not-the-new-oil/>
- Stucke, M. E. (2012). The Implications of Behavioral Antitrust. *University of Tennessee Legal Studies*, 192. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109713
- Stucke, M. E. (2018). Should We Be Concerned About Data-Opolies? *Georgetown Law Technology Review*, 2(275), 275-324.
- Stucke, M. E. (2022). *Breaking Away: How to Regain Control Over Our Data, Privacy, and Autonomy*. Oxford University Press.
- Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. (2020). *Investigation Of Competition In Digital Markets: Majority Staff Report And Recommendations*. <https://permanent.fdlp.gov/gpo145949/competitionindigitalmarkets.pdf>
- Vásquez, O., & Hoffmann, J. (2021). Can data exploitation be properly addressed by competition law? A note of caution. *Concurrences*, 1.
- Voelcker, S., & Baker, D. (2020). *Why There Is No Antitrust Case against Apple's App Store: A Response to Geradin & Katsifis* (SSRN Scholarly Paper ID 3660896). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=3660896>

- Witt, A. C. (2020, julio 10). How Germany Managed to Outlaw Facebook's Core Business Model. *Promarket*. <https://promarket.org/2020/07/10/how-germany-managed-to-outlaw-facebooks-core-business-model/>
- Wu, T. (2020a). *The Curse of Bigness*. Atlantic Books.
- Wu, T. (2020b, octubre 22). *The Google Case: An Explanation and Evaluation for Non-Lawyers*. Medium. <https://superwuster.medium.com/the-google-case-8fd0b26328c7>
- Zingales, N. (2018, enero 8). Google Shopping: Beware of 'Self- Favouring' in a World of Algorithmic Nudging. *Competition Policy Internacional*. <https://papers.ssrn.com/abstract=3707797>

ECONOMÍA DIGITAL EN AMÉRICA LATINA: REFLEXIONES SOBRE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN LA REGIÓN

DIGITAL ECONOMY IN LATIN AMERICA: REMARKS ABOUT MARKET CONCENTRATIONS IN THE REGION

ESTEBAN GRECO¹
MARÍA FERNANDA VIECENS²

RESUMEN

El artículo analiza fusiones y adquisiciones de la economía digital en América Latina, en perspectiva con la discusión internacional y las nuevas o reformuladas teorías de daño que han ido emergiendo. Se resalta la importancia del contexto regional y de no trasladar de manera automática a los países de América Latina los criterios y conclusiones de la discusión internacional. Con base en el análisis de casos de distintas agencias, se destaca que el control preventivo de fusiones en la región puede ser una herramienta que contribuya a evitar que los nuevos actores de la economía digital, que traen innovación y nuevos servicios, encuentren barreras en los incumbentes.

PALABRAS CLAVE

fusiones y adquisiciones | economía digital | competencia potencial | killer acquisitions | América Latina

ABSTRACT

The article analyzes mergers and acquisitions in the digital economy in Latin America, in line with the international discussion and the new or reformulated theories of harm that have been emerging. It highlights the importance of the regional context and to not automatically transfer the criteria and conclusions of the international discussion to Latin American countries. Based on the analysis of cases of different agencies, it is remarked that preventive merger control in the region can be a tool that contributes to prevent new players in the digital economy, who bring innovation and new services, from encountering barriers.

KEYWORDS

Mergers and acquisitions | digital economy | potential competition | killer acquisitions | Latin America

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de setiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 22 de noviembre de 2021.^{1 2}

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Fusiones en la economía digital: nuevas teorías de daño y florecimiento de viejas teorías, **2.1.** Nascent acquisitions y criterios para la notificación en América Latina; **3.** Fusiones de la economía digital en la región, **3.1.** Servicios financieros y Fintech, **3.2.** Agencias de viaje online, **3.3.**

1 Director en Argentina de Global Economics Group. Ha sido Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina (CNDC). Es profesor de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Torcuato Di Tella y de Lead University.

2 PhD en Economía. Es investigadora CONICET en el Centro Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés. Ha sido Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Es profesora de la Universidad de San Andrés y de la Universidad Torcuato Di Tella.

Apps delivery de comida, **3.4.** Hechos estilizados que surgen del análisis de los casos, **4.** Discusión final; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El control de fusiones y adquisiciones es una herramienta complementaria a la sanción de conductas anticompetitivas que, en forma preventiva, permite actuar sobre la estructura de mercado y evitar niveles de concentración con potencial de generar una reducción sustancial de la competencia. El carácter disruptivo de la economía digital está poniendo en cuestión la efectividad de las herramientas de la política de competencia y ha llevado al surgimiento de reformulaciones de las teorías de daño establecidas.

La discusión en América Latina no escapa a esta tendencia y las agencias de competencia de la región en mayor o menor medida están poniendo atención en el tema. Resulta útil entonces analizar cuáles han sido los casos planteados ante las agencias de competencia en los últimos años que den cuenta de la magnitud del fenómeno. En este trabajo identificamos algunos mercados de la economía digital que en América Latina están experimentando una mayor cantidad de fusiones y discutimos de qué manera las agencias las están abordando.

En la sección siguiente identificamos nuevas teorías de daño y reformulaciones de las existentes que han surgido como resultado de actores y fenómenos de la economía digital. Se comenta también el potencial de algunas legislaciones de la región para abordar las teorías de competencia potencial y *killer acquisitions* en boga para la economía digital. En la Sección 3 revisamos casos de fusiones y adquisiciones relevantes en la región, lo que nos permitirá extraer algunas consideraciones. El análisis de los casos seleccionados posibilitará evidenciar cuáles son las teorías de daño más usadas en la región. La Sección 4 concluye.

2. FUSIONES EN LA ECONOMÍA DIGITAL: NUEVAS TEORÍAS DE DAÑO Y FLORECIMIENTO DE VIEJAS TEORÍAS

El origen del control de fusiones y adquisiciones se encuentra en la Ley Clayton de 1914 de Estados Unidos, que surge como respuesta a la Ley Sherman para evitar la elusión de conductas que estaban penalizadas por esta nueva legislación, mediante la consolidación a través de fusiones y adquisiciones de empresas. La Ley Clayton prohibió las fusiones anticompetitivas, aquellas con capacidad de disminuir sustancialmente la competencia.³ Sin embargo, no fue sino hasta 1976 que se estableció el procedimiento de control de fusiones mediante la notificación obligatoria de las operaciones, con la Ley Hart-Scott-Rodino. Por su parte, en Europa el control de concentraciones económicas se estableció en 1990 y en América Latina varios países comenzaron a establecer regímenes de control de concentraciones en esa década, entre ellos Argentina en 1999.

Si bien la forma en que están redactadas las distintas normas de competencia en lo referente a concentraciones podría dar lugar a interpretaciones diferentes (la ley Clayton prohíbe las fusiones que puedan reducir sustancialmente la competencia mientras que la normativa europea aquellas que puedan crear o reforzar una posición dominante) la jurisprudencia y la cooperación internacional han llevado a un significativo nivel de convergencia en el control de fusiones.

La evaluación de los casos ha requerido el desarrollo de criterios analíticos para identificar aquellos en los cuales, mediante una evaluación contrafáctica, puede llegarse a la conclusión de que una operación tiene una alta probabilidad de dañar a la competencia y a los consumidores. El análisis económico, en particular, ha contribuido a la convergencia en la aplicación del control de fusiones de

3 <https://www.ftc.gov/es/public-statements/1996/08/evolution-us-merger-law>.

diferentes regímenes jurídicos, poniendo el foco en los potenciales efectos y evitando metodologías más formalistas.

El análisis económico brinda herramientas para las diferentes fases del procedimiento. En primer lugar, provee elementos de screening o de monitoreo que permiten identificar de manera ágil las operaciones no problemáticas y posibilitan su tratamiento a través de un procedimiento simplificado. En segundo lugar, permite desarrollar y evaluar teorías de daño que le dan consistencia a la evaluación de las operaciones y certidumbre al procedimiento. Finalmente, brinda criterios para determinar los remedios apropiados para las fusiones y adquisiciones que despiertan preocupaciones.

Las teorías de daño para el análisis de fusiones son las hipótesis de trabajo con las que las agencias evalúan una operación a los fines de determinar la relación causal entre el cambio en el nivel de concentración en un mercado y los potenciales efectos sobre la competencia. Las principales categorías de teorías de daño se corresponden con las características de las operaciones de concentración: las horizontales para el caso de fusiones entre empresas competidoras, las verticales para el caso de fusiones entre empresas que se encuentran en diferentes fases de la cadena de valor (por ejemplo, proveedores y clientes) y las de conglomerado cuando las empresas que se fusionan no son competidoras ni se encuentran en la misma cadena productiva.

Las fusiones horizontales son las que generan mayores preocupaciones a las agencias de competencia debido a que implican la eliminación de un competidor y son por lo tanto aquellas en las que resulta más frecuente encontrar objeciones, ya sea mediante la prohibición de operaciones o, a través de la subordinación de su autorización al cumplimiento de condiciones, como los llamados remedios estructurales (desinversiones de empresas, marcas, activos, unidades de negocio).

La creciente preocupación por la competencia en la economía digital, caracterizada por grandes jugadores, una expansión creciente del ámbito digital a todos los sectores de la economía, y la importancia de preservar los incentivos de sectores dinamizados por altos niveles de innovación, ha llevado a observar con mayor atención fusiones con teorías de daño que se alejan de las “clásicas”. A saber, en el contexto de la discusión actual resurgen y se reformulan teorías para fusiones horizontales y, al mismo tiempo, surgen preocupaciones por fusiones verticales o de conglomerado, tradicionalmente consideradas con escaso potencial para afectar de manera preocupante la competencia.⁴

La siguiente tabla resume de manera esquemática las teorías de daño y señala aquellas que hoy en el contexto de la economía digital aparecen como nuevas o han adquirido un protagonismo superior.

4 Estas nuevas teorías, o variantes de las ya existentes, han sido detalladas en los documentos que discuten nuevos desafíos para el derecho de la competencia en la economía digital (CMA, 2020; Crémer, de Montjoye & Schweitzer, 2019; Frank & Peitz, 2019; Furman, Coyle, Fletcher, McAuley & Marsden, 2019).

Tabla 1. TEORÍAS DE DAÑO EN FUSIONES DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Horizontales	Verticales	Conglomerado
Efectos unilaterales <ul style="list-style-type: none"> • <i>Killer acquisitions</i> y adquisición de competidores nacientes • <i>Non Price effects</i>: <ul style="list-style-type: none"> ○ Desaliento de la innovación ○ Afectación de la privacidad (datos personales) Efectos coordinados <ul style="list-style-type: none"> • Colusión algorítmica 	Efectos unilaterales exclusorios <ul style="list-style-type: none"> • Acceso a datos de terceros • <i>Self preferencing</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminación competencia potencial • Conformación de conglomerados digitales <ul style="list-style-type: none"> ○ Ecosistemas de productos ○ Estrategias envolventes de las plataformas

Fuente: elaboración de los autores

La economía digital se caracteriza por una recolección sin precedentes de datos por partes de los actores que participan en ella. Esto ha puesto a la privacidad y el tratamiento de datos entre los ejes de la discusión. Desde el punto de vista del derecho de la competencia ha implicado que, mientras hasta hace pocos años las autoridades de competencia delegaban por completo la problemática en las autoridades de aplicación de la legislación de privacidad, han surgido recientemente casos y discusiones que demandan a las agencias una intervención directa cuando la privacidad se ve afectada.⁵ Por su parte, dado que el acceso a grandes cantidades de datos confiere ventajas competitivas a algunos jugadores (en el mercado de publicidad por ejemplo), el análisis y las investigaciones de las agencias de competencia incluyen estas valoraciones. Por ejemplo, la Comisión Europea investiga el uso de Amazon de los datos de vendedores independientes que usan su Marketplace.⁶

La teoría del daño de “*self preferencing*” adquiere protagonismo en el caso Google Shopping de la Comisión Europea, que multa a Google por dar prioridad a su propio producto en los algoritmos de búsqueda.⁷ Está siendo aplicada también en una de las investigaciones en contra de Amazon en la Comisión Europea.⁸

Frente a mercados con alto potencial de coordinación tácita, el derecho de la competencia cuenta con una herramienta (que solo ha sido usada en condiciones muy restrictivas) que es la prevención vía el control de fusiones. La discusión actual en el contexto de los desafíos de la economía digital incluye

5 Esto es, mientras en 2014 en la fusión Facebook/Whatsapp (Case No COMP/M.7217) la Comisión Europea dijo expresamente que “la política de competencia debe tener como único objetivo la promoción de la competencia y no es tarea de la política de competencia salvaguardar la protección de datos y la privacidad en general”, en 2019 la agencia de competencia alemana avanzó en un caso en contra de Facebook donde la privacidad es una medida afectada por la falta de competencia y la legislación de privacidad es el estándar utilizado para determinar la afectación, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

6 Caso 40462 Amazon Marketplace.

7 Caso 39740 Google Search (Shopping), la multa aún no ha sido ratificada en la justicia.

8 Caso 40703 Amazon - Buy Box.

preocupación por el potencial de ciertos algoritmos autónomos de aprender a coludir tácitamente, sin haber sido programados para ello.⁹

La conformación de importantes conglomerados digitales como resultado de la diversificación de productos y de fusiones y adquisiciones es una de las tendencias más destacadas en la economía digital y obedece, en buena medida, a características intrínsecas de la misma tales como las sinergias en el consumo. Estas suceden cuando los consumidores valoran positivamente el adquirir productos o servicios de un mismo vendedor, ya sea porque prefieren recibir una única factura por menores costos de transacción (*one-stop shopping*), o porque la empresa desarrolla vínculos entre los diferentes productos para aumentar la complementariedad entre ellos. Los vínculos que surgen por las sinergias en el consumo generan funcionalidades compartidas entre los productos que llevan a que se conforme un “ecosistema de productos”. Como resultado, se generan incentivos en las empresas a expandirse hacia nuevos mercados y desarrollar nuevos productos para el ecosistema. Si bien estos ecosistemas implican beneficios a los consumidores, que reducen los costos de búsqueda y aprovechan las sinergias del ecosistema, pueden dar lugar a efectos exclusorios. CMA (2020) argumenta que los mismos plantean fuertes barreras a la entrada, ya que el control que implican sobre mercados adyacentes puede aislar a la plataforma de amenazas de competidores potenciales innovadores y, por lo tanto, reducir la innovación. De esta manera, Las estrategias envolventes de las plataformas (*platform envelopment strategies*) implican que una plataforma dominante (la que envuelve) en un mercado multilateral, ingresa en un segundo mercado multilateral de plataformas (el mercado objetivo), adquiriendo, empaquetando o atando productos de ambas plataformas.¹⁰

En la primera versión de 2018 del artículo de Cunningham, Ederer & Ma (2021), se establece la teoría del daño de “*killer acquisition*”, según la cual una empresa incumbente adquiere a una empresa innovadora y detiene el desarrollo de sus innovaciones, que son potencialmente prometedoras aunque probablemente competitivas.¹¹ Por su parte, Motta & Peitz (2021) destacan que los desafíos para un operador establecido pueden surgir de empresas pequeñas, pero de rápido crecimiento en mercados adyacentes y consideran que el análisis del control de fusiones está bajo presión frente a las adquisiciones de competidores potenciales. Nótese que la teoría de daño a la competencia potencial tiene algunas intersecciones con la de *killer acquisition*. Sin embargo, para la de *killer acquisition* la fusión crea un incentivo para eliminar la potencial futura presión competitiva y para eliminar del mercado el producto en sí. En el caso de la teoría del daño a la competencia potencial, el incentivo es a controlar el producto competitivo, no matarlo. Es decir, las *killer acquisitions* son situaciones en las cuales los operadores tradicionales adquieren start-ups innovadoras para poner fin a la innovación incipiente que puede amenazar sus ganancias en el futuro. Además, son casos particulares de las adquisiciones de empresas nacientes, aquellas caracterizadas por la adquisición de una start-up que ofrece productos o servicios cuyo potencial competitivo es incierto. *Killer acquisition* es también una teoría que analiza el impacto de las fusiones en la innovación, alternativa a la *innovation theory of harm*, según la cual la innovación se reduce como resultado de la fusión de dos empresas innovadoras y donde la variable competitiva es la innovación en sí misma, pero que involucra casos con empresas ya establecidas (Federico, 2017)¹².

9 Para la discusión de algoritmos y colusión véase Vicens (2021a).

10 Para más detalles y antecedentes sobre *platform envelopment strategies* véase Greco & Vicens (2020) y OCDE (2020a).

11 Los autores destacan que para que exista una motivación “*killer*” es necesario algún nivel de solapamiento entre la compradora y la empresa objetivo y muestran que las *killer acquisitions* también suceden cuando el proyecto de la start-up es cualitativamente superior al de la incumbente. La teoría también predice que las incumbentes tienen más incentivos para adquirir y cerrar una innovación solapada en mercados menos competitivos (es decir, cuando tienen más para perder si la innovación del potencial competidor se desarrolla con éxito).

12 Véase el caso Dow-DuPont de la Comisión Europea (M7932).

Un antecedente natural para la teoría del daño de *killer acquisition* es la de adquisición de un competidor *Maverick* contemplada en las Guías de Fusiones Horizontales de Estados Unidos.¹³ El ejemplo de las guías de Estados Unidos de la empresa adquirida con capacidad de alterar las condiciones del mercado con una nueva tecnología o modelo de negocio, encuentra cierta coincidencia con la teoría *killer acquisition*. No obstante, la teoría del daño de *killer acquisition* y la de adquisición de un *maverick* tienen diferencias marcadas. La primera contempla a la adquirida como una empresa naciente, con potencial de crecimiento competitivo, mientras que la empresa *maverick* podría ser una empresa consolidada, pero con características y antecedentes disruptivos en el mercado.

Algunas de las agencias de la región ya han reconocido explícitamente la teoría de *killer acquisition*. Por ejemplo, la nueva Guía de la FNE de Chile para el análisis de operaciones de concentración horizontales de mayo 2020 señalan que la FNE analizará con mayor detención los efectos competitivos de una operación “cuando un agente económico pueda eliminar a competidores potenciales o entrantes recientes que pudieran desafiar su posición competitiva en el Mercado”, y señala que “Algunas de estas Operaciones se conocen a nivel comparado bajo la denominación de *killer acquisitions*”.¹⁴

2.1. Nascent acquisitions y criterios para la notificación en América Latina

En el control preventivo de fusiones, las adquisiciones de empresas pequeñas que sumaran bajas cuotas de mercado a la adquirente han sido tradicionalmente de poca preocupación para las agencias de competencia. Por el contrario, intentos de una agencia de condicionar o bloquear fusiones con esta característica estaban expuestos a un riesgo de intervención excesiva (error de tipo I) con la consiguiente revisión judicial y de generar una imagen de agencia que obstaculiza la innovación (OCDE, 2020). Han sido los resultados para la industria farmacéutica publicados en el ya célebre artículo de Cunningham et al., (2021) los que dispararon una genuina preocupación por la adquisición de empresas nacientes por parte de empresas establecidas.

A los fines de evitar que operaciones del tipo adquisición de competidores nacientes o *killer acquisitions* queden fuera del control preventivo de las agencias debido a su escaso volumen de ventas, reportes y expertos han recomendado cambios en los criterios y umbrales de notificación (CMA, 2020; Crémer et al, 2019; Furman et al, 2019).¹⁵ La siguiente tabla resume los umbrales de notificación de fusiones y adquisiciones en Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú.

13 En particular, las Guías señalan: *Las Agencias consideran si una fusión puede disminuir la competencia al eliminar una empresa “maverick”, es decir, una empresa que juega un papel disruptivo en el mercado en beneficio de los clientes. Por ejemplo, si una de las empresas que se fusionan tiene una posición establecida sólida y la otra empresa que se fusiona amenaza con alterar las condiciones del mercado con una nueva tecnología o modelo de negocio, su fusión puede implicar la pérdida de competencia real o potencial...* (traducción de los autores), <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#2f>, section 2.1.5, Disruptive Role of a Merging Party, 2010.

14 <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>

15 También se ha argumentado que debería establecerse una presunción de ilegalidad y revertirse la carga de la prueba en casos de fusiones donde la parte compradora es una BigTech.

Tabla 2. UMBRALES DE NOTIFICACIÓN DE FUSIONES Y ADQUISICIONES EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

País	Variable sobre la que se mide el umbral	Umbral en US\$	Tipo de umbral	Adapta a economía digital
Argentina <?>	Volumen de negocio	53 millones	Conjunto	+
	Valor operación	11 millones<?>		
Brasil <?>	Facturación bruta	Grupo 1: 144 millones y Grupo 2: 14 millones	Individual	-
Chile <?>	Ventas	Individual: 17 millones Conjunto: 93 millones	Individual y conjunto	-
Colombia <?>	Ingresos operacionales o valor de activos	14 millones	Conjunto	+
México <?>	Valor transacción o	81 millones	Individual o conjunto	+
	Ventas o activos firma objeto<?> o	81 millones		
	Valor de activos o capital social transferidos y	38 millones		
	Ventas o activos de las partes	216 millones		
Perú <?>	Ventas o activos	Individual: 19 millones Conjunto: 126 millones	Individual y conjunto	-

Fuente: elaboración de los autores

Destaca el hecho de que, los criterios y umbrales de notificación de Argentina, Colombia y México, se adaptan mejor a capturar potenciales compras por parte de grandes empresas de competidores nacientes con pocas ventas, ya que consideran umbrales de ventas (o activos) de las partes en forma conjunta. En cambio, la legislación de Brasil, Chile y Perú, establecen umbrales individuales de ventas (y activos en Perú), por lo cual excluirían de notificación de compras de competidores potenciales cuyas ventas anuales sean inferiores a US\$ 14, 17 y 19 millones, respectivamente, aún cuando el valor de la transacción sea elevado.

3. FUSIONES DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN LA REGIÓN

Motta & Peitz (2021) muestran que, durante los últimos cinco años, Amazon informó haber realizado 42 adquisiciones, Apple 33, Facebook 21, Google (Alphabet) 48 y Microsoft 53. Estas fusiones incluyen algunas muy sonadas como las de Google-Youtube, Google-Waze, Google-DoubleClick,

Facebook-Instagram, Facebook-Whatsapp, Microsoft-LinkedIn. Estas fusiones de carácter global y con impacto en los países de la región, no han sido notificadas necesariamente en las agencias de la región y las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y las agencias de Estados Unidos se derraman, eventualmente, en los países de América Latina.¹⁶ Esto lleva a la pregunta del título del artículo sobre cuáles son los sectores que han experimentado fusiones y adquisiciones en la región.

América Latina cuenta con dos características que merecen ser destacadas. En primer lugar, los regímenes de control de concentraciones han sido establecidos y modificados en diferentes momentos del tiempo en los distintos países. Algunos países como Perú cuentan con control de fusiones a partir de 2021, Chile tiene un régimen de notificación y control de fusiones desde 2016, Argentina, como ya fue mencionado, tiene un régimen de control de concentraciones desde 1999 pero recién en 2018 lo modificó para que deje de ser un control ex post y pase a ser un control ex ante, cambio que en Brasil se produjo en 2011.¹⁷ En segundo lugar, los indicadores de infraestructura, cobertura y acceso a Internet en la región muestran niveles por debajo de los países desarrollados, algo que debe ser tenido en cuenta ya que el desarrollo de los mercados digitales depende de las posibilidades de acceso y uso de los servicios de Internet, ya sea por redes fijas como por servicios de comunicaciones móviles a través de dispositivos inteligentes (smartphones).

Un relevamiento de casos y estudios sobre fusiones en la economía digital en la región muestra que, lejos de las resonantes adquisiciones de las BigTechs, algunos de los principales sectores en los cuales se han presentado casos son los servicios financieros y Fintech, las agencias de viaje online (también denominadas online travel agencies -OTA) y las Apps de *delivery* de comida. Los casos analizados se presentan en la tabla a continuación. La columna sobre teorías de daño indica cuando en la fusión se ha aplicado un análisis de teorías de daño entre las no tradicionales de la economía digital.

Tabla 3. CASOS DE FUSIONES Y ADQUISICIONES EN LA ECONOMÍA DIGITAL EN AMÉRICA LATINA

Sector	Caso	Jugadores	Teoría del daño		Decisión
			Tipo	Especificidad economía digital	

16 En esta línea Abarca (2021) concluye que los asuntos sobre la competencia en la economía digital en Chile aún se encuentran en un estado incipiente, y que las grandes discusiones que se desarrollan actualmente en el exterior no han desembarcado del todo en Chile.

17 En Argentina el control de concentraciones económicas sigue siendo posterior al cierre de la operación. Si bien en 2018 la Ley 27.442 modificó el criterio e introdujo la obligación de notificación previa, estableció un período de transición de un año posterior a la constitución de la Autoridad Nacional de la Competencia. A la fecha, la Autoridad no ha sido constituida por lo que el control ex-ante aún no fue implementado.

Sector	Caso	Jugadores	Teoría del daño		Decisión
FinTech ^{<?>}	Santander-Servipag (2018, Chile) ^{<?>}	Tradicional-digital	Horizontal y vertical		Prohibida
	Itaú Unibanco-XP (2018, Brasil) ^{<?>}	Tradicional-digital	Horizontal (y vertical)	Eliminación de maverick disruptivo	Condicionada
	Banamex-Pagos Móviles (2018, México) ^{<?>}	Tradicional-digital	Vertical		Autorizada
	Banorte-PayClick (2020, México) ^{<?>}	Tradicional-digital	-		Autorizada
Agencias de viaje digitales (OTA) ^{<?>}	Avianca-Price Travel (2018, Colombia) ^{<?>}	Tradicional-digital	Vertical y horizontal		Condicionada
	Despegar-Best Day (2020, Argentina y México ^{<?>})	Digital-digital	Horizontal		Autorizada México Pendiente Argentina
	CVC-Almundo (2019, Argentina y Brasil ^{<?>})	Tradicional/digital-digital	Horizontal y Vertical		Autorizada Brasil Pendiente Argentina
	CVC-Avantrip y Biblos (2021, Argentina)	Tradicional/digital-digital	-		Pendiente
			Tipo	Especificidad economía digital	

Sector	Caso	Jugadores	Teoría del daño		Decisión
Apps de delivery de comida	WalMart-Cornershop (2019, Chile ^{<?>} y México ^{<?>})	Tradicional-digital	Vertical	Acceso a datos de terceros México: <i>self preferencing</i>	Prohibida México Autorizada Chile
	Uber-Cornershop (2020, Chile ^{<?>} y México ^{<?>})	Digital-digital	Conglomerado	Eliminación de competencia potencial Conglomerado digital Acceso a datos de terceros Afectación de la privacidad	Autorizada
	iFood-Delivery Hero (2018 Brasil ^{<?>} y 2021 Colombia ^{<?>})	Digital-digital	Horizontal		Autorizada

Fuente: elaboración de los autores

3.1. Servicios financieros y Fintech

Un caso de relevancia en Chile fue el intento de adquisición por parte del Banco Santander de acciones de Servipag, una plataforma de recaudación y pagos digitales, que era de propiedad de otros dos bancos. Esta operación fue prohibida por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) por los potenciales efectos de la operación en los mercados de recaudación digital y botones de pago. La recaudación digital fue definida por la FNE como un mercado relevante bilateral, distinto al de la recaudación presencial, que vincula a las empresas o entidades que requieren recibir pagos recurrentes y a los consumidores a través de una plataforma digital. El servicio de botón de pago es el que permite vincular los sitios web o aplicaciones móviles con los distintos medios de pago, y fue considerado por la FNE como un insumo esencial para la recaudación digital. La operación objetada hubiera integrado a los dos principales oferentes de recaudación digital, lo que habría implicado una participación de mercado conjunta cercana al 90%.

La operación también hubiese afectado el mercado de botones de pago, ya que, dada la participación de las partes en el principal oferente de botones de pago (Transbank), además de su participación directa como oferentes de botones de pago, la operación habría implicado una influencia conjunta de las partes sobre más del 90% de la oferta. La FNE trabajó en tres teorías de daño: 1) horizontal con efectos unilaterales por restricción de la competencia en el mercado de dos lados de recaudación digital y en el mercado de botones de pago; 2) vertical, dado el riesgo de que las partes de la operación objetada restringieran el acceso al servicio de botones de pago a sus competidores en el mercado de recaudación digital; 3) horizontal con efectos coordinados, debido a la vinculación entre los tres bancos más importantes de Chile como socios en Servipag.

En Brasil, destaca la operación de adquisición de una Fintech, XP Investimentos, por parte de un jugador tradicional, el Banco Itaú.¹⁸ Esta operación implicaba una concentración horizontal en el mercado de distribución de productos de inversión. CADE definió el mercado relevante de manera

¹⁸ Itaú es el tercer banco en Brasil en participación en depósitos.

tal que incluyó a las plataformas abiertas, como XP Inversiones, y a las cerradas, como Banco Itaú. Las plataformas abiertas funcionan como mercados bilaterales, con los inversores (demandantes de productos de inversión) de un lado del mercado y los oferentes de títulos, bonos y demás productos de inversión del otro lado. Si bien el nivel y la variación de la concentración del mercado con la operación no eran significativamente elevados (el HHI no llegaba a 2000 puntos y su variación no llegaba a 100 puntos), la agencia consideró que XP tenía un rol de competidor *maverick*, dada su característica innovadora y su presencia en el mercado.¹⁹ El CADE concluyó que la eliminación de la presión competitiva de este jugador no era fácilmente contrarrestable, por lo cual condicionó la aprobación de la operación. Al establecer los condicionamientos CADE puso especial énfasis en garantizar el multi-homing como forma de reducir las barreras de entrada.²⁰ Se requirió un compromiso de que no se establezcan exclusividades con los oferentes de productos financieros, de manera de facilitar a las plataformas competidoras de XP el acceso a una diversidad de ofertas y a una masa crítica de productos que les permita competir rentablemente en el mercado.

Los dos casos identificados en México fueron integraciones entre jugadores tradicionales (Banamex y Banorte) y jugadores digitales Fintech de soluciones y servicios de pagos digitales (Pagos Móviles y PayClip). Ambas operaciones fueron autorizadas por considerarse de bajo riesgo para la competencia.

3.2. Agencias de viaje online

A nivel internacional el sector está liderado por Booking y Expedia, aunque la líder regional es Despegar.com. Los casos muestran a Despegar.com y a CVC, empresa con presencia física (tradicional) y online (digital), adquiriendo a otros jugadores digitales como Best Day, Almundio, Avantrip y Biblos.²¹ Estas operaciones fueron autorizadas (algunas aún se encuentran pendientes) y en todos los casos se consideró que las agencias de viaje digitales (OTA) y tradicionales forman parte del mismo mercado relevante. La única operación que resultó objetada fue la asociación entre Avianca, la aerolínea colombiana, y Price Travel, agencia de viajes con operación digital, para crear conjuntamente una OTA. Avianca contaba con el 86% de participación en la venta de pasajes aéreos nacionales, por lo que la operación despertó preocupaciones por riesgo de cierre de mercado a los competidores de las partes y de la nueva OTA (teoría del daño vertical tradicional). Por lo tanto, la autorización de la operación fue subordinada al cumplimiento de condiciones conductuales que prohibieron la exclusividad por parte de la nueva OTA de pasajes aéreos nacionales de Avianca y la discriminación en la oferta a competidores de las partes.

3.3. Apps delivery de comida

Entre 2015 y 2020 los servicios de *delivery* de comida han reportado una fuerte expansión a nivel internacional. Se han triplicado en Europa y Estados Unidos y han crecido 16 veces en China. Además, existen grandes jugadores globales como Uber Eats y Delivery Hero que tienen presencia en más de 40 países.

La región ha contado con algunos casos de relevancia. En Brasil y Colombia iFood (la principal aplicación de delivery de comida en Brasil) adquirió Delivery Hero (que operaba la plataforma

19 XP contaba con una participación cercana al 50% entre las plataformas abiertas (Fintech) en el mercado definido.

20 Se denomina multi-homing al uso de un mismo servicio provisto por diferentes plataformas.

21 Véase Tappatá (2021).

PedidosJá en Brasil y Domicilios.com en Colombia). En Brasil, el CADE consideró un mercado relevante que incluye a las plataformas digitales de pedidos de comida, ya sea que cuenten con logística propia o no, y a las aplicaciones de los restaurantes o cadenas de restaurantes. La operación fue autorizada luego de descartar la teoría del daño horizontal, ya que se consideró que PedidosJá no representaba una restricción competitiva significativa, y que el mercado se encontraba en una etapa temprana de desarrollo con un significativo potencial de crecimiento. Se tuvo en cuenta también la entrada de jugadores internacionales como Uber Eats y Rappi y la competencia potencial de otros jugadores internacionales como Deliveroo y Amazon. En Colombia, la SIC definió un mercado más estrecho que el definido por CADE²², incluyendo sólo a las plataformas digitales de delivery de comidas preparadas.²³ El mercado pasó a ser un duopolio luego de la operación, con una amplia brecha entre el líder, Rappi, y la firma integrada, que vio fortalecida su posición como segundo jugador en el mercado. La SIC descartó preocupaciones al considerar que se trata de un mercado dinámico y desafiante, con diversas fuentes de presión competitiva potencial de oferentes locales e internacionales y de las plataformas o aplicaciones de comida preparada vinculadas a restaurantes o cadenas de restaurantes.

Los casos que involucran a la empresa digital de compra y entrega de productos de supermercados, Cornershop, merecen particular atención dada las divergencias observadas en los enfoques de las dos agencias donde se notificaron. La definición del mercado relevante ha sido uno de los elementos que dieron origen a la divergencia en el resultado del análisis del caso Walmart-Cornershop entre ambas jurisdicciones.²⁴ Además, los análisis de la FNE en ambas adquisiciones dejan plasmado que la evolución de la discusión se está dando a pasos agigantados. A los fines ilustrativos y comparativos presentamos una tabla con las argumentaciones de las agencias en los respectivos casos.

Tabla 4. CRITERIOS ANALÍTICOS UTILIZADOS POR FNE Y COFECE EN LOS CASOS WALMART-CORNERSHOP Y UBER-CORNERSHOP

Análisis	FNE (Chile)	COFECE (México)
----------	-------------	-----------------

22 Esta definición del mercado relevante coincide con la empleada recientemente por la CMA en el caso Amazon-Deliveroo de 2021, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f297aa18fa8f57ac287c118/Final_report_pdf_a_version_-----.pdf

23 La decisión cita como referencia el análisis de la FNE de Chile para el caso Uber-Cornershop que se discute más adelante.

24 Se consideró que los servicios de delivery de comidas preparadas (restaurantes) y de *groceries* (supermercados y tiendas) forman parte de mercados relevantes distintos. En un artículo reciente (Greco & Vicens, 2021) señalamos las divergencias en cuanto a las definiciones de mercado utilizadas en la fusión Walmart-Cornershop.

Walmart-Cornershop	<ul style="list-style-type: none"> – Walmart ya usaba solo Cornershop – Walmart ya era el principal supermercado en Cornershop – Las operaciones on-line de supermercados representaban menos del 1% de las compras en tiendas físicas – No se ven barreras de entrada. Hay otras plataformas (Rappi, PedidosYa, Glovo) y supermercados 	<ul style="list-style-type: none"> – Input foreclosure a otras plataformas – Customer foreclosure a otros supermercados: impedir acceso a la plataforma y “self preferencing” – Acceso de Walmart a información sensible de competidores: exclusión de competidores por ofertas más favorables o por la incertidumbre que les genera el uso de su información por parte de Walmart – Barreras de entrada. Efectos de red, ausencia de multi-homing, proceso complejo y largo para replicar red, altas inversiones y financiamiento, desconfianza de consumidores y comercios, altos costos de publicidad
Uber-Cornershop	<ul style="list-style-type: none"> – Hay otras opciones como supermercados y plataformas (Rappi, Pedidos YA) – Bajos switching costs y multi-homing – Acceso a datos no es una ventaja crucial y es replicable – No se ven incentivos a empeorar privacidad, demanda se desplazaría a competidores 	<ul style="list-style-type: none"> – Existen otros agentes que ejercen presión competitiva en el negocio <i>groceries</i>, además de competidores potenciales que podrían dar lugar a una oferta competitiva en dicho servicio en un tiempo relativamente corto – Uber no podría establecer una estrategia rentable para empaquetar sus servicios con el objeto de desplazar competidores o impedir su entrada al mercado. – El negocio <i>groceries</i> ha presentado gran dinamismo

Fuente: elaboración de los autores

El análisis de estos dos casos muestra la evolución de las teorías del daño utilizadas, así como las divergencias en el análisis y las decisiones que tomaron las agencias en cada caso. La divergencia en el caso Walmart-Cornershop se deduce del enfoque aplicado por cada agencia.²⁵ Mientras que la FNE mantuvo un análisis tradicional (más allá de que consideró la teoría del daño de uso de datos de terceros y la descartó), la COFECE aplicó categorías de la economía digital.²⁶ En el caso de Uber-Cornershop la FNE desplegó el análisis de diversas teorías de daño de la economía digital, el caso pasó a fase 2 y sentó precedente. Por su parte, COFECE analizó el mercado con un enfoque que dio mayor peso al dinamismo y a su carácter desafiante.

3.4. Hechos estilizados que surgen del análisis de los casos

Los jugadores digitales actúan como oferentes disruptivos respecto de los jugadores tradicionales. En diversos mercados se observa que son los desarrollos digitales los que ejercen presión competitiva sobre el mercado, y los que proveen productos novedosos y alternativas

25 Véase Mariscal & Elbittar (2019) para un análisis del caso Walmart-Cornershop que considera la aplicación de herramientas analíticas de la economía digital desde la perspectiva de las agencias de competencia en los países en desarrollo.

26 Al respecto, Irarrázabal (2019) considera que “... México utilizó una visión de economía digital para analizar un negocio básicamente tradicional, como el de los supermercados. Como si Walmart fuese el hermano menor de Amazon y Cornershop el futuro nieto de Google. En cambio, Chile aplicó los estándares tradicionales para una operación de concentración vertical y mostró prudencia frente al componente tecnológico”.

tecnológicas, resultando que el proceso competitivo incluye tanto a jugadores tradicionales como digitales. Entonces, en tales casos, más que mercados digitales se observan jugadores digitales irrumpiendo en mercados tradicionales y ejerciendo presión competitiva sobre oferentes establecidos. Esto es consistente con el hecho de que no son las BigTech las protagonistas de los casos de fusiones y adquisiciones en la región. Por el contrario, gran parte de las operaciones de fusiones y adquisiciones referidas remiten a integraciones entre jugadores tradicionales y jugadores digitales. Estas podrían ser resultado de estrategias por parte de jugadores tradicionales para incursionar en nuevos productos y tecnologías, ya sea como estrategias defensivas ante la irrupción de jugadores digitales o bien como estrategias agresivas de diferenciación, previendo los cambios que indefectiblemente van a suceder. Nótese que estas son las operaciones que más prohibiciones y condicionamientos exhiben, lo que muestra prevención de las agencias de que las adquisiciones digitales por parte de los operadores incumbentes no se traduzcan en refuerzos de posiciones dominantes o pérdida sustancial de competencia.

Offline y online en el mismo mercado o como presión competitiva. Entre las integraciones de jugadores digitales, como las señaladas de apps de delivery de comida y de agencias de viaje digitales, es de interés el análisis realizado respecto de la interacción entre sectores digitales y tradicionales. En los casos de agencias de viaje digitales se observan definiciones de mercado relevante que incluyen ambos tipos de jugadores (Despegar-Best Day, CVC-Almundo, CVC-Avantrip/Biblos). En aquellos casos en los que se han considerado mercados distintos, se destaca la presión competitiva que ejercen mutuamente ambos mercados (iFood-Delivery Hero, SIC).

Algunos mercados de la economía digital están aún en una fase temprana de desarrollo.

Esto podría explicarse por las características propias de la infraestructura de acceso a Internet en la región, con muchas zonas sin cobertura o con baja calidad, como también por las características propias de estos mercados, disruptivos y de aparición reciente. CADE incluyó consideraciones de este tipo en la fusión iFood-Delivery Hero. También ha sido así reconocido por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile en algunas de sus decisiones, como la de Uber-Cornershop.²⁷

Mavericks, competencia potencial, nascent y killer acquisitions. El análisis de los casos muestra algunas migraciones desde teorías de daño más tradicionales hacia versiones adaptadas a la economía digital. Por ejemplo, la operación condicionada en Brasil por adquisición de un Maverick, Itaú Unibanco-XP Investimentos, muestra un antecedente de interés para el sector financiero y de las Fintech de aplicación de teorías de este tipo en la región.²⁸ En Itaú Unibanco-XP Investimentos CADE tuvo en cuenta el carácter disruptivo de la adquirida (una plataforma abierta de productos de inversión) y la caracterizó como maverick. Asimismo, en la decisión se destacó el rol de las Fintech como presión competitiva en el sector y la necesidad de resguardar adquisiciones de jugadores disruptivos por parte de incumbentes, que podrían estar motivadas por una intención de proteger la posición de éstas en el mercado. Un elemento diferenciador en el análisis guiado por este tipo de teorías es el menor peso dado a las cuotas de mercado. Así lo explicita el caso de Brasil donde se señala que el uso del HHI se flexibiliza cuando una de las partes es una empresa maverick o presenta una estrategia disruptiva.²⁹

Incorporación de teorías nuevas de la economía digital. El análisis de las operaciones en las que participó Cornershop incluyó consideraciones de conglomerado por concentración de datos, de

27 Véase Abarca (2021) para un comentario más amplio sobre estas decisiones de la FNE y sus consideraciones sobre mercado incipiente.

28 A nivel internacional, el caso Visa-Plaid es paradigmático. fue bloqueada por el DOJ en Estados Unidos por eliminar competencia potencial, aunque había sido aprobado en Reino Unido por la CMA. Véase Greco & Vicens (2021) para detalles del caso en ambas agencias y explicación de las diferencias en las decisiones.

29 CADE. Análise de Atos de Concentração Horizontal y CADE (2021).

privacidad y de *self preferencing*. En Walmart-Cornershop COFECE consideró que Walmart podía desplazar a sus competidores por el uso de información de Cornershop, que le hubiese habilitado la posibilidad de hacer ofertas personalizadas a los clientes de sus competidores. Esta preocupación fue considerada, aunque descartada por la FNE en la misma fusión. COFECE, además, valoró que Walmart podía posicionar de manera más favorable sus productos dentro de Cornershop, para atraer a los consumidores a sus productos (*self preferencing*).³⁰ En Uber-Cornershop, la FNE descartó riesgos exclusorios por estrategias de conglomerado digital a través del empaquetamiento de productos de mercados relacionados y la concentración de datos e información de usuarios, que hubieran podido aportar una ventaja competitiva no replicable a la fusionada. Además, en línea con el caso Facebook en Alemania, la FNE analizó si era posible que los consumidores pudiesen verse obligados aceptar condiciones de políticas de privacidad menos favorables en comparación con las que actualmente se les solicitan.³¹ En esta fusión COFECE descartó los efectos de conglomerado y de un potencial ecosistema de Uber que pudiera trasladar sus efectos de red hacia el negocio de *groceries*, por ejemplo.

4. DISCUSIÓN FINAL

La economía digital es global, pero los mecanismos de impacto varían en función de las condiciones de cada país. América Latina es muy heterogénea en términos socioeconómicos y, mientras las grandes ciudades cuentan con zonas con acceso a infraestructura de banda ancha de calidad, y provisión de servicios comparables a los de los países desarrollados, la región adolece de zonas marginadas y aisladas donde Internet no es accesible. Esto puede suceder por falta de inversión, ausencia de redes o servicios de baja calidad, o porque los altos costos y sus tarifas la tornan inaccesible. En este sentido, los reguladores de la región y sus agencias de competencia se enfrentan a mercados con características diferentes de las que se observan en los mercados de países de mayores ingresos.

Esta perspectiva no debería ser soslayada al trasladar a la región la actual discusión internacional que cuestiona las herramientas del derecho de la competencia, entre ellas el control de fusiones. Si bien las teorías de daño de eliminación de competencia potencial, adquisición de competidores nacientes y *killer acquisitions* están documentadas para países desarrollados (ej. Cunningham, 2021), lo que motiva y fundamenta preocupaciones e intervenciones por parte de las agencias de esos países, su aplicación en la región merece consideraciones adicionales. Tal como sostienen Motta & Peitz (2021), en casos en los que las start-ups no pueden continuar con su proyecto y la adquirente tiene incentivos para desarrollarlo, la fusión puede ser pro-competitiva. Precisamente, estas situaciones son altamente probables en la región, caracterizada por países con escaso acceso al mercado de capitales. Además, existen otras razones de eficiencia y pro-competitivas por las cuales un gran jugador digital puede estar interesado en comprar una start-up, como la adquisición de talento o de un complemento para la plataforma que ya ha sido desarrollado eficientemente por la start-up.³² Asimismo, una aplicación extendida de estas teorías de daño podría también desalentar la innovación de start-ups que se desarrollan con el objetivo de monetizar sus creaciones a través de la venta a jugadores con mayor capacidad financiera.

Por consiguiente, a nuestro juicio, algunas conclusiones que se extraen de las discusiones que se están dando en el ámbito internacional no resultan directamente aplicables en el contexto regional. De hecho, trasladar de manera mecánica ciertos criterios podría desalentar la innovación y resultar contrario al interés de los consumidores que se busca proteger. En particular, sería un error que las propuestas de adoptar una presunción contraria a la autorización de fusiones y adquisiciones de las

30 La Resolución cita el caso Google-Shopping de la Comisión Europea en el que se sancionó a Google por mejor posicionamiento de su producto en las búsquedas de los usuarios (AT 39740).

31 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

32 Véase Evans (2018).

BigTech globales sean extrapoladas a jugadores regionales de menor tamaño que ya enfrentan la fortaleza competitiva de las BigTech o de jugadores tradicionales establecidos.

En línea con los casos analizados, en la región las intervenciones lucen más bien necesarias en la interacción entre viejos y nuevos actores. Al respecto, las agencias de competencia tienen la misión de asegurar que los nuevos actores de la economía digital que traen innovación, nuevos servicios y potencial para cubrir ciertas brechas, como el potencial de las Fintech para cerrar brechas de inclusión financiera en la región, no encuentren barreras en los incumbentes.³³ En Greco & Vicens (2020b,c) hemos presentado y analizado las acciones que están llevando a cabo las agencias de competencia de la región con investigaciones por prácticas anticompetitivas, investigaciones de mercado y acciones de abogacía de la competencia en el sector de medios de pagos y Fintech. Los casos analizados en este artículo muestran que el control preventivo de fusiones también tiene un rol que jugar en la interacción entre actores tradicionales establecidos y nuevos actores digitales.

REFERENCIAS

- Abarca, M. (2021). *Incipient Digital Markets: Insights from the Chilean case law*, *Latin America Column, Competition Policy International*. <https://www.competitionpolicyinternational.com/incipient-digital-markets-insights-from-chilean-case-law/>
- Bourreau, M. and de Streel, A. (2020). *Big Tech Acquisitions: Competition & Innovation Effects and EU Merger Control*, *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*. file:///Users/esteban/Downloads/cerre_big_tech_acquisitions_merger_control_EU_2020.pdf
- CADE (2021). *Mercados de Plataformas Digitais*, *Cadernos de Cade*. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>
- CMA (2020). *Online platforms and digital advertising, Market Study Final Report*. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.
- Crémer, J., Y.-A. de Montjoye, and H. Schweitzer (2019). *Competition policy for the digital era. Final report presented to the European Commission*.
- Evans, D. (2018). *Why do big tech companies buy start-ups?*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/why-do-big-tech-companies-buy-start-ups-evans/>
- Federico, G. (2017). *Horizontal Mergers, Innovation and the Competitive Process*, *Journal of European Competition Law & Practice* 8(10).
- Frank, J and Peitz, M. (2019). *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*, *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*. Sections 2-3. https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf
- Furman, Jason, Diane Coyle, Amelia Fletcher, Derek McAuley and Philip Marsden (2019). *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*.
- Greco, E. & Vicens, M.F. (2021). *Mercado Relevante: un concepto jurídico con fundamento económico. Desafíos y divergencias en la economía digital*. *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, Número 11.

33 Véase Vicens (2021b).

- Greco, E. & Vicens, M.F. (2020a). *Evolución de la venta atada y el empaquetamiento en la economía digital: de Google Android a los conglomerados digitales y las estrategias envolventes de las plataformas*.
- Greco, E. & Vicens, M.F. (2020b). *Fintech y BigTech: barreras a la entrada y a la innovación. Estado de situación en América Latina*, *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, N°1.
- Greco, E. & Vicens, F. (2020c). *Innovación y disrupción digital en los mercados de medios de pago: El caso de defensa de la competencia en Argentina*, En Mora, S. y P. Palazzi, compiladores, "Fintech: Aspectos Legales", Tomo III.
- Irarrázabal, Felipe (2019). *Cornershop y la economía digital*, Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. <https://centrocompetencia.com/tequilazo-para-cornershop-y-la-economia-digital/>
- Mariscal, E. & Elbittar, A. (2019). *Pride and Prejudice: Investigations & Mergers in Digital Markets from a Developing World's Viewpoint*, Competition Policy International. <https://www.competitionpolicyinternational.com/pride-and-prejudice-investigations-mergers-in-digital-markets-from-a-developing-worlds-viewpoint/>
- Motta, M. & Peitz, M. (2021). *Big Tech Mergers*, *Information Economics and Policy*, 54.
- OECD (2020b). *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note*. Retrieved from OECD Competition Committee. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf).
- OECD (2020b). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*. <http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>
- Tappatá, M. & Lotitto, E. (2021). *Maximizando los beneficios del uso de plataformas Traveltech — Monografía del BID; 923*. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Maximizando-los-beneficios-del-uso-de-plataformas-Traveltech-en-America-Latina.pdf>
- Vicens, M.F. (2021a). *Algoritmos y colusión: ¿qué hemos aprendido?. Un análisis para América Latina*, de próxima publicación, Proyecto GULA - Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés, Centro Latam Digital (CLD) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Vicens, M. F. (2021b). *Acceso a Internet e inclusión financiera: teoría y evidencia acerca del rol de la innovación tecnológica*, de próxima publicación en el libro *La Política Digital en México: Derechos, Ciudadanía y Gobierno* del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República de México.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN MERCADOS FINANCIEROS EN LA POLÍTICA ANTITRUST EN BRASIL

CONTROL OF CONCENTRATIONS IN FINANCIAL MARKETS IN THE ANTITRUST POLICY IN BRAZIL

VICENTE BAGNOLI¹

RESUMEN

El mercado financiero, en general, tiene características específicas que llaman la atención de las autoridades de competencia de todo el mundo. No es diferente en Brasil, donde la tendencia de concentración de los bancos en las últimas décadas ha dejado el CADE, la autoridad de la competencia, en constante alerta. En este sentido, desde la entrada en vigor de la Ley de Competencia en 2012, el CADE ha analizado importantes concentraciones en los mercados financieros. Además del CADE, el Banco Central de Brasil también analiza las concentraciones en el sistema financiero. El conflicto de jurisdicción entre el Banco Central y el CADE en materia de competencia generó inseguridad jurídica, pero el Memorando de Entendimiento de 2018 entre las autoridades trajo más certezas al mercado. Sin embargo, un Memorando no es legalmente vinculante para las autoridades y puede ser revisado en cualquier momento.

PALABRAS CLAVE

concentraciones | mercados financieros | competencia | Brasil | CADE

ABSTRACT

The financial market, in general, has specific characteristics that attract the attention of competition authorities around the world. It is no different in Brazil, where the trend of bank concentration in recent decades has put CADE, the competition authority, on constant alert. In this sense, since the entry into force of the Competition Law in 2012, CADE has analyzed significant concentrations in financial markets. In addition to CADE, the Central Bank of Brazil also analyzes concentrations in the financial system. The conflict of jurisdiction between the Central Bank of Brazil and CADE in competition matters generated legal uncertainty, but the 2018 Memorandum of Understanding between the authorities brought more certainties to the market. However, a Memorandum is not legally binding for the authorities and may be revised at any time.

KEYWORDS

Concentrations | financial markets | competition | Brazil | CADE

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 6 de mayo de 2021 y aprobado para su publicación el 20 de diciembre de 2021.

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** Control de concentraciones en la ley de competencia brasileña; **3.** El conflicto de jurisdicción entre CADE y BACEN; **4.** El control de las concentraciones en el mercado financiero de

¹ Profesor de Derecho en la Universidad Presbiteriana Mackenzie; investigador visitante de Pos Doc en el Instituto Max Planck de Innovación y Competencia; Director del capítulo de ASCOLA Brasil; socio fundador del bufete Vicente Bagnoli Abogados. Contacto: bagnoli@vicentebagnoli.com.br.

Brasil; **4.1.** Criterios de presentación de concentraciones del BACEN; **4.2.** Envío de concentraciones a BACEN y CADE; **5.** Breve análisis de casos de concentraciones en el mercado financiero brasileño; **5.1.** Caso Itaú Unibanco/BMG; **5.2.** Caso HSBC/Bradesco; **5.3.** Caso Itaú Unibanco/Citi; **5.4.** Caso Itaú Unibanco/XP; **6.** Conclusión; **7.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El mercado financiero, en general, tiene características específicas que llaman la atención de las autoridades de competencia de todo el mundo. No es diferente en Brasil, donde la tendencia de concentración de los bancos en las últimas décadas, las altas barreras de entrada al mercado, el bajo nivel de satisfacción del consumidor y la existencia de un entorno propicio para el comportamiento coordinado de sus *players*, ha dejado la autoridad de la competencia en constante alerta.

Entre las motivaciones económicas para las concentraciones, se pueden enumerar algunas: la búsqueda de eficiencias, con economías de escala y alcance, acceso a innovación tecnológica, costo de capital y ahorro fiscal; estrategias de consolidación y llenado del espacio de productos; mayor velocidad de crecimiento con acceso al mercado y ventajas únicas de propiedad de activos; aumentar el poder de mercado con integraciones horizontales, verticales y de conglomerado; la búsqueda de poder compensatorio, que contrarreste el poder prevaleciente de una contraparte determinada.

La empresa que promueve una concentración económica lo hace, por tanto, por las eficiencias económicas que ve en el escenario post-fusión o, simplemente, con la intención de eliminar la competencia. En cualquier caso, la concentración, especialmente entre competidores, es en sí misma una limitación a la competencia. Precisamente por ello, cobra relevancia el análisis y control de estas operaciones por parte de las autoridades de competencia, que deben verificar si los beneficios derivados de la concentración se distribuirán de manera equitativa entre sus participantes, por un lado, y los consumidores o usuarios finales, por el otro.

Los asuntos de competencia que involucran a los mercados financieros dan lugar a un polémico debate en Brasil sobre cuál es la autoridad competente para analizar y decidir temas como fusiones y adquisiciones y conductas anticompetitivas en este mercado: el Consejo Administrativo de Defensa Económica ("CADE", *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, en portugués) o el Banco Central de Brasil ("BACEN", *Banco Central do Brasil*, en portugués). La dicotomía entre la autoridad de competencia y el organismo regulador (en este caso, el regulador financiero) es extensa, ya que estas tendencias de consolidación en el mercado financiero continúan y las preguntas sobre los impactos en la competencia se vuelven inevitables. Esta discusión, sin embargo, no es el foco principal de este artículo, que pretende abordar el control de concentraciones en los mercados financieros en la política antimonopolio en Brasil, especialmente luego de la entrada en vigor de la Ley N° 12.529/2011, el 29 de mayo de 2012.

Tal como lo establece la Ley N° 12.529/2011, en su artículo 31, esta Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, así como a las asociaciones de entidades o personas, constituidas de hecho o de derecho, aunque sea temporalmente, con o sin personalidad jurídica, incluso si desarrollan su actividad en régimen de monopolio legal. En otras palabras, de acuerdo con esta disposición legal, las instituciones financieras y las concentraciones en mercados financieros también están dentro del alcance de la ley de competencia brasileña.

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA LEY DE COMPETENCIA BRASILEÑA

El 29 de mayo de 2012 entró en vigor la Ley N° 12.529, del 30 de noviembre de 2011², que estructuró el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia - SBDC y prevé la prevención y represión de las

2 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

infracciones contra el orden económico, guiado por normas constitucionales, dicta la libertad de iniciativa, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y la represión del abuso del poder económico.

La Ley de Defensa de la Competencia contiene nueve títulos estructurados de la siguiente manera: Título I - Disposiciones Generales; Título II - El Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia; Título III - Ministerio Público Federal ante CADE; Título IV - Activos, Ingresos y Gestión Administrativa, Presupuestaria y Financiera; Título V - Infracciones al Orden Económico; Título VI - De los Diferentes Tipos de Procesos Administrativos; Título VII - Control de concentración; Título VIII - Ejecución judicial de decisiones del CADE; y Título IX - Disposiciones finales y transitorias.

Con la promulgación de la Ley, se institucionalizó definitivamente el SBDC, integrado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica - CADE y la Dirección de Competencia y Defensa de la Competitividad del Ministerio de Economía – SEAE (*Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia*, en portugués).

El CADE es la autoridad administrativa, con jurisdicción en todo el territorio nacional, vinculada al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, integrada por los siguientes órganos: (i) Tribunal Administrativo de Defensa Económica; (ii) Superintendencia General; y (iii) Departamento de Estudios Económicos. La SEAE tiene la responsabilidad de promover la competencia, en el sentido de divulgar los principios constitucionales relacionados con el orden económico, así como la propia Ley de Competencia, fomentando su observancia en los órganos de gobierno y ante la sociedad.

El párrafo único del art. 1 de la Ley dice que: “la comunidad es dueña de los bienes legales protegidos por esta ley”. Significa que la Ley de Defensa de la Competencia defiende la competencia, es decir, el mercado, en consecuencia, el bienestar económico del consumidor. Se defiende la competencia, la sociedad y la colectividad. Además, es evidente que la defensa de la competencia no es un asunto privado en el que se defienda el interés privado del competidor.

El art. 2 trata de la extraterritorialidad de la Ley de Defensa de la Competencia, por la cual se aplica la Ley “sin perjuicio de las convenciones y tratados de los que Brasil sea signatario, de las prácticas cometidas total o parcialmente en el territorio nacional o que produzcan o puedan producir efectos allí”. Es decir, aunque la concentración empresarial se realice fuera del territorio nacional, pero pueda producir efectos allí, el CADE es competente para analizar la operación e incluso vetarla respecto a Brasil.

En cuanto a las infracciones al orden económico, la Ley N° 12.529/2011 se aplica a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, así como a las asociaciones de entidades o personas, constituidas de hecho o de derecho, aunque sea de forma temporal, con o sin personalidad jurídica, incluso si desarrollan su actividad en régimen de monopolio legal. Con eso, el art. 31 de la Ley no hace distinciones, siendo todos sujetos de derechos y deberes. Así, las infracciones al orden económico son las conductas adoptadas por los agentes económicos que son contrarias a las relaciones de libre competencia y capaces de alterar el equilibrio en un mercado determinado. De acuerdo con el art. 36 de la Ley, constituyen una vulneración del orden económico, con independencia de su culpa, los actos en cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no se logren: (i) limitar, falsear o de cualquier forma perjudique la libre competencia o la libre iniciativa; (ii) dominar el mercado relevante de bienes o servicios; (iii) aumentar arbitrariamente las ganancias; y (iv) el ejercicio abusivo de una posición dominante.

La Ley N° 12.529/2011 trata sobre la prevención de abusos de poder económico, mediante el control de concentraciones, en su Título VII. El legislador denominó estos abusos del poder económico “actos

de concentración". Por lo tanto, solo las transacciones legales que dan lugar a una concentración económica están sujetas a análisis por parte de la autoridad de competencia.

El concepto de "acto de concentración", sin embargo, es legalmente anormal, como señalan Franceschini y Bagnoli (2016, p. 768). En otras palabras, requiere recurrir a la ciencia económica, más precisamente a la organización industrial, para establecer sus contornos e integración. En el aspecto legal, la hermenéutica de un acto de concentración debe ser restrictiva, ya que resulta en la intervención del Estado en el dominio de la libre empresa, principio que le es superior.

Por tanto, Franceschini y Bagnoli (2016) destacan que

cualquier acto de concentración, sin importar su perfil, siempre tendrá que ser presuntamente legal y legítimo, aunque sea *iuris tantum*, ya que se traduce en una manifestación de libre iniciativa, y no al revés. La prohibición excepcional del acto, por intervención minimalista del Estado (ya que así lo exige el art. 174 del CF / 1988), cuando resulta claramente, aunque potencial, pero concretamente, en un resultado neto negativo para el bienestar social, es lo que debería ser la excepción dada la clara primacía constitucional otorgada a la libre iniciativa. (p. 765)³

La Ley de Competencia no define qué es un acto de concentración, solo presenta situaciones en las que ocurren tales actos.

En el aspecto preventivo de la Ley, por tanto, específicamente en su art. 90, es decir, el análisis de Actos de Concentración, se considera la realización de un acto de concentración cuando: (i) se fusionan dos o más empresas previamente independientes; (ii) una o más sociedades adquieran, directa o indirectamente, mediante compra o canje de acciones, cuotas, bonos o valores convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otro medio o forma, el control o partes de una u otras empresas; (iii) una o más empresas adquieren otra empresa o empresas; o (iv) dos o más empresas celebran un contrato asociativo, consorcio o *joint venture*. Cabe señalar que no se considerarán acto de concentración cuando dos o más empresas celebren un contrato asociativo, consorcio o *joint venture*, destinado a licitaciones promovidas por la administración pública directa e indirecta y a los contratos que de ella se deriven.

También con respecto a los contratos asociativos, la Resolución CADE N° 17 de 2016 establece que los contratos con una duración igual o superior a 2 años que establezcan una empresa común para la exploración de la actividad económica son asociativos, siempre que, de manera acumulativa: (i) el contrato establece la distribución de riesgos y resultados de la actividad económica que constituye su objeto, y (ii) las partes contratantes son competidores en el mercado relevante objeto del contrato.

Deben ser sometidos a análisis del CADE, de conformidad con el art. 88, I y II, de la Ley y Ordenanza MJ/MF 994/2012, operaciones en las que al menos uno de los grupos involucrados en la operación haya registrado, en el último balance, ingresos brutos anuales o volumen de negocio total en el país, en el año anterior a la operación, equivalente o superior a R\$⁴ 750 millones y al menos otro grupo involucrado en la operación ha registrado, en el último balance, ventas brutas anuales o volumen de negocio total en el país, en el año anterior a la operación, equivalente o superior a R\$ 75 millones. Por tanto, el criterio de facturación no se limita al interviniente en la operación, sino al grupo económico al que se vincula y que alcanza los ingresos que estipula la ley en el territorio nacional.

3 Traducción libre.

4 R\$ = reales brasileños; US \$ 1,00 = R \$ 5,37, valor de conversión del tipo de cambio el 23 de agosto de 2021.

Según la Guía para el envío de datos al Departamento de Estudios Económicos del CADE - DEE / CADE (2019a),

las ventas brutas son el valor total de las ventas y los servicios prestados, incluidos los impuestos sobre las ventas como, por ejemplo, el ICMS⁵. Es similar a los ingresos brutos, sin embargo, se incluyen las ganancias obtenidas por inversiones financieras o venta de activos. (p. 16)⁶

En cuanto al volumen de negocio, la Ley no determinó cuál es. En este sentido, el volumen de negocio se interpreta como situaciones en las que, de forma acumulativa o alternativa: (i) pretenden fortalecer el *core business* de la compañía, aumentando su importancia económica o capacidad económica; (ii) implican una ventaja competitiva para la empresa que cuenta con un determinado recurso económico; y/o (iii) se reflejan directamente en las actividades de las empresas que forman parte del grupo, de manera que afecte la oferta de productos y servicios de las respectivas empresas. El volumen de negocio no se puede confundir con las ventas brutas y deben ser otros ingresos que no se contabilicen como ventas brutas.

Con respecto a los criterios objetivos de facturación, la Resolución CADE N° 2 de 2012, modificada por la Resolución CADE N° 9 de 2014, considera como partes de la transacción a las entidades directamente involucradas en el negocio legal y a los respectivos grupos económicos que, por efectos del cálculo de la facturación contenida en el art. 88 de la Ley de Competencia, son acumulativamente: (i) empresas que se encuentran bajo control común, interno o externo; y (ii) sociedades en las que alguna de las sociedades posea, directa o indirectamente, al menos el 20% del capital social o capital con derecho a voto. En el caso de los fondos de inversión, se consideran miembros de un mismo grupo económico a los efectos del cálculo de los ingresos a que se refiere el artículo citado, de forma acumulativa: (i) el grupo económico de cada accionista que directa o indirectamente ostenta una participación igual o superior al 50% de las acciones del fondo involucrado en la transacción vía participación individual o mediante cualquier tipo de acuerdo de accionistas; y (ii) sociedades controladas por el fondo involucrado en la transacción y sociedades en las que dicho fondo posea directa o indirectamente una participación igual o superior al 20% del capital social o capital con derecho a voto.

Es importante señalar que la presentación de Actos de Concentración es “previa” y antes de la decisión del CADE, la transacción no puede ser consumada, bajo pena de nulidad, multa que va de R\$ 60 mil a R\$ 60 millones y apertura del proceso administrativo.

El Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado mediante Resolución No. 22, de 19 de junio de 2019, de conformidad con el art. 106, §§ 1 y 2, también dispuso que la solicitud de aprobación de actos de concentración económica será previa y: (i) las notificaciones de los actos de concentración deberán radicarse, preferentemente, después de la firma del instrumento formal que obligue a las partes y antes de la consumación de cualquier acto relacionado con la transacción; así como (ii) las partes mantendrán las estructuras físicas y las condiciones competitivas sin cambios hasta la evaluación y decisión final del CADE, incluyendo cualquier transferencia de activos y cualquier tipo de influencia de una parte sobre la otra, así como el intercambio de información competitiva sensible que no sea estrictamente necesaria para la ejecución del instrumento formal que vincula a las partes.

Tales actos, por lo tanto, no pueden ser consumados antes de ser considerados por el CADE, lo que caracterizaría una infracción de competencia conocida internacionalmente como “*gun jumping*”.

5 ICMS significa Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Prestación de Servicios de Comunicaciones y Transporte Interestatal e Intermunicipal. Este es un impuesto que se aplica cuando un producto o servicio sujeto a impuestos se mueve entre ciudades, estados o de entidades legales a personas físicas.

6 Traducción libre

El CADE (2015) también trajo con su Guía para el Análisis del Consumo Previo de Actos de Concentración Económica pautas para evitar la ocurrencia de “gun jumping”. Con base en la información contenida en la Guía, se debe evitar que se transmita información sensible a la competencia entre las partes involucradas en la transacción, con el fin de dañar la competencia entre las empresas si la fusión no es aprobada por el CADE o si las empresas han renunciado a realizar la operación.

El plazo para que el CADE tome su decisión, considerando apelaciones, es de 330 días como máximo, pero la mayoría de los Actos de Concentración son analizadas por el procedimiento sumario, siendo aprobadas dentro de los 30 días. En este sentido, la Resolución CADE N° 16 de 2016 modifica el art. 7 de la Resolución CADE N° 2/2012 y establece un plazo de 30 días para el análisis, por parte de la Superintendencia General, de los actos de concentración en el procedimiento sumario.

Además, el CADE podrá, en el plazo de un año desde su finalización, solicitar la presentación de una operación que no cumpla al cumplimiento de los umbrales de facturación de los grupos económicos involucrados en el acto de concentración conforme a lo previsto en la Ley.

Una vez cumplidos los requisitos legales para la presentación de una transacción (acto de concentración) al CADE, ésta: (i) podrá ser aprobada totalmente, es decir, sin condiciones; (ii) ser aprobados con restricciones, cuando se establezcan “remedios” estructurales o de comportamiento para mitigar efectos nocivos en el mercado; o (iii) vetado, situaciones en las que CADE concluye que la transacción no puede ser aprobada por el daño que puede causar al mercado. También existen situaciones en las que el CADE no reconoce el acto de concentración, por entender que no es de obligado análisis en los términos de la Ley. También existen situaciones en las que las empresas renuncian al acto de concentración y el CADE da por terminado el análisis por pérdida de objeto.

En el caso de aprobaciones con restricciones, las operaciones se aprueban con la imposición de condiciones, los llamados remedios conductuales, que establecen condiciones para el desempeño de la empresa concentradas en el mercado de post-aprobación de la operación, tales como la obligación de suministrar insumos a competidores, y remedios estructurales, que establecen medidas en la estructura empresarial concentrada, como la venta de activos. Dichas medidas son establecidas y aprobadas por el CADE junto con las empresas solicitantes del acto de concentración y se formalizan a través del ACC - Acuerdo de Control de Concentración, según lo dispuesto en el art. 124 del Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado mediante Resolución N° 22, de 19 de junio de 2019.

Como se indica en la Guía de remedios del CADE (2019b),

el diseño del recurso debe estar guiado por el objetivo de corregir cualquier efecto adverso sobre la competencia de un AC [acto de concentración]. Así, el diseño de las reparaciones depende de las particularidades del caso específico y de los hechos involucrados en la transacción y debe partir del daño potencial a la competencia identificado en la valoración de la transacción. (p. 9) (soporte insertado)

La solicitud de aprobación de actos de concentración económica de conformidad con el art. 53 deben ser dirigidos al CADE e instruidos con la información y documentos indispensables para el inicio del trámite administrativo, definido en la Resolución CADE N° 2, de 2012, además del comprobante de pago de la respectiva tasa por el monto de R\$ 85.000 (art. 23 de la Ley N° 12.529/2011, modificada por la Ley N° 13.196, de 1 de diciembre de 2015). De acuerdo con el art. 109, §1, del Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado por Resolución N° 22, de 19 de junio de 2019, la solicitud se presentará, cuando sea posible, conjuntamente: (i) en la adquisición del control o participación accionaria, por el adquirente y la empresa objeto; (ii) en fusiones, por las empresas que se fusionan; y (iii) en los demás casos, por las partes contratantes.

Si se comprueba que la petición no reúne los requisitos exigidos por la ley o presenta vicios e irregularidades susceptibles de entorpecer el juicio de fondo, la Superintendencia General determinará, conforme a lo dispuesto en el §1 del art. 53 de la Ley N° 12.529/2011, que los solicitantes subsanen. Los solicitantes tendrán una sola oportunidad para realizar las correcciones y de no ser aceptados por la Superintendencia General del CADE, se cerrará el proceso y se deberá reenviar el acto de concentración, incluyendo el pago de una nueva tarifa por el análisis.

Determina el §2 del art. 53 de la citada Ley que luego del protocolo de presentación del acto de concentración, o su reforma, la Superintendencia General publicará un aviso, indicando el nombre de los solicitantes, la naturaleza de la operación y los sectores económicos involucrados.

Luego de tomar las medidas indicadas, la Superintendencia General, de conformidad con el art. 54 de la Ley N° 12.529/2011: (i) conocerá directamente sobre la solicitud, emitiendo una resolución concluyendo el proceso, cuando éste no requiera más trámites o en los casos de menor potencial ofensivo a la competencia, según se define en la Resolución N° 2, de 2012, del CADE (Resumen de procedimientos); o (ii) determinará la finalización de la instrucción complementaria, especificando los pasos a seguir.

Cumplida la instrucción complementaria, la Superintendencia General informará sobre su cumplimiento satisfactorio, recibéndola como adecuada para el examen de méritos o determinando que se rehaga por estar incompleta. Mediante resolución motivada, la Superintendencia General podrá declarar que la operación es compleja y determinar la ejecución de una nueva instrucción complementaria, especificando las gestiones a seguir, y así solicitar al Tribunal la prórroga del plazo para decidir.

Una vez completadas las instrucciones complementarias, de conformidad con el art. 57 de la Ley de Defensa de la Competencia, la Superintendencia General: "(i) dictará resolución aprobando el acto sin restricciones; o (ii) impugnará ante el Tribunal, si entiende que el acto debe ser rechazado, aprobado con restricciones o que no existen elementos concluyentes sobre sus efectos en el mercado".

Una vez que el acto de concentración sea aprobado o no conocido por la Superintendencia General, la operación solo podrá ser consumada una vez vencido el plazo de apelación o revocatoria. Dentro de los 15 días siguientes a la publicación de la decisión de la Superintendencia General que apruebe o no reconozca el acto de concentración, el curso en albis será certificado por el CADE en los registros, de conformidad con el art. 132, §3, del Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado mediante Resolución N° 22, de 19 de junio de 2019.

En caso de que el acto sea impugnado ante el Tribunal, el párrafo único del art. 57, de la Ley N° 12.529/2011, donde se debe demostrar, en detalle, el potencial perjuicio del acto a la competencia y las razones por las que no debe ser aprobado o rechazado en su totalidad.

El demandante podrá ofrecer ante el Tribunal, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la impugnación de la Superintendencia General, mediante petición escrita dirigida al Presidente del Tribunal, una declaración en la que exponga las razones de hecho y de derecho con las que se opone a la impugnación del acto de concentración de la Superintendencia General y reuniendo todas las pruebas, estudios y dictámenes que corroboren su solicitud, conforme a lo dispuesto en el art. 58. Dentro de las 48 horas siguientes a la resolución de la Superintendencia General, el proceso será distribuido, por sorteo, a un Comisario Ponente.

Después de la declaración del solicitante, el art. 59 que el Comisario Ponente:

(i) resolverá determinando la inclusión del caso en el orden del día de la sentencia, si lo estima suficientemente instruido; o (ii) determinará la realización de una instrucción complementaria, pudiendo, a su discreción, solicitar a la Superintendencia General que la lleve a cabo, declarando los puntos controvertidos y especificando los pasos a seguir.

De conformidad con el §1 del art. 59, “el Comisario Ponente podrá autorizar, en su caso, de forma preliminar, la realización del acto de concentración económica, imponiendo condiciones encaminadas a preservar la reversibilidad de la operación, cuando así recomiende las condiciones del caso concreto”. Es un acuerdo para preservar la operación y permitir su reversibilidad si no se aprueba. Tal situación se puede adoptar, por ejemplo, en los casos de adquisiciones de empresas en “quiebra”, cuyo plazo procesal del caso podría comprometer la propia empresa.

Una vez completada la instrucción, el Comisario informante determinará de conformidad con el art. 60 la inclusión del proceso en el orden del día para la sentencia de la solicitud de aprobación de la ley de concentración económica y, de conformidad con el art. 61, el Tribunal podrá aprobarlo íntegramente, rechazarlo o aprobarlo parcialmente, en cuyo caso determinará las restricciones que deberán observarse como condición para la validez y efectividad del acto, a fin de mitigar los efectos lesivos del acto de concentración en los mercados afectados relevantes.

Tales restricciones, como se establece en el §2 del art. 61, incluyen:

(i) la venta de activos o un conjunto de activos que constituyen una actividad comercial; (ii) la escisión de la empresa; (iii) la venta del control corporativo; (iv) la separación contable o legal de actividades; (v) licencia obligatoria de derechos de propiedad intelectual; y (vi) cualquier otro acto o medida necesaria para la eliminación de efectos nocivos al orden económico.

Cabe señalar que, a la luz del §3 del art. 61, “cuando el caso es juzgado sobre el fondo, el acto no puede ser presentado otra vez ni revisado en el ámbito del Poder Ejecutivo”, confirmando que solo el Poder Judicial puede revisar las decisiones del CADE. Aún más. Si bien no existe disposición legal en cuanto a la revisión de fondo y forma, se sabe que el Poder Judicial tiende a valorar únicamente los aspectos formales, como el respeto al debido proceso, entendiendo que la decisión sobre el fondo la tomó un órgano colegiado específico para análisis técnico del asunto.

Además, aunque legalmente posible, no es económicamente eficiente apelar contra la decisión del CADE que vetó una operación, sobre todo por la duración del proceso judicial incluido en todas sus instancias.

En caso de que exista una denegación injustificada, omisión, engaño, falsedad o demora, por parte de los solicitantes, de información o documentos cuya presentación determine el CADE, la solicitud de aprobación del acto de concentración podrá ser rechazada por falta de pruebas, en cuyo caso el solicitante solo podrá realizar el acto previa presentación de una nueva solicitud.

Dentro de los 15 días siguientes a la publicación de la decisión de la Superintendencia General que aprueba el acto de concentración, dice el art. 65 que:

(i) la decisión podrá ser apelada ante el Tribunal, la cual podrá ser interpuesta por terceros interesados o, en el caso de un mercado regulado, por el respectivo organismo regulador; y (ii) el Tribunal podrá, previa provocación de uno de sus Comisarios y en decisión motivada, invocar el proceso de sentencia, impidiéndose al Comisario que remitió la provocación.

En este sentido, el art. 131 del Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado mediante Resolución No. 22, de 19 de junio de 2019. La interposición del recurso de apelación suspende la ejecución del acto de concentración económica hasta la decisión final del Tribunal.

Dentro de los cinco días hábiles posteriores a la recepción de la apelación, el Comisario Reportero:

- (i) conocerá la apelación y determinará su inclusión en la agenda del fallo; (ii) conocerá del recurso de apelación y determinará la realización de una instrucción complementaria, pudiendo, a su discreción, solicitar a la Superintendencia General que la lleve a cabo, declarando los puntos controvertidos y especificando las gestiones a seguir; o (iii) no conocerá el recurso, determinando su presentación.

Por otra parte, los solicitantes de la operación podrán expresar su opinión sobre el recurso interpuesto, dentro de los cinco días hábiles siguientes a tener conocimiento del recurso en el Tribunal o desde la fecha de recepción del informe con la conclusión de la instrucción complementaria elaborada por la Superintendencia General.

La interposición del recurso o la decisión de invocarlo suspende la ejecución del acto de concentración económica hasta la decisión final del Tribunal.

Una vez más, cabe señalar que uno de los grandes avances de la Ley fue la presentación previa de operaciones, las cuales deben ser juzgadas en un plazo máximo de 240 días, y si se cumplen las prórrogas previstas en la Ley, se calcula en 330 días, pero el CADE tiende a juzgar los actos analizados por el rito sumario dentro de los 30 días previstos en la Resolución No 16/2016, que modificó el art. 7 de la Resolución N° 2/2012, y en línea con los plazos de las mejores autoridades de competencia del mundo. También según el art. 63 “los términos previstos en este Capítulo no se suspenden o interrumpen por ningún motivo, salvo lo dispuesto en el §5 del art. 6 de esta Ley, en su caso”. Es decir, en caso de renuncia, fallecimiento o pérdida del mandato de un Comisario, o en caso de cese del mandato de los Comisarios y la composición del Tribunal se reduzca a un número inferior al establecido en Ley.

Por un lado, la Ley transfirió a los participantes de la transacción el requisito de presentar la información lo más detallada posible, a fin de atender las necesidades del *filing* en el CADE y hacer que las operaciones sean analizadas y juzgadas. Este hecho, cabe señalar, es sumamente positivo para la maduración del campo del derecho de la competencia. Por otro lado, lo que le espera los participantes de la transacción es un CADE eficiente para analizar las operaciones y tomar las decisiones, según lo determinado por Constitución Federal de 1988 en su art. 37, obedeciendo al principio de eficiencia.

Por último, cabe señalar que, a pesar del veto del art. 92 de la Ley N° 12.529/2011, que dispuso el Acuerdo de Control de Concentraciones, de conformidad con el art. 124 del Reglamento Interno del CADE - RICADE, aprobado por Resolución No. 22 de 19 de junio de 2019, la autoridad de competencia podrá recibir propuestas de Acuerdo de Control de Concentraciones (ACC) desde el momento de la notificación hasta treinta (30) días después de la impugnación por la Superintendencia General, sin perjuicio del análisis de fondo de la operación y será sometida a la aprobación del Tribunal. Se trata de una negociación entre los solicitantes y el CADE para la aprobación de un acto de concentración con restricciones (remedios estructurales y/o conductuales).

3. EL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN ENTRE CADE Y BACEN

La discusión sobre la competencia entre el Banco Central (BACEN) y el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) para analizar casos del sistema financiero se inició en 2001, cuando la Procuraduría General de la República emitió un Dictamen (Dictamen AGU/LA-01/2001) reconociendo la competencia exclusiva del Banco Central para analizar y aprobar actos de concentración de instituciones que forman parte del sistema financiero nacional, así como para regular las condiciones de competencia entre instituciones financieras.

Se establece el conflicto de jurisdicción, ya que según lo previsto en el art. 192 de la Constitución Federal de 1988, el Sistema Financiero Nacional debe regirse por leyes complementarias. Sin embargo, estas leyes no fueron promulgadas y el funcionamiento del Sistema Financiero Nacional permanece regulado y estructurado por la Ley (Ordinaria) N° 4.595/1964, que establece la Política e Instituciones Monetarias, Bancarias y Crediticias, crea el Consejo Monetario Nacional, en además de otras medidas. Se entiende que esta ley fue aceptada por la Constitución Federal de 1988 como ley complementaria, a pesar de su elaboración en un momento histórico diferente a la Constitución Federal de 1988. La Ley de Competencia, inicialmente Ley N° 8884/1994, y actualmente Ley N° 12.529/2011, son posteriores a la Constitución Federal de 1988.

El asunto está siendo analizado por el Tribunal Supremo Federal (STF), luego de una decisión del Tribunal Superior de Justicia (STJ) que no definió el conflicto de competencia existente entre BACEN y CADE.

También en diciembre de 2008, CADE y BACEN firmaron un memorando de entendimiento reconociendo la competencia de la agencia antimonopolio para asegurar la competencia también en el sector bancario. Tanto CADE como BACEN concluyeron que cada uno tiene su papel específico en estos procedimientos.

Se destaca la complementariedad de la acción conjunta entre BACEN y CADE, a partir del análisis de dos actos de concentración en el Sistema Financiero.

En el caso de Itaú-Unibanco, Acto de Concentración n° 08012.011303/2008-96, el análisis realizado por el CADE, a su vez, en materia de competencia, concluyó que no hubo efectos negativos en el mercado y aprobó la operación sin restricción. En cuanto a la concentración del sistema financiero nacional, el Banco Central de Brasil concluyó en 2009 que la operación no perjudica la competencia en el sector, incluso si aumenta el poder de mercado del nuevo conglomerado. Sin embargo, para la aprobación de la ley de concentración, Itaú y Unibanco se comprometieron a seguir las reglas establecidas por el Banco Central de Brasil para evitar daños a los consumidores. En los servicios prioritarios ofrecidos, el conglomerado debió adoptar la tarifa más baja cobrada por una de las dos instituciones, el 2 de enero de 2009.

En el caso de Banco do Brasil y Nossa Caixa, Acto de Concentración n° 08012.011736/2008-41. En el aspecto competitivo, el CADE verificó posibles efectos negativos en el mercado y, en consecuencia, aprobó la operación con restricción, mediante la ejecución de un Plazo de Compromiso de Desempeño, por el cual Banco do Brasil se compromete a proveer un servicio de *call center* para informar a los clientes sobre la posibilidad de cambiar de banco si no quieren mantener sus cuentas en el Banco do Brasil (portabilidad bancaria). En términos de concentración en el sistema financiero nacional, el Banco Central de Brasil concluyó en 2009 que la operación no perjudica la competencia. Sin embargo, en vista de las ganancias de eficiencia generadas por la operación, el Banco Central de Brasil vinculó la aprobación de la operación al cumplimiento por parte del Banco do Brasil de los compromisos de desempeño con miras a compartir estas ganancias con la sociedad: (i) alineación, por clientes de Nossa Caixa, de las tarifas vigentes en el Banco do Brasil, referidas a los servicios prioritarios, manteniéndose los que eventualmente ya presentan precios más bajos; (ii) en los cinco años siguientes a la aprobación, el mantenimiento de las tarifas de los servicios prioritarios, en un nivel no superior a la tarifa promedio cobrada, por los mismos servicios, por los cinco mayores bancos brasileños; (iii) exención, para los clientes de Nossa Caixa, de la tarifa por el uso del terminal compartido, cuando se comparten cajeros automáticos entre las dos instituciones.

Sin embargo, lo que se observó en 2009, según los actos de concentración mencionadas anteriormente, fue un movimiento en otra dirección por parte del BACEN, reivindicando competencia en materia antimonopolista. Luego de los hechos de la crisis financiera 2008/2009, BACEN adoptó

otra posición internamente, y bajo la justificación de la salud del mercado frente al riesgo sistémico, retomó el entendimiento de su competencia exclusiva.

Tanto es así que el Consejo Colegiado del Banco Central de Brasil, en sesión celebrada el 24 de abril de 2012, con base en el art. 18, §2, de la Ley N° 4.595/1964, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 10, X, 'c' e 'g', de la citada Ley, decidió publicar la Circular N° 3.590, de 26/04/2012, y posterior Circular N° 3.800, de 29/06/2016, determinando que serán analizadas desde el punto de vista de sus efectos sobre la competencia, sin perjuicio del examen relativo a la estabilidad del sistema financiero, las transacciones que involucren a dos o más instituciones financieras u otras instituciones autorizadas para operar por el Banco Central de Brasil.

Asimismo, mediante Comunicado No. 22.366, de 27 de abril de 2012, el BACEN dio a conocer la Guía para el Análisis de Actos de Concentración que involucran a instituciones financieras y otras instituciones autorizadas para operar por el Banco Central de Brasil.

Además de tomar posición y establecer criterios para el análisis de fusiones, BACEN señala que publicará una Circular sobre conductas anticompetitivas en el sistema financiero del sistema nacional.

La incertidumbre siguió generando inseguridad jurídica en la sociedad.

Algunos Proyectos de Ley Complementarios abordan el tema, tal como se expresa en el N° 344/2002 (en trámite en la Cámara de Diputados) y el No. 265/2007 (ya aprobado por el Senado y pendiente de juicio en la Cámara). Sin embargo, en la actualidad, el Proyecto de Ley del Senado N° 350/2015 es el que más destaca para la resolución del conflicto. Dicho Proyecto de Ley modifica la Ley N° 4.595, del 31 de diciembre de 1964, y la Ley N° 12.529, del 30 de noviembre de 2011, para definir como competencia del CADE para defender la competencia en el Sistema Financiero Nacional, permitiendo que el BACEN intervenga para decidir sobre casos que conlleven algún riesgo sistémico para el Sistema Financiero Nacional.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley N° 12.529/2011, la competencia del CADE ha sido reconocida incluso por los agentes regulados del Sistema Financiero Nacional, ya sea en procesos de conducta anticompetitiva⁷ o en actos de concentración.

7 En el Proceso Administrativo No. 08700.003070/2010-14, el Banco do Brasil suscribió un Término de Cese de Conducta con el CADE para cerrar el proceso en el que fue acusado por FESEMPRE de abuso de posición dominante en la contratación exclusiva de préstamos deducibles de nómina. También en lo que respecta a la contratación de préstamos deducibles de nómina y como consecuencia del caso iniciado por FESEMPRE, los Procesos n°s 08700.005781/2015-38, 08700.005761/2015-67, 08700.005759/2015-98 y 08700.005755/2015-18 contra Itaú Unibanco, Caixa, Santander, Bradesco, Banrisul y BRB.

Otros dos casos de cártel bajo investigación en el Sistema Financiero, uno relacionado con tarifas *off shore* (NDF), Proceso Administrativo No. 08700.004633/2015-04, contra Standard Investment Bank, Tokyo-Mitsubishi UFJ Bank, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, HSBC, JP Morgan Chase, Merrill Lynch, Morgan Stanley, Nomura, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered y UBS, y otro referente a las tarifas *on shore* (PTAX), Proceso Administrativo n° 08700.008182 / 2016-57, contra Banco BBM, Banco BNP Paribas Brasil, Banco BTG Pactual, Banco Citibank, HSBC Brasil, Banco Múltiplo, Banco ABN AMRO Real, Banco Fibra, Banco Itaú BBA, Banco Santander y Banco Société Générale Brasil.

En el caso de tarjetas de pago, el 16 de marzo de 2016 se iniciaron tres Consultas Administrativas: Consulta Administrativa N° 08700.000018/2015-11 contra Elo Serviços SA; Empresa Brasileira de Soluciones y Servicios - Alelo; Amex; Hipercard Banco Múltiplo SA; Ticket do Brasil, BB, Banco Bradesco S.A.; e Itaú Unibanco S.A. para evaluar la exclusividad de estos acuerdos con las adquirentes REDECARD S.A. y Cielo S.A., y la negativa a contratar con las demás adquirentes del mercado; Consulta Administrativa No. 08700.001860/2016-51 contra Bradesco, BB e Itaú-Unibanco, a fin de evaluar la negativa de estos bancos a leer la agenda de cuentas por cobrar de los adquirentes competidores de sus subsidiarias Cielo y Rede, respectivamente; y Consulta Administrativa No. 08700.001861/2016-03, contra Cielo S.A. y REDECARD S.A., para evaluar la conducta de discriminación en relación a otros adquirentes, respecto de

En 2018, CADE y BACEN llegaron a un entendimiento, aportando seguridad jurídica al sistema financiero nacional.

El 28/02/2018, CADE y BACEN firmaron el Memorando de Entendimiento para armonizar y brindar mayor previsibilidad al manejo, por parte de las dos autarquías, de los reclamos de concentración que involucran a instituciones financieras, además de alinear acciones para incentivar la competencia en los segmentos supervisados.

Finalmente, el 05/12/2018, CADE y BACEN aprobaron el Acto Normativo Conjunto No. 1, que establece procedimientos para armonizar y hacer más eficientes las respectivas acciones en concentraciones y en la defensa de la competencia en el ámbito del Sistema Financiero Nacional (SFN).

4. EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EN EL MERCADO FINANCIERO DE BRASIL

Una operación, que involucre notablemente a una institución financiera, puede tener consecuencias en el ámbito regulatorio, donde el análisis será responsabilidad del regulador sectorial, en este caso el BACEN. Dicha operación también puede estar sujeta a la Ley de Competencia, en cuyo caso es necesario el análisis por parte del CADE, la autoridad de competencia. La misma operación, dependiendo de su análisis a la luz de la legislación competente, podrá requerir su presentación y análisis tanto por el BACEN como por el CADE. Por último, pero no menos importante, cabe mencionar que una operación, aunque no necesariamente esté sujeta a análisis y aprobación por parte del BACEN, puede ser analizada por el CADE.

Así, ante concentraciones en el mercado financiero brasileño, se debe analizar si la transacción cumple con los requisitos para: (i) ser sometida a análisis por el BACEN; (ii) ser sometidos a revisión por el CADE; y (iii) ser sometidos a análisis tanto por el BACEN como por el CADE.

Cabe destacar que, en 2018, BACEN y CADE llegaron a un entendimiento, trayendo seguridad jurídica al sistema financiero nacional, a fin de evitar el conflicto de competencia entre los organismos. Esto se llevó a cabo mediante la firma de un Memorando de Entendimiento para armonizar y brindar mayor previsibilidad al manejo, por parte de las dos autoridades, de los reclamos de concentración que involucran a instituciones financieras, además de alinear acciones para incentivar la competencia en los segmentos supervisados.

El Memorando establece que ambas autoridades actuarán con un mayor intercambio de información, incluso mediante la discusión de parámetros técnicos con miras a asegurar una mayor armonización y coherencia de los procedimientos y la publicación de normas de interés común.

CADE y BACEN continuarán comentando sobre fusiones, requiriendo su consentimiento para su aprobación. En los raros casos de actos de concentración que impliquen riesgos para la solidez y estabilidad del Sistema Financiero Nacional (SFN), el BACEN informará el caso al CADE, para que ambas autoridades aprueben el acto. En otros casos, la ley de concentración solo se aprobará si ambas autoridades están de acuerdo⁸.

la inserción de claves de cifrado en equipos Pinpad. Estas conductas, sujetas a la clasificación en el artículo 36, párrafo 3, incisos III, IV, V, X y XI de la Ley N° 12.529 / 11.

8 Con respecto a las conductas anticompetitivas que involucran a instituciones financieras, la competencia de análisis recae en el CADE, que utilizará la información proporcionada por el BACEN a través del intercambio de información, con el fin de incrementar la consistencia técnica y la articulación de sus decisiones.

A través del Acto Normativo Conjunto CADE/BACEN No. 1, de 2018, se establecieron procedimientos para armonizar y hacer más eficientes las respectivas acciones en fusiones y en la defensa de la competencia en el ámbito del Sistema Financiero Nacional (SFN).

El Acto Normativo prevé, entre otras medidas, el intercambio de información entre CADE y BACEN para el desempeño de actividades en el ámbito competitivo y la realización de reuniones periódicas entre los dos órganos, en las que se podrán tratar temas que requieran una actuación normativa por parte de las dos autarquías y que tienen un impacto en la competencia entre instituciones sujetas a la supervisión del BACEN. El CADE y el BACEN también podrán utilizar estas reuniones para evaluar la cooperación técnica en los procesos administrativos relacionados con las fusiones y la investigación de violaciones al orden económico que involucren a las instituciones supervisadas por el BACEN.

La norma también incluye procedimientos para la realización de actividades como las relacionadas con la aprobación, por parte del BACEN, de actos de concentración vinculados al mantenimiento de la estabilidad de la SFN, y notificaciones, del CADE al BACEN, sobre procedimientos administrativos de investigación de competencia, infracciones que involucren a instituciones supervisadas por BACEN.

4.1. Criterios de presentación de concentraciones del BACEN

El análisis de los criterios para concluir si una determinada operación (acto de concentración) es obligatoria para ser sometida al BACEN, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Sistema Financiero Nacional - Ley N° 4.595, de 31 de diciembre de 1964, debe tomar en cuenta la Circular N° 3.590, del 26 de abril de 2012, que prevé el análisis de los actos de concentración en el Sistema Financiero Nacional por parte del BACEN, modificada por la Circular N° 3.800, del 29 de junio de 2016.

De conformidad con la Circular N° 3.590/2012, específicamente en su art. 1, con redacción dada por Circular N° 4.013/2020, se deberán someter al BACEN los siguientes actos de concentración que involucren directa o indirectamente a instituciones financieras:

- (i) transferencia de control corporativo;
- (ii) incorporación;
- (iii) fusión;
- (iv) transferencia de negocios;
- (v) la celebración de contratos o la creación de estructuras societarias con miras a la cooperación en el sector financiero;
- (vi) adquisición de participación minoritaria que resulte, de la institución adquirente o de su matriz, en participación directa o indirecta del 5% (cinco por ciento) o más del capital con derecho a voto de la institución adquirida; y
- (vii) última adquisición que resulte, para la entidad adquirente o su matriz, en un incremento en la participación directa o indirecta en el capital social mayor o igual al 5% (cinco por ciento), en los casos en que el inversionista posea el 5% (cinco por ciento) o más del capital con derecho a voto de la adquirida.

Cabe señalar que de conformidad con el §2 del art. 1 de la Circular N° 3.590/2012, con redacción dada por Circular N° 3.800/2016, no se someterán al BACEN los siguientes actos de concentración que involucren directa o indirectamente a instituciones financieras, en los siguientes casos:

- (i) transacciones que involucren únicamente instituciones del mismo conglomerado;
- (ii) cesiones de crédito que no involucren las operaciones a que se refieren los incisos I a VII; y
- (iii) transacciones que involucren únicamente a administradores de consorcios o instituciones de pago.

En cuanto al plazo para la presentación del acto de concentración al BACEN, la Circular N ° 4.013/2020 también establece que debe presentarse en un plazo de hasta treinta días, contados desde el primer negocio legal celebrado entre las partes.

Es importante señalar que el Comunicado No. 22.366, de 27 de abril de 2012, da a conocer la institución de la Guía para el Análisis de Actos de Concentración (Guía) que involucran a instituciones financieras y otras instituciones autorizadas para operar por el BACEN, con el propósito de brindar orientación sobre la metodología y los pasos a seguir en el concurso a la luz de la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico.

Cabe señalar que el análisis de fusiones por BACEN, por lo tanto, se refiere a transacciones que involucran instituciones financieras y otras instituciones autorizadas para operar por BACEN.

El art. 2 de la Notificación considera un acto de concentración la operación que conduce a un aumento de la participación relativa de las instituciones financieras u otras instituciones autorizadas para operar por el Banco Central de Brasil en los segmentos de mercado en los que operan.

Realizadas estas observaciones, para concluir si una determinada operación es de presentación obligatoria al BACEN, es necesario analizar:

(1) Si el acto de concentración involucra, directa o indirectamente, instituciones financieras, considerando actos de concentración: (i) transferencia de control corporativo; (ii) incorporación; (iii) fusión; (iv) transferencia de negocios; (v) la celebración de contratos o la creación de estructuras societarias con miras a la cooperación en el sector financiero; (vi) adquisición de participación minoritaria que resulte, de la entidad adquirente o de su matriz, en participación directa o indirecta del 5% o más del capital con derecho a voto de la entidad adquirida; y (vii) la última adquisición que resulte, para la entidad adquirente o su matriz, en un incremento de la participación directa o indirecta en el capital social mayor o igual al 5%, en los casos en que el inversor posea el 5% o más del capital con derecho a voto de la adquirida; y

(2) Si la transacción involucra instituciones financieras y otras instituciones autorizadas para operar por BACEN.

Una vez respondidas las preguntas 1 y 2 anteriores, se debe proceder al análisis del envío de la transacción al BACEN.

4.2. Envío de concentraciones a BACEN y CADE

Como se vio anteriormente, los "criterios de presentación de concentraciones al BACEN", como se explicó anteriormente en el punto 4.1, y los "criterios de presentación de concentraciones al CADE", como se explicó en el capítulo 2 de este artículo, deben ser analizados y evaluados con base en la información de las partes involucradas en la transacción, de manera que se pueda adelantar la necesidad de presentación de la operación a BACEN y CADE.

Para evitar dudas, con respecto al eventual envío de la transacción al BACEN, es necesario verificar:

(1) Si el acto de concentración involucra, directa o indirectamente, instituciones financieras, considerando actos de concentración: (i) transferencia de control corporativo; (ii) incorporación; (iii) fusión; (iv) transferencia de negocios; (v) la celebración de contratos o la creación de estructuras societarias con miras a la cooperación en el sector financiero; (vi) adquisición de participación minoritaria que resulte, de la entidad adquirente o de su matriz, en participación directa o indirecta del 5% o más del capital con derecho a voto de la entidad adquirida; y (vii) la última adquisición que resulte, para la entidad adquirente o su matriz, en un incremento de la participación directa o indirecta en el capital social mayor o igual al 5%, en los casos en que el inversor posea el 5% o más del capital con derecho a voto de la adquirida ; y

(2) Si la transacción involucra instituciones financieras y otras instituciones autorizadas para operar por BACEN.

En cuanto al CADE, para que no queden dudas sobre la posible necesidad de presentar la transacción a la autoridad de competencia, es fundamental verificar:

(3) Si la transacción es un acto de concentración, es decir, si la transacción se caracteriza por ser: (i) la fusión de dos o más empresas previamente independientes; (ii) una o más sociedades adquieran, directa o indirectamente, mediante compra o canje de acciones, cuotas, bonos o valores convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otro medio o forma, el control o partes de una u otras empresas; (iii) una o más empresas adquieren otra empresa o empresas; o (iv) dos o más empresas celebran un contrato de asociación, consorcio o *joint venture*; y

(4) Si la operación, en el caso de un acto de concentración, cumple con el requisito objetivo de sometimiento de la Ley, es decir: (i) al menos uno de los grupos involucrados en la operación se ha registrado, en el último balance, ventas brutas anuales o volumen total de negocio en el país, en el año anterior a la operación, equivalente o superior a R\$ 750.000.000,00 (setecientos cincuenta millones de reales); y (ii) al menos otro grupo involucrado en la operación haya registrado, en el último balance general, ventas brutas anuales o volumen de negocio total en el país, en el año anterior a la operación, equivalente o superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta cinco millones de reales).

Las respuestas a estas 4 preguntas pueden definir el avance de los análisis cuando la operación cumpla con los requisitos legales necesarios para: (i) ser sometida a análisis por el BACEN; (ii) ser sometidos a análisis por el CADE; y (iii) ser sometidos a análisis tanto por el BACEN como por el CADE.

Así, siempre que un acto de concentración cumpla con los requisitos de presentación del Banco Central de Brasil (elementos 1 y 2 anteriores) y también con los requisitos de presentación del CADE (elementos 3 y 4 anteriores), tanto el BACEN como el CADE son competentes para analizar y decidir sobre el acto de concentración, observando lo que determina el Acto Normativo Conjunto N°1/2018 suscrito entre CADE y BACEN.

5. BREVE ANÁLISIS DE CASOS DE CONCENTRACIONES EN EL MERCADO FINANCIERO BRASILEÑO

Como se ve a lo largo de este artículo, las tendencias de consolidación en el mercado financiero continúan y las preguntas sobre los impactos en la competencia se vuelven inevitables. Independientemente del control previo del CADE, el BACEN también ha venido adoptando su propio procedimiento para analizar las concentraciones.

A continuación, presentamos, de manera descriptiva, los actos de concentración notificados al CADE y analizados bajo la Ley N° 12.529/2011.

5.1. Caso Itaú Unibanco/BMG

A mediados de 2012, Banco BMG firmó un acuerdo con Itaú Unibanco que tenía como objetivo ofrecer, distribuir y comercializar préstamos deducibles de nómina en Brasil, formando una empresa conjunta denominada Banco Itaú BMG Consignado SA. De esta transacción, Itaú Unibanco tendría el 70% de la empresa conjunta, mientras que BMG tendría el 30% restante.

Los Solicitantes notificaron la transacción al CADE en agosto de 2012 (Acto de Concentración N° 08700.006962/2012-39) y, según se informó, el acuerdo tendría como objetivo aumentar el desempeño de estas instituciones en el mercado de préstamos deducibles de nómina. En ese momento, las empresas también justificaron la transacción por el hecho de que Itaú Unibanco se beneficiaría de la experiencia y la red de corresponsales de BMG. BMG, a su vez, recaudaría fondos a menor costo a través de Itaú Unibanco. Cabe recordar que el caso Itaú Unibanco/BMG fue el primer acto de concentración analizado por el rito ordinario bajo la Ley N° 12.529/2011. CADE analizó la transacción en solo 48 días.

En cuanto a la valoración del CADE sobre la definición del mercado relevante y los posibles efectos competitivos, la Superintendencia General del CADE entendió que el mercado de préstamos deducibles de nómina configura su propio mercado, ya que no sustituye a otros productos financieros, tanto desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta como de la demanda. En mayor detalle, según la Superintendencia General del CADE, desde el punto de vista de la oferta, la institución financiera que ofrece créditos nómina debe cumplir con los criterios de la Ley No. 10.820/2003, estableciendo una sociedad con la institución pagadora (en este caso, el empleador del interesado). Por el lado de la demanda, el interesado en préstamos nómina también está sujeto a condiciones específicas para acceder a este tipo de crédito. Entre estas condiciones, el interesado debe ser un perceptor de salario y depende de una asociación entre el empleador y la institución financiera. Esto significa que los profesionales liberales, por ejemplo, no tienen acceso a este tipo de crédito. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado relevante, la Superintendencia General entendió que el mercado de préstamos deducibles de nómina debe definirse como nacional. Además, la Superintendencia General entendió que la dinámica competitiva en relación con ese mercado era suficiente para evitar daños a los consumidores derivados de esta operación. En vista de esta línea de argumentación, CADE aprobó la transacción sin restricciones.

El Banco Central de Brasil también aprobó el acto de concentración entre Itaú Unibanco y Banco BMG. BACEN consideró que la transacción no genera efectos adversos sobre la competencia en el mercado evaluado y que presenta un sesgo procompetitivo.

5.2. Caso HSBC/Bradesco

El caso HSBC/Bradesco se refiere a la adquisición del 100% de las acciones de HSBC Brasil por parte del banco Bradesco (Acto de Concentración N° 08700.010790 / 2015-41). La operación se dio a conocer al mercado luego de que HSBC anunciara el cierre de sus actividades en Brasil y Turquía en 2015.

Con la mencionada adquisición valorada en US\$ 5,1 mil millones (equivalente a R\$ 17,8 mil millones al tipo de cambio de la época), Bradesco asumió todas las operaciones de HSBC en Brasil. Estas operaciones incluyen clientes minoristas, en el segmento de altos ingresos, bancos comerciales; servicios de financiación y acuerdos operativos con minoristas (más de 6.000 puntos de venta); además de seguros/planes de pensiones/bonos de capitalización (Bradesco, 2015).

Para evaluar mejor los efectos de esta transacción y recopilar información sobre los mercados afectados por la transacción, la Superintendencia General del CADE solicitó información a los

competidores de estas instituciones financieras y otras entidades interesadas⁹. En enero de 2016, mediante Orden N° 140/2016, la Superintendencia General del CADE declaró la complejidad de la transacción (es decir, transformó el rito que sería sumario en un rito ordinario), de conformidad con el artículo 56 de la Ley N° 12.529/2011 y el artículo 120 del Reglamento Interno del CADE. Al mismo tiempo, la Superintendencia General ordenó la elaboración de un estudio cuantitativo por parte del Departamento de Estudios Económicos del CADE sobre los impactos competitivos derivados de la operación. Además, la Superintendencia General solicitó a HSBC/Bradesco: (i) un análisis de las eficiencias económicas generadas por la transacción; y (ii) estudios cuantitativos o cualitativos sobre la dinámica competitiva de este mercado que puedan mitigar las posibles inquietudes competitivas identificadas por la Superintendencia General.

En abril de 2016, la Superintendencia General publicó el Dictamen No. 12/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE, recomendando a lo Tribunal Administrativo la aprobación con restricciones, es decir, aprobación sujeta a la firma de un Acuerdo de Control de Concentraciones ("ACC"). Finalmente, en junio de 2016, ocho meses después de la notificación¹⁰, siguiendo las recomendaciones de la Superintendencia General, el Tribunal del CADE aprobó la concentración con restricciones. Según el Comisario Reportero del caso, João Paulo de Resende, la operación supuso un aumento de los niveles de concentración del mercado, especialmente en mercados específicos como, por ejemplo, el mercado de depósitos a la vista (cuentas corrientes).

En su voto, el Comisario Reportero realizó no solo el análisis específico de la operación, sino también del mercado bancario brasileño, y señaló que la adquisición de HSBC por parte de Bradesco contribuye al aumento de los niveles de concentración, especialmente en mercados específicos dirigidos a un gran número de consumidores, como depósitos a la vista (cuenta corriente) y crédito de libre uso a personas naturales y jurídicas. Es de destacar que el sector bancario tiene un bajo grado de rivalidad debido a la fuerte asimetría de los costos de información y transacción a los que están sujetos los consumidores de este mercado. Además, la entrada de nuevos competidores en el mercado está sujeta a la escala mínima necesaria para ser viable.

Al firmar el ACC, Bradesco acordó varios remedios conductuales, que incluyen:

- (i) Compromiso de no involucrarse en fusiones y adquisiciones con instituciones financieras, o incluso en ningún consorcio dentro de Brasil durante 30 meses, a partir de la fecha de publicación de la decisión del Tribunal del CADE en el Diario Oficial de la Unión;
- (ii) Compromiso de ofrecer incentivos a ex clientes de HSBC Brasil de varios municipios para transferir sus operaciones crediticias a otras instituciones financieras que compitan con Bradesco¹¹;
- (iii) Mejoramiento de los procedimientos aplicados para la portabilidad de créditos y salarios, y
- (iv) Implementación de medidas que mejoren la transparencia y calidad de los servicios prestados a sus clientes; y la realización de programas de capacitación y capacitación de sus empleados con el fin de mejorar los servicios prestados a sus clientes.

Anders, Bueno y Misale señalan que

9 Entre ellas BB, Caixa, Itaú Unibanco, Santander, Banco Safra, Banco BTG Pactual, CCB Brasil – China Construction Bank, Banco Volkswagen, Bancoob - Banco Cooperativo do Brasil, Banco GMAC, Scotiabank, SICREDI, Brasilprev Seguros e Previdência, Embrakon Administradora de Consórcio, Scania Administradora de Consórcios, Porto Seguro, BB Mapfre SH1 Participações e Rodobens Administradora de Consórcios.

10 Las partes notificaron la transacción el 27 de octubre de 2015.

11 Excepción: Caixa, BB e Itaú, que son los bancos más grandes del país.

en evidencia dentro del HSBC/Bradesco AC, apuntamos a una definición 'híbrida' de mercados relevantes, o más bien, a una valoración competitiva que tomó como referencia tanto la justificación del *cluster* para ciertos productos bancarios (agrupamiento en una canasta para aquellos productos considerados sustitutos cercanos), así como considerar, de manera más fuerte y decisiva, cada producto y servicio como un mercado relevante distinto (proxy de producto a producto). Esta combinación de enfoques para los propósitos del enfoque metodológico (con la definición, al final, por el enfoque producto por producto), en nuestra opinión, puede resultar más correcta y consistente para la evaluación competitiva, capturando con mayor amplitud la realidad y la dinámica competitiva vivida en el sector bancario contemporáneo. (p, 101)¹²

Al respecto, los autores (Anders et al., 2019) mencionados señalan que en este contexto la potencial reducción de los costos de transacción debido a la evolución de los servicios bancarios que vienen haciendo uso de tecnologías como la banca por internet y facilitando la portabilidad bancaria (intercambio de bancos por consumidores). Otro ejemplo, la evolución de estos servicios relativiza la importancia de las sucursales bancarias físicas.

La densidad analítica requerida en este caso señaló la capacidad del CADE para evaluar la complejidad de la dinámica de los mercados financieros. En la misma línea que la autoridad de competencia, el BACEN también aprobó la transacción con remedios (condiciones) pero en enero de 2016, casi 6 meses antes de la aprobación del CADE.

El acto de concentración fue aprobado por BACEN con la suscripción de un convenio de control de concentración, con el objetivo de compartir las eficiencias económicas generadas por la operación con los clientes de productos y servicios financieros de las instituciones involucradas. Con el acuerdo, Bradesco deberá: (i) mantener el valor de las tarifas por servicios prioritarios para clientes provenientes de HSBC; y (ii) mantener el funcionamiento de las sucursales por un período de 5 años.

5.3. Caso Itaú Unibanco/Citi

El caso Itaú Unibanco/Citi se refiere a una reestructuración societaria de algunas empresas del grupo Citibank ("Citi") (Itaú Unibanco Holding S.A., 2016) (Acto de Concentración n° 08700.001642/2017-05). En octubre de 2016, Citi anunció que estaba realizando una operación, con el banco Itaú Unibanco, para la venta de su segmento dirigido a personas físicas y, en menor medida, a las pequeñas personas jurídicas que reciben el mismo trato que a las personas naturales. Con esta operación, las operaciones bancarias relacionadas con consumidores individuales seguirían operando a través del Banco Itaú Unibanco, mientras que Citi se quedaría con el mantenimiento de sus operaciones mayoristas en el país, con foco en banca privada y empresas brasileñas medianas, multinacionales y grandes (Businesswire, 2016). Específicamente con relación a la emisión de tarjetas de crédito, cabe señalar que la relación contractual entre Diners y Citibank no estará cubierta por este acuerdo.

La Opinión de la Superintendencia General del CADE sobre la transacción encontró una superposición horizontal en ocho mercados relevantes (es decir, i. Depósitos a la vista; ii. Depósitos a plazo y ahorros; iii. Emisión de tarjetas de crédito; iv. Programas de lealtad - por coalición; v. Créditos de libre uso - personas; vi. préstamos deducibles de nómina - personas; vii. financiamiento de vivienda - personas; viii. financiamiento para la adquisición de vehículos - personas; xi. gestión de recursos de terceros; x. distribución de fondos/activos de terceros; xi. distribución de planes de pensiones privados; xii. distribución de bonos de capitalización; y xiii. corretaje de valores), además de siete mercados integrados verticalmente (a saber, i. acuerdos de pago y emisión de tarjetas de crédito; ii. emisión de tarjetas de crédito y programas de fidelización -individual y por coalición-; iii. administración fiduciaria y manejo de recursos de terceros; iv. administración / manejo fiduciario de recursos de

12 Traducción libre.

terceros y distribución de fondos/activos de terceros; v. pensión privada y distribución de planes de pensión privados; vi. bonos de capitalización y distribución de bonos de capitalización; y vii. seguros y corretaje de seguros).

Además, se concluyó que esta operación se insertaría en un mercado con fuerte evidencia de ausencia de competencia efectiva y altos márgenes de ganancia, lo que resultaría en servicios más costosos y de menor calidad para los consumidores de productos y/o servicios bancarios en Brasil¹³. Por lo tanto, CADE aprobó la operación con restricciones.

De acuerdo con las restricciones de comportamiento impuestas por CADE, Banco Itaú se ha comprometido a implementar medidas para mejorar la disponibilidad de información y transparencia para los consumidores en los próximos años. Además, se comprometió a desarrollar un programa de Cumplimiento y formación para los empleados.

El Tribunal también determinó que Itaú no podrá adquirir instituciones financieras y administradores de consorcios por un período de 30 meses, contados a partir de la fecha de publicación del extracto de la decisión en el Diario Oficial de la Unión, restricción que no aplica al acto de concentración entre Itaú y XP Investimentos (No. 08700.004431/2017-16), que ya estaba en análisis por parte del CADE.

Al igual que los casos antes mencionados, esta operación también estuvo sujeta a la aprobación del BACEN.

El acto de concentración fue aprobado por el BACEN con la suscripción de un contrato de control de concentración, mediante el cual Itaú se comprometió a no adquirir, por un período de 5 años, nuevos activos, tangibles o intangibles, relacionados con el mercado de tarjetas de crédito.

5.4. Caso Itaú Unibanco/XP

La operación se refiere a las inversiones realizadas por Itaú en XP Investimentos, holding que consolida todas las inversiones del Grupo XP, mediante inyección de capital y adquisición de participación en el capital social de la empresa. La operación hace que Itaú ingrese al capital social de XP. La operación fue segmentada en fases preestablecidas, en las que Itaú podrá incrementar su participación en el capital de XP, hasta finalmente adquirir el control total de la empresa objetivo.

Como señalan Frazão y Carvalho (2019),

la evaluación realizada por el CADE y el Banco Central tuvo en cuenta tanto la característica innovadora del modelo de negocio de XP como el hecho de que su estrategia de negocio se diferencia de la practicada por los bancos tradicionales en que, en lugar de ofrecer sus propios productos financieros, promoviendo la interacción entre los 'lados' del mercado, con los inversores por un lado y los proveedores de productos financieros por el otro. Así, las plataformas tienen el poder de promover vínculos más estrechos entre los dos lados del mercado (*matchmaking*), reduciendo así las asimetrías de información que serían naturales en una relación puramente bilateral. (p.35)¹⁴

XP Investimentos asesora a sus clientes en la toma de decisiones relacionadas con sus inversiones, ofreciendo acceso a una variedad de productos de diferentes instituciones financieras del mercado,

13 Información disponible en: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?mSH4iGRyreqBFNP6GIEZ2e8Tfjql_W0B2BLNSB0A4m_sxKigNsO3rnfUfbjr6g2kdHu1JdlGdXYjrr2X65bkfg,, [23-08-2017].

14 Traducción libre.

ya sea en Renta Fija, Renta Variable, Fondos de Inversión, Vida o Pensiones Privadas, incluyendo opciones con exposición internacional. Todo a través de una sola cuenta.

De acuerdo con las restricciones de comportamiento impuestas por CADE: (i) las empresas se comprometieron a reforzar los mecanismos de gobierno corporativo que aseguren la independencia de gestión de los controladores actuales de XP, en línea con la estructura inicial de la Operación. Esto elimina la preocupación expresada por CADE sobre un posible enfriamiento de la presión competitiva que ejerce XP en el mercado; (ii) XP se comprometió a no discriminar los productos de inversión ofrecidos por instituciones que compiten con Itaú, y se le prohíbe exigir exclusividad en relación a los proveedores de productos de inversión, para no obstaculizar el acceso a otras plataformas abiertas para estos insumos; (iii) XP se ha comprometido a no discriminar los productos de inversión ofrecidos por instituciones que compiten con Itaú, y tiene prohibido exigir exclusividad en relación a los oferentes de productos de inversión. XP tampoco puede exigir exclusividad en relación con agentes de inversión independientes, excepto en situaciones requeridas por la Comisión de Bolsa y Valores de Brasil (CVM; *Comissão de Valores Mobiliários*, en português). El objetivo es facilitar el ingreso de otras plataformas a la red de distribución; (iv) Itaú se comprometió a no discriminar a las plataformas que compiten con XP, en caso de que decida distribuir sus productos de inversión a través de plataformas abiertas. El Acuerdo también prohíbe la derivación de los clientes de Itaú a XP, para evitar fortalecer la posición dominante que ya ocupa esa empresa.

BACEN también aprobó la transacción con remedios, pero más severos que el CADE: (i) Itaú Unibanco no podrá adquirir el control de XP en el futuro; (ii) de conformidad con el acuerdo, la compra, por parte de Itaú Unibanco, del 12,5% del capital total de XP en 2020 y las opciones de venta del control accionario de XP a Itaú Unibanco, a partir de 2024, fueron excluidas del contrato, o compra de control (por parte de Itaú Unibanco), a partir de 2034, previsto en la transacción inicial; (iii) se prevé la posibilidad de adquirir una participación adicional, por parte de Itaú Unibanco, a partir de 2022, del 12,5% del capital total de XP; (iv) en caso de adquisición, deberá ser sometido a un nuevo proceso de autorización por parte del BC, que lo analizará considerando las condiciones en el momento; y (v) de concretarse y aprobarse la transacción, Itaú Unibanco tendría el 40% del capital con derecho a voto de XP (por lo tanto, menos de lo necesario para el control).

En 2020 Itaú-Unibanco y XP notificaron una transacción al CADE (Acto de Concentración N° 08700.006387/2020-84) para abordar la propuesta “división” de acciones que representan aproximadamente el 41.05% del capital social de XP, actualmente en poder indirecto de Itaú Unibanco Holding S.A., y posterior transferencia a una nueva empresa, “Newco”. Según CADE, no hay ingreso de nuevos socios ni cambios en el porcentaje de participación accionaria del Grupo Itaú en XP como resultado de la Transacción, por lo que no es posible verificar que la Transacción conducirá a la “adquisición de control o partes” del XP del Grupo Itaú, ya que la Transacción no cambiará la participación actual del Grupo Itaú en XP. Tampoco es posible afirmar que exista más de un grupo involucrado en la Operación, ya que la escisión de acciones se refiere a empresas todas pertenecientes, en última instancia, al mismo grupo económico a la luz del art. 4 de la Resolución N° 2/12, del Grupo Itaú, no cumpliendo así el requisito del art. 88 de la Ley 12.529/2011, que establece la necesidad de dos grupos con ventas superiores a R \$ 75 millones y R \$ 750 millones respectivamente en el año anterior a la operación. Así, CADE concluyó que la Transacción constituye una mera reorganización societaria intragrupo, donde no hay ingreso de nuevos socios ni cambios en el porcentaje de participación accionaria de los accionistas de la Sociedad Afectada, es decir, el Grupo Itaú seguirá manteniendo lo mismo nivel de participación en XP que antes de esta reorganización. Por lo tanto, CADE decidió no reconocer la Transacción.

Sin embargo, en julio de 2021, el Banco Central autorizó un cambio corporativo relacionado con Itaú Unibanco, que prevé la escisión de la participación del conglomerado en XP, no verificando riesgos prudenciales o competitivos para el Sistema Financiero Nacional (SFN) con dicho cambio (Arend Laier, 2021). La escisión se debe a la transferencia de las acciones de XP propiedad de Itaú Unibanco

a XPart, una nueva empresa del grupo Itaú, pero que no pertenece al conglomerado bancario. La nueva empresa tiene su sede en Estados Unidos y pasa a formar parte del pacto de accionistas con XP, con los mismos derechos y obligaciones atribuidos a Itaú Unibanco, por lo que el conglomerado bancario de Itaú Unibanco ya no participa en la administración de XP (Sant'Ana, 2021). En noviembre de 2021, Itaú Unibanco Holding SA obtuvo la aprobación del Banco Central de Brasil para adquirir aproximadamente el 11,38% del capital social total de XP Inc., una empresa con sede en las Islas Caimán y que cotiza en Nasdaq, según lo dispuesto en el Contrato de Compra y venta de acciones y otros convenios, celebrados el 11 de mayo de 2017. Se espera que esta transacción se consuma en 2022, después de la divulgación de los estados financieros auditados de XP Inc. para el año fiscal que finalizó el 31 de diciembre de 2021. También se requieren las aprobaciones de los organismos reguladores en el exterior para llevar a cabo la adquisición antes mencionada. Estos desarrollos no fueron analizados por el CADE.

6. CONCLUSIÓN

Como se ve en este artículo, el control de concentraciones en los mercados financieros en la política de competencia en Brasil se aplica a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, así como a las asociaciones de entidades o personas, constituidas de hecho o de derecho, aunque sea temporalmente, con o sin personalidad jurídica, aunque ejerzan su actividad en régimen de monopolio legal. En otras palabras, las instituciones financieras también están dentro del alcance de la ley de competencia brasileña (Ley N° 12.529/2011). En este sentido, desde la entrada en vigor de la Ley de Competencia en 2012, el CADE ha analizado importantes concentraciones en los mercados financieros.

También como se ve en este artículo, una operación, que involucre notablemente a una institución financiera, puede tener consecuencias en el ámbito regulatorio, cuando el análisis será responsabilidad del regulador sectorial, en este caso el BACEN. Dicha operación también puede estar sujeta a la Ley de Competencia, en cuyo caso es necesario el análisis por parte del CADE, la autoridad de competencia. La misma operación, dependiendo de su análisis a la luz de la legislación competente, podrá requerir su presentación y análisis tanto por el BACEN como por el CADE. Por último, pero no menos importante, cabe mencionar que una operación, aunque no necesariamente esté sujeta a análisis y aprobación por parte del BACEN, puede ser analizada por el CADE.

Las concentraciones analizadas y discutidas en este artículo confirman que el control de concentraciones en los mercados financieros en la política antitrust en Brasil termina siendo realizado tanto por la autoridad de competencia, CADE, como por la autoridad sectorial, el BACEN.

Desde 2018, CADE y BACEN llegaron a un entendimiento, brindando mayor seguridad jurídica al sistema financiero nacional. Inicialmente, con la firma de un Memorando de Entendimiento para armonizar y garantizar mayor previsibilidad al manejo, por parte de las dos autoridades, de los reclamos de concentración que involucren a instituciones financieras, además de alinear acciones para incentivar la competencia en los segmentos supervisados. Finalmente, la aprobación del Acto Normativo Conjunto No. 1, que estableció procedimientos para armonizar y hacer más eficientes las respectivas acciones en actos de concentración y en la defensa de la competencia en el ámbito del Sistema Financiero Nacional (SFN). Sin embargo, un Memorando no es legalmente vinculante para las autoridades y puede ser revisado en cualquier momento.

7. BIBLIOGRAFÍA

Anders, E.C.; Pagotto, L.; & Bagnoli, V. (Coords.). (2012). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Editora Método.

- Anders, E.C.; Bueno, M.C.S.; & Misale, G.T.C.. (2019). AC HSBC/Bradesco: Principais Destaques e Legados. En V. Bagnoli & P.P.S. Cristóforo (Coords.), *Jurisprudência do CADE Comentada: análise de decisões julgadas a partir da edição da Lei 12.529/2011* (pp. 87-105). Revista dos Tribunais & Thomson Reuters.
- Arend Laier, P. (2021, 27 de julio). *Banco Central autoriza cisão da participação do Itaú Unibanco na XP*. CNN Brasil. <https://www.cnnbrasil.com.br/business/banco-central-autoriza-cisao-da-participacao-do-itaunibanco-na-xp/>.
- Bagnoli, V. (2020). *Direito Econômico e Concorrencial* (8.ª ed.). Revista dos Tribunais & Thomson Reuters.
- Bagnoli, V.; Navas, A.; & Bastos, A. (2014). *Cláusula de Exclusividade: análise concorrencial a partir do caso dos créditos consignados*. Almedina.
- Banco Central do Brasil. (2009, 10 de marzo). *Banco Central aprova a aquisição do Banco Nossa Caixa S.A. pelo Banco do Brasil S.A.*. <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/12851/nota>.
- Banco Central do Brasil & Bradesco. (2016, 4 de julio). *Acordo em controle de concentração*. https://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/AcordoBradesco-HSBC.pdf
- Bradesco. (2015, Agosto). *Presentation about Acquisition of HSBC Brasil*. Disponible en: <https://www.bradesco.com.br/site/conteudo/download/Download.aspx?file=~%2Fuploads%2F635741665745559369-hsbc-presentation.pdf>.
- Businesswire. (2016, 8 de octubre). *Citi Announces Sale of Consumer Business in Brazil to Itaú Unibanco*. <http://www.businesswire.com/news/home/20161008005039/en/Citi-Announces-Sale-Consumer-Business-Brazil-Ita%C3%BA>
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica [CADE]. (2019a, abril). *Guia para envio de dados ao Departamento de Estudos Econômicos do Cade*. https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-envio-de-dados-ao-dee-do-cade_final_site.pdf
- CADE. (2019b). *Guia de Remédios Antitruste*. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>.
- CADE. (2015, mayo). *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>.
- CADE. (2021). *Regimento interno do CADE [versión 2021, mayo]*. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>.
- CADE, Plenário do CADE. (2016, 18 de octubre). *Resolución N° 17*. https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2017_18-10-2016.pdf.
- CADE, Plenário do CADE. (2012, 1 de setiembre). *Resolución N° 16*. https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2016_01-07-2016.pdf.
- CADE, Plenário do CADE. (2016, 29 de mayo). *Resolución N° 2*. https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf.

- Cucolo, E. (2013, 23 de abril). *BC aprova junção de Itaú Unibanco e BMG em consignado*. Agência Estado. <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,bc-aprova-juncao-de-itaunibanco-e-bmg-em-consignado,151555e>.
- Época Negócios. (2009, 18 de febrero). *Banco Central aprova fusão entre Itaú e Unibanco*. <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Epocanegocios/0,,EDG86621-16628,00-BANCO+CENTRAL+APROVA+FUSAO+ENTRE+ITAU+E+UNIBANCO.html>.
- Franceschini, J.I.G.; & Bagnoli, V. (2016). *Direito Concorrencial*. En M. Carvalhosa (Coord.), *Tratado de Direito Empresarial* (vol. 7). Revista dos Tribunais & Thomson Reuters.
- Frazão, A.; & Carvalho, A.G.P. (2019). O Ato de Concentração Itaú/XP e as Plataformas Digitais dos Efeitos de Rede à Influência Relevante. En V. Bagnoli & P.P.S. Cristófaró (Coords.), *Jurisprudência do CADE Comentada: análise de decisões julgadas a partir da edição da Lei 12.529/2011* (pp. 29-48). Thomson Reuters.
- Itaú Unibanco Holding S.A.. (2016, 8 de octubre). Material Fact. [https://www.itaubank.com.br/_arquivosstaticos/RI/pdf/en/IHF-Fato_Relevante_CITI_\(FOR\)_ing.pdf](https://www.itaubank.com.br/_arquivosstaticos/RI/pdf/en/IHF-Fato_Relevante_CITI_(FOR)_ing.pdf).
- Navas, A.; Madi, M. F.; & Bagnoli, V. (2017). A Aplicação da Lei de Concorrência em casos do Mercado Financeiro. En E. C. Anders; G.F.C. Ribas; M. Villela; Cristófaró, P.P.S.; & Bagnoli, V., *5 anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro* (pp. 356-370). IBRAC.
- Sant'Ana, J. (2021, 27 de julio). *Banco Central aprova cisão da participação do Itaú na XP*. Globo 1. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/27/banco-central-aprova-cisao-da-participacao-do-itaun-na-xp.ghtml>.

EL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS: CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS EN EL PROCESO DE RECUPERACIÓN ECONÓMICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA COVID19

THE PUBLIC AID REGIME: CHARACTERISTICS AND ADVANTAGES IN THE PROCESS OF ECONOMIC RECOVERY IN TIMES OF PANDEMIC COVID19

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

RESUMEN

En el presente trabajo abordamos la regulación sobre ayudas públicas, sus características y ventajas para la recuperación económica a partir de una necesaria delimitación conceptual, su fundamento económico y sus diferentes ámbitos normativos, centrándose en su importancia en el actual contexto de crisis creado por la pandemia de Covid-19.

Con este objetivo expondremos de forma sucesiva su regulación en tres ámbitos diferentes: el multilateral, el regional y el nacional.

En su dimensión multilateral, nos centraremos en las reglas que se recogen en el marco de la «Organización Mundial de Comercio (OMC)», donde haremos una revisión crítica de su situación actual y su posible reforma, destacando la respuesta unilateral de la Unión Europea, adoptando reglas propias para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en el mercado europeo.

A continuación, analizaremos las reglas sobre ayudas públicas «ayudas de Estado» recogidas en el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», destacando las medidas especiales de carácter temporal y excepcional adoptadas por las instituciones europeas con motivo de la actual pandemia, tanto respecto de las ayudas otorgadas por los Estados miembros, como de las ayudas europeas destinadas a apoyar a esos Estados miembros para la recuperación económica. En un epígrafe posterior ofreceremos la regulación interna española en materia de ayudas

públicas, así como la que en la actualidad está en elaboración en el Parlamento británico, para regular las subvenciones en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Concluiremos el presente trabajo con una reflexión final acerca de sus ventajas y dificultades para afrontar el reto de la recuperación económica, partiendo de la necesidad de que su eventual otorgamiento se rija por criterios de eficiencia económica en la administración de los recursos públicos que se transfieren al mercado, por medio de ayudas públicas.

ABSTRACT

In this paper we address the regulation of public aid, its characteristics and advantages for economic recovery based on a necessary conceptual delimitation, its economic foundation and its different regulatory areas, focusing on its importance in the current context of crisis created by the pandemic of Covid-19.

With this objective in mind, we will successively expose its regulation in three different areas: multilateral, regional and national.

In its multilateral dimension, we will focus on the rules contained in the framework of the World Trade Organization (WTO), where we will make a critical review of its current situation and its possible reform, highlighting the unilateral response of the European Union, adopting its own rules to control subsidies from third party countries in the European market.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña, España. Responsable de Investigación en la Comisión Gallega de la Competencia (Instituto Gallego de Consumo y Competencia). Correo: jarmiguez@gmail.com Las opiniones expresadas en el presente trabajo son personales del autor sin que quepa atribuir las al organismo en el que presta sus servicios.

Next, we will analyze the rules on public aid “State aid” contained in the “Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)”, highlighting the special temporary and exceptional measures adopted by the European institutions due to the current pandemic, both with regard to aid granted by the Member States, as well as the European aid intended to support those Member States for economic recovery. In a later section we will offer the Spanish domestic regulation on public aid, as well as the regulation currently being drafted

by the British Parliament to regulate subsidies in United Kingdom after its exit from the European Union.

We will conclude this paper with a final reflection on its advantages and difficulties in facing the challenge of economic recovery, based on the need for their eventual granting to be governed by criteria of economic efficiency in the administration of public resources that are transferred to the market, through public aid.

PALABRAS CLAVE

Ayudas públicas | Subvenciones |
NextGenerationEU | Eficiencia económica |
Derecho de la Competencia

KEYWORDS

Public Aid | Subsidies | NextGenerationEU |
Economic Efficiency | Competition Law

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 27 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2021.

CONTENIDO

1. Presentación y consideraciones introductorias; **1.1.** Una necesaria aclaración de conceptos; **1.2.** El substrato económico de las ayudas públicas; **1.3.** Los diferentes ámbitos normativos de control; **2.** Las ayudas públicas en el comercio internacional; **2.1.** La OMC y las Subvenciones en el Comercio Internacional; **2.2.** La COVID-19 y la crisis de la OMC: La iniciativa europea para controlar las ayudas de terceros países; **3.** Las ayudas públicas en la Unión Europea: la respuesta europea a la crisis; **3.1.** El marco general de las ayudas de Estado en la Unión Europea; **3.2.** El marco temporal excepcional para hacer frente a la crisis y la Covid-19; **3.3.** Las ayudas públicas europeas excepcionales a los Estados Miembros; **3.3.1.** Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE); **4.** El control nacional de las ayudas públicas: los casos de España y el Reino Unido; **4.1.** El limitado control de las ayudas públicas en el denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia; **4.2.** El Proyecto de Ley de Control de Subvenciones del Reino Unido; **5.** Una necesaria reflexión de conjunto: eficiencia económica y libre competencia; **6.** Bibliografía.

1. PRESENTACIÓN Y CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Constituye para mí una satisfacción poder atender a la amable invitación del Círculo de Derecho Administrativo (CDA), asociación civil conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), para participar en la edición del número 21 de la Revista de Derecho Administrativo (RDA) que, coordinada por los profesores Tania Zúñiga Fernández y Juan Luis Crucelegui Gárate, se dedica a la Regulación Económica, Competencia, Digitalización y Derecho Administrativo Económico.

El tema que se me ha asignado para mi colaboración y bajo el que escribo estas páginas, es de singular importancia tanto desde la perspectiva del Derecho Administrativo como del Derecho de la Competencia, especialmente en los tiempos actuales, con una grave crisis sanitaria a nivel mundial

y una no menos grave crisis económica: el régimen de ayudas públicas, características y ventajas en el proceso de recuperación económica en tiempos de pandemia Covid-19.

Con el objetivo de abordarlo de la forma más clara y completa posible, iniciaremos nuestra exposición exponiendo, en primer lugar, una serie de cuestiones básicas, como son las relativas al concepto de «ayuda pública» y sus diferentes usos y acepciones, el substrato económico sobre el que se asienta dicha noción y los diferentes ámbitos normativos que regulan el control de su otorgamiento: el multilateral, en torno, principalmente, a la Organización Mundial del Comercio (OMC, o WTO, por sus siglas en inglés); el de la Unión Europea, como ejemplo más sobresaliente de la dimensión regional del control de las ayudas públicas y, finalmente el nacional, centrándonos en el caso español y en el que, parece, va a establecerse en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Una vez asentadas estas premisas, vamos a exponer las características y ventajas de las ayudas públicas en el proceso de recuperación económica que se está iniciando, con la finalidad de abarcar su alcance tras la crisis económica generada por la pandemia creada por la Covid-19 en los tres ámbitos normativos apuntados: el multilateral, el regional y el nacional.

Para ello, a partir del segundo epígrafe abordaremos de forma sucesiva los tres niveles normativos ya apuntados, comenzando por el multilateral, centrándonos en el marco de la OMC, donde el término «ayuda pública» es reemplazado por el de «subvención»; valorando de forma crítica su funcionamiento, su posible reforma y la respuesta de la Unión Europea adoptando reglas propias para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en el mercado europeo.

A continuación, en un tercer epígrafe analizaremos las reglas sobre ayudas estatales recogidas en el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», destacando las medidas especiales adoptadas con motivo de la pandemia, tanto respecto de las ayudas estatales, como de las ayudas europeas a los Estados miembros; para referirnos a continuación, en un nuevo epígrafe, a dos modelos de control de ayudas públicas de dimensión nacional, exponiendo las líneas principales del nivel español y del que en la actualidad se está desarrollando en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Tras exponer las características básicas del control de las ayudas públicas en estos tres ámbitos normativos, haremos una reflexión final de sus ventajas y dificultades para afrontar el reto de la recuperación económica, partiendo de la necesidad de que su eventual otorgamiento se rija por criterios de eficiencia económica en la administración de los recursos públicos que se transfieren al mercado por medio de «ayudas públicas» o «subvenciones».

Es preciso subrayar en este punto inicial de nuestra exposición que, a pesar de que el título del presente trabajo tenga un carácter general respecto de las posibles reacciones ante la Covid-19, sólo la Unión Europea ha sabido o podido adaptar la aplicación de su regulación general sobre ayudas públicas a las excepcionales circunstancias creadas por la pandemia de Covid-19, tanto para atajar sus efectos inmediatos en lo más crudo de la crisis sanitaria (confinamientos domiciliarios de la población, cierre de instalaciones y paralización de toda actividad no esenciales...) como para apoyar la recuperación económica posterior ante las consecuencias económicas generadas por la misma pandemia.

La importancia de la regulación de la Unión Europea -y por ello del tratamiento que le damos en el presente trabajo- es doble pues, por una parte, ofrece un verdadero sistema de control basado en la prohibición de las ayudas incompatibles con el mercado interior, de acuerdo con la descripción de las características de una ayuda estatal del Artículo 107,1 TFUE, y por otra la flexibilidad del sistema sobre la base de las excepciones de los artículos 107.2 y 3 TFUE, así como las previsiones del Artículo 106 TFUE respecto de los denominados, como veremos: “Servicios de Interés Económico General”

(SIEG). Esta flexibilidad ha permitido que el sistema se aplique a circunstancias como las actuales sin merma de su eficacia ni rigor.

En los demás niveles o ámbitos normativos examinados en el presente trabajo (comercio internacional y nacional) no se advierte una reacción similar. En el caso de la OMC la falta de una reacción específica en la aplicación de las reglas sobre subvenciones sometidas a su conocimiento pone en evidencia, a nuestro juicio, la inconsistencia real y práctica del sistema diseñado en 1994, apuntalando los argumentos de quienes sugieren su necesaria reforma. A estos efectos, la nueva regulación, todavía en tramitación, de la que se va a dotar el Reino Unido tras el Brexit puede ser una referencia de gran utilidad por cuanto esta nueva regulación se está abordando en el marco de esta crisis sin precedentes, lo que llevará al legislador británico, a buen seguro, entendemos, a tenerla muy en cuenta a la hora de diseñar el nuevo modelo.

Esta realidad, la falta de reacción de los distintos modelos de control, con la advertida excepción de la regulación de la Unión Europea, nos lleva ya a señalar de modo crítico la necesidad de que se revisen sus respectivas metodologías y bases jurídicas con el objetivo de que su otorgamiento y control sea realmente eficiente, algo que debe predicarse como justificación básica y previa a cualquier decisión de diseñar y otorgar ayudas públicas, como en general, antes de adoptar cualquier actuación por parte de los poderes públicos. Es cierto, sin embargo, que estas cualidades son más difíciles de conseguir en el ámbito internacional, donde los intereses y las partes son más numerosas que cuando se desciende a la normativa regional (Unión Europea) o nacional.

Centrándonos ya en las nociones introductorias, la primera de ellas es la que hace referencia a la necesaria aclaración de conceptos a la hora de hablar de «ayudas públicas»; y los términos no siempre equivalentes que se utilizan para referirse a ellas en distintos ámbitos normativos.

1.1. Una necesaria aclaración de conceptos

Con carácter general, resulta necesario iniciar cualquier exposición sobre ayudas públicas haciendo unas precisiones terminológicas de la delimitación del alcance y contenido de «ayuda pública». De este modo, lo primero que hay que señalar es que el término «ayuda pública» alude, por una parte, a la existencia de una *ventaja o beneficio* que sólo es relevante desde la perspectiva de la competencia cuando favorece a genuinos operadores económicos; esto es, a empresas, en el sentido amplio con el que este concepto es empleado en el Derecho de la Competencia (cf. Europeo y español)².

Por su parte, con el término «pública», se alude a que los recursos que se emplean en su otorgamiento son directa o indirectamente a una Autoridad o Poder Público, cuestión que, como veremos, no siempre es fácil de determinar, pero que resulta determinante. La imputación de dicha medida al Estado, entendida en su sentido más amplio, esto es, incluyendo los diferentes niveles de Administración; caso de existir, como en España, una estructura compleja, extendiéndose dicha imputabilidad a cualquiera de las instituciones instituidas o creadas por las mismas.

En la competencia del comercio internacional, que gira hoy en torno a la Organización Mundial de Comercio (OMC, "WTO"), el término empleado para referirse a las «ayudas públicas» es el de «subvención», término que en el ámbito de la Unión Europea se identifica con una singular modalidad de «ayuda pública», concepto general que en el Derecho Europeo es reemplazado por el de «ayuda de Estado» o «ayuda estatal». Téngase en cuenta, no obstante, que, como analizaremos más adelante, el término «subvención» es el que emplea el «Proyecto de Ley de Control de Subvenciones», que se

2 Cfr. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262, 19.7.2016, p. 1; en concreto, Apartado 2: «2. CONCEPTO DE EMPRESA Y DE ACTIVIDAD ECONÓMICA») y Disposición adicional cuarta. Definiciones, 1º, LDC.

está tramitando en el Reino Unido para regular la concesión de ayudas públicas en dicho país tras su salida de la Unión Europea (Brexit)³.

En España, sin embargo, el término habitual es el de «ayuda pública».

Como veremos, la razón estriba en que, en el Derecho Europeo, el examen de la eventual concesión de ayudas estatales se plantea entre los Estados miembros y la Comisión Europea, siendo una cuestión interna de cada uno de ellos, la Administración concreta que de forma directa o a través de figuras instrumentales, las conceda.

1.2. El substrato económico de las ayudas públicas

Otra cuestión que resulta relevante abordar, también con carácter preliminar; es la que recuerda que, aunque las ayudas públicas se configuran como un instrumento jurídico de forma muy variada y a menudo compleja, tal evidencia no debe llevar a ignorar que las mismas son, además y de manera esencial, un instrumento de política económica del que tradicionalmente se han servido las Administraciones Públicas para desempeñar las misiones a ellas encomendadas. Por ello no es extraño que en unas circunstancias tan excepcionales como las presentes, marcadas por una crisis sanitaria que ha generado una crisis económica y social sin precedentes contemporáneos, las ayudas públicas estén desempeñando un papel esencial para atender necesidades inmediatas y acometer la recuperación económica y social en los Estados miembros, en el caso de la Unión Europea, de las propias instituciones comunes.

Un claro ejemplo de lo que apuntamos se advierte –como tendremos ocasión de destacar con un mínimo de detalle–, comparando el “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”, cuya primera versión fue aprobada por la Comisión Europea de forma casi inmediata, en marzo de 2020⁴; y con pretensiones mucho más ambiciosas a largo plazo, el “Plan de recuperación para Europa”⁵, impulsado por aquélla, pero con la participación de las demás Instituciones de la Unión Europea.

Esta dualidad jurídica y económica implica que no deba examinarse su diseño y articulación únicamente a su legalidad presupuestaria formal; sino valorando además sus efectos económicos sobre el comercio internacional, en el caso de la OMC; o sobre el funcionamiento competitivo de los mercados, como ocurre en la Unión Europea, que puede llegar a prohibirla; o en el caso de España, a desaconsejar su otorgamiento, si tal medida es sometida a la consideración de la correspondiente Autoridad de competencia.

Asentada así la legitimidad del eventual otorgamiento de las ayudas públicas, especialmente para hacer frente a contingencias inusitadas, como las que acontecen en nuestros días, –o las que supuso la crisis financiera de 2008–, es preciso dar un paso más y poner de relieve que además de las previsiones que rijan su posible otorgamiento desde la perspectiva de la legalidad presupuestaria, se tenga en cuenta su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o, en su caso, su efecto distorsionador sobre el comercio internacional, lo que exige que su concesión esté justificada económicamente⁶.

3 Este Proyecto de Ley fue presentado por el Department for Business, Energy & Industrial Strategy al Parlamento Británico para su tramitación el 30 de junio de 2021. Sin perjuicio de las referencias que hagamos más adelante, vid. Policy paper Subsidy Control Bill 2021: bill documents. En: <https://www.gov.uk/government/publications/subsidy-control-bill-2021-bill-documents>

4 Para una visión completa del texto original de la Comunicación de la Comisión y sus diferentes reformas, vid. State aid rules and coronavirus. En: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus_en

5 Para una visión general, vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-recovery-plan/>

6 A este respecto, y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, y aunque existen diversas metodologías para efectuar dicho análisis, nos centraremos en las aportaciones que acerca de esta cuestión han realizado

1.3. Los diferentes ámbitos normativos de control

A este respecto, y aunque de manera implícita ya hemos anticipado esta cuestión, es preciso subrayar también en estas líneas introductorias que en la regulación y/o control de las ayudas públicas es posible distinguir al menos tres niveles: el internacional, el regional y el estrictamente nacional.

El ámbito internacional es el marcado por la actual Organización Mundial de Comercio (OMC, "WTO"), cuyo origen se remonta, en realidad, al «Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio» (más conocido por su acrónimo en inglés como "Acuerdo GATT", de 1947); al que debe reconocérsele el mérito de haber sido la primera norma que planteó la necesidad de control del potencial «efecto distorsionador de las subvenciones nacionales»; en ese caso, sobre el comercio internacional que se trataba de regular. A su evolución en el marco de la actual OMC (surgida como organización internacional con motivo de la reforma de los acuerdos del GATT de 1994 «Ronda Uruguay del GATT»), nos referiremos en el próximo epígrafe, en el que además analizaremos su régimen actual y las propuestas de reforma de este.

El segundo nivel es el regional. En el mismo (aun existiendo diversos acuerdos de esta naturaleza «vid. Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CACR)»⁷), el que cobra mayor protagonismo es, sin duda, el de la Unión Europea; pues ya desde el primero de los tratados fundacionales, el hoy desaparecido Tratado por el que se constituía la Comunidad Europea del Carbón y el Acero «Tratado CECA, de 1951», ya contenía previsiones sobre ayudas (en ese Tratado, también denominadas «subvenciones»), hasta el actual «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», que contiene una efectiva y eficiente regulación de las ayudas estatales sobre la base de un control que, en principio, es previo o «ex ante» a su otorgamiento, supeditado a un examen acerca de su compatibilidad con el interés de la Unión Europea, pues se realiza desde la perspectiva del Derecho de la Competencia como instrumento al servicio de la efectiva construcción del Mercado Interior Europeo.

El tercer nivel es el estrictamente nacional. Debemos advertir en este epígrafe introductorio, que a expensas del sistema que diseñó finalmente el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea (BREXIT), se limitó (LA UE o RU) en sus relaciones con terceros países al marco de la OMC o de posibles tratados bilaterales (cf. UE o Estados Unidos). Así pues, no existe un verdadero control nacional de las ayudas públicas en ningún país que tenga un efecto equivalente al de la Unión Europea y, ni tan siquiera, al de la OMC, tratándose, como veremos en el caso de España, de un control que se contempla desde la perspectiva de la «Promoción de la Competencia (Advocacy)», de escasa relevancia práctica respecto de aquellas medidas que queden fuera del ámbito de control de la propia UE. También lo expondremos de forma muy esquemática.

2. LAS AYUDAS PÚBLICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

La preocupación por la incidencia negativa que las «ayudas públicas» podía ocasionar en el comercio internacional, llevó a que los Estados signatarios de los Acuerdos del GATT, ya en su primera redacción de 1947, se ocuparan de las mismas utilizando el término «subvención», que pervive en dicho contexto hasta la actualidad.

Como ya hemos anticipado, en materia de ayudas públicas, el primer ámbito de regulación es el internacional, donde la primogenitura hay que asignársela a los «Acuerdos del GATT de 1947» y, en su evolución posterior, tras la creación de la (OMC, "WTO"), si bien, circunscrito al comercio

tanto la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), como con posterioridad, su sucesora, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

7 Acerca de los "Acuerdos comerciales regionales", vid.:
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

internacional y con un grado de eficiencia muy limitado, como tendremos ocasión de apuntar en nuestra, necesariamente, breve exposición general.

Las subvenciones en el comercio internacional se regían inicialmente sólo por los «artículos VI y XVI del GATT de 1947», dedicados respectivamente a los «derechos antidumping y derechos compensatorios» y a las «subvenciones» que, como recuerda Didier⁸, han permanecido sin apenas modificación en la actual versión del GATT de 1994⁹. El «artículo VI» legitimaba a las partes contratantes a adoptar unilateralmente medidas compensatorias a las importaciones de productos que se beneficiaran de subvenciones, mientras que el «artículo XVI» se limitaba a establecer la obligación de las partes contratantes de notificar toda «subvención que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio». Sin embargo, tanto estos preceptos como los que componían el Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT¹² se caracterizaban por la imprecisión de los conceptos.

Al amparo de dicho marco internacional se adoptó el «Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1979 (ASMC 1979)», que, como veremos, fue reemplazado por un nuevo acuerdo en 1994, ya en el ámbito de la OMC.

2.1. La OMC y las Subvenciones en el comercio Internacional

Como ya anticipamos en las consideraciones introductorias, el término “subvención” es el empleado tradicionalmente empleado en el comercio internacional, sin que pueda considerarse plenamente equivalente al de “Ayuda de Estado” en el ámbito de la Unión Europea.

La actual regulación de las subvenciones en el contexto de la OMC se contiene en el «Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1994 (ASMC 1994)»¹⁰, que incorpora, junto a otras notables mejoras¹¹, una definición de «subvención»¹², de la que se creía hasta la fecha, consensuada entre las diversas sensibilidades presentes en su negociación, liderada principalmente por los Estados Unidos y la Unión Europea¹³.

8 En este sentido, Didier, P. (1995) *Le code anti-subsventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté*, en *Cahiers de Droit Europeen*, Bélgica, nº 5-6, pp. 679-750 en particular p. 682.

9 La versión en castellano del Acuerdo general sobre aranceles y comercio de 1994, conocido como GATT 1994, se recoge en el BOE, nº 20, supl., de 24/01/1995.

10 Este acuerdo se aprobó en el acta final de la Ronda Uruguay del GATT, incorporándose en su anexo 1A (BOE, núm. 20, supl., de 24.1.1995). El texto del ASMC 1994 se puede descargar además en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf. Este Acuerdo reemplazó al anterior, adoptado por los miembros del GATT en 1979 (ASMC 1979).

11 A diferencia de su predecesor de 1979, el ASMC 1994 no se limita al control de las subvenciones que causen un perjuicio en el mercado del país importador, sino que va a regular también las subvenciones interiores («Domestic subsidies») que frenen las exportaciones hacia el país que concede la subvención («Import substitution») y aquéllas que frenen las exportaciones de un miembro hacia terceros países en beneficio de las exportaciones subvencionadas («Third country displacement»). Para ello, como apunta Didier, P. («Le code...», op. Cit., en concreto, pp. 679 -680), el ASMC 1994 prevé claramente y sin la anterior ambigüedad, que las subvenciones generales o interiores, aunque no resulten prohibidas de plano (*per sé*), pueden ser objeto de una acción, con algunas excepciones, al igual que las clásicas subvenciones a la exportación.

12 Uno de los trabajos más interesantes en la materia es el que se recoge en la monografía de Rubini, L. (2009) *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press.

13 La ausencia de dicha definición había llegado a convertirse en uno de los “talones de Aquiles” del sistema diseñado sobre la base del GATT 1947, recogido en el ASMC 1979. La complejidad práctica de las subvenciones, unida al frecuente empleo de este instrumento por parte de alguno de los principales actores del comercio internacional, sobre todo para apoyar a sectores económicos especialmente sensibles, como la siderurgia o la agricultura, han venido a dificultar las iniciativas tendentes a someter las subvenciones

En efecto, la Ronda de Uruguay del GATT de 1994 incorpora una definición de «subvención» en el Artículo 1 ASMC 1994¹⁴ que, en realidad, es una descripción amplia, ilustrada con ejemplos, de conductas atribuibles a los Estados, que pueden incidir negativamente en la armonía del comercio internacional¹⁵.

La importancia de las reglas de la OMC en materia de subvenciones ha cobrado un nuevo valor con motivo del Brexit, pues se ha sugerido que, al salir el Reino Unido de la Unión Europea, los eventuales litigios sobre ayudas estatales que con anterioridad se sometían a las reglas de la misma, lo serán a partir de dicha salida, por las previstas en el ASMC 1994¹⁶.

De este modo, y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a 1994, el artículo 1 ASMC 1994 ofrece una «Definición de subvención», si bien con efectos limitados al propio acuerdo (ASMC). Dicha definición incorpora los siguientes elementos, notablemente inspirados en la regulación de la Unión Europea:

1.- Que exista una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, aclarando que ello se da:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)¹⁷;

iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;

a una regulación internacional estricta. Vid. Montaña Mora, M., (1997) "El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-27, 1997, pp. 239-280, en particular p. 241.

14 Para un análisis general de la regulación de las subvenciones en el marco de la OMC, vid. Luengo Hernández de Madrid, G. (2000) *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid. Y para un estudio monográfico de la noción de subvención en el ámbito de la OMC, expuesto comparativamente con la noción de ayuda estatal, nos remitimos, principalmente a: Rubina, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2009.

15 Las discrepancias respecto a lo que debe considerarse subvención en el marco de la OMC respecto de las ayudas que pueden resultar autorizadas en el marco del TFUE se ha planteado en diversas ocasiones, incluso con demandas recíprocas, por parte, principalmente de Estados Unidos y la Unión Europea: Un buen ejemplo son los casos relativos a Boeing y al consorcio europeo fabricante de los Airbus, suscitados en el marco de la OMC. Acerca de estos casos, vid. en la web de la OMC (<http://www.wto.org/indexsp.htm>): Dispute DS316 (European Communities - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft) y Dispute DS353 (United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint).

16 Vid. A este respecto, las conclusiones, todavía provisionales, de Peretz, G./Bacon, K. (2016) "Paper on post-Brexit options for State aid" en United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA), 16 November 2016, disponible en: <http://uksala.org/paper-on-post-brexit-options-for-state-aid/>. Este comentario forma parte de los trabajos en curso en el seno del Brexit Competition Law Working Group (BCLWG), grupo de expertos bajo la dirección de Sir John Vickers, que analiza el proceso del Brexit y sus efectos y consecuencias, cuyas actividades se pueden consultar en <http://www.bclwg.org/> Vid. Asimismo, Nicolaidis, Ph. (2016) "Brexit and State Aid: The Day After", *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion, 27.06.2016. En: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/6529>

17 De conformidad con las disposiciones del artículo XVI del GATT de 1994 (Nota al artículo XVI), y las disposiciones de los anexos I a III del presente Acuerdo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados.

iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;

2.- Cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y con ello se otorgue un beneficio.

Asimismo, se aclara, en el punto 2º de dicho artículo 1 ASMC 1994 que la subvención, definida conforme al punto anterior solo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II o a las disposiciones de las Partes III o V cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2.»

Por su parte, el Artículo 2 ASMC 1994 recoge el criterio de la especialidad, que guarda, como veremos, indudable conexión con el Principio de selectividad consagrado en la regulación de la Unión Europea. Esto es, que tenga destinatarios o beneficiarios concretos y determinados o determinables¹⁸.

Esta definición de «subvención» se complementa con tres listas que ofrece el propio ASMC 1994 en las que se distingue entre «subvenciones prohibidas (arts. 3 y 4)», «subvenciones recurribles (arts. 5 a 7)» y «subvenciones no recurribles (art. 8)»; que se corresponden, de acuerdo con el tradicional método del «semáforo», con los colores rojo, ámbar y verde.

No cabe duda de que poder disponer de un concepto razonablemente definido de «subvención», supuso un avance muy importante; y que el mismo fuera, en buena medida, comparable al de ayuda estatal, no lo fue menos. Sin embargo, el procedimiento diseñado en el ASMC 1994 y las medidas que se pueden adoptar para reaccionar frente a subvenciones contrarias a la OMC dista mucho de ser tan eficientes como las diseñadas en la UE. A este respecto, y aunque son muy numerosos los

18 El tenor literal del Artículo 2 ASMC 1994 es el siguiente: "2.1. Para determinar si una subvención, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1, es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados en el presente Acuerdo "determinadas empresas") dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, se aplicarán los principios siguientes:

a) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica.

b) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, establezca criterios o condiciones objetivos que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía, se considerará que no existe especificidad, siempre que el derecho sea automático y que se respeten estrictamente tales criterios o condiciones.

Los criterios o condiciones deberán estar claramente estipulados en una ley, reglamento u otro documento oficial de modo que se puedan verificar.

c) Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en los apartados a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son los siguientes: la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención. Al aplicar este apartado, se tendrá en cuenta el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones.

2.2.- Se considerarán específicas las subvenciones que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante. Queda entendido que no se considerará subvención específica a los efectos del presente Acuerdo el establecimiento o la modificación de tipos impositivos de aplicación general por todos los niveles de gobierno facultados para hacerlo.

2.3.- Toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica.

2.4.- Las determinaciones de especificidad que se formulen de conformidad con las disposiciones del presente artículo deberán estar claramente fundamentadas en pruebas positivas.»

casos de disputas sobre subvenciones¹⁹, resultan especialmente esclarecedoras para los problemas que plantea el actual diseño del ASMC 1994, las disputas que en forma paralela enfrentaron a Estados Unidos y la Unión Europea por las subvenciones que recibieron Boeing²⁰, en un caso, y Airbus²¹, por otro.

2.2. La COVID-19 y la crisis de la OMC: La iniciativa europea para controlar las ayudas de terceros PAÍSES

La actual pandemia ha dado lugar a un inmenso número de medidas que podrían calificarse de ayudas o subvenciones, conforme a las normas de la OMC destinadas no sólo a atender a la emergencia sanitaria, como a sus consecuencias económicas y sociales para empresas y trabajadores. No tenemos constancia de que esta excepcional circunstancia haya tenido reflejo efectivo en el funcionamiento de la OMC en la materia²².

Al margen de esta cuestión, sin duda relevante pero excepcional, lo cierto es que ya con anterioridad, los mecanismos diseñados en el marco de la OMC para resolver, entre otras disputas, las suscitadas en el marco del ASMC 1994, habían demostrado estar necesitados de una reforma, acerca de la que se ha comenzado a hablar. Se trata de una cuestión de gran calado que, sin embargo, atendiendo al carácter del presente trabajo, no podemos abordar en detalle²³. Baste señalar, no obstante, que, en la propuesta de Reglamento relativa a las subvenciones extranjeras en el Mercado Único, se apuntan claramente dificultades del actual marco de la OMC para dar satisfacción a las complejas circunstancias del comercio internacional y, en particular, a los problemas suscitados por las subvenciones procedentes de terceros países en la UE.

A este respecto, se constata en dicha propuesta cómo desde 2017, la UE ha participado activamente en conversaciones multilaterales con los Estados Unidos y Japón, cuyo papel fue decisivo en la creación de la OMC y en la actual redacción del ASMC 1994, con el objetivo de mejorar la cooperación multilateral en una serie de áreas clave, en el marco de las atribuciones conferidas a la OMC. Concretamente se destaca que el Consejo Europeo había otorgado a la Comisión un mandato «para perseguir la modernización de los objetivos para hacer que la OMC sea más pertinente y adaptable a un mundo cambiante, y fortalecer la eficacia de la OMC²⁴».

19 Resulta de especial interés para conocer los casos planteado la edición actualizada de “Resúmenes de una página por caso” que acaba de publicar la OMC, disponible, de momento sólo en inglés: WTO, WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995–2020, 2021 Edtoin. Esta publicación puede descargarse en: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/dispu_settl_1995_2020_e.pdf

20 Acerca del Caso Boeing en el ámbito de la OMC, véase la información recogida por la Comisión Europea en: <https://trade.ec.europa.eu/wtodispute/show.cfm?id=354&code=1>

21 Acerca del Caso Airbus en el ámbito de la OMC, véase la información recogida por la Comisión Europea en: <https://trade.ec.europa.eu/wtodispute/show.cfm?id=268&code=2>

22 Una búsqueda al respecto y una consulta a la propia OMC nos ha llevado únicamente a una página en el servidor oficial de dicha Organización: COVID-19 las propuestas, en la que se recopilan las propuestas y declaraciones de los Miembros de la OMC en relación con la COVID-19 y el comercio mundial. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/proposals_s.htm

23 En relación con dicha reforma, véase la nota de prensa de la Comisión Europea, «Reforma de la OMC: la UE presenta propuestas para impulsar el funcionamiento del Órgano de Apelación», de 26 de noviembre de 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_6529. Asimismo, Schneider-Petsinger, M., «Reforming the World Trade Organization. Prospects for transatlantic cooperation and the global trade system», en: Research Paper, US and the Americas Programme, September 2020». Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2020-09-11-reforming-wto-schneider-petsinger.pdf> y DDG Wolff: «WTO reform is both necessary and feasible». Disponible en: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ddgaw_24nov20_e.htm

24 En la nota al pie número 9 de la citada propuesta de Reglamento se remite al documento *European Commission, Concept paper: WTO modernisation* (September 2018). Este documento puede consultarse en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf y la nota de prensa de su

Entre los hitos que se citan en dicha propuesta debemos destacar que, en enero de 2020, los altos representantes comerciales de la UE, los EE. UU. y Japón acordaron la necesidad de fortalecer la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus normas sobre subvenciones industriales²⁵.

Además de esos esfuerzos conjuntos por reforzar la OMC, especialmente en materia de subvenciones, la Unión Europea ha optado también por acciones unilaterales, ya producido el Brexit. Nos referimos de manera especial a las medidas para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en la Unión Europea, que quedan fuera de la actual regulación de la OMC a las que nos vamos a referir brevemente a continuación. Con ello, la UE manifiesta claramente su intención de comenzar a trabajar en el desarrollo de la normativa de la OMC para evitar las distorsiones competitivas debidas a la intervención estatal en la economía, incluidas las subvenciones industriales, como se indica en el anexo de la Comunicación sobre el comercio Revisión de políticas²⁶.

Es sin duda, la crisis del actual marco regulatorio de las subvenciones en la OMC o, más propiamente, la incapacidad de los instrumentos diseñados en 1994 para hacer frente a los retos del presente lo que ha llevado a la Unión Europea a diseñar su propio marco normativo para controlar los efectos desfavorables que para la economía (y en buena medida, la independencia de la propia Unión Europea) derivan de determinadas subvenciones que procedentes de terceros países entran en la Unión Europea).

La preocupación de la Comisión Europea se hizo evidente – y entendemos que no por casualidad, en plena pandemia, con la publicación, el 17 de junio de 2020, del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el Mercado Único”²⁷. Con dicho documento, la Comisión pretendía abrir un debate público que le permitiera recabar las opiniones y aportaciones de todas las partes interesadas sobre las diferentes alternativas que pudieran elegirse para hacer frente a un grave problema que con esta publicación se trasladaba a la sociedad de manera clara al someterlo formalmente a una consulta pública²⁸, que estuvo abierta desde su publicación hasta el 23 de septiembre de 2020, con el fin de que le permitiera elaborar posibles propuestas legislativas en este ámbito.²⁹

El Libro Blanco parte de una serie de evidencias³⁰ que de forma simple pueden resumirse en el hecho de que así como las ayudas o subvenciones (tomando la terminología de la OMC) concedidas por

presentación en: file:///C:/Users/arodmig/Downloads/European_Commission_presents_comprehensive_approach_for_the_modernisation_of_the_World_Trade_Organisation.pdf

25 Se trata de la Declaración conjunta de la Reunión Trilateral de Ministros de Comercio de Japón, los Estados Unidos y la Unión Europea Washington, D.C., 14 de enero de 2020 (Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union). Este documento se puede consultar en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158567.pdf

26 La Comisión cita expresamente en la nota 11 de la citada propuesta el Annex to the Commission Communication, Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy (COM(2021) 66 final). Este documento puede consultarse en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159439.pdf

27 Nos referimos al proceso iniciado con la publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, cuya consulta pública remató el 23 de septiembre de 2020. Acerca de este fundamental documento y su estado actual de desarrollo, vid. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070

28 Los resultados de dicha consulta pública se pueden consultar aquí: los https://ec.europa.eu/competition/international/overview/WP_foreign_subsidies2020_summary_public_consultation.pdf y las Contribuciones a la consulta pública y Documentos anexos a las contribuciones en: https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies.html

29 La DGCOMP ha abierto un sitio especial en su servidor web de competencia dedicado a este tema: https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies.html

30 Con carácter previo a la lectura del propio Libro Blanco resulta de interés detenerse también en la lectura de la Nota de Prensa de la Comisión Europea de 17 de junio de 2020, “La Comisión adopta un Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”. Las menciones entrecomilladas que

los Estados miembros siempre han estado sujetas a las normas sobre ayudas estatales de la UE para evitar el falseamiento de la competencia, las subvenciones concedidas por gobiernos de países no miembros de la UE a empresas de la UE que parecen tener un impacto negativo cada vez mayor en la competencia en el mercado único, están fuera del control de las ayudas estatales de la UE.

Como señala además la propia Comisión Europea en la nota de prensa que acompañó a la publicación del Libro Blanco³¹, “existe un número creciente de casos en los que las subvenciones extranjeras parecen haber facilitado la adquisición de empresas de la UE o falseado las decisiones de inversión, las operaciones de mercado o las políticas de fijación de precios de sus beneficiarios, o la contratación pública, en detrimento de empresas no subvencionadas”, recordando expresamente que:

(...) las normas de defensa comercial existentes se refieren únicamente a las exportaciones de bienes procedentes de terceros países y, por tanto, no abordan todos los falseamientos causados por las subvenciones extranjeras concedidas por países no pertenecientes a la UE. Cuando las subvenciones extranjeras adoptan la forma de flujos financieros que facilitan las adquisiciones de empresas de la UE o apoyan directamente el funcionamiento de una empresa en la UE o facilitan la presentación de ofertas en un procedimiento de contratación pública, se constata la existencia de una laguna normativa.

Es, por tanto, a juicio de la Comisión, más una laguna normativa que un fallo del sistema de la OMC antes aludido, de ahí que también, entendemos, dicho sistema debería reformularse.

El Libro Blanco proponía diversas soluciones y pedía nuevas herramientas para colmar esa laguna normativa detectada y proponía diversos enfoques. La propuesta de Reglamento³² finalmente presentada³³ tiene como finalidad básica colmar la laguna detectada respecto del control de las subvenciones otorgadas por terceros países en la Unión Europea. Pero su incidencia, para la Comisión, es todavía más amplia de lo que podría pensarse limitando el ámbito de las subvenciones a aquellas medidas que escapan a los artículos 107 a 109 TFUE, puesto que, como se detalla en la parte expositiva de la propuesta:

Esta propuesta aborda las distorsiones en el mercado interior causadas por las subvenciones extranjeras que caen fuera de la UE sobre ayudas estatales, control de concentraciones y normas antimonopolio. Complementa y es plenamente coherente con las normas de

siguen, salvo que se indique lo contrario, proceden de la misma. Esta nota puede consultarse en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070. En dicha nota se exponen los antecedentes de esta aproximación a las subvenciones extranjeras en la UE señalando como Contexto de la presentación del Libro Blanco: “En las conclusiones del Consejo Europeo del 21 y 22 de marzo de 2019 se encomendó a la Comisión que identificara nuevos instrumentos para hacer frente a los efectos falseadores de las subvenciones extranjeras en el mercado único.

En su Comunicación «Una nueva estrategia industrial para Europa», de 10 de marzo de 2020, la Comisión confirmó que a mediados de 2020 adoptaría un Libro Blanco sobre un Instrumento de subvenciones extranjeras, a fin de abordar los efectos de falseamiento causados por las subvenciones extranjeras en el mercado único.”

- 31 Nos referimos a la ya citada Nota de Prensa de 17 de junio de 2020 titulada “La Comisión adopta un Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, disponible en file:///C:/Users/arodmig/Downloads/La_Comisi_n_adopta_un_Libro_Blanco_sobre_las_subvenciones_extranjeras_en_el_mercado_nico.pdf
- 32 La propuesta de Reglamento se puede consultar en: https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal_for_regulation.pdf y el Informe de evaluación de impacto, presentado junto a la misma, en: https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact_assessment_report.pdf
- 33 Para un primer comentario de esta propuesta de reglamento, véase: Modrall, J. (2021) “Anti-Subsidy Regulation – A New Big Stick in the EU Regulatory Arsenal”, *Kluwer Competition Law Blog*, May 6, 2021, disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/05/06/anti-subsidy-regulation-a-new-big-stick-in-the-eu-regulatory-arsenal/>

competencia existentes. Aborda los efectos perjudiciales de distorsión subvenciones extranjeras en los casos de concentraciones y contratación pública ex ante, sin limitar la capacidad de la UE para intervenir ex post en otras situaciones del mercado, incluso en concentraciones y procedimientos de contratación pública.

A nadie se le oculta la delicada cuestión que la Comisión ha decidido abordar ahora sí a través de una norma de aplicación directa como es un reglamento, en un contexto de pandemia y de guerra comercial en diferentes frentes (Estados Unidos/China, Estados Unidos/Unión Europea), así como las eventuales consecuencias de dicha política europea activa respecto de las empresas que sostiene con dichos fondos empleos en Europa. Sin olvidar, obviamente, las diferencias políticas existentes entre los actuales bloques económicos respecto de los que se suscita el conflicto.

La propuesta justifica que se acuda a un instrumento tan poderoso como un reglamento afirmando³⁴ que solo un instrumento legislativo puede abordar eficazmente los problemas identificados. Un reglamento es necesario, ya que es directamente aplicable en los Estados miembros, establece el mismo nivel de derechos y obligaciones para los particulares, y permite la aplicación coherente y eficaz de las normas en toda la UE. La idea que entendemos late además sobre la elección de este instrumento es que ningún Estado, ni tan siquiera los que se reputan “paraísos fiscales” o aquellos tentados a recibir más subvenciones de esta naturaleza puedan hacerlo de forma diferente.

La Comisión es clara y explícita además al ofrecer las cuatro alternativas que se habrían barajado antes de acometer la elaboración de un reglamento.

Sin poder entrar en detalle y tal y como resume la propia Comisión en la nota de prensa que acompañó la publicación de la propuesta de nuevo Reglamento³⁵, en la misma se propone la introducción de tres herramientas o instrumentos. Dos basados en la notificación y una herramienta general de investigación de mercado. Lo resume esquemáticamente del modo siguiente:

Una herramienta basada en la notificación para investigar las concentraciones que impliquen una contribución del Gobierno de un país tercero, cuando el volumen de negocios en la UE de la empresa que vaya a adquirirse sea igual o superior a 500 millones de euros y las contribuciones financieras extranjeras asciendan como mínimo a 50 millones de euros;

una herramienta basada en la notificación para investigar las ofertas en licitaciones públicas que impliquen una contribución financiera del Gobierno de un país tercero, cuando el valor del contrato de la licitación sea igual o superior a 250 millones de euros; y una herramienta para investigar todas las demás situaciones del mercado y las concentraciones y los procedimientos de contratación pública de menos valor, que la Comisión puede investigar por propia iniciativa (ex officio) y solicitar ad hoc.

La propuesta acaba de iniciar su andadura y no dudamos que como las que ha iniciado a tramitar la Unión Europea en relación con la revolución digital son decisivas para el futuro no sólo de la Unión Europea, sino de la sociedad cuya evolución solo atisbamos a percibir.

3. LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA RESPUESTA EUROPEA A LA CRISIS

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la atención por las ayudas de Estado y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados ha sido desde un principio una pieza clave de

34 Apartado 2, “LEGAL BASIS, SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY”, punto “Choice of instrument”, Prop. Reg, p. 7.

35 Cfr la nota de prensa titulada “La Comisión propone un nuevo Reglamento para hacer frente a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado único*”, de 5 de mayo de 2021, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1982

la construcción europea. Esta idea y su articulación se recogía ya en el primero de los Tratados fundacionales, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CECA o TCECA), de 1951, hoy derogado, que se limitaba a prohibirlas, de forma radical y absoluta en el ámbito cubierto por el mismo, que no era otro que el del carbón y el acero³⁶. Pero ha sido en el marco general del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), de 1957 y sus evoluciones posteriores hasta el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) donde ha adquirido los perfiles actuales que, sin apenas cambios en la redacción de los preceptos básicos deben buena parte de su evolución a la labor de la Comisión Europea bajo la supervisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1. El marco general de las ayudas de Estado en la Unión Europea

La experiencia adquirida con el Tratado CECA hizo que el Tratado CEE, aprobado sólo seis años después, reemplazara la prohibición absoluta e incondicionada prevista inicialmente en aquel, por la que con acierto se denominó “incompatibilidad de principio”³⁷ de aquellas medidas que calificadas como ayudas estatales al reunir las condiciones del artículo 107.1 TFUE, esto es, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, en la medida en que afectasen a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y salvo que el propio Tratado dispusiera otra cosa.

Tras la aprobación del actual TFUE, los preceptos básicos son los arts. 107 a 108 TFUE³⁸, si bien, esta regulación general se complementa con las reglas especiales que el propio TFUE recoge para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa³⁹.

Las previsiones del Derecho originario se han desarrollado tanto por normas de Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones) como acudiendo a la técnica del *Soft Law*, algo muy común en el ámbito del Derecho europeo de la competencia; es decir, a través de la publicación de comunicaciones e incluso cartas dirigidas a los Estados miembros, en las que la Comisión expone cómo procede a aplicar las previsiones en materia de ayudas estatales, de acuerdo con los criterios

36 Debemos destacar, sin embargo, que el Tratado CECA no regulaba todas las ayudas a la siderurgia, ya que existían subsectores de la misma que se acogieron desde un principio al Tratado CE. Vid. la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación de determinados sectores siderúrgicos no regulados en el Tratado CECA (DO C 320, de 13.12.1988, pág. 3).

37 Como apunta HERMITTE, MARIE ANGÈLE. («Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire», en *JCE*, vol. III, fasc. 675, 1989, pág. 2), esta incompatibilidad de principio adquiere en el Derecho comunitario un sentido particular, ya que no significa tanto que las excepciones a la incompatibilidad sean raras, sino más bien que son concedidas por la Comisión de manera individualizada, en la medida en que son el instrumento de una política económica de reestructuración del tejido industrial según las normas más competitivas. En términos parecidos, KEPPELNE, JEAN PAUL (*Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, págs. 8 y 9) señala como en la práctica la incompatibilidad fue más la excepción que la regla general.

38 Tras la desaparición del TCECA el 23 de julio de 2002, al no decidir los Estados miembros alterar el plazo de cincuenta años que se había previsto para su vigencia, son las normas contenidas en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sucesor del TCEE, las que regulan las ayudas estatales en el marco de la Unión Europea. Vid. Rodríguez Miguez, J. A. (2003), “Panorámica del Derecho comunitario de la competencia tras la desaparición del Tratado CECA”, en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo, núm. 22, diciembre 2003, pp. 11-15.

39 Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. *tarios*, pp. 351-378. Arpio Santacruz, J. L. (2014) “Las Ayudas Públicas”, en García-Cruces, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 419-602.

que la jurisprudencia europea ha ido estableciendo⁴⁰. No debemos olvidar, sin embargo, que como ha reconocido la propia jurisprudencia, lo consignado en estas comunicaciones no representa un auténtico «puerto seguro» si se oponen al Derecho primario o secundario en la materia⁴¹.

La Unión Europea y, más concretamente, la Comisión Europea, respondió de manera inmediata a la crisis sanitaria y a sus efectos previsibles sobre la economía, acudiendo a un instrumento de *Soft Law* en materia de ayudas estatales, haciéndolo de forma más amplia y rápida que como ya lo había hecho en 2008 ante la crisis financiera que también devino en aquella ocasión en una crisis económica y social.

Dado el carácter de este trabajo abordaremos brevemente esta respuesta, tanto en lo que respecta a la flexibilización de las reglas sobre ayudas otorgadas por los Estados (“Ayudas estatales”, propiamente dichas), como en las medidas adoptadas para conceder apoyo financiero a los Estados Miembros (a las que denominamos “Ayudas a los Estados”).

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia, como ya ocurriera en 2008 con la crisis financiera, el control de las ayudas estatales vuelve a ser esencial desde la perspectiva de la competencia para el mantenimiento del Mercado interior y, en buena medida, el futuro de la propia Unión Europea.

En efecto, a pesar de la rotundidad del artículo 107.1 TFUE su redacción recogió la lección aprendida en la crisis de los sectores del carbón y del acero de los años posteriores a la aprobación del Tratado CECA de forma tal que el sistema general se dotó de una gran flexibilidad de la que la Comisión ya supo hacer uso en 2008 y que de forma más rápida e intensa ha hecho uso a partir de 2020 para reaccionar ante la pandemia.

En efecto, ya desde 1957 la prohibición general del citado artículo 107.1 TFUE se completa en sus dos apartados siguientes, el 2º y el 3º, con una serie de excepciones dirigidas a aquellas medidas que aun siendo calificadas como ayudas estatales al reunir las condiciones enunciadas en aquel serán autorizadas de forma “casi automática” (artículo 107.2 TFUE), o podrán serlo (artículo 107.3 TFUE), si la Comisión Europea aprecia que se dan las condiciones previstas en cada una de las respectivas excepciones que, aun reconociendo un alto grado de discrecionalidad, habrán de ser interpretadas de forma restrictiva por la Comisión⁴². Es por ello necesario recordar que, así como el concepto de ayuda estatal puede ser apreciado por los tribunales nacionales, la compatibilidad de las ayudas es una competencia exclusiva de la Comisión Europea, aunque su apreciación se somete a la revisión judicial⁴³.

40 La legislación en materia de ayudas estatales puede consultarse en la web oficial de la DGCOMP, en la dirección: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html

41 Así se infiere del pronunciamiento del TJ en sede prejudicial en su sentencia 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros*, Asunto C 226/11, apartado 33.

42 Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, vid. Urraca Cavboedes, C. (2017), “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, en Beneyto Pérez, J. M./Maillo González-Orus, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, pp. 243-279.

43 Así se recoge claramente en el punto 10 de la reciente “Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 305, de 30.7.2021, p. 1): 10) De ello se deduce que la aplicación del sistema de control de las ayudas estatales, del que la disposición del artículo 108, apartado 3, del TFUE constituye un elemento fundamental, corresponde tanto a la Comisión como a los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que sus funciones respectivas son complementarias pero distintas. Si bien la Comisión tiene competencia exclusiva para evaluar la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado interior, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos de los particulares ante una posible infracción del artículo 108, apartado 3, del TFUE (14).”

De este modo, conforme al artículo 107.2 TFUE “serán compatibles con el mercado interior”, esto es, deben ser autorizadas si se dan los correspondientes supuestos de hecho:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; y
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

El grado de discrecionalidad es mayor para la Comisión en los supuestos que se recogen en el Artículo 107.3 TFUE, conforme al cual, la Comisión -y solo ella- podrá declarar compatibles las ayudas previamente declaradas en una serie de supuestos especialmente abiertos desde su redacción inicial de 1957 cuya esencia ha permanecido inalterada. Estos supuestos son, en la redacción prácticamente inalterada desde 1957, los siguientes:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común; y finalmente,
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

Como tendremos ocasión de ver, la Comisión va a aprovechar la amplitud de los términos, cuya literalidad hemos reproducido, de ambas categorías de excepciones para autorizar como compatibles una pluralidad de ayudas en el contexto de la crisis sanitaria y económica generada por la Covid-19, como en su día hizo con la crisis financiera, demostrando que la flexibilidad es una de las características intrínsecas del sistema de control europeo de las ayudas estatales, tanto para atajar la crisis, como para promover la recuperación de la crisis económica generada por aquélla.

Además del tratamiento singular que se prevé para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades

relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa⁴⁴, el sistema se articula a través del mecanismo general de la preceptiva notificación previa a la Comisión Europea⁴⁵ que, no obstante, se ha ido flexibilizando progresivamente a través de la admisión en sede de ayudas estatales de instrumentos tomadas de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE como la regla “de minimis”⁴⁶ y las “exenciones por categorías”⁴⁷.

Es preciso destacar además que, junto al papel predominante de la Comisión Europea en el control de las ayudas estatales, ha adquirido cada vez mayor protagonismo el que pueden desempeñar las autoridades judiciales nacionales, en lo que se conoce como «Aplicación privada» («Private Enforcement») o «Aplicación judicial» en materia de ayudas de Estado⁴⁸.

3.2. El marco temporal excepcional para hacer frente a la crisis y la Covid-19

Al igual que hiciera a partir de 2008 con el denominado “Paquete bancario”⁴⁹ aprobado por la Comisión Europea a raíz del estado de la crisis financiera⁵⁰, la Comisión Europea flexibilizó de

44 Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. *tarios*, pp. 351-378. Arpio Santacruz, J. L. (2014) op. cit., en concreto, págs. 429-448.

45 A diferencia de lo que ocurrió con los artículos 101 y 103 TFUE, la Comisión no dispuso de habilitación para desarrollar el Artículo 108 TFUE hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, conocido como “Reglamento de habilitación”, (DO L 142, de 14.5.1998, p. 1), hoy reemplazado por el Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L 248 de 24.9.2015, p. 1). Y no dispuso tampoco de más reglas de procedimiento que la contenidas en el Artículo 108 TFUE, y las aportaciones de la jurisprudencia hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 (DO L 83, de 27.3.1999, p. 1.), hoy reemplazado por Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 24.9.2015, p. 9).

46 La regla de minimis en materia de ayudas de Estado fue admitida en primer lugar por la jurisprudencia, y la Comisión comenzó a aplicarla adoptando inicialmente un instrumento de “soft law”, las Directrices comunitarias sobre la norma de minimis para las ayudas estatales (DO C 68 de 6.3.1996, p. 9) hasta disponer de habilitación normativa para la adopción de reglamentos por parte de la Comisión. En la actualidad la regla de minimis se contiene en el Reglamento (UE) n° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (DO L 352 de 24.12.2013, p. 1).

47 Cfr. Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p. 1). La versión consolidada se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10> Asimismo, vid. Reglamento (UE) n° 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193 de 1.7.2014, p. 1) y Reglamento (UE) n° 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 369 de 24.12.2014, p. 37).

48 Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 305, de 30.7.2021, p. 1). Esta comunicación ha desarrollado notablemente este campo.

49 Cfr. Rodríguez Miguez, J. A.: (2013) “Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España”, en *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559 y Rodríguez Miguez, J. A. (2013) “Una aproximación a los rescates bancarios desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales. ¿un crimen sin castigo?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 35, marzo, 2013, IUSTEL, Madrid, pp. 58-67.

50 Entre otros, Rodríguez Miguez, J. A. (2013) “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, en *Revista de Derecho*

forma rápida y progresiva las reglas aplicables a las ayudas estatales en el contexto de la pandemia adoptando un marco temporal y excepcional que le ha permitido nuevamente autorizar medidas que en otras circunstancias habrían sido prohibidas o sometidas a severas limitaciones. Este marco es la norma básica para poder conceder ayudas autorizables por la Comisión Europea en el actual contexto de crisis, que se añade a las que pudieran acogerse en su caso ya a la regla “de minimis”⁵¹ o el Reglamento General de Excepción por Categorías⁵² que desarrolla, como veremos, algunos supuestos excepcionales derivados de catástrofes naturales. Veamos cuál es su base jurídica, sus beneficiarios y las ayudas autorizables.

De este modo, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la primera versión de su Comunicación titulada “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”⁵³ (en adelante, “MTAE”⁵⁴), cuya actual redacción incorpora las modificaciones introducidas a través de seis revisiones sucesivas: efectuadas

Bancario y Bursátil, n° 117, Lex Nova, enero-marzo, 2010, pp. 161-190 y (2013) “Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España”, en Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559. Para conocer el contenido de las comunicaciones aprobadas por la Comisión desde 2007 para ayudar al sector financiero, vid. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html

- 51 La regla de minimis en materia de ayudas de Estado fue admitida en primer lugar por la jurisprudencia, y la Comisión comenzó a aplicarla adoptando inicialmente un instrumento de soft law, las Directrices comunitarias sobre la norma de minimis para las ayudas estatales (DO C 68 de 6.3.1996, p. 9) hasta disponer de habilitación normativa para la adopción de reglamentos por parte de la Comisión. En la actualidad la regla de minimis se contiene en el Reglamento (UE) N° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (DO L 352 de 24.12.2013, p. 1).
- 52 Cfr. Reglamento (UE) N° 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p. 1). La versión consolidada se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10> Asimismo, vid. Reglamento (UE) N° 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193 de 1.7.2014, p. 1) y Reglamento (UE) N° 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 369 de 24.12.2014, p. 37).
- 53 DO C 91, de 20.3.2020, p. 1. Casi al mismo tiempo la Comisión aprobó también la Comunicación titulada “Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19”, relativa a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (DO C 116, de 8.4.2020, p. 7). En este contexto y desde una perspectiva internacional debemos destacar también el “ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic” (<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) y OECD competition policy responses to COVID-19 (<https://www.oecd.org/competition/competition-policy-responses-to-covid-19.htm>). Acerca de lo que es lícito, desde una perspectiva general, en materia de acuerdos entre empresas, vid. Rodríguez Miguez, J. A. (2020) “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Vol. 12, Bogotá, Colombia, 2020, pp. 155-182.
- 54 La versión consolidada “no oficial” del MTAE puede consultarse en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_es.pdf

el 3.4.2020⁵⁵ (1RMTAE), el 8.5.2020⁵⁶ (2RMTAE), el 2.7.2020⁵⁷ (3RMTAE), el 13.10.2020⁵⁸ (4RMTAE), el 1.2.2021 (5RMTAE) y al menos hasta ahora, el 18.11.2021 (6RMTAE)⁵⁹.

Conforme al mismo, la Comisión ha podido autorizar inicialmente medidas excepcionales sobre la base de los artículos 107.2.b) TFUE ("las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional")⁶⁰, y del artículo 107.3.b) TFUE (la "grave perturbación de la economía de un Estado miembro"), ampliando su base legal y las posibilidades de excepción ya en la primera y casi inmediata revisión del MTAE, invocando además la excepción del artículo 107.3 c) TFUE ("las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común"). La posibilidad de excepcionar ayudas regionales en el marco Covid al amparo del artículo 107.3.c) TFUE no se hizo expresa y efectiva hasta la 6RMTAE al introducir las medidas 13 y 14 al catálogo de ayudas que pueden ser consideradas compatibles.

La relación completa⁶¹ de las actuales 12 medidas sobre las que la Comisión apunta pautas específicas para admitir su compatibilidad son las siguientes⁶²:

1. Importes limitados de ayuda (puntos 21 a 23Ter⁶³ 6MTAE. 18.11.2021)
2. Garantías de préstamos (puntos 24 a 25Bis 6RMTAE. 18.11.2021)
3. Bonificación de los tipos de interés de los préstamos (Puntos 26 a 27Bis 6RMTAE. 18.11.2021)
4. Garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras (Puntos 20 a 31 6RMTAE. 18.11.2021)

55 DO C 1121 de 4.4.2020, p. 1.

56 DO C 164, 13.5.2020, p. 3.

57 DO C 2018, de 2.7.2020, p. 3. Esta tercera revisión del MTAE (3RMTAE) entró en vigor el 29 de junio de 2020. Esta revisión es comentada por Nicolaides, P. (2020) "Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines", en *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion, 7. July 2020. Disponible en: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> y por Wilson, T./Gnatzy, P./Cranley, S. (2020) "The EC's third amendment to the State aid Temporary Framework", en *Kluwer Competition Law Blog*, July 7, 2020. Texto disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>

58 DO C 340 I, de 13.10.2020, p. 1. Los 20 primeros puntos de esta Comunicación son un diagnóstico de la situación a octubre de 2020.

59 En esta 6RMTAE, la Comisión revisaría nuevamente el marco temporal (6RMTAE), prolongando los plazos de alguna de las medidas ya incorporadas al mismo, así como añadiendo dos nuevos instrumentos de ayuda cuya compatibilidad se admite si se cumplen las condiciones establecidas por la Comisión. La consulta de la versión consolidada, no oficial, del marco temporal tras la 6RMTAE puede hacerse en la web oficial de la DGCOMP, en la dirección: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en (solo disponible en inglés). Para un breve comentario de esta 6RMTAE, véase Nicolaides, Ph (2021) "6th Revision of the Temporary Framework for Covid-19 State Aid", *State Aid Blog*, Lexxion, 23. November 2021, disponible en https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm_source=NL&utm_medium=email&utm_campaign=BlogA

60 Esta excepción no fue invocada en 2008 pues la crisis no obedecía a los supuestos que prevé expresamente.

61 La 6RMTAE ha incorporado dos nuevos instrumentos de ayuda en los que ya no podemos entrar. Se trata de: 13. Apoyo a la inversión hacia una recuperación sostenible y 14. Apoyo a la solvencia.

62 Al igual que hiciera con el paquete bancario, la Comisión publica en la web oficial de la DGCOMP una relación actualizada de las ayudas autorizadas que resulta para conocer el alcance y diseño de cada una de estas medidas, diferenciadas por países y con acceso a su correspondiente contenido en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html

63 La numeración que se indica se corresponde con la 6RMTAE. Las 5 primeras medidas provienen del MTAE original, de la 6 a la 10 de la 1RMTAE, la 11 de la 2RMTAE, la 12 de la 4RMTAE y las 13 y 14 de la 6RMTAE.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo (Puntos 32 y 33 6RMTAE. 18.11.2021)
6. Inversiones en Investigación y desarrollo relacionado con la COVID-19 (1 RMTAE. Puntos 34 y 35 6MTAE. 18.11.2021)
7. Inversiones en Infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (1RMTAE. Puntos 35 y 37 6RMTAE. 18.11.2021)
8. Inversiones para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (Puntos 38 y 39 6RMTAE. 18.11.2021)
9. Aplazamientos de pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social (1RMTAE. Puntos 40 y 41 6RMTAE. 18.11.2021)
10. Subsidios salariales durante el brote de COVID-19 (1RMTAE. Puntos 42 a 43Bis 6MTAE. 18.11.2021) 6MTAE. 18.11.2021)
11. Medidas de recapitalización (2RMTAE. Puntos 44 a 85 6RMTAE. 18.11.2021)⁶⁴
12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (5RMTAE. Punto 87 6RMTAE. 18.11.2021)
13. Apoyo a la inversión hacia una recuperación sostenible (6RMTAE. Puntos 88 a 97 6RMTAE. 18.11.2021)
14. Apoyo a la solvencia (6RTAE- Puntos 98 a 102 6RMTAE. 18.11.2021 6RMTAE).

Estas 14 medidas, en cuyo detalle no podemos entrar⁶⁵, se pueden clasificar atendiendo a su finalidad principal y a sus características comunes en 4 grupos:

- 1) Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (1-5);

⁶⁴ Estas medidas se hicieron esperar un poco. La Comisión asume la noción amplia de capital, que fue la tesis que sostuvimos en Rodríguez Miguez, J. A. (2003) *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías, N° 24, Santiago de Compostela, España. Disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf> y que mantenemos en Rodríguez Miguez, J. A.: "Clarifying the Applicability of the Private Investor Test. Annotation on the Judgment of the General Court (Third Chamber) of 16 January 2018 in Case T-747/15 EDF v Commission", en *European State Aid Law Quarterly* (ESTAL), Lexxion, n° 2, 2018, Vol. 17, pp. 290-297. <https://estal.lexxion.eu/article/ESTAL/2018/2/13>.

⁶⁵ Existen pocos comentarios de ese MTAE y su actualización resulta compleja dadas las sucesivas reformas, por lo que en este aspecto son una buena fuente de información los posts de especialistas que comentan cada una de las revisiones. Algunas de ellas son citadas en este trabajo. Como comentarios generales podemos citar: Álvarez Suárez, M./Domínguez Viera, J./Garrosa Fernández, P. (2020) "Ayudas de estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior", en *Economía industrial*, N° 417 (Ejemplar dedicado a: Emprendimiento digital), Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, España, pp. 163-173. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8005356> asimismo creo oportuno citar mis propios trabajos: Rodríguez Miguez, J. A. (2020) "Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control", en *Anuario de la Competencia* 2019, Fundación IC O/Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2020, pp. 167 a 204 ISBN: 9788449028410. <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/fb8e6f7f08b881c26d5de3057cd4456a18986e50.pdf> "Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis", *Revista da Escola Galega de Administración Pública-REGAP*, ISSN-L: 1132-8371, N° 60, julio-diciembre, Santiago de Compostela, 2020, pp. 369 a 400. Disponible en: <https://egap.xunta.gal>

- 2) Ayudas a la inversión vinculados a la lucha contra el COVID-19 (6-8) y hacia una recuperación sostenible (13)
- 3) Ayudas sociales (9-10) y
- 4) Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas y su solvencia (11, 12 y 14)⁶⁶.

No cabe en este trabajo precisar el contenido de cada una de estas medidas, baste señalar que suponen una ampliación respecto de las posibilidades anteriores a la crisis y que esta circunstancia hace que su vigencia sea temporal, aunque haya sido ampliada en el tiempo. Asimismo, se establecen cautelas respecto de las empresas en crisis al 31.12.2019, con salvaguardas específicas, a partir de la 3RNTAE a favor de las microempresas y las PYMES.

Resulta evidente que los Estados miembros no tienen la misma capacidad económica para aprovechar este Marco Temporal. Esta afirmación, incuestionable en términos cuantitativos no debe hacernos ignorar que lo realmente decisivo en la utilización lo más eficiente que se pueda de los fondos de que se pueda disponer, sin olvidar, como veremos de inmediato, los nuevos fondos que, procedentes de la UE, recibirán algunos países miembros⁶⁷.

3.3. Las ayudas públicas europeas excepcionales a los Estados Miembros

La magnitud de la crisis sanitaria y sus consecuencias económico-sociales han llevado a la Unión Europea a reconducir los instrumentos financieros ya existentes y a diseñar instrumentos específicos, que vienen a sumarse a los anteriores, cuyas posibilidades han sido aprovechadas en todo lo que era posible dado lo avanzado de su ejecución presupuestaria (período 2014/2020)⁶⁸.

Con esa finalidad, se ha preparado el nuevo marco presupuestario 2021/2027, dotándolo de instrumentos financieros nuevos destinados a banalizar nuevos fondos a través de las prioridades presupuestarias que se habían aprobado, con el objetivo de que permitan recuperar la economía europea, especialmente de los países más castigados por la pandemia.

De este modo, ya en mayo de 2020, la Comisión propuso un paquete a gran escala de medidas ("Plan de recuperación para Europa"⁶⁹) que combinaba el nuevo marco financiero plurianual de la UE (MFP) para el venidero período 2021-2027, por un importe que se fijaba en 1,1 billones de euros y la creación de un "instrumento de emergencia único" denominado "Next Generation EU" (NGEU)⁷⁰ por un valor previsto de 750 000 millones de euros, para ayudar a los Estados miembros a reducir el impacto socioeconómico de la pandemia, recuperarse y retomar la senda del crecimiento sostenible.

66 La adscripción de esta nueva modalidad de ayuda junto a la recapitalización puede inferirse, a nuestro juicio, de la presentación que de la misma hace la propia Comisión en su 4RMTAE, cuando afirma: "(...) muchas empresas se enfrentan temporalmente a una menor demanda que no les permite cubrir parte de sus costes fijos. En muchos casos, se espera que la demanda se recupere en los próximos meses, pero para estas empresas puede no ser eficiente reducir su tamaño si ello conlleva costes de reestructuración significativos. Apoyar a estas empresas contribuyendo a una parte de sus costes fijos de forma temporal puede ser una forma eficaz de salvar la brecha, evitando así el deterioro de su capital, manteniendo su actividad empresarial y proporcionándoles una base sólida para su recuperación." (Punto 11 4RMTAE).

67 Para un seguimiento de la aplicación del MTAE puede consultarse la web de la Comisión Europea en la dirección: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en

68 En efecto, con ocasión de la crisis fondos como los estructurales, los de cohesión o FEDER han sido canalizados a los Estados miembros para atender las necesidades más urgentes, tanto sanitarias como económicas.

69 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es

70 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu_es

Tras obtener el respaldo político imprescindible, que se obtuvo *in extremis* en el Consejo Europeo del 17-21 de julio de 2020⁷¹, se inicia el camino del Plan con el que la Comisión apuesta por la inversión, tanto pública como privada para remediar los daños de la pandemia a través de dos elementos fundamentales, que sumarán previsiblemente 1,8 billones de euros según la información actual:

- El Instrumento de Recuperación (temporal) Next Generation EU, por valor de 750.000 millones de euros, financiado a través de deuda emitida en los mercados financieros; y
- Un marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 remodelado y reforzado, a través de los instrumentos ya existentes, junto con la creación de nuevas medidas y programas, incluyendo el mecanismo «Next Generation EU».

El instrumento financiero europeo más importante es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) para cuya creación se aprobó por el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.⁷²

El Mecanismo⁷³ facilita a los 27 Estados miembros apoyo a través de transferencias directas y préstamos para incrementar las inversiones públicas y acometer reformas que contribuyan a la recuperación de la economía y el empleo y se orienten a abordar los principales retos económicos y sociales post Covid.

Está dotado con 672.500 millones de euros para apoyar las reformas e inversiones emprendidas por los países de la UE desde febrero de 2020. A través de este mecanismo, España accederá a un total de 140.000 millones de euros entre 2021 y 2026, de los cuales cerca de 70.000 millones serán en forma de transferencias.

La asignación a cada uno de los países se ha calculado a partir de indicadores demográficos, del PIB per cápita, la tasa de desempleo media de los últimos 5 años y la caída económica como consecuencia de la pandemia. Los fondos del MRR se conceden en dos tramos: un 70% sobre indicadores anteriores a la emergencia sanitaria y el restante 30% que se decidirá en 2022 en función de la evolución económica entre 2020 y 2021.

Para poder acogerse al MRR, los Estados miembros deben presentar Planes nacionales de recuperación y resiliencia en los que se definen programas de actuación con el objetivo de intensificar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social, así como de acelerar las transiciones ecológica y digital.

Los Planes deben incluir estrategias detalladas para afrontar los retos específicos de cada Estado miembro identificados en los más recientes informes del Semestre Europeo. Además, estos planes deben cumplir con las siguientes condiciones:

- Deben dedicar al menos el 37% del gasto total a inversiones y reformas que apoyen los objetivos de la acción por el clima.
- Deben dedicar un mínimo del 20% del gasto a apoyar la transición digital.

71 Cfr. Conclusiones del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020. Disponibles en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>

72 DO L 57, de 18.2.2021, p.17. <https://www.boe.es/doue/2021/057/L00017-00075.pdf>

73 Seguimos en este punto la información recogida en: <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/fondos-europeos.aspx>

- Todas las inversiones y reformas deben respetar el principio de no causar daños significativos al medio ambiente.
- Deberán proponer medidas firmes para proteger los intereses financieros de la Unión, especialmente para prevenir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

3.3.1. Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT–UE)

Nueva iniciativa, dotada con 47.500 millones de euros, que continúa y amplía las medidas de respuesta y reparación de las crisis aplicadas a través de la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus y la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus Plus. Estos recursos se ejecutarán a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD).

Next Generation EU también aportará fondos adicionales a otros programas o fondos europeos, como Horizonte 2020, *InvestEU*, el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER) o el Fondo de Transición Justa (FTJ).

Además del Next Generation EU, el Consejo Europeo aprobó el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 para un total de 1,8 billones de euros incluyendo el MRR. Todo ello se suma a los 540.000 millones de euros en provisión de liquidez puesta en marcha en primavera de 2020 mediante tres instrumentos:

- SURE, cuyo objetivo es la protección de los trabajadores y del que España recibirá 21.000 millones de euros para financiar los ERTE, la prestación extraordinaria para autónomos y las incapacidades laborales derivadas de la pandemia.
- Fondo paneuropeo de garantías del Banco Europeo de Inversiones (BEI) orientado a fortalecer la solvencia de las empresas.
- Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) mediante la línea de crédito para los Estados miembros para gastos asociados a la pandemia.

En el caso de España, se aprobó el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con el objetivo de “establecer las disposiciones generales precisas para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo del pasado 21 de julio de 2020 con la finalidad de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, recuperar y reparar los daños de la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, y promover un proceso de transformación estructural mediante el impulso de la inversión pública y privada y el apoyo al tejido productivo, la aceleración de la doble transición ecológica y digital, y el refuerzo y aumento de la resiliencia y de la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo.”⁷⁴

El Reino de España ha presentado ya a la Unión Europea su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: “España Puede” (y ya se ha autorizado en diciembre de 2021 el pago del primer tramo de fondos) que se estructura en torno a cuatro ejes transversales que vertebrarían la transformación del conjunto de la economía española, alineándose con las agendas estratégicas de la UE, la

⁷⁴ Cfr. Artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 36/2020. Para un análisis de esta norma y del proceso de gestión de estos fondos son interesantes, entre otras, las siguientes direcciones: <https://www.pwc.es/es/fondos-europeos-next-generation.html>

Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas: la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial. Estos ejes guiarán todo el proceso de recuperación, inspirando las reformas estructurales y las inversiones que se pongan en marcha, con el objetivo último de recuperar el crecimiento, fomentar la creación de empresas y acelerar la generación de empleo⁷⁵.

El pasado 16 de junio de 2021, la Comisión Europea hacía publicar la aprobación del plan de recuperación y resiliencia de España por valor de 69 500 millones de euros⁷⁶, publicándose el 1 de julio de 2021 una “Guía básica plan de recuperación, transformación y resiliencia”⁷⁷, estando a la fecha de redacción de estas líneas iniciados los trámites para obtener la financiación europea.

No debemos olvidar que estas ayudas financiadas con fondos europeos, como cualquier otra medida deben pasar el filtro y las excepciones previstas para las ayudas de Estado⁷⁸. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión ha impulsado una reforma del Reglamento General sobre Exenciones por Categorías en materia de Ayudas de Estado (RGEC)⁷⁹ permitiendo a los Estados miembros aplicar determinadas medidas de ayuda sin un examen previo de la Comisión. Las normas revisadas se refieren en concreto a: i) las ayudas concedidas por las autoridades nacionales a proyectos financiados a través de determinados programas de gestión centralizada de la UE con arreglo al nuevo marco financiero plurianual; y ii) determinadas medidas de ayuda estatal que apoyan la transición ecológica y digital y son, al mismo tiempo, pertinentes para la recuperación de los efectos económicos de la pandemia de coronavirus.

4. EL CONTROL NACIONAL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: LOS CASOS DE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO

Al margen de la dimensión internacional (global o regional) del control de las ayudas públicas que hemos examinado, circunscrito como hemos destacado a ámbitos específicos como el comercio internacional, de la mano de la OMC, con notables limitaciones conceptuales y de diseño o, en áreas geográfica y políticamente definidas como la Unión Europea, lo cierto es que no ha existido ni existe todavía un régimen comparable que examine la legalidad de su otorgamiento a lo estrictamente nacional más allá de las reglas internas que en cada país definan los mecanismos de disposición de recursos públicos o la articulación de medidas cuyo origen se encuentre en decisiones de los órganos del poder ejecutivo y legislativo.

Solamente en España se ha fijado un cierto control desde la perspectiva de la denominada promoción de la competencia (*Advocacy*), de alcance muy limitado y parece que se puede establecer uno más eficiente en el Reino Unido, tras su salida de la Unión Europea. A ambos modelos nos vamos a referir brevemente.

75 Acerca del Plan español “España Puede”, vid., <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/plan-de-recuperacion.aspx>

76 Cfr. la nota de prensa titulada “Preguntas y respuestas: la Comisión Europea aprueba el plan de recuperación y resiliencia de España por valor de 69 500 millones de euros”, de 16 de junio de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_2988

77 Esta guía está disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/estudios-guias-protocolos/guia-basica-plan-recuperacion.pdf>

78 Sin perjuicio de lo ya expuesto, resulta interesante por su carácter multimedia, DELOITTE, «Las Ayudas de Estado y el Next Generación EU». Disponible en: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/finance/articles/ayudas-estado-next-generation-eu.html>

79 Cfr. Reglamento (UE) 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021 por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 651/2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 270, de 29.07.2021, p. 39).

4.1. El limitado control de las ayudas públicas en el denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia

Como ya tuvimos ocasión de señalar⁸⁰, las ayudas públicas aparecen por primera vez en la regulación española sobre competencia en la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 1989), que les dedica su artículo diecinueve, bajo la rúbrica de "Competencia del Tribunal". Este único precepto, que integraba el Capítulo III dedicado expresamente a las "ayudas públicas", cerraba el Título I, "De la Libre competencia", aunque sin incluirlas entre las conductas prohibidas, como, por otro lado, ocurre también hoy en la vigente, aunque reformada LDC, la ya citada Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, así como en diversas normas autonómicas que siguiendo la estela de la Ley gallega 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, primera Ley autonómica en la materia, ya recogía un previsión equivalente para la Autoridad de Competencia de Galicia que, como la de la LDC dista mucho de ser comparable al Europeo.

De este modo, en la actualidad la norma básica es el artículo 11 LDC^{81 82} único que integra su Capítulo III ("De las ayudas públicas"), cuyo alcance es ciertamente limitado y, en todo caso, inferior

80 En este sentido, Rodríguez Miguez, J. A., (2009) "La regulación de las ayudas públicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia" en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 300 (Monográfico Ley de Defensa de la Competencia), enero, 2010, págs. 45 a 57 y Arpio Santacruz, J. L. (2009). "El sistema de supervisión de las ayudas públicas", en BENEYTO, J. M. y MAILLO, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, pp. 351-378.

81 El tenor literal de dicho precepto es el siguiente: "Artículo 11. Ayudas públicas.

1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de:

a) Emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales.

b) Dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.

2. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público en los términos previstos en el artículo 27.3.b) de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá a las Cortes Generales, a través de su Oficina Presupuestaria, un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España. La Oficina pondrá dicha información a disposición de los Diputados, Senadores y las Comisiones parlamentarias

3. A los efectos de la realización de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea deberá comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia:

a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.

b) las ayudas públicas concedidas al amparo de Reglamentos comunitarios de exención, así como los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.

La Comisión Nacional de la Competencia habilitará los mecanismos de información y comunicación necesarios para que la información recibida esté a disposición de los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas.

4. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas y, en concreto, las disposiciones por las que se establezca cualquier ayuda pública distinta de las contempladas en los apartados a) y b) del punto anterior.

5. Los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo. Estos informes se remitirán a la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos de su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la Comisión Nacional de la Competencia.

al control que desde la Comisión Europea se puede hacer sobre esas mismas medidas cuando afectan al mercado interior.⁸²

No es posible prever si el texto finalmente aprobado incorporará notables cambios frente al proyecto en tramitación, pero no parece previsible. Se trata, no obstante, y eso es lo que debemos subrayar nuevamente, de una regulación nacional propia de las ayudas públicas que aspira a desarrollar un cierto control de eficiencia, lo que es un paso sin duda positivo.

La norma que se adoptó tras la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en 2013⁸³ es la que regula hoy las atribuciones de este organismo, Autoridad de Competencia nacional en España, que actúa también como regulador en determinados sectores económicos como la energía o las telecomunicaciones⁸⁴.

Pese a los esfuerzos desarrollados primero por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), como luego por la CNMC, a través de sus respectivas direcciones generales de Promoción de la Competencia, sus resultados son más bien escasos en materia de control de ayudas públicas, aunque debemos destacar por su interés los Informes Anuales sobre Ayudas Públicas elaborados desde 2008, a cuya consulta nos remitimos con carácter general⁸⁵, así como a algún informe especial, al que haremos referencia, como el Informe PRO/CNMC/001/16: Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, de 9 de junio de 2016⁸⁶.

6. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CE) Nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, y de las competencias de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en materia de control de ayudas públicas”.

82 Dicho precepto se complementa con las los artículos 7 (“Informes y propuestas”) y 8 (“Mecanismos de comunicación de las ayudas públicas”), que integran el Capítulo III (“De las ayudas públicas”), el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (modificado por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

83 Cfr. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

84 Cfr. Artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos”) que a estos efectos dispone:

“1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

(...)

e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.”

Esta norma se completa con la previsión contenida en su artículo 20., relativo a las “Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que dispone:

“El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos previstas en esta Ley. En particular, es el órgano competente para:

(...)

9. Adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de esta Ley, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas”.

85 Cfr. CNMC, Ayudas Públicas, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

86 La versión en español e inglés de este interesantísimo documento se puede descargar en <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>

4.2. El Proyecto de Ley de control de Subvenciones del Reino Unido

La salida del Reino Unido de la Unión Europea ha sido, sin duda junto a la pandemia uno de los sucesos que han marcado el 2020 y los comienzos de 2021 en que el Brexit se ha hecho efectivo. Uno de los puntos cruciales de las negociaciones previas a la adopción del marco que regulará las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea, en Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido⁸⁷ fue, precisamente, el relativo al control de las ayudas públicas en el escenario Post-Brexit⁸⁸.

Este Acuerdo puede considerarse, al menos en parte, el punto de partida de la normativa interna que en materia de subvenciones está preparando el Reino Unido, como lo es, aunque entendemos que, en menor medida, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC de 1994, sobre el que ya hemos hablado (ASMC, 1994).

Este es el contexto en el que se debe encuadrar el Proyecto de ley sobre control de Subvenciones, presentado el pasado 30 de junio de 2021 por el *Department for Business, Energy & Industrial Strategy* para su tramitación en el Parlamento británico y que está destinado a establecer la regulación interna del Reino Unido para el otorgamiento de ayudas públicas en dicho país y en el que es perceptible, como destacaremos, la referencia al sistema de control de las ayudas estatales europeo recogido en el TFUE, cuyas líneas básicas ya hemos expuesto.

Esta aproximación al modelo europeo y el propio establecimiento de un control interno sobre ayudas públicas desde la perspectiva de la competencia es una novedad que es preciso subrayar y valorar muy positivamente en todo lo que representa. Al menos como punto de partida.

Aunque no nos es posible desarrollar en este trabajo el alcance y contenido de este importante documento sí podemos ofrecer las líneas básicas con las que se presenta el proyecto de ley y para ello, tomando como referencia para nuestro breve comentario del proyecto de Ley sobre el Control de Subvenciones lo apuntado por el departamento proponente en la nota informativa que acompañó a su presentación en el Parlamento británico⁸⁹, estos serían los aspectos más destacados del nuevo proyecto⁹⁰:

Así y con carácter preliminar debemos destacar el hecho de que el proyecto de ley de control de subvenciones se presentó al Parlamento el 30 de junio de 2021. En él se expone la propuesta legislativa del gobierno para un nuevo régimen de control de subvenciones en el Reino Unido. Lo primero que debemos subrayar es que el proyecto no procede del departamento encargado de los asuntos económicos ni presupuestarios (*Treasury Department*), sino del Departamento de Empresa,

87 Para la consulta de este documento y los demás relacionados, nos remitimos a la web oficial de la Unión Europea, en la entrada titulada "Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido Proteger los intereses de la Unión Europea y garantizar la competencia leal y la cooperación ininterrumpida en los ámbitos de interés mutuo". Disponible en: https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_es

88 Sin perjuicio de volver sobre estos autores y los demás que han publicado, principalmente en forma de post sobre el Brexit y el Post-Brexit en relación con las ayudas públicas, véanse: Biondi, A (2020) "Brexit and State Aid Control: Four Quartets" en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216684 y Branton, J./Rose, A. (2020) "UK Subsidy Control: how will public funding change now the UK has taken back control of State aid regulation?", en *United Kingdom State Aid Law Association* (OLSALA). December 30, 2020. Disponible en <https://uksala.org/uk-subsidy-control-how-will-public-funding-change-now-the-uk-has-taken-back-control-of-state-aid-regulation-by-jonathan-branton-and-alexander-rose-dwf-law/>

89 Cfr. Policy paper: Subsidy Control Bill 2021: bill documents. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/subsidy-control-bill-2021-bill-documents> Hacemos una traducción libre de la breve nota resumen de referencia.

90 La nota referida además del texto del Proyecto de ley ofrece un enlace para descargar el Informe de evaluación de impacto de la norma propuesta y el Informe del Comité de Política Regulatoria ("Regulatory Policy Committee").

Energía y Estrategia Industrial, lo que apunta más a la idea de promoción económica que a la de control de eficiencia, sin que ambos objetivos sean a priori ni excluyentes ni incompatibles.

Partiendo de esta observación inicial, el departamento proponente subraya como los rasgos más destacados del proyecto presentado, los siguientes⁹¹:

1º.- Proporciona un marco legal para que las autoridades otorguen subsidios de acuerdo con unos principios de control que se hacen explícitos. A este respecto se destaca que esta nueva norma establece un deber legal a las autoridades de considerar estos principios y solo otorgar un subsidio si el subsidio es consistente con estos principios. Esta primera característica parece positiva y representa, sin duda un avance positivo.

2º.- Introduce una serie de prohibiciones para evitar que las autoridades otorguen subvenciones con efectos económicos distorsionadores o perjudiciales en determinadas circunstancias y prevé diversas exenciones totales o parciales que darán a las autoridades la libertad de actuar con rapidez en la concesión de subvenciones. Este punto, cuyo detalle es relevante, supone un claro alineamiento del sistema que se está diseñando con el existente en la Unión Europea, algo sin precedentes a nivel interno o nacional de un sólo Estado. Legislación que consideramos necesaria incluso para los países que permanecen en la Unión Europea respecto de aquellas ayudas estatales que no sean cuestionadas desde la perspectiva de esta pero que pueden tener efectos desfavorables desde la perspectiva estrictamente nacional.

3º.- Establece un requisito para que las autoridades utilicen la base de datos de transparencia, lo que contribuirá a la gestión eficaz del régimen. La falta de transparencia o, de transparencia realmente efectiva, ha sido siempre uno de los puntos débiles de cualquier otorgamiento de ayudas públicas.

4º.- Prevé la creación de una Unidad de Asesoramiento en Subvenciones ("*Subsidy Advice Unit*"), que se ubicará en la *Competition and markets Authority* británica, la "CMA") para brindar seguimiento y supervisión del nuevo régimen. La Unidad de Asesoramiento sobre Subvenciones también asesorará a las autoridades sobre subvenciones específicas en un número limitado de casos, para las subvenciones que tengan más probabilidades de distorsionar la competencia y la inversión del Reino Unido y el comercio internacional. El hecho de que exista una unidad especializada en la CMA, al margen de que pueda o no vetar algún proyecto de subvención, implica, al menos, que la competencia será uno de los parámetros que se revisarán en el diseño de las mismas. La definición del poder efectivo de esta unidad va a ser una de las claves del sistema.

5º.- Permite a las partes interesadas impugnar judicialmente ante el Tribunal especializado en competencia ("*the Competition Appeal Tribunal*") las decisiones sobre subvenciones.

6º.- Dispondrá que la Secretaría de Estado de Negocios, Energía y Estrategia Industrial ("*Secretary of State for Business, Energy and Industrial*") pueda emitir directrices estatutarias para el régimen de control de subvenciones, especialmente para ayudar a las autoridades a aplicar los requisitos.

No es posible prever si el texto finalmente aprobado incorporará notables cambios frente al proyecto en tramitación, pero no parece previsible. Se trata, no obstante, y eso es lo que debemos subrayar nuevamente, de una regulación nacional propia de las ayudas públicas que aspira a un cierto control de eficiencia, lo que es un paso sin duda positivo.

91 Para un comentario dinámico de este proyecto de ley, véase: Peretz, G. (2021) "*the Subsidy Control Bill: a short summary*", en United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA), July 9, 2021. Disponible en: <https://uksala.org/the-subsidy-control-bill-a-short-summary/>

5. UNA NECESARIA REFLEXIÓN DE CONJUNTO; EFICIENCIA ECONÓMICA Y LIBRE COMOPETENCIA

Lo expuesto hasta ahora revela, como ya hemos anticipado, que salvo el sistema diseñado en la Unión Europea y, tal vez en un futuro el que se desarrolle en el Reino Unido, el control de las ayudas públicas desde la perspectiva de la libre competencia y la eficiencia económica en la gestión de los recursos públicos apenas ha estado presente en la regulación de la concesión de las ayudas públicas con la única excepción de la UE, a pesar de las ingentes cantidades de recursos públicos que se introducen en el mercado por esta vía y del poder transformador de dicha intervención pública si resulta bien diseñada y responde a necesidades reales (fallos de mercado) o a objetivos económicos de interés general bien determinados.

El sistema OMC resulta limitado, prolijo y escasamente disuasorio cuando no contraproducente al generar auténticas “guerras comerciales” que suelen afectar a productos diferentes de aquellos en los que se suscitó el conflicto, pues la eventual imposición de medidas compensatorias como reacción ante ayudas contrarias a la OMC sanciona a las empresas del país que las otorga, pero apenas incide en la necesidad de reparar el daño a la competencia y al comercio efectivamente ocasionado.

Por otro lado, incluso en los países miembros de la Unión Europea, las ayudas que escapan al control de la Comisión Europea, no porque esta las desconozca sino porque las considere compatibles bien tras considerar las ayudas ex artículos 107.1 TFUE, bien aplicando las excepciones de sus apartados 2º1 y 3, bien por medio de la regla “de minimis”⁹² o del Reglamento General sobre exenciones por categoría en materia de Ayudas Estatales (RGEC)⁹³, por no afectar al interés de la Unión Europea, incluso en las excepcionales situaciones creadas por la pandemia y bajo el marco temporal ya examinado, pueden ser distorsionadoras de la competencia en mercados más reducidos como el nacional o el regional o local.

Sentado lo anterior, debemos subrayar igualmente que nadie discute hoy que las ayudas públicas son un instrumento legítimo de política económica del que continuamente hacen uso las Autoridades, incluso de manera destacada, como hemos visto, la propia Unión Europea.

Esta premisa, sin embargo, no nos debe llevar a pasar por alto una cuestión clave no siempre abordada con claridad: más allá de la disponibilidad presupuestaria y de que la medida resulte autorizable, cuando es preciso, por la Unión Europea, cualquier decisión sobre otorgamiento de ayudas públicas (europeas o nacionales) debe respetar no sólo las reglas básicas de una correcta actuación administrativa, sino también de una eficiente administración de unos recursos públicos, por definición escasos.

Esta dimensión del otorgamiento de las ayudas públicas ha sido abordada en España tanto por la CNC en 2008, como por la CNMC en el ya citado Documento metodológico publicado en 2016.

En efecto, además de los informes y estudios impulsados por la Comisión Europea⁹⁴ debemos destacar los esfuerzos de la ya desaparecida CNC y su sucesora, la CNMC, que se han plasmado

92 Aunque hay normas especiales en el sector agrario, la norma básica es el Reglamento (UE) N° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis. Este reglamento se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R1407>

93 Vid. Reglamento (UE) N° 651/2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Una explicación básica y la versión consolidada de este reglamento puede verse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX%3A32014R0651>

94 Nos referimos, entre otros documentos, a la Comunicación de la Comisión “Plan de acción de ayudas estatales», bajo el expresivo subtítulo «Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa

no sólo en sus ya citados informes anuales en materia de ayudas públicas, elaborados conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LDC⁹⁵, sino a través de informes específicos, entre los que merece destacar nuevamente el Informe de la CNMC identificado como PRO/ CNMC/001/2016 Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, publicado el 9 de junio de 2016⁹⁶, en el que se exponen los criterios básicos, más desarrollados que los esbozados de forma sencilla y práctica en 2008 por la CNC en su Primer Informe Anual tanto para la evaluación “ex ante”, como “ex post”, de las ayudas públicas. Veamos brevemente lo más destacado que aportan ambos documentos.

El Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008⁹⁷ apuntaba ya que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un “fallo de mercado”⁹⁸ o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar a través de este instrumento. No obstante, su simple presencia o invocación sólo actúa como “condición necesaria pero no suficiente” para justificar su otorgamiento. Así, se afirmaba expresamente que “cuando existe un fallo de mercado, la asignación de recursos resultante puede generar ineficiencias que una ayuda pública puede tratar de corregir. Es por ello por lo que el instrumento de ayuda debe formular expresa y precisamente cuál es el problema que pretende solucionar”.

En ausencia de verdaderos fallos de mercado, el otorgamiento de ayudas públicas puede encontrar también justificación, como ya anticipamos, en la consecución de otros objetivos públicos de interés común, para cuya consecución las Administraciones Públicas pueden querer intervenir en los mercados, con el objetivo de alcanzar resultados o asignaciones que se consideran más “equitativos” y cuyas potenciales consecuencias negativas sobre la eficiencia en la asignación de los recursos públicos encontraría justificación en sus efectos “redistributivos”.

Es en este contexto donde el conocido como “test de eficiencia” adquiere un papel especialmente relevante. Este primer Informe ofrecía ya una sencilla metodología que se basaba en la respuesta a tres interrogantes que el organismo público que diseñara una ayuda pública debía responder previamente a su otorgamiento^{1s}.

En estos casos es preciso desarrollar un verdadero “test de eficiencia”, debiendo sopesarse adecuadamente “las ventajas derivadas del interés común que se persigue han de demostrarse inequívocamente superiores al perjuicio en el funcionamiento eficiente de los mercados que con frecuencia conlleva.”

de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 — 2009” [Bruselas, 7.6.2005, COM(2005) 107 final] ofrecía unas primeras indicaciones metodológicas sobre la evaluación de las ayudas estatales, impulsando lo que denominaba “enfoque económico reajustado”, con el **fin** de asegurar «una evaluación correcta y más **transparente** de los falseamientos de la competencia y del comercio asociados con las medidas de ayuda estatal (...)» (punto 22) y las contenidas en el ya aludido Plan de Modernización de 2012, a las que haremos **referencia** más adelante.

95 Sigue siendo válido el análisis exhaustivo que de este precepto de la LDC hace Arpio Santacruz, J. L. (2009). “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, en Beneyto, J. M. y Mailló, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, pp. 351-378.

96 Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>

97 Cfr. Epígrafe «3. Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas», pp. 17 a 33. Este Primer Informe se puede descargar en: file:///C:/Users/arodmig/Downloads/I_AYPUB_2008.pdf

98 A estos efectos, exponía la CNC que se consideran fallos de mercado, la existencia de externalidades negativas o positivas –dentro de las que se pueden incluir los bienes públicos–, y la información asimétrica. Por externalidad¹ se entiende “el beneficio (externalidad positiva) o coste (externalidad negativa) que imponen las acciones de un operador a terceros que no participan en la actividad o transacción en cuestión”. Por su parte, un “bien público” es aquel, «cuyo consumo por un agente no excluye de su consumo a otros agentes ni reduce la cantidad disponible del mismo. Por ello, la provisión de un bien público genera una externalidad positiva sobre la colectividad. A su vez, la información asimétrica se presenta cuando los agentes participantes en una transacción poseen distinta información sobre las variables relevantes en la toma de decisiones tales como los precios, cantidades u otras condiciones comerciales”.

Esta prueba se basaba en la respuesta a tres interrogantes, aparentemente sencillos, que el organismo público que diseña una ayuda pública debe responder previamente a su otorgamiento:

1. ¿Está la medida dirigida a un objetivo de interés común bien definido?
2. ¿Resulta pertinente conseguir este objetivo de interés común mediante una ayuda pública? En tal caso, ¿está la ayuda bien concebida para conseguir dicho objetivo?, subdividido en tres cuestiones adicionales:
 - i) ¿Es la ayuda estatal un instrumento político apropiado?
 - ii) ¿Hay un efecto de incentivo o, en otras palabras, cambia la ayuda el comportamiento de empresas o inversores?
 - iii) ¿Es la medida de ayuda proporcionada o, en otras palabras, podría el mismo cambio de comportamiento obtenerse con menos ayuda?
3. ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de modo que el equilibrio general sea positivo?

Este sencillo análisis ha sido sustituido, como recuerda la CNMC⁹⁹ por lo que denomina la Comisión Europea -y recoge la CNMC-, la aplicación de unos “principios comunes”;

- I. Contribución a un objetivo bien definido de interés general.
- II. Necesidad de intervención estatal (fallos de mercado, por ejemplo).
- III. Adecuación del instrumento.
- IV. Efecto incentivador.
- V. Proporcionalidad (la ayuda debe estar limitada al mínimo necesario).
- VI. No efectos negativos innecesarios sobre competencia o mercado interior.
- VII. Transparencia.

No nos cabe duda de que, incluso desde esta rigurosa perspectiva de eficiencia económica, la actual situación de pandemia y sus inevitables consecuencias económicas permiten considerar necesaria la concesión de ayudas públicas ya que no solo cabría apreciar la existencia de “fallos de mercado” sino incluso de una situación de desaparición de ciertos mercados al paralizarse la economía mientras que, al mismo tiempo, otros se convirtieron en una alocada subasta por bienes esenciales que resultaban escasos.

No obstante, recuperada la calma, pero advertida la crisis y las dificultades que plantea, las ayudas públicas son un instrumento esencial, pero no el único y, en todo caso, del que debe hacerse un uso riguroso y ponderado que minimice, en la medida de lo posible sus indudables efectos distorsionadores.

La eficiencia económica no está reñida con la satisfacción del interés general, sino que éste se satisface mejor, a nuestro entender, cuando cualquier actuación pública, especialmente si comprometer recursos públicos se hace teniendo en cuenta, en la medida precisa, criterios económicos que a los

99 Cfr. CNMC, Informe Anua} sobre las Ayudas Públicas en España-2016 (IAP/CNMC/001/2016), pág. 7.

poderes públicos corresponde equilibrar con cualquier otro interés legítimo con el que pueda entrar en conflicto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Suárez, M., Domínguez Viera, J., y Garrosa Fernández, P. (2020). Ayudas de estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior. *Economía industrial*, (417), 163-173. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8005356>
- Arpio Santacruz, J. L. (2009). "El sistema de supervisión de las ayudas públicas". En Beneyto, J. M. y Maillo, J. (Eds.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, 351-378.
- Arpio Santacruz, J. L. (2014). "Las Ayudas Públicas". En García-Cruces, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Vol. I, 419-602.
- Ashurst. (2020). The impact of COVID-19. Navigating EU State Aid. <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/the-impact-of-covid-19-navigating-eu-state-aid/>
- Biondi, A. (2020). Brexit and State Aid Control: Four Quartets. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216684
- Branton, J. y Rose, A. (2020). "UK Subsidy Control: how will public funding change now the UK has taken back control of State aid regulation?". En *United Kingdom State Aid Law Association*. <https://uksala.org/uk-subsidy-control-how-will-public-funding-change-now-the-uk-has-taken-back-control-of-state-aid-regulation-by-jonathan-branton-and-alexander-rose-dwf-law/>
- Didier, P. (1995) "Le code anti-subsventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté". En *Cahiers de Droit Europeen*, (5-6), 679-750.
- Luengo Hernández de Madrid, G. (2000). Derecho de las subvenciones en la OMC. Marcial Pons.
- Montañá Mora, M., (1997) El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (D-27), 239-280.
- Modrall, J. (2021). "Anti-Subsidy" Regulation – A New Big Stick in the EU Regulatory Arsenal". *Kluwer Competition Law Blog*. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/05/06/anti-subsidy-regulation-a-new-big-stick-in-the-eu-regulatory-arsenal/>
- Nicolaides, Ph. (2016). Brexit and State Aid: The Day After. *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion. <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/6529>
- Nicolaides, P. (2020). Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines. *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion. <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/>
- Nicolaides, Ph. (2020). A New Temporary State Aid Framework to Fight the Effects of the Corona Virus. *State Aid Uncovered Blog* Lexxion. <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9625>
- Nicolaides, Ph. (2021). 6th Revision of the Temporary Framework for Covid-19 State Aid. *State Aid Blog* Lexxion. https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm_source=NL&utm_medium=email&utm_campaign=BlogA
- Peretz, G. (2020). The subsidy control provisions of the UK-EU trade and cooperation agreement: a framework for a new UK domestic subsidy regime. En *United Kingdom State Aid Law*

Association (UKSALA). <https://uksala.org/the-subsidy-control-provisions-of-the-uk-eu-trade-and-cooperation-agreement-a-framework-for-a-new-uk-domestic-subsidy-regime-by-george-peretz-qc/>

Peretz, G. (2021) The Subsidy Control Bill: a short summary. En *United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)*. <https://uksala.org/the-subsidy-control-bill-a-short-summary/>

Peretz, G. y Bacon, K. (2016) Paper on post-Brexit options for State aid. En *United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)*. <http://uksala.org/paper-on-post-brexit-options-for-state-aid/>

Rodríguez Miguez, J. A. (2003). Panorámica del Derecho comunitario de la competencia tras la desaparición del Tratado CECA. *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo*, (22), 11-15.

(2003). La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas. *Escola Galega de Administración Pública. Colección Monografías*, (24). <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf>

(2010). Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (117), 161-190.

(2013). "Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España". En *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José Antonio Gómez Segade*, 545-559.

(2013). Una aproximación a los rescates bancarios desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales. ¿un crimen sin castigo? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (35), 58-67.

(2017). "El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)" En Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orus, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, 187-242.

(2018). "Clarifying the Applicability of the Private Investor Test. Annotation on the Judgment of the General Court (Third Chamber) of 16 January 2018 in Case T-747/15 EDF v Commission". En *European State Aid Law Quarterly (ESTAL) Lexxion*, (2) 17, 290-297. <https://estal.lexxion.eu/article/ESTAL/2018/2/13>

(2020). Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control. *Anuario de la Competencia 2019*, 167-204. <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/fb8e6f7f08b881c26d5de3057cd4456a18986e50.pdf>

(2020). Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias. *Misión Jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (18), 155-182. https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/A9_18_Una-primera-aproximacion-a-lo-licito-y-lo-ilicito-en-materia-de-practicas-colusorias.pdf

(2020). Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis. *Revista da Escola Galega de Administración Pública-REGAP*, (60), 369-400. Disponible en: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/4646/6784>

Rubini, L. (2009). *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*. Oxford University Press.

- Schonberg, M. (2018). Continuity or change? State aid control in a post-Brexit United Kingdom. <https://www.herbertsmithfreehills.com/file/18381/download?token=6RvBRGUz>
- Urraca Caviedes, C. (2017). El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales. En Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orus, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (Vol. 2-2), 243-279.
- Wilson, T., Gnatzy, P., y Cranley, S. (2020). The EC's third amendment to the State aid Temporary Framework. *Kluwer Competition Law Blog*. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>

RÉGIMEN EUROPEO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DEL COVID 19

STATE AID EUROPEAN REGIME IN THE CONTEXT OF COVID 19

LUIS BERENGUER FUSTER¹

RESUMEN

En el contexto de la Unión Europea, la política común de competencia vela por el mantenimiento del mercado único con el objetivo de garantizar los principios que le caracterizan. En materia de ayudas públicas, esta política se traduce en evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores. Así, el artículo 107 TFUE recoge una prohibición general de ayudas públicas de la que se desprende la posibilidad de establecer excepciones.

Dada la situación generada por el COVID-19, la Comisión Europea se ha visto obligada a flexibilizar el régimen europeo establecido para las ayudas públicas amparándose en las posibles excepciones con el objetivo de facilitar la recuperación económica de los Estados miembros y, por tanto, de la Unión Europea. Para ello, la Comisión Europea ha elaborado un “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote del COVID-19”, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y ampliaciones.

PALABRAS CLAVE

Competencia | Ayuda pública | Marco temporal | fondo *Next Generation* | COVID-19

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 25 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 26 de enero de 2022.

ABSTRACT

In the context of the European Union, the competition policy ensures that the single market is maintained in order to guarantee the principles that characterise it. In terms of state aid, this policy means preventing Member States from granting aid to companies that would put them at an advantage over their competitors. Thus, Article 107 TFEU contains a general prohibition of state aid from which it is also possible to establish exceptions.

Given the situation generated by COVID-19, the European Commission has been forced to make the European regime established for state aid more flexible on the basis of the possible exceptions with the aim of facilitating economic recovery in the Member States and, therefore, in the European Union. To this end, the European Commission has developed a “Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak”, which has been subject to successive modifications and extensions.

KEYWORDS

Competition | State aid | Temporal framework | EU Next Generation Fund | COVID-19

¹ Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valencia. Ha sido profesor de Derecho Mercantil en el CEU de Alicante, y las Universidades de Valencia y Carlos III de Madrid, así como profesor en múltiples Másteres. Vocal, Vicepresidente y Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, convirtiéndose a partir de 2007 en el primer Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia. En el ámbito europeo, ha sido Europarlamentario y asesor especial del Vicepresidente Almunia, encargado de la Competencia.

CONTENIDO

1. La importancia de la política de la competencia para la creación de un espacio económico integrado; **2.** La noción de ayuda pública y su regulación; **3.** Excepciones a la prohibición general de las ayudas públicas; **4.** La situación económica generada por la pandemia; **5.** La visión de la OCDE; **6.** Marco temporal de ayudas estatales en el contexto de la Covid-19; **7.** Fondo *Next Generation* EU; **8.** Conclusiones; **9.** Bibliografía.

1. LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA PARA LA CREACIÓN DE UN ESPACIO ECONÓMICO INTEGRADO

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se puso de manifiesto la necesidad de fortalecer el proceso de integración europea, como medio, entre otros, para poner fin a las luchas entre Francia y Alemania, justificadas, entre otros motivos, en la conquista de los mercados.

Ante las dificultades para lograr la integración política, se comenzó por crear, aun cuando fuera progresivamente, un espacio común económico. Para ello, se otorgaron tres tratados: los de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, el EURATOM y, fundamentalmente, el Tratado de Roma por el que se estableció la Comunidad Económica Europea (en adelante, los **“Tratados Fundacionales”**).

El principal objetivo económico de este proceso de integración, que terminaría por materializarse en la creación de la Unión Europea, ha sido desde sus inicios el establecimiento de un mercado único definido como un territorio sin fronteras interiores ni otros obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, personas, o capitales. Al respecto, conviene señalar que la creación de espacios económicos supranacionales implica establecer reglas comunes y principios económicos compartidos a fin de que las políticas económicas no sufran procesos de renacionalización que, en último término, boicoteen la integración económica. Para ello, se establecieron en los Tratados Fundacionales normas orientadas a que ni los Estados miembros ni las empresas crearan barreras nacionales que impidieran la consecución de un mercado común. Entre estas reglas se encontraban las necesarias para desarrollar una política común de la competencia y establecer una estructura institucional para la aplicación de unas normas comunes en la materia que dotaran a dicho mercado único de la necesaria consistencia.

No hay que olvidar que existen otros espacios económicos regionales integrados, pero, sin duda, de entre los espacios económicos supranacionales existentes, el más consolidado institucionalmente es el de la Unión Europea y no es por ello extraño que igualmente sea en su seno en el que se ha desarrollado una más vigorosa política común de la competencia, con un Derecho material de la competencia de considerable prestigio que con frecuencia ha servido de modelo para otros espacios económicos. Dicho ordenamiento jurídico se ha complementado con una arquitectura institucional de comprobada eficacia en cuanto a su funcionamiento, tanto para conseguir la creación de un mercado único consolidado, como para la implementación de una vigorosa política de la competencia.

Cabe señalar que las normas europeas de la competencia están constituidas por tres pilares fundamentales: la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia (conductas colusorias y abusos de posición dominante), el control de las operaciones de concentración empresarial y el control de las ayudas públicas. Este último apartado, que constituye el foco principal de este artículo, resulta de trascendental importancia, en tanto en cuanto las empresas, en un espacio integrado, deben jugar con unas reglas comunes, en igualdad de condiciones (*level playing field*), sin aprovecharse de ventajas económicas que, en cualquier forma (subvenciones, préstamos privilegiados, avales, beneficios fiscales, o cualquier intervención pública que no responda a la actuación como si de un inversor privado se tratara -principio del inversor privado-), benefician a unas empresas frente a otras.

Así las cosas, la importancia del control sobre las ayudas estatales es uno de los mensajes que con mayor fuerza destaca la Comisión Europea (en adelante, "**Comisión Europea**", entre otros, en su Comunicación "Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", siendo el proteccionismo nacional uno de los obstáculos a la proliferación del mercado único. En este sentido, cabe señalar que la concesión de ayudas a empresas nacionales por parte de los distintos Estado miembros constituye una amenaza a la libre competencia en la Unión Europea, lo que, sin embargo, no resta importancia a la afirmación de la Comisión Europea (2010) de que

la política de ayudas estatales también puede contribuir activa y positivamente a los objetivos de Europa 2020 impulsando y apoyando iniciativas para unas tecnologías más innovadoras, eficaces y verdes, pero al mismo tiempo facilitando el acceso de las inversiones al apoyo público, al capital de riesgo y a la financiación para investigación y desarrollo². (pp. 22-23)

Precisamente esta cuestión será analizada en profundidad en los sucesivos apartados, poniéndose de manifiesto la relevancia de la flexibilización de la regulación aplicable a las ayudas públicas en el contexto de una pandemia mundial como la provocada actualmente por el COVID-19.

En este sentido, y con carácter previo al análisis de la noción y extensa regulación aplicable las ayudas públicas, conviene contextualizar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante "**TFUE**")³ determina, en su artículo 107.1, la prohibición general de las ayudas de Estado, entendiendo como tales aquellas otorgadas por los Estados miembros mediante fondos estatales, bajo cualquier forma (subvenciones, exenciones fiscales, préstamos en condiciones preferentes, garantías públicas, aportaciones de capital, condonaciones de deuda, etc.), que falseen o amenacen falsear la competencia y afecten al comercio intracomunitario, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Como puede observarse, dicho artículo no ofrece una definición del concepto de ayuda estatal lo que ha resultado que, en la práctica, la concreción de dicho concepto, y por lo tanto, del propio ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE, se haya visto integrada bajo el análisis e interpretación de todas y cada una de las condiciones citadas en dicho precepto, y que se expondrán a continuación.

2. LA NOCIÓN DE AYUDA PÚBLICA Y SU REGULACIÓN

En lo que se refiere a la determinación de las medidas sometidas a control comunitario, la práctica ha resultado en un complejo proceso de calificación dirigido a determinar, en una primera fase, si una medida puede ser considerada ayuda estatal que abra, en caso afirmativo, una excepción que permita su legítimo otorgamiento, o que pueda acogerse a la regla de *minimis* o a una de las exenciones por categorías aprobadas. En efecto, la delimitación del concepto de ayuda pública se ha ido matizando a lo largo de los años por la práctica jurisprudencial y doctrinal, pues ninguna norma recogía una definición clara y precisa al respecto.

En este sentido, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**Tribunal de Justicia**" o "**TJUE**") quien se ha encargado de fijar que la esencia de la ayuda pública consiste en la existencia de una ventaja de la que se benefician determinadas empresas o producciones y que se define como *"todo beneficio económico que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado"*⁴. Del mismo modo, en virtud de autores tales como G. Samaniego, la noción de ayuda pública presenta principalmente las siguientes características: (i) la ventaja a determinadas empresas o producciones,

2 Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada "Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", COM (2010) 2020 final.

3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), de 7 de junio de 2016 (DOUE núm. 202, de 7 de junio de 2016).

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 1984, asunto 173/1973, Italia/Comisión.

(ii) el origen estatal de la ayuda, (iii) la afectación de los intercambios y (iv) el falseamiento de la competencia (Keppenne, 1999, citado por Samaniego, 2001).

Así pues, deben poder apreciarse la existencia de una ventaja, como substrato de la noción de ayuda, cuyo origen sean fondos públicos, el beneficiario de la misma y la selectividad en su elección, sus efectos, incluso potenciales, sobre la competencia y el comercio intracomunitario, y todo ello con independencia de la forma en que se haya otorgado⁵. En cualquier caso, conviene apuntar la necesidad de que dichos requisitos concurren cumulativamente para que se pueda hablar de una ayuda de Estado, en principio prohibida por el artículo 107 TFUE.

Respecto al sujeto otorgante, cabe precisar que por Estado puede entenderse cualquier administración pública, entidad u organismo cuyos fondos tengan origen público y que no opere en el mercado. A fin de hacer una valoración sobre la ayuda pública es preciso atender a sus elementos característicos como pueden ser su carácter gratuito (sin contrapartida equivalente), su contenido económico o que suponga, directa o indirectamente, una transferencia de recursos públicos que recibe, directa o indirectamente, la empresa beneficiaria (Rodríguez Míguez, 2017).

En lo que respecta a los beneficiarios, el hecho de que una ventaja deba favorecer selectivamente a “determinadas empresas o producciones” para la aplicación del artículo 107.1 TFUE plantea también ciertas cuestiones desde el punto de la competencia. El término empresa debe entenderse en sentido amplio, como “operador económico”, es decir como un actor económico que actúe en el mercado. Esto permite que, por ejemplo, fundaciones o clubes deportivos profesionales puedan considerarse beneficiarios de ayudas estatales, y deban someterse a la regulación europea aplicable a las mismas. Desde esta perspectiva, se entiende por empresa:

cualquier persona o entidad, pública o privada, que desarrolle una actividad económica, independientemente de su tamaño, de su organización económica, de su modo de financiación o de que actúe o no con ánimo de lucro y de cuál sea el tipo de actividad económica que desarrolle. (Rodríguez Míguez, 2017)

En cuanto a la selectividad de la medida a los efectos del artículo 107.1 TFUE, la jurisprudencia ha desarrollado un test basado en “naturaleza y economía del sistema”, que la Comisión Europea explicó por primera vez en su Comunicación sobre el control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales⁶ y, posteriormente, en la relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas⁷. En ellas se distingue entre selectividad material y selectividad regional. Sobre la selectividad material, una medida se considera materialmente selectiva cuando solo se aplica a determinadas empresas o grupos empresariales o a determinados sectores de la economía en un determinado Estado miembro. Por otro lado, la selectividad regional se da cuando una unidad infraestatal favorece con ayudas a las empresas situadas en su territorio, colocándolas en situación de ventaja respecto a otras e impidiendo, o al menos dificultando, la unidad de mercado (Rodríguez Míguez, 2017).

En lo que se refiere a los efectos de la ayuda, el artículo 107.1 TFUE exige también que las ayudas “afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros” y que “falseen o amenacen falsear la competencia”. Esto se traduce en la necesidad de analizar los efectos de la medida en cuestión sobre la competencia y el comercio intracomunitario, pues son estos y no la finalidad perseguida,

5 Estos criterios son resaltados por la CNMC en el Informe Anual: “Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020”, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021 en base a la interpretación del TJUE.

6 Comunicación de la Comisión Europea sobre el control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales. DO C 1, de 3 de enero de 1997.

7 Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. DO C 384, de 10 de diciembre de 1998.

como constata abundante jurisprudencia, los que resultan relevantes desde la perspectiva del control ejercido por la Comisión Europea sobre las ayudas estatales, con vistas a lograr la integración de los mercados. De hecho, debe puntualizarse que no es necesario que los intercambios se vean efectivamente afectados, sino que es suficiente con que la ayuda sea susceptible de afectarlos.

Contextualizado el concepto de ayuda pública, cabe referirse a los tres niveles normativos que regulan dicha figura, estos son: el comercio internacional, el Derecho de la Unión Europea y la regulación interna española.

En cuanto al comercio internacional, la referencia principal es la surgida en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio⁸ (más conocido por sus siglas en inglés, como "GAAT"), de 1947 y, tras su revisión de 1994, con la creación de un organismo internacional especializado, la Organización Mundial del Comercio (OMC). La actual regulación de las subvenciones en este contexto se contiene en el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias"⁹ (ASMC 1994).

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la atención por las ayudas de Estado y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados se recogía ya en el primero de los Tratados Fundacionales, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁰ (Tratado CECA o TCECA), de 1951, hoy derogado, que se limitaba a prohibirlas de forma absoluta en el ámbito del carbón y el acero.

Seis años después, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹¹ (Tratado CEE) reemplazó la mencionada prohibición absoluta por la "incompatibilidad de principio" de las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales salvo que el propio Tratado dispusiera otra cosa.

Tras la aprobación del actual TFUE, que reemplazó al Tratado CE¹², los preceptos básicos son los artículos 107 a 108 TFUE, si bien, esta regulación general se complementa con las reglas especiales que el propio TFUE recoge para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa. De este modo, es necesario tener siempre presente la idea principal contenida en el primer apartado del artículo 107 TFUE, en virtud del cual:

Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

En el ámbito nacional, y más concretamente en el caso de España, la regulación interna básica de las "ayudas públicas" es el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia complementado con las normas que regulan las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la "**CNMC**"). Cabe precisar, sin embargo, que las funciones de la CNMC se circunscriben, en lo que a ayudas públicas se refiere, a funciones consultivas o de seguimiento y a la evaluación de su impacto en la economía española, que no podrán derivar, por tanto, en una valoración sobre la legalidad o ilegalidad de una ayuda en cuestión, pues ello excede de sus competencias.

8 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.

9 Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1994.

10 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951.

11 Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957.

12 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 2002.

Una vez analizados los tres niveles normativos, conviene poner el foco en la Unión Europea y analizar la mencionada prohibición general contenida en el artículo 107 TFUE. Así, cabe advertir que, aunque dicho artículo se limita a formular el principio general de incompatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado, existen excepciones cuando la concesión de ayudas públicas persiga determinados objetivos de interés general¹³.

3. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

La prohibición de ayudas públicas no es, según se ha anticipado, absoluta ni incondicional, ya que los apartados 2 y 3 del artículo 107 TFUE permiten explícitamente ciertas excepciones, al igual que el apartado 2 del artículo 106 TFUE en el caso de los servicios de interés económico general e, igualmente, los artículos 42 TFUE (producción y comercio de los productos agrícolas), 93 TFUE (coordinación de transporte, o relativas al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público) y 346 TFUE (seguridad y defensa de los Estados miembros), que prevén otra serie de excepciones.

Concretamente, el apartado 2 del artículo 107 TFUE determina que son compatibles con el mercado interior las ayudas estatales: a) de carácter social concedidas a los consumidores individuales; b) las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; y c) las concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania. Las ayudas comprendidas en este apartado son automáticamente compatibles si se cumplen las condiciones contenidas en el TFUE, es decir, no existe la posibilidad de que la Comisión Europea aprecie su incompatibilidad con el mercado interior. Por tanto, esta excepción, que permite compensar a las empresas por los daños y perjuicios causados por la concurrencia de determinados acontecimientos, opera siempre que la circunstancia que lo provoque sea precisamente excepcional (evento extraordinario, imprevisible y con un impacto económico importante), el daño fuera cuantificable en la medida de lo posible, hubiera una relación de causalidad entre ambas y el importe de la ayuda fuera proporcional (no se admite la sobrecompensación).

En efecto, este mecanismo ha sido empleado en varias ocasiones por la Comisión Europea para autorizar distintas ayudas que compensen los daños ocasionados a empresas por el COVID-19, sobre todo, en sectores especialmente afectados como son el transporte, el turismo, la hostelería, la cultura o el comercio minorista.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 107 TFUE establece las categorías de ayudas estatales que pueden considerarse compatibles con el mercado interior, en particular: a) ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de ciertas regiones; b) ayudas que fomentan la realización de un proyecto importante de interés común europeo o tratan de poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones; d) ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio; y e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión a propuesta de la Comisión Europea. A diferencia de las categorías de ayudas cubiertas por el apartado 2 del artículo 107 TFUE, para la aplicación del apartado 3, la Comisión Europea goza de una amplia facultad discrecional, una vez haya sido notificada la ayuda de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 TFUE. En estos casos, la Comisión Europea realiza valoraciones de tipo económico y social que deben efectuarse en el contexto de la Unión Europea,

¹³ En este punto cabe realizar una diferencia entre, por un lado, las posibles excepciones a la prohibición general de las ayudas públicas que requieren de notificación a la Comisión Europea y posterior evaluación de su compatibilidad con el mercado interior, y por otro, aquellas que estén incluidas un Reglamento de Exención, como por ejemplo, el Reglamento 651/2014 General de Exención por Categorías (RGEC), que exime de notificar aquellas ayudas que, cumpliendo una serie de requisitos previstos en dicho texto normativo, tengan, entre otras finalidades, el fomento de la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el fomento del empleo y la formación, o las ayudas regionales a la inversión.

de cuyo resultado deberá declarar la compatibilidad o incompatibilidad de la ayuda en cuestión con el mercado interior.

Asimismo, conforme al artículo 108.4 TFUE la Comisión Europea puede adoptar reglamentos relativos a determinadas categorías de ayudas públicas respecto a las que el Consejo Europeo haya determinado que pueden quedar exentas de la obligatoriedad de su notificación para que aquella evalúe su compatibilidad con el mercado interior. En este contexto, la Comisión Europea aprobó el Reglamento 651/2014, General de Exención por Categorías (RGEC) que exime de notificar aquellas ayudas que, cumpliendo una serie de requisitos previstos en dicho texto normativo, tengan, entre otras finalidades, el fomento de la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el fomento del empleo y la formación, o las ayudas regionales a la inversión.

Además de lo anterior, encontramos el Reglamento (UE) n° 1407/2013 de la Comisión Europea, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *minimis*. Las ayudas *minimis* son las ayudas estatales con una cuantía reducida por lo que están exentas del control de las ayudas estatales de los artículos anteriores. Estas se refieren a un importe máximo de 200.000 euros por beneficiario en un periodo de 3 años, sumando las ayudas recibidas por todas las Administraciones. La Comisión Europea considera que dichas ayudas no repercuten negativamente en la competencia ni en el comercio del mercado interior por lo que no es necesario notificarlas a la Comisión Europea.

En definitiva, considerando lo expuesto hasta ahora, conviene incidir en el hecho de que las ayudas públicas muchas veces no solo son legítimas sino que también son necesarias, y es por ello que su eventual otorgamiento puede resultar económicamente eficiente. Así, en su día, la Comisión Nacional de la Competencia (2008, pp. 16-33) (predecesora de la CNMC), señalaba que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un “fallo de mercado” o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar a través de este instrumento; si bien, su simple presencia o invocación solo actúa como “condición necesaria pero no suficiente” para justificar su otorgamiento. En otras palabras, cuando se produce un fallo de mercado, la ayuda pública puede ser capaz de corregir las ineficiencias que se generen. De hecho, la CNMC (2021)¹⁴ ha determinado en su último informe anual que el análisis de la compatibilidad de las ayudas públicas no debe ser solo de índole jurídica sino también económica a fin de sopesar las necesidades de los mercados y la economía en general (p. 5). El análisis de esta doble perspectiva es precisamente puesto de manifiesto en las ayudas públicas concedidas en el contexto de la crisis provocada por la pandemia del COVID-19.

4. LA SITUACIÓN ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA

La pandemia generada por el COVID-19 ha repercutido negativamente en todos los Estados del mundo. No solo la salud pública ha sido amenazada sino que, con ello, la economía de los países se ha visto afectada y gravemente perjudicada. Esto mismo ha sido enfatizado por la Comisión de Comercio Internacional que establece que “la pandemia de COVID-19 coloca al mundo ante una conmoción internacional sin precedentes, no solo porque supone un desastre humanitario, sino también porque perturba nuestros sistemas económicos y comerciales”¹⁵. Con el fin de contener el virus y paliar los efectos negativos de la mencionada crisis, los Estados adoptaron medidas que tuvieron un efecto directo en la actividad económica llegando incluso a paralizarla totalmente durante un largo periodo de tiempo. Además, las posteriores recaídas han contribuido al empeoramiento de la situación. Estas medidas tuvieron un impacto inmediato tanto en la oferta como en la demanda,

¹⁴ Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

¹⁵ Informe de la Comisión de Comercio Internacional sobre los aspectos y consecuencias de la COVID-19 con respecto al comercio (2020/2117(INI)).

afectando a las empresas y a los trabajadores, especialmente en los sectores de la salud, el turismo, la cultura, el comercio minorista o el transporte.

Como no puede ser de otro modo, no solo los distintos Estados sino también la Unión Europea como conjunto se ha visto afectada, siendo el 2020 el año de mayor derrumbe económico desde su constitución. Según datos obtenidos de Eurostat y recogidos por la Agencia EFE, en 2020 el PIB de la Unión Europea cayó un 6,4% y el de la eurozona un 6,8%, siendo los países turísticos como Grecia, Italia y España los más perjudicados. Para entender la magnitud del impacto en España como uno de los países más golpeados por la crisis, cabe señalar que vio disminuido su PIB durante los tres primeros meses del año 2020 en un 5,2%, lo que, según el Banco de España, supuso “la mayor caída intertrimestral de nuestra historia reciente y un retroceso superior al registrado en la media de la UEM (un 3,6%)” (Hernández Cos, 2020, p. 7).

Además, las peores estadísticas las encontramos acompañadas de las sucesivas olas de repunte que se han producido y como consecuencia de las medidas tomadas por los Estados para frenarlas. Sin embargo, estas restricciones parecieron ser efectivas pues la actividad turística de la zona sur de Europa volvió a crecer en el último trimestre del año 2020.

De hecho, en el contexto de la recuperación de este panorama desolador se han ido promoviendo distintas medidas entre las que cabe destacar especialmente la flexibilización de la normativa europea aplicable a las ayudas públicas. Concretamente, la Comisión Europea cifró en octubre de 2020 el volumen de ayudas de Estado autorizadas hasta el momento en tres billones de euros, siendo Alemania el país líder en términos de ayudas nominalmente aprobadas y siendo especialmente relevantes los casos de España y Francia en términos de ayuda utilizada en relación con el PIB nacional (aproximadamente un 4%)¹⁶.

5. LA VISIÓN DE LA OCDE

En el marco de la crisis provocada por el COVID-19, la OCDE publicó el 27 de abril de 2020 un importante documento denominado “Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19”¹⁷. En él se apuntaban recomendaciones, tanto para los Gobiernos como para las autoridades de competencia, para afrontar la situación engendrada por la crisis del COVID-19, sobre los tres grandes pilares que integran la política de la competencia: conductas, concentraciones y, especialmente, intervención de los Estados en materia de ayudas públicas.

Desde los primeros párrafos del documento se reconoce la necesidad y legitimidad de la actuación de los gobiernos para superar los efectos de la crisis, insistiendo en el papel que deben desempeñar las autoridades de competencia para evitar que las medidas adoptadas por los gobiernos terminen distorsionando la competencia una vez se superen los efectos de la pandemia.

A la hora de identificar las medidas que pueden adoptar los gobiernos para paliar los efectos de la crisis, se hace referencia a medidas tales como las subvenciones, subsidios, garantías bancarias y cualquier otro tipo de ayuda estatal, poniéndose de manifiesto, no obstante, los riesgos inherentes a las mismas: *“No obstante, existe el peligro de que, si no se diseña cuidadosamente, el apoyo estatal genere distorsiones de la competencia y desestabilice el terreno de juego entre las empresas que reciben ayudas y las que no lo hacen”*.

Para evitar ese peligro, la OCDE resalta una evidencia consistente en que mientras las ayudas otorgadas conforme a criterios objetivos y reglas claras generan pocos problemas, las ayudas concedidas a

¹⁶ Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021. Págs. 63-64.

¹⁷ Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19 de 27 de abril de 2020.

empresas específicas pueden resultar problemáticas y producir distorsiones a la competencia. En este sentido, conviene mencionar que la OCDE resalta el Marco Temporal adoptado por la Unión Europea, en el que incidiremos a continuación, como ejemplo de directrices para garantizar la neutralidad competitiva en las intervenciones estatales.

En la misma línea, el documento de la OCDE finaliza con una serie de recomendaciones tanto para los gobiernos como para las autoridades de competencia.

Entre las recomendaciones para los primeros, se incluyen las siguientes:

- Solicitar y ser receptivos al asesoramiento de la autoridad de competencia.
- Asegurarse que las medidas sean transparentes y temporales y que los efectos positivos de las medidas no se vean superados por los negativos.
- Establecer un diseño adecuado, temporal y con medidas de seguimiento.

Evitar ayudas selectivas a las empresas que tuvieran problemas antes de la crisis.

Retirar las inversiones tan pronto las circunstancias lo permitan y diseñar una estrategia de salida.

Reembolsar de forma transparente a las empresas a las que por la situación de la crisis se vean impuestas obligaciones de servicio público.

En cuanto a las recomendaciones para las autoridades de competencia, consisten en:

Ayudar a los gobiernos mediante el asesoramiento.

Emitir opiniones/directrices para evitar distorsiones en el mercado.

Aumentar las actividades de promoción de la competencia para poner de manifiesto que se debe optar por medidas que aseguren el mantenimiento de mercados competitivos.

Cooperar con otras jurisdicciones para tratar de conseguir a nivel internacional cierto nivel de acuerdo respecto a las medidas a adoptar.

6. MARCO TEMPORAL DE AYUDAS ESTATALES EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

Con ocasión de la crisis sanitaria y económica derivada del COVID-19, la Comisión Europea se ha visto obligada a mantener un equilibrio entre el control de las ayudas públicas y la flexibilización de la normativa relativa a la concesión de dichas ayudas. A tal efecto, y una vez valoradas las diversas propuestas de los Estados miembros, la Comisión Europea decidió adoptar un Marco Temporal de ayudas de Estado para respaldar la economía sobre la base de los artículos 107. 2 y 3 TFUE que ha sido definido como “una guía que determina los criterios según los cuales la Comisión considerará compatibles las ayudas con el mercado interior” (Álvarez Suárez et al., 2020, p. 164). De hecho, dicho Marco Temporal ha sido modificado en sucesivas ocasiones con la finalidad de ampliar y flexibilizar las categorías de ayudas permitidas, así como acelerar el proceso de autorización de las mismas por parte de la Comisión Europea.

Sin embargo, la adopción de medidas conjuntas por parte de la Comisión Europea con el objetivo de superar una crisis económica no es novedad, pues ya desde 2008 se aprobaron diversos planes y fondos de rescate dirigidos a los países más afectados y con peor situación económica.

Concretamente, en 2008 la Comisión Europea se vio en la necesidad de elaborar una serie de medidas encaminadas a hacer resurgir la economía de la Unión Europea. En este sentido, destaca la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 28 de noviembre de 2008 referido a un Plan Europeo de Recuperación Económica¹⁸ que responde a una actuación coordinada como medio para superar la crisis económica ocasionada por la crisis bancaria de ese momento.

Ahora bien, volviendo a la crisis actual, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la Comunicación titulada “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19” (en adelante “**Marco Temporal**”)¹⁹, en la que, entre otras cosas, se establecen las posibilidades que tienen los Estados miembros, con arreglo a las normas de la Unión Europea, para garantizar la liquidez y el acceso a la financiación de las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas (pymes), a fin de que puedan recuperarse de la situación actual. El objetivo de la Comisión Europea era establecer un marco que permitiese a los Estados miembros apoyar a las empresas en crisis debido al actual brote de COVID-19, manteniendo al mismo tiempo la integridad del mercado interior de la Unión Europea, garantizando unas condiciones de competencia equitativas.

En un primer momento, el Marco Temporal hizo referencia al enorme impacto del brote de COVID-19 en la economía, así como la necesidad de actuar, sobre todo en materia de viabilidad, liquidez y solvencia, que se ve justificada por tales circunstancias. En este sentido, la Comisión Europea (2020)²⁰ delimita y acota el objetivo perseguido en la Comunicación de la siguiente manera:

El objetivo de la presente Comunicación es establecer un marco que permita a los Estados miembros hacer frente a las dificultades que están encontrando las empresas, al tiempo que mantienen la integridad del mercado interior de la UE y garantizan la igualdad de condiciones. (apartado 16)

Asimismo, cabe señalar que este Marco Temporal es complementario a otras normas ya existentes reguladoras de las ayudas de Estado, las cuales siguen en vigor, si bien el Marco Temporal amplía el ámbito de las actuaciones permitidas orientándose, especialmente, a que los Estados miembros puedan otorgar nuevos instrumentos de apoyo, más específicos, y que posibiliten las ayudas a las empresas que hayan entrado en situación de dificultad con motivo del COVID-19. En otras palabras, tal y como indica la CNMC, la función del Marco Temporal no es modificar las normas recogidas en el TFUE, sino más bien servir de guía práctica en tanto en cuanto “*constituyen la interpretación que va a realizar la Comisión Europea durante este periodo excepcional de las normas de ayudas de Estado existentes*”²¹.

En base al Marco Temporal aprobado por la Comisión Europea, la pandemia provocada por el COVID-19 se encuadra en el supuesto recogido en el apartado 3 del artículo 107 TFUE relativo a una grave perturbación en la economía de los Estados miembros. Por este motivo, la Comisión Europea ha considerado que las ayudas estatales están justificadas y son compatibles con el mercado interior siempre que se adopten para un periodo limitado y tengan por objeto solventar, entre otros, la escasez de liquidez que presentan las empresas afectadas.

18 Comunicación de la Comisión al Consejo de 28 de noviembre de 2008 COM (2008) 800 final, referido a un Plan Europeo de Recuperación Económica.

19 Comunicación de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2020, C (2020)1863 (DO C 91 I de 20.3.2020). Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

20 Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 de 19 de marzo de 2020.

21 Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

Concretamente, los nuevos instrumentos de ayudas permitidos que se podrán conceder con esta finalidad, como máximo hasta el 31 de diciembre de 2020, serán los siguientes:

- (i) Subvenciones directas, ventajas fiscales selectivas y anticipos para que las empresas puedan atender sus necesidades urgentes de liquidez.
- (ii) Garantías estatales para los préstamos que las entidades bancarias concedan a las empresas, tanto para inversiones como para circulante.
- (iii) Préstamos públicos y privados con bonificación de tipos de interés.
- (iv) Seguros de crédito a la exportación a corto plazo. Los Estados miembros podrán conceder también ayudas para la cobertura de tales riesgos proporcionando evidencia suficiente de la falta de cobertura para el riesgo en el seguro privado.

Las propuestas que quieran aprobar los Estados miembros se deberán notificar de forma previa a la Comisión Europea, si bien está previsto que este mecanismo se articule por la vía de urgencia, tal y como requieren las circunstancias.

De forma adicional, la Comisión Europea introdujo un interesante recordatorio indicando que los Estados miembros podrán aplicar otras medidas de alcance general (para todas las empresas) las cuales no constituirán ayudas y, por tanto, no impondrá limitación a las mismas, que supongan, por ejemplo, el pago de subsidios salariales, la suspensión de pagos de impuestos, contribuciones de bienestar social, o apoyo financiero directamente a los consumidores por servicios cancelados o billetes no reembolsados por los operadores en cuestión. En estos casos, los Estados miembros disponen de amplio margen de actuación sin necesidad de someterse al control comunitario. Y ello, por cuanto debe entenderse que no existe el criterio de la selectividad exigible para ser calificada como ayuda de Estado.

Además, los Estados miembros también pueden compensar a aquellos sectores particularmente afectados por el brote (transporte, turismo, cultura, hostelería y comercio minorista) y/u organizadores de eventos cancelados por daños sufridos debido y directamente causados por el brote. Los Estados miembros podrán notificar dichas medidas de indemnización por daños y la Comisión Europea las evaluará directamente de forma individual.

Por lo tanto, en el esfuerzo general de los Estados miembros para abordar los efectos del brote de COVID-19 en su economía, la presente Comunicación establece las posibilidades que disponen los Estados miembros en virtud de las normas de la UE para garantizar la liquidez y el acceso a la financiación para las empresas, especialmente las pymes, que se enfrentan a una súbita escasez en este período, a fin de que puedan recuperarse de la situación actual.

Sin embargo, este Marco temporal se ha visto modificado en diferentes ocasiones, a raíz del avance de la crisis derivada del COVID-19 y como consecuencia de las nuevas necesidades que han ido surgiendo en este contexto. Dichas modificaciones se han producido el 3 de abril de 2020, el 8 de mayo de 2020, el 29 de junio de 2020, el 13 de octubre de 2020, y por último, el 28 de enero de 2021, las cuales se integran en la versión consolidada del documento.

En la primera de estas modificaciones, el 3 de abril de 2020²², su objetivo fue el de permitir las ayudas destinadas a acelerar la investigación, el ensayo y la producción de productos relacionados con la

²² Comunicación de la Comisión de 3 de abril de 2020, C (2020)2215 (DO C 112 I de 4.4.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

COVID-19, proteger el empleo y seguir respaldando la economía durante la crisis actual. La motivación de la Comisión Europea para aprobar esta primera modificación se basa en que, en un principio, el Marco Temporal se había centrado prioritariamente en garantizar la liquidez y la financiación de las empresas afectadas por la pandemia sin llegar a especificar la promoción de medidas relativas a la investigación de los productos relacionados con el COVID-19 y la preservación del empleo. Por tanto, la ampliación del Marco temporal contenida en dicha Comunicación permitía: (i) dar cabida a las actividades de I+D; (ii) las de desarrollo y mejora de los recursos necesarios para luchar contra el COVID-19 (vacunas, equipos de ventilación, etc.), facilitando la cooperación entre compañías de diferentes Estados miembros; y (iii) apoyar medidas adoptadas por los Estados miembros para la producción de productos relevantes para la lucha contra la pandemia y el diferimiento o suspensión de impuestos y pagos a la seguridad social, así como la asunción de costes salariales en compañías, sectores y regiones especialmente castigados por la crisis.

Esta Comunicación pretendía dar respuesta a las necesidades de cooperación entre empresas generadas por la escasez de productos y servicios esenciales para luchar contra la pandemia, esencialmente en el sector sanitario (laboratorios farmacéuticos, fabricantes de equipos y sus distribuidores), pero sin dejar de vigilar situaciones en que las empresas pretendan aprovechar esta situación para alcanzar acuerdos anticompetitivos o abusar de su posición de dominio en el mercado limitando la producción o aprovechándose de los consumidores y clientes.

La segunda de las mencionadas modificaciones tuvo lugar el 8 de mayo de 2020²³ y es considerada una de las más controvertidas pues se trata de ayudas catalogadas por algunos autores como “de último recurso” por dejar, hasta cierto punto, la puerta abierta a la nacionalización de empresas. Esto es así puesto que, en términos generales, se incluyeron ayudas en forma de capitalización a favor de empresas que eran especialmente susceptibles de afectar negativamente al mercado interior (Álvarez Suárez et al., 2020, pp. 163-173).

Así, tal y como se expone en dicha Comunicación, lo que se pretende es permitir a los Estados miembros aportar apoyo público en forma de instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital a las empresas que tienen una situación difícil como consecuencia de la pandemia. El objetivo que se quiere lograr es el de evitar la salida innecesaria del mercado de las empresas viables antes de lo ocurrido. En este sentido, la Comunicación detalla que las recapitalizaciones “no deben superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de COVID-19”²⁴.

Sin embargo, estos instrumentos pueden falsear considerablemente la competencia entre empresas. Es por ello que las condiciones bajo las que se puede actuar se encuentran delimitadas en la Comunicación. De esta manera:

49. Las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 deben cumplir las siguientes condiciones:

a) sin la intervención estatal, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Estas dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares;

b) la intervención responde al interés común. Este interés común puede referirse a evitar problemas sociales y deficiencias del mercado debido a una pérdida significativa de empleo,

23 Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

24 Párrafo 6 de la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

la salida de una empresa innovadora, la salida de una empresa de importancia sistémica, el riesgo de perturbación de un servicio importante, o situaciones similares debidamente fundamentadas por el Estado miembro en cuestión;

c) el beneficiario no puede conseguir financiación en los mercados en condiciones asequibles y las medidas horizontales existentes en el Estado miembro en cuestión para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar su viabilidad, y

d) el beneficiario no es una empresa que ya estaba en crisis el 31 de diciembre de 2019. (Comisión Europea, 2020, apartado 3.11.2.)²⁵

En cuanto a los tipos de medidas de recapitalización, los Estados miembros cuentan con dos conjuntos distintos de instrumentos de recapitalización. Por un lado, instrumentos de capital, en particular la emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes y, por otro lado, instrumentos con un componente de capital (denominados “instrumentos híbridos de capital”), en particular, los derechos de participación en beneficios, las participaciones sin voto y las obligaciones convertibles garantizadas o no garantizadas.

Cabe considerar que, en la medida que una forma de ayuda pública puede ser la participación del estado en el capital de las empresas, si finalmente se admitiera manga ancha de la Comisión Europea para estas participaciones, nos podría conducir a una nueva ola de nacionalizaciones, a la que, salvo excepciones, se puso fin tiempo atrás mediante una política de privatizaciones que dio lugar a décadas de desarrollo económico. Aunque, siendo optimistas y vistos los antecedentes, no parece previsible que la política de la Comisión Europea pueda abrir paso a lo que antes hemos denominado “nacionalizaciones ideológicas” que no respondan a una rigurosa política de control de las ayudas públicas.

Es cierto que la pandemia nos ha situado en un escenario insospechado, pero un sistema de ayudas que impidiera las quiebras en sectores no estratégicos e, item más, condujera al fortalecimiento de los campeones nacionales y las grandes empresas multinacionales, sería tremendamente destructivo para la competencia y, en consecuencia, para la economía de mercado.

En la tercera de las modificaciones, de fecha 29 de junio de 2020²⁶, el objetivo de la Comunicación es el de prestar más apoyo a las microempresas, las pequeñas empresas y las empresas emergentes innovadoras, por tratarse de empresas que se han visto particularmente afectadas por la escasez de liquidez causada por el impacto económico de la pandemia, así como para incentivar la inversión privada. De hecho, la principal motivación de la Comisión Europea para aprobar dicha modificación se centra en el importante papel que tienen estas categorías de empresas en el empleo y crecimiento de la Unión Europea en términos agregados, generando aproximadamente un 35% del valor añadido y un 50% del empleo en el sector empresarial no financiero. Si bien, esta modificación tuvo especial relevancia, pues permitió a los Estados miembros otorgar ayudas a pequeñas empresas y empresas emergentes que estuviesen en crisis con anterioridad a la pandemia siempre que concurriesen determinados requisitos. Así, lo que se pretende es incluir en el Marco Temporal ayudas estatales para todas las microempresas y pequeñas empresas,

incluso si entraran en la categoría de empresa en crisis el 31 de diciembre de 2019, siempre y cuando no se encuentren inmersas en un procedimiento concursal con arreglo a su Derecho

25 Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

26 Comunicación de la Comisión de 29 de junio de 2020, C (2020)4509 (DO C 218 de 2.7.2020). Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

nacional y no hayan recibido una ayuda de salvamento (que no haya sido reembolsada) o de reestructuración (y estén todavía sometidas a un plan de reestructuración)²⁷.

Dado que estas empresas tienen un tamaño limitado y apenas participan en transacciones transfronterizas, la Comisión Europea considera que es poco probable que las ayudas estatales a las microempresas y pequeñas empresas puedan falsear la competencia en el mercado interior y afecten el comercio dentro de la Unión Europea.

La cuarta de las modificaciones, de 13 de octubre de 2020²⁸, va dirigida a no solo a prorrogar el Marco Temporal a fin de seguir contribuyendo al apoyo eficaz a las empresas afectadas, a la consecución de la integridad del mercado interior y a la persecución de condiciones equitativas, sino también a permitir que la ayuda cubra parte de los costes fijos no cubiertos por la bajada de la demanda de empresas afectadas por la crisis y a modificar la lista de países cuyos riesgos son negociables.

Por último, la quinta de las mencionadas modificaciones, de fecha 28 de enero de 2021²⁹, pretende, del mismo modo, prorrogar el Marco Temporal hasta el 31 de diciembre de 2021 como consecuencia de la segunda ola y del endurecimiento de medidas a tomar por los Estados miembros, además de adaptar los límites máximos de ayuda de determinadas medidas para hacer frente a los prolongados efectos económicos de la crisis actual, y aclarar y modificar las condiciones para la concesión de determinadas medidas temporales de ayuda estatal.

Ahora bien, desde una perspectiva más práctica, cabe identificar aquellos sectores económicos que se han visto más afectados por las consecuencias de la pandemia y que, por consiguiente, se han apoyado con más intensidad en el mencionado Marco Temporal. Uno de ellos es el sector del transporte aéreo, no solo por la limitación de la movilidad aérea sino por la caída del sector turístico. Como consecuencias de las pérdidas registradas por las compañías aéreas en 2020, se han autorizado ayudas de distintos Estados miembros con la finalidad de apoyar directamente a que las aerolíneas superaran los perjuicios económicos ocasionados por esta crisis.

A título de ejemplo, entre las ayudas otorgadas a las aerolíneas destacan las concedidas a compañías de bandera como Lufthansa (9.000 millones de euros, ayuda nº SA.57153) o Alitalia (3.000 millones de euros), considerando la Comisión Europea que dichas ayudas son compatibles con el mercado interior y que están dirigidas a paliar los efectos de la pandemia en este sector. Además de estas ayudas, se han concedido también en este sector préstamos, aplazamientos de impuestos o planes de garantías por parte de diferentes Estados miembros.

No obstante, el otorgamiento de las mencionadas ayudas ha sido cuanto menos una cuestión controvertida por la disconformidad manifestada por diversos competidores. A tal respecto, cabe destacar diversos pronunciamientos recientes de la Comisión Europea y el Tribunal General de

27 Párrafo 6 de la Comisión de 29 de junio de 2020, C (2020)4509 (DO C 218 de 2.7.2020). Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

28 Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2020, C (2020)7127 (DO C 340 I de 13.10.2020). Cuarta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

29 Comunicación de la Comisión de 28 de enero de 2021, C (2021) (DO C 34/06 de 28.01.2021). Quinta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

la Unión Europea (en adelante, el "TG") derivados de recursos interpuestos por Ryanair contra decisiones de la Comisión Europea que autorizaban ayudas públicas a compañías áreas derivadas de la pandemia. A título de ejemplo, conviene señalar el caso de la aerolínea Condor a la que se le otorgó en julio de 2021 un paquete de ayudas fundamentado en la existencia de un daño real sufrido con ocasión de la COVID-19. Al respecto, conviene precisar que dicha medida tuvo lugar después de que el TG anulara previamente una autorización de ayuda de la Comisión Europea de un préstamo público a favor de Condor tras el recurso Ryanair por carecer dicha decisión, según el TG, de una motivación suficiente³⁰.

Por lo tanto, vistas las distintas Comunicaciones que ha llevado a cabo la Comisión Europea y su aplicación práctica, cabe preguntarse: ¿cómo está reaccionando la Unión Europea? A grandes rasgos puede observarse cómo el Marco Temporal promovido por la Comisión Europea ha sido fuertemente aceptado por los distintos Estados miembros, siendo un ejemplo manifiesto de esta realidad las abundantes decisiones que la Comisión Europea ha autorizado.

Aunque la adaptación favorable de los Estados miembros al Marco Temporal es una realidad, también es cierto que se ha venido observando un comportamiento prudente por parte de los distintos Estados miembros. No obstante, muchos temían que esa prudencia se fuera relajando, especialmente, en cuanto a la participación en el capital de las empresas. De hecho, es posible que haya quien piense que puede ser una vía para construir un teórico paraíso plagado de empresas públicas, pero, afortunadamente, esas pretensiones se encontraron con un muro, consistente en la política de la competencia de la Comisión Europea que, como se ha señalado, es uno de los instrumentos más significativos para lograr la integración económica.

En línea con lo anterior, se debe señalar que en los documentos mencionados se imponen determinadas condiciones a la participación pública que hacen difícil el desarrollo de una política generalizada de nacionalizaciones. Ello no obstante, y al mismo tiempo, existen fuertes presiones de los países con mayor capacidad económica, encabezados por Francia y Alemania, para flexibilizarlas. De hecho, la flexibilización de las exigencias podría dar lugar a desequilibrios, en la medida en la que los países económicamente más fuertes siempre dispondrán de más recursos para fortalecer sus empresas, provocando una política de "campeones nacionales" que podrían competir, fortalecidos por recursos públicos, con las empresas de otros países de la Unión Europea que no dispongan de sus mismos recursos para fortalecer a sus empresas. Por todo ello, resulta fundamental que se tenga en consideración a efectos de lograr una recuperación equilibrada, no solo el objetivo de paliar el impacto económico negativo provocado por el COVID-19, sino también garantizar que las medidas adoptadas no perjudiquen uno de los grandes pilares de la Unión Europea como es el mercado interior.

7. FONDO NEXT GENERATION EU

Además de las diferentes comunicaciones aquí analizadas, la Unión Europea considera necesario el desarrollo de medidas adicionales con el objetivo de contribuir a la pronta y más eficaz recuperación europea. En este contexto destaca el Fondo de Recuperación Europeo "*NextGenerationEU*" aprobado por el Consejo Europeo que, junto con el presupuesto a largo plazo de la Unión Europea, supone la mayor financiación europea jamás vista. Esto supone que alrededor de 2,018 billones de euros irán destinados a la reconstrucción europea tras la pandemia.

El 27 de mayo de 2020, en respuesta a la crisis sin precedentes causada por el COVID-19, la Comisión Europea propuso el instrumento temporal de recuperación *NextGenerationEU*, así como refuerzos específicos del presupuesto a largo plazo de la Unión Europea para 2021-2027.

30 Sentencia del Tribunal General (Sala Décima ampliada) de 9 de junio de 2021, asunto T-665/20 Ryanair DAC v. Comisión Europea.

Asimismo, el Parlamento Europeo enfatizó que el fondo de recuperación debía ser *“un complemento del marco financiero plurianual y un instrumento de la Unión Europea, en lugar de una solución intergubernamental”* (D’ Alfonso, 2020, pp. 1). De este modo, el *NextGenerationEU* es un instrumento temporal de recuperación que permite a la Comisión Europea endeudarse en nombre de la Unión Europea y que cuenta, aproximadamente, con más de 800.000 millones de euros.

Aunque esta propuesta fue valorada como audaz, ambiciosa y merecedora de éxito a pesar de los retos que pudiese suponer, su negociación fue realmente compleja (D’ Alfonso, 2020, pp. 11-12)³¹. Reflejo de ello fue la cumbre europea para la creación de este fondo que fue una de las más largas hasta entonces celebradas pues el acuerdo sobre su creación no parecía llegar dados los intereses contrapuestos existentes durante las negociaciones, especialmente, en cuanto a la cantidad y forma del fondo de reconstrucción. Aunque la propuesta más destacada fue la presentada por Emmanuel Macron y Angela Merkel al considerarse un *“momento hamiltoniano”*³² por suponer un punto de partida para la mayor integración en la Unión Europea con deuda compartida entre Estados miembros, los llamados países frugales (Países Bajos, Suecia, Austria y Dinamarca) se decantaban más por la propuesta de Finlandia que reducía considerablemente los fondos inicialmente presentados por el Presidente del Consejo, y que resultaba para el resto de países inaceptable por insuficientes, siendo reafirmado por la Presidenta del Banco Central Europeo quien intervino para insistir en que el acuerdo debía ser más ambicioso. Sin embargo, sus diferencias, que ascendían a 50.000 millones de euros parecían ser insalvables. Además de querer reducir el importe del fondo, los países denominados frugales pedían que las ayudas no reembolsables, también denominadas a fondo perdido, fueran de cuantía menor. Del mismo modo, algunas de las reacciones más comentadas fueron las del canciller austriaco Sebastian Kurz que alegó que seguirían siendo solidarios frente a los países más afectados por el COVID-19, si bien, debía hacerse *“bajo la forma de préstamos y no subvenciones”*, así como las continuas declaraciones del primer ministro holandés, Mark Rutte, dirigidas a lograr un recorte del gasto y un control estricto de las ayudas a la recuperación.

Finalmente, el Presidente del Consejo, Charles Michel, presentó una propuesta denominada *“freno de emergencia”* que aumentaba los descuentos que recibirían estos países en su contribución al presupuesto comunitario por aportar mucho más de lo que recibirían y obligaba a los países a enviar el plan de reforma al Consejo a fin de su aprobación por mayoría cualificada. Todo ello contribuyó a que los dirigentes europeos cediesen parcialmente en sus propuestas y alcanzasen un acuerdo tanto para el paquete de recuperación como para el presupuesto de 2021-2027³³.

Así pues, bajo la iniciativa del *NextGenerationEU* se crean dos instrumentos financieros. Por un lado, el Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y, por otro lado, la ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE). El primero de estos instrumentos ofrece apoyo a todos los Estados miembros a través de transferencias directas y préstamos para aumentar las inversiones públicas y llevar a cabo reformas que contribuyan a la recuperación de la economía y el empleo, y están orientadas a lidiar con los principales retos económicos y sociales surgidos tras el COVID-19. La asignación que le corresponde a cada uno de los Estados miembros se ha calculado a partir de indicadores demográficos, del PIB per cápita, la tasa de desempleo media de los últimos 5 años y la caída económica como consecuencia de la pandemia. Además, los fondos que forman parte de este primer instrumento se concederán en dos partes: un 70% sobre los indicadores mencionados y un 30% en función de la evolución económica que se produzca entre 2020 y 2021, por lo que

31 Valoración reflejada en declaraciones del profesor Iain Begg de la London School of Economics y artículos de Friend of Europe.

32 Se ha hecho similitud de este momento al que ocurrió en 1790 cuando Alexander Hamilton unificó la deuda en los territorios en los primeros inicios de EEUU para lograr una unión más fuerte.

33 Conclusiones adoptadas por el Consejo de Europa en Reunión Extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020), EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4, 21 de julio de 2020, Bruselas.

esta segunda parte se otorgará en 2022. Para poder acogerse al MRR, los Estados miembros deben presentar Planes nacionales de recuperación y resiliencia.

El segundo instrumento continúa y amplía las medidas de respuesta y reparación de las crisis aplicadas a través de la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus y la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus Plus. Estos recursos se ejecutarán a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD).

El objetivo de ambos instrumentos es contribuir a reducir el impacto económico y social de la pandemia y hacer que las economías y sociedades europeas sean más sostenibles y resilientes, y estén mejor preparadas para los retos y las oportunidades de las transiciones ecológica y digital. Para financiar este fondo, se obtendrán, por parte de la Comisión Europea, préstamos en los mercados a costes más favorables que muchos Estados miembros y se redistribuirán los importes. El objetivo de la Comisión Europea es recaudar, hasta 2026, con las mejores condiciones financieras, unos 800.000 millones de euros, que suponen el 5% del PIB de la UE. En la primera operación de *NextGenerationEU*, que tuvo lugar el 15 de junio de 2021, la Comisión Europea recaudó 20.000 millones de euros.

8. CONCLUSIONES

En recapitulación de cuanto se ha venido exponiendo podemos formular, a modo de conclusiones, las siguientes:

Primera.- Resulta evidente que, para el buen funcionamiento de la economía de mercado, es necesario respetar lo que constituye uno de sus elementos fundamentales, como es la política de la competencia.

Segunda.- Si la anterior conclusión resulta indubitada, de ella se deduce que aún resulta más necesario afirmar que una política de la competencia común, entre los países que lo integran, es indispensable para la creación y el buen funcionamiento de un espacio económico común entre varios países.

Tercera.- Prueba de la afirmación anterior lo constituye el hecho de que en la Unión Europea, como ejemplo de espacio regional más consolidado, la política de la competencia se ha convertido en uno de los pilares fundamentales para la integración de los mercados.

Cuarta.- Parte fundamental de la política de la competencia, esencialmente cuando forma parte de la construcción de un espacio regional integrado, lo constituye el control de las ayudas públicas, ya que si un país beneficia a determinadas empresas con medidas económicas que les ayuden, se producirá un desequilibrio en la integración de los mercados.

Quinta.- No obstante lo anteriormente afirmado, las normas de la competencia y, particularmente, las referidas a las ayudas públicas, no constituyen unos principios absolutos e inmutables que no admitan excepciones.

Sexta.- En situaciones de crisis extremas, como ocurrió en 2008 con la crisis bancaria o en la actualidad con ocasión de la pandemia, la política de control de ayudas públicas puede flexibilizarse, admitiendo algunas, en determinadas condiciones, que en una situación normal deberían ser prohibidas. Unas ayudas públicas pueden evitar el hundimiento de determinadas empresas o sectores, con lo cual se evitaría el daño mayor causado, en este caso, por la pandemia.

Séptima.- La flexibilización del control de las ayudas públicas debe realizarse con normas claras y que no produzcan distorsiones a la competencia, en la medida de lo posible, beneficiando a unas empresas en detrimento de otras.

Octava.- La crisis económica y social que ha provocado el COVID-19 y la ulterior reacción en el ámbito de la Unión Europea consistente en la flexibilización del marco normativo europeo de ayudas públicas es un claro ejemplo de la efectividad del otorgamiento de dichas ayudas para lograr una recuperación económica mayor y en menor tiempo.

Novena.- La política de flexibilización de las ayudas públicas llevada a cabo por la Unión Europea con la aprobación del Marco Temporal y sus sucesivas modificaciones, e incluso con la aprobación de los Fondos *Next Generation*, constituyen un ejemplo de las cautelas que se adoptan para evitar que las ayudas públicas se empleen para distorsionar las reglas del mercado.

Décima.- No obstante todo lo anteriormente expuesto, siempre existe el riesgo de que los países con mayor fortaleza económica, cumpliendo con los requisitos, puedan llegar a fortalecer sus empresas en detrimento de las de otros países con economía más débil.

9. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suárez, M.; Domínguez Viera, J. & Garrosa Fernández, P. (2020). Ayudas de Estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior. *Economía Industrial*, 417, 163-173.

Comisión Europea. (1997, 3 de enero). Comunicación: Control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales [97/C 1/05].

Comisión Europea. (1998, 10 de diciembre). Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas [98/C 384/03].

Comisión Europea. (2008, 26 de noviembre). Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo. Un Plan Europeo de Recuperación Económica [COM(2008) 800 final].

Comisión Europea. (2010, 3 de marzo). Comunicación de la Comisión. Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020 final].

Comisión Europea. (2020, 20 de marzo). Comunicación de la Comisión. Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 91 I/01].

Comisión Europea. (2020, 4 de abril). Comunicación de la Comisión. Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 112 I/01].

Comisión Europea. (2020, 13 de mayo de 2020). Comunicación de la Comisión. Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 164/03].

Comisión Europea. (2020, 2 de julio). Comunicación de la Comisión. Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 218/03].

Comisión Europea. (2020, 13 de octubre). Comunicación de la Comisión. Cuarta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía

en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo [2020/C 340 I/01].

Comisión Europea. (2021, 1 de febrero). Comunicación de la Comisión. Quinta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo [2021/C 34/06].

Comisión Nacional de la Competencia. (2008). Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas. En Informe Anual 2008: Ayudas Públicas (pp. 17-34).

Consejo Europeo. (2020, 21 de julio). Reunión Extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020) – Conclusiones [EUCO 10/20] [CO EUR 8] [CONCL 4].

Diario Oficial de la Unión Europea. (2016, 7 de junio). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) [C 202].

D' Alfonso, A. (2020, July). *Next Generation EU: A European instrument to counter the impact of the coronavirus pandemic* (Briefing, 2021-2027 MFF). European Parliament.

Hernández Cos, P. (2020). Los principales retos de la economía española tras el Covid-19. Banco de España de 23 de junio de 2020, Documento nº 2024.

Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

Keppenne, J. P. (1999). *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*. Bruylant.

OCDE. (2020, 27 de abril). Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19.

Parlamento Europeo. Comisión de Comercio Internacional. (2021, 2 de junio). Informe sobre los aspectos y consecuencias de la COVID-19 con respecto al comercio (2020/2117(INI) [A9-0190/2021].

Rodríguez Míguez, J. A. (2017). El control europeo de las ayudas públicas (I): visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de estado). En J. M. Beneyto Pérez & J. M. Mailla González-Orús, Tratado de derecho de la Competencia. Unión Europea y España (Tomo II) (pp. 187-242). Wolters Kluwer.

Samaniego, G. (2001). La noción de ayuda de Estado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 212, 83-99.

RESPUESTA EUROPEA AL CONTROL JUDICIAL LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: ESPECIAL ATENCIÓN AL TEST DE RACIONALIDAD Y AL CONTROL DE PLENA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

EUROPEAN RESPONSE TO JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION: SPECIAL ATTENTION TO THE TEST OF RATIONALITY AND THE CONTROL OF FULL JURISDICTION IN COMPETITION LAW

SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO¹

RESUMEN

El control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración constituye uno de los objetos centrales del Derecho Administrativo. Un Estado moderno en el que deben compatibilizarse principios democráticos con la eficacia de la Administración requiere la adopción de reglas claras y precisas en orden a delimitar la extensión del control jurisdiccional de la Administración. Esta necesidad se hace más patente en el ámbito administrativo-económico, donde la Administración goza de un amplio margen de actuación discrecional. En este contexto, el control, de racionalidad de la actuación administrativa se ofrece como una técnica de control eficaz, plenamente respetuosa tanto con las competencias de la Administración, como con los derechos fundamentales de los administrados.

PALABRAS CLAVE

Justicia europea | Actividad administrativa | Control judicial | Pleno y Limitado | Control de racionalidad | Competencia de plena jurisdicción | Sanciones administrativas de carácter penal

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 21 de abril de 2022.¹

ABSTRACT

The jurisdictional control of Administration's resolutions constitutes one of the central objects of Administrative Law. A modern State in which democratic principles must be reconciled with the efficiency of the Administration requires the adoption of clear and precise rules in order to delimit the extent of the jurisdictional control of the Administration. This need is more evident in the administrative-economic sphere, where the Administration enjoys a wide margin of discretionary action. In this context, the control of the rationality of administrative action is offered as an effective control technique, fully respectful for both Administration's competences and fundamental rights of the administered.

KEYWORDS

European Justice | Administrative activity | Judicial control | Full and limited | Rationality control | Jurisdiction of full jurisdiction | Administrative penalties of a criminal nature

¹ Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Madrid. Juez del Tribunal General de la Unión Europea. Luxemburgo. (2007/2013).

CONTENIDO

1. Introducción; **2.** La esencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; **3.** Necesaria aclaración de conceptos; **4.** La arquitectura judicial europea, **4.1.** Disposiciones proferidas a raíz de la pandemia, **4.2.** Los distintos Tribunales que conforman las jurisdicciones europeas y el sentido de su jurisprudencia; **5.** El control limitado ante el Tribunal General y su problemática: Hacia un control de racionalidad confirmado por el Tribunal de Justicia; **6.** El carácter penal de las sanciones administrativa y sus consecuencias desde la óptica del control judicial; **7.** La competencia de plena jurisdicción; **8.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Revolución Francesa de 1789 nos trajo el Derecho Administrativo y con el mismo, un drástico cambio en las relaciones de los ahora ciudadanos, con el Poder constituido.

Bajo la invocación de los principios de legalidad y libertad, solemnemente proclamados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, se adopta el concepto de acto arbitrario que se plasma en su artículo 11, según el cual: “Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine, es arbitrario y tiránico. Aquel contra quien se quisiera ejecutar por la violencia, tiene derecho a repelerlo por la fuerza”.

Ese inicial derecho a “repeler por la fuerza” las agresiones ilegítimas del poder, evoluciona rápidamente hacia un sistema más racional, consistente en el ejercicio de acciones judiciales ante una jurisdicción especializada como es la contencioso-administrativa.

De esta manera, podemos afirmar que el control sobre esta nueva Administración, concebida como una organización servicial dotada de personalidad jurídica que viene a sustituir al antiguo poder del Príncipe, se identifica con la misma esencia del Derecho Administrativo.

Paradójicamente, la naturaleza y extensión del control de la actividad administrativa constituye uno de los temas más antiguos y, a la vez, como tendremos ocasión de analizar, más actuales de los que pueden abordarse en el ámbito del Derecho Administrativo.

No obstante, antes de proceder a nuestro examen sobre el alcance y naturaleza del control judicial en general y de sus diferentes manifestaciones y grados de intervención, resulta conveniente recordar las reflexiones de Max Weber sobre la concepción de la posición del Juez en el marco de una sociedad organizada.

Así, en el capítulo Economía y Derecho de su obra “Economía y Sociedad”², Max Weber (2009/1922) dedicó un riguroso y preciso comentario a la diferencia que puede advertirse entre la justicia racional, que sería la propia de nuestro sistema de jurisdicción contencioso-administrativa y la puramente emocional que identifica con el concepto de la “Justicia del Cadí”, que era la dictada por los jueces musulmanes (Cadí), instalados en las mezquitas y que gozaban de gran autoridad en el ejercicio de su función.

La primera se basa en la aplicación de un bloque de legalidad preestablecido y sujeto a procedimientos rigurosos, mientras que la segunda es el fruto de pronunciamientos casuísticos basados en tradiciones sagradas con una mezcla de equidad, dando lugar a un puro subjetivismo en el que priman “lágrimas e insultos” de los litigantes, frente a una inexistente racionalidad en la decisión.

2 Un comentario más detallado al respecto lo encontramos en López Ayllón, S. (1998). El Juez en la sociología de Max Weber. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14798>

Como acertadamente nos dejó apuntado el sociólogo alemán, no basta con la existencia de un órgano judicial de resolución de conflictos, sino que es necesario que el mismo esté también sujeto a reglas de actuación objetivas y comúnmente aceptadas, pues en caso contrario habríamos sustituido un poder absoluto y arbitrario, el del Príncipe, por otro de la misma naturaleza personificado en el subjetivismo irracional del Cadí, en definitiva, del Juez.

2. LA ESENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La concepción clásica del sistema continental europeo y de aquellos países que han seguido este planteamiento, es tributaria del privilegio de autotutela de la Administración, es decir, de la “capacidad de innovar ejecutoriamente en las relaciones jurídicas de que es parte y de imponer sus decisiones frente a pretensiones o resistencias contrarias” (García de Enterría, 1997, p. 569).

En consecuencia, la mayor particularidad de la justicia contencioso-administrativa radica en el hecho incuestionable de que el juez opera a posteriori, para controlar la legalidad de la actuación o incluso de la falta de actividad de la Administración.

Su naturaleza es pues, revisora de la actuación administrativa y limita su competencia a verificar que, por parte de la Administración, se ha adoptado una resolución acorde con la legalidad y sin que pueda el Juez, en los supuestos en que la Administración ejercita competencias discrecionales, sustituirla y pronunciarse sobre la oportunidad política o conveniencia de una determinada resolución.

Esta construcción jurídica respeta plenamente el principio de división de poderes, piedra angular de un sistema democrático y ello en una doble vertiente: por una parte los Jueces se limitarán a controlar que las decisiones políticas o discrecionales de la Administración sean respetuosas con la legalidad vigente y por otra, esa misma Administración no podrá invocar “razones de Estado”, para apartarse de los procedimientos legalmente establecidos y del contenido normativo del bloque de legalidad aplicable.

En definitiva, tal y como nos recuerda el profesor García de Enterría³, esta es la específica problemática de la jurisdicción administrativa y constituye toda su singularidad, sin que, por lo tanto, nos encontremos ante excepciones a los principios ordinarios de actuación de la justicia, sino de su adaptación a la materia sobre la que se aplica.

3. NECESARIA ACLARACIÓN DE CONCEPTOS

Antes de entrar en nuestro análisis sobre la naturaleza y extensión del control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta necesaria la precisión de una serie de conceptos ante el riesgo de que un uso ambivalente de los mismos genere equívocos de compleja reparación.

3.1. Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa

Cuando nos referimos al carácter revisor de la Administración debemos entender superada una concepción inicial, particularmente rígida, según la cual, el mismo identifica la intervención judicial con una suerte de instancia administrativa más. La consecuencia de ello era que el Juez no podía tomar en consideración cualquier dato o prueba que no figurase en el expediente administrativo.

Frente a esto debe afirmarse que el proceso contencioso-administrativo, por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es un auténtico proceso jurisdiccional en el que, si bien se exige como presupuesto de admisibilidad la existencia de una actuación o inacción administrativa previa que lesione derechos e intereses de un particular, la misión del Juez consiste, en realidad, en

3 Eduardo García de Enterría, ob citada pág 571.

pronunciarse sobre todas las pretensiones que formule la parte recurrente en relación con el acto administrativo impugnado.

A dichos efectos puede analizar todo tipo de cuestiones, aunque no hubieran sido formalmente planteadas en sede administrativa o sobre las cuales no se hubiera pronunciado expresamente la Administración, siempre que, ciertamente, estén en plena conexión con el acto impugnado. Para ello, como es obvio, podrá practicar todas las pruebas que estime pertinentes, con independencia de las que se hubieran llevado a cabo en el procedimiento administrativo previo.

La consecuencia más inmediata de lo expuesto, es que el Juez puede declarar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada e imponer conductas positivas a la Administración para restablecer el derecho vulnerado, todo ello más allá de la simple anulación del acto o de cualquier otra actuación u omisión imputable a la Administración.

Por esta razón, la doctrina e incluso legislaciones nacionales como la española (artículo 71.1 b) de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA), han calificado este tipo de actuación judicial como de plena jurisdicción, justamente porque con ella, además de anularse un acto por causa de su ilegalidad, el Juez tiene competencia para restablecer el derecho vulnerado.

Sin embargo, es preciso señalar que el concepto “competencia de plena jurisdicción” tiene un sentido coincidente en parte, pero diferente, en el ámbito de la jurisprudencia europea. Esta particularidad será desarrollada más adelante.

Finalmente, es importante insistir en que esa función revisora puede ejercerse sobre cualquier actividad u omisión de la Administración.

La Exposición de Motivos de la Ley española 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), es muy gráfica a este respecto y señala lo siguiente: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones.

Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas”.

3.2. Sobre la intensidad del control jurisdiccional y el estándar de prueba exigible para tener por acreditada una determinada conducta

Nuevamente nos encontramos ante conceptos generalmente empleados por la jurisprudencia y la doctrina, que necesitan ser precisados para evitar disfunciones en la comprensión de esta problemática.

El concepto “intensidad del control” se vincula justamente a los límites hasta donde puede llegar la intervención del Juez administrativo, que ya hemos dicho, se contrae a realizar un control de legalidad sobre la actuación de la Administración, sin invadir las competencias propias de la misma que deben ser respetadas.

Sin embargo, cuando nos referimos al “estándar de prueba exigible”, nos pronunciamos sobre el grado de convicción que la Administración debe producir ante el Juez, para que éste considere acreditados los elementos de hecho que se contienen en la resolución administrativa.

En definitiva, en este último caso nos encontramos ante un supuesto de valoración de la prueba que la Administración está obligada a aportar para justificar su resolución y que debe versar sobre su suficiencia e idoneidad para sostener la legalidad de su actuación.

3.3. Las dos manifestaciones de la intensidad del control: Los controles limitado y completo

Aunque, como veremos a continuación, la intensidad del control judicial puede exteriorizarse básicamente de dos formas diferentes, en ambos casos y esto es particularmente relevante, el Juez debe dispensar una completa tutela judicial efectiva y realizar un control real de la actividad de la Administración.

3.3.1. El mal llamado por la doctrina general y la jurisprudencia “control limitado”

De entrada, ya advertimos sobre la desafortunada denominación de este tipo de control que ha provocado importantes niveles de confusión, pues la “limitación” del control no se refiere a su intensidad, sino al obligado respeto constitucional a los márgenes de actuación de la Administración y de sus competencias ejecutivas en el marco de la división de poderes, como ya anticipamos en el apartado II de esta exposición.

Así, en los casos en que el objeto de la actividad jurisdiccional recae sobre decisiones administrativas de carácter discrecional, la calificación de “control limitado” es tributaria de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración

En este supuesto el Juez ejerce su control sobre todos los elementos de hecho y derecho de la actuación administrativa, con la siguiente particularidad:

En relación con los hechos y el derecho aplicado el control es integral, lo que significa que el Juez es competente para enjuiciar dichos elementos y declarar, si ello fuera necesario, su falta de acreditación o bien la incorrecta aplicación de la normativa invocada, lo que determinaría la nulidad de la resolución impugnada.

Sin embargo, en este tipo de actuaciones, la Administración para fijar el contenido de su decisión, está obligada a efectuar un análisis de los distintos parámetros de pertinente consideración, para finalmente adoptar la decisión que considere más apropiada.

La particularidad reside en que, precisamente por esa facultad de apreciación conferida a la Administración, cualquiera de las opciones que se presentan ante la misma puede ser válida, siempre que la elección de una de ellas hecha por la Administración se produzca dentro del margen que tiene conferido.

En consecuencia y únicamente cuando se respeta lo antes dicho, el Juez con ocasión del ejercicio de su control no puede sustituir los criterios elegidos por la Administración, ni tampoco puede imponerle

una opción en particular entre las distintas que se le presentan, todas ellas lícitas y válidas, y eso, aunque el Juez considere que cualquiera de las distintas opciones es más correcto que la elegida por la Administración.

Es en este contexto en el que se invoca, de acuerdo con una jurisprudencia mayoritaria y plenamente consolidada, el denominado “control de racionalidad” de la actividad de la Administración que vamos a desarrollar con detalle más adelante y que en esencia, impone a la Administración que exteriorice un razonamiento coherente en el ejercicio de sus potestades discrecionales y, además, que el mismo esté basado en datos objetivos, comprobables por su incorporación al expediente administrativo.

3.3.2. El control completo

Nuevamente la terminología empleada se presta al equívoco.

La única diferencia entre este tipo de control y el llamado control limitado, consiste en que el denominado control completo no se proyecta sobre la actividad discrecional de la Administración.

En consecuencia, la Administración solo puede adoptar una única resolución válida con el añadido de que la misma deberá coincidir con la legalidad invocada y aplicable al caso, por lo que se elimina cualquier margen de apreciación por su parte, más allá de verificar la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para dictar su pronunciamiento.

Como puede observarse, también en este caso de control completo, al igual que ocurre en el supuesto de control limitado, el Juez, realiza un control integral sobre todos los elementos de hecho y de derecho de la resolución controvertida.

Sin embargo, y a pesar de esta identidad, cuando abordamos la revisión judicial proyectada sobre la actividad reglada de la Administración no se plantea la problemática doctrinal que incide sobre el mal llamado control limitado.

4. LA ARQUITECTURA JUDICIAL EUROPEA

Los Tribunales europeos han desarrollado un importante cuerpo jurisprudencial sobre la cuestión que nos ocupa y lo han hecho en relación con el Derecho Administrativo Económico, singularmente con la actividad sancionadora de la Administración por infracciones del derecho a la libre competencia.

Por esta razón nuestro análisis se va a concentrar en un examen de dicha jurisprudencia, no sin antes significar los rasgos esenciales, tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa, pues sus presupuestos determinan el sentido y alcance de las decisiones de sus respectivos Tribunales.

En este examen van a destacarse dos cuestiones fundamentales: por una parte se expondrá con detalle la técnica que hemos denominado “control de racionalidad de la actividad de la Administración”, que eleva la intensidad del control judicial sobre las competencias discrecionales de la Administración y por otra parte, analizaremos el concepto de “competencia de plena jurisdicción” en la jurisprudencia europea, cuyo significado incorpora algunas diferencias respecto del empleado por las legislaciones y jurisprudencia nacionales, en concreto por la española.

4.1. Dos organizaciones europeas relevantes

Como es sabido, en el ámbito europeo existen dos organizaciones internacionales, independientes la una de la otra, pero que tiene un objetivo parcialmente común, como es la defensa y protección de

los derechos fundamentales. Sin embargo, obedecen a principios de organización, competencias y ámbito territorial singularmente diferenciado.

La organización más veterana es el Consejo de Europa, que fue creado por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949. Agrupa en la actualidad a 47 Estados de pleno derecho, además de otros cuatro observadores. Responde al principio de cooperación intergubernamental entre los Estados, es decir, en este caso no se producen cesiones del ejercicio de la soberanía nacional de los Estados integrantes de dicha organización. Tiene por finalidad específica la promoción, como objetivo principal, de la defensa, protección y promoción de los derechos humanos (en particular los civiles y políticos), la democracia y el estado de derecho.

La segunda organización y la más pujante en estos momentos, es la Unión Europea integrada por 27 Estados miembros.

Sus orígenes se encuentran en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951 y sus normas primarias vigentes son el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ambos en sus versiones consolidadas firmadas en Lisboa y que entraron en vigor el 1 de diciembre de 2009.

La Unión Europea tiene carácter supranacional, lo que implica que los Estados miembros ceden en favor de la Unión el ejercicio de su soberanía sobre una amplia gama de materias, persiguiendo un objetivo federalizante que, sin embargo, está siendo cuestionado en la actualidad por el auge en los Estados de la Unión de las nuevas políticas que refuerzan los sentimientos de identidad nacional frente al proyecto común europeo.

La protección de los derechos fundamentales y el fomento de la democracia, constituyen también un objetivo prioritario de la Unión, coincidente en este extremo con el Consejo de Europa.

4.2. Los distintos Tribunales que conforman las jurisdicciones europeas y el sentido de su jurisprudencia

Ambas organizaciones cuentan con Tribunales propios para garantizar el cumplimiento de sus respectivos Tratados, aunque, ciertamente, cada uno de ellos ejerce sus competencias de acuerdo con sus propios principios inspiradores a los que acabamos de aludir.

El Consejo de Europa cuenta con un órgano jurisdiccional con sede en Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que es el máximo intérprete del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y cuya ratificación resulta obligatoria para todos los Estados miembros de la referida organización.

A dicho Tribunal, que se articula y concibe como un Tribunal internacional propiamente dicho, puede acceder cualquier ciudadano que estime vulnerado el Convenio por la acción de los Estados miembros. Ahora bien, sus resoluciones solo tienen efecto ejecutivo entre las partes litigantes, sin perjuicio del valor informador de su jurisprudencia para los restantes Estados, que podrán ser demandados en caso de no aplicar los criterios jurisprudenciales del Tribunal.

No obstante, a pesar de su carácter unificador, el TEDH admite, bajo ciertas condiciones, que los Estados invoquen márgenes nacionales de apreciación en la aplicación de su jurisprudencia que, lógicamente no pueden desnaturalizar el sentido de la jurisprudencia del Tribunal.

Por su parte, la Unión Europea se organiza sobre la base del régimen institucional y el llamado método comunitario.

Ello supone la creación de Instituciones, que se conciben como organizaciones burocráticas reguladas por el Derecho Primario, es decir, por los Tratados constitutivos de la Unión y que aseguran el funcionamiento de determinadas áreas de actividad esenciales para la propia organización viniendo, en cierto modo y no de manera exclusiva, a configurar los tres poderes clásicos del Estado democrático y liberal: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Una de sus Instituciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está destinada a garantizar la organización judicial de la Unión y la aplicación uniforme de su Derecho, tal y como señala el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea.

A simple vista puede resultar sorprendente, que se reserve la denominación de “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” a una Institución, es decir, a un entramado organizativo y no a un órgano judicial propiamente dicho, por lo que resulta necesario realizar alguna precisión al respecto.

El mismo artículo 19 del Tratado de la Unión Europea especifica que dicha Institución, alberga dos órganos judiciales, estos sí, propiamente dichos: El Tribunal de Justicia (TJ) que existe desde el origen de la Unión, y el Tribunal General (TG, antiguo Tribunal de Primera Instancia) creado en 1989.

Dicho lo anterior y aunque la denominación de Tribunal de Justicia de la Unión Europea se emplea en el lenguaje cotidiano para designar al Tribunal de Justicia, resulta conveniente conocer esta distinción.

Es importante destacar que las resoluciones de ambos Tribunales gozan de efectos “erga omnes” y en virtud del principio de primacía del Derecho la Unión desplazan a la jurisprudencia y legislación de los Estados miembros que se oponga a la misma. En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la primera fuente del derecho de los Estados miembros desplazando incluso la aplicación de normas de rango constitucional si bien respecto de la incidencia de la normativa europea sobre estas últimas existe una amplia polémica.

El Tribunal de Justicia (TJ) se concibe como la más alta instancia jurisdiccional de la Unión y tiene competencias tanto de orden constitucional, como también casacional, pues revisa por medio del recurso de casación las sentencias del Tribunal General y con ello garantiza la unidad del criterio jurisprudencial.

En este contexto, su examen se concentra en la revisión de las cuestiones de derecho, sin poder corregir los hechos declarados probados por el Tribunal General. Tampoco podrá, como veremos sustituir las apreciaciones que el Tribunal General realice en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción salvo manifiesta desproporcionalidad de las mismas, concepto autónomo del Derecho de la Unión el de la plena jurisdicción al que nos referiremos más adelante.

El Tribunal General se concibe para conocer en primera instancia de los recursos contra las resoluciones de todas las Administraciones de la Unión y singularmente las de la Comisión Europea, siendo, por ello, el único órgano jurisdiccional de la Unión que tiene conferida la misión de revisar todos los puntos de hecho y de derecho de las referidas Decisiones como se desprende de los artículos 256 y 263 del TFUE.

En definitiva, es su concurso el que en realidad valida el sistema de control jurisdiccional respecto de la actividad de la Administración europea, de acuerdo con las exigencias impuestas por la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 27 de septiembre de 2011, asunto

Menarini, apartados 59 a 66, que establecen la necesidad de un control judicial completo sobre los elementos de hecho y derecho de las resoluciones administrativas.

En el ejercicio de su actividad de control, el TG puede ejercitar la competencia de plena jurisdicción exclusivamente respecto de las sanciones de multas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del TFUE, lo que, anticipamos, implica una excepción al carácter puramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, cuando el TG actúa en el ejercicio de competencia de plena jurisdicción y solo puede hacerlo a petición explícita de las partes, impone directamente las multas por lo que puede prescindir de los criterios y elementos probatorios valorados por la Comisión en su resolución previa, con la consecuencia de no solo puede anular la multa, sino imponerla en una cuantía superior a la fijada por la Comisión.

Este es, insistimos, un concepto propio del Derecho de la Unión, con significado en este aspecto distinto del que pueda atribuírsele en el ámbito nacional y que el TG ejerce de forma exclusiva, sin perjuicio de la eventual revisión que de sus resoluciones pueda realizar el Tribunal de Justicia que, a estos efectos, como veremos, tiene una función limitada.

Dicho esto, el desarrollo de esta exposición va a centrarse en examen de la jurisprudencia de los dos Tribunales de la Unión Europea, en los que se proyecta la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. EL CONTROL LIMITADO ANTE EL TRIBUNAL GENERAL Y SU PROBLEMÁTICA: HACIA UN CONTROL DE RACIONALIDAD CONFIRMADO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Dado que el control completo no plantea problemas de especial consideración, esta exposición va a concentrarse en el tratamiento jurisprudencial del control limitado y lo hacemos en los siguientes términos:

1. La temprana sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 13 de julio de 1966 en el asunto 56 y 58/64 Costen-Grunding, contiene una expresión que se ha mantenido a lo largo del tiempo y aún ahora se mantiene, que ha dado lugar a muchos equívocos.

Concretamente se indica en la misma, a propósito de la posibilidad de declarar que una conducta anticompetitiva pudiera merecer una exención y en consecuencia permitirse su desarrollo sin reproche sancionador, que, “el ejercicio de las competencias de la Comisión entraña necesariamente apreciaciones complejas en materia económica”, por lo que “el control jurisdiccional de dichas apreciaciones debe respetar este carácter y limitarse al examen de la realidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la Comisión deduce de ellos”.

2. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia adoptó una posición pasiva ante la Comisión, reconociéndole un amplio margen de discrecionalidad exento de un control jurisdiccional efectivo respecto de la valoración de lo que debía entenderse por “apreciaciones económicas complejas”.

Se consagró con ello “la doctrina del error manifiesto”, que estuvo vigente en el Tribunal de Justicia durante más de 30 años y que reducía el control de la justicia europea sobre la actividad de la Comisión a ese único supuesto.

3. Mediante la sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto C-68/94 Kali und Salz, apartados 228 y ss, el Tribunal de Primera Instancia anuló por primera vez una resolución de la Comisión en materia de concentración económica y supuso una llamada de atención por parte de la jurisprudencia.

4. Un importante y ya definitivo cambio en la jurisprudencia se produce a iniciativa del Tribunal de Primera Instancia, con las importantes sentencias de 22 de marzo de 2000, asunto T-125/97 Coca Cola, de 6 de junio de 2002 asunto T-342/99 Airtours, de 22 de octubre de 2002 asunto T-310/01 Schneider Legrand y la de 25 de octubre de 2002 asunto T-5/02 Tetra Laval.

5. Esta última sentencia fue confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03, apartado 39, y consolida el definitivo giro jurisprudencial en materia de control jurisdiccional de operaciones de carácter económico, que se concreta en su apartado 39 en los términos que se exponen a continuación.

6. A partir de este momento, se abandona la doctrina del control del error manifiesto de apreciación de la Comisión como margen de control de los Tribunales de la Unión y se impone al Juez, de entrada, la obligación de verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia. Además, el Juez debe comprobar si tales elementos “constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos”.

7. En definitiva, el Juez debe adoptar una posición activa y comprobar la racionalidad y coherencia de la decisión, lo que implica que si supera ese test debe ser confirmada y anulada en caso contrario.

Resulta muy importante destacar que, en el supuesto de que la parte recurrente aporte un análisis económico alternativo también razonable y válido que pueda justificar la adopción de una solución distinta a la seguida por la Administración, pero no consiga acreditar la existencia de inconsistencias en la resolución administrativa, la resolución deberá ser confirmada y desestimado el recurso.

Ello es así, tal y como ya habíamos anticipado, como consecuencia del ejercicio de una competencia discrecional legalmente atribuida a la Administración.

8. Si bien todas estas sentencias se refieren a operaciones de concentraciones económicas, su doctrina se aplicó de manera expansiva a todos los supuestos de sanciones por infracción del Derecho de la Competencia e incluso con carácter general para el control de todo tipo de resoluciones de la Administración dictadas en el ejercicio de facultades discrecionales.

9. A todo esto hay que añadir, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics, que ha tenido una sustancial influencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, como evidencian las sentencias de 18 de julio de 2013, asunto Schindler Holding, Chalkor y Otis /Comisión C-501/11 o la de 10 de julio de 2014, asunto C-295/12 Telefónica, apartado 53 y siguientes.

10. Esta jurisprudencia destaca la obligación del Juez de garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a ser enjuiciado por un tribunal imparcial y mediante un juicio justo.

11. Particularmente se indica que, si bien se reconoce a favor de la Comisión un margen para realizar apreciaciones económicas complejas, no por ello el Juez debe abstenerse de controlar la interpretación de los datos económicos realizada por la Comisión.

12. En definitiva, el concepto “apreciaciones complejas” no puede asimilarse a la idea de que la comprensión de la resolución administrativa es de difícil entendimiento, pues lo único que indica dicha expresión es que la Administración al tomar su decisión debe valorar un número significativo de parámetros de distinta naturaleza. Eso es precisamente lo que determina su complejidad, como sinónimo, en realidad, de la heterogeneidad de elementos considerados.

6. EL CARÁCTER PENAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS DESDE LA ÓPTICA DEL CONTROL JUDICIAL

Planteamiento de la cuestión.

1. La gran cuantía y severidad de las multas que se imponen en el ámbito del Derecho de la Competencia y en general en toda la actuación administrativa, ha suscitado una viva polémica sobre el carácter penal de este tipo de sanciones, lo que tiene claras consecuencias sobre las garantías procesales al efectuar el control judicial.
2. Es importante precisar que, en todo caso, este tipo de sanciones son administrativas pues se imponen por órganos de la Administración, por lo que el hecho de que les añada el calificativo de carácter o naturaleza penal, no desvirtúa su condición de sanción administrativa.
3. La consecuencia de esta calificación adicional como penal, es la de reforzar las garantías procesales y sustantivas en el momento de su imposición y control.
4. Desde un punto de vista ontológico, tanto las sanciones administrativas como las estrictamente penales, constituyen una manifestación del poder sancionador del Estado, pero la realidad nos muestra el nivel de garantías en su adopción y control no es el mismo siendo claramente mayores las que se contemplan en el proceso penal.
5. Ciertamente un examen comparativo de las garantías adoptadas en uno u otro caso, nos permite constatar la existencia de importantes diferencias entre ambas a pesar de que las sanciones administrativas económicas pueden ser superiores a las penales, lo que ha provocado una reacción de la jurisprudencia europea para corregir esta paradoja.
6. En este sentido podemos citar la escasa intermediación y oralidad en la imposición de sanciones administrativas, el carácter dudosamente imparcial del órgano sancionador que es un órgano de la propia Administración, si lo comparamos con la independencia de los órganos judiciales, y el constante empleo por la Administración de normas de rango reglamentario para completar los tipos sancionadores a lo que se añade la falta de concreción de la norma sancionadora integrada en numerosas ocasiones por conceptos jurídicos indeterminados.
7. Podríamos añadir la ausencia de efectos de cosa juzgada de la resolución administrativa sancionadora y la inaplicación en sede administrativa del principio non bis in ídem procesal.
8. Así las cosas, la celeridad en la tramitación del procedimiento administrativo y la eficacia de la resolución sancionadora derivada del principio de autotutela, por comparación con los procedimientos judiciales, ha provocado un fenómeno en el entorno europeo, favorable a la despenalización de conductas delictivas que se han transformado en infracciones administrativas.
9. Esta forma de proceder puede ser aceptable desde la óptica de los principios de buena administración, eficacia, celeridad o economía, pero siempre deben respetar una serie de garantías que la jurisprudencia ha exigido con vehemencia.
10. Resulta obligado pues, encontrar un equilibrio entre los intereses de la Administración y los de los particulares.

Respuesta jurisprudencial.

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una amplia jurisprudencia sobre esta cuestión que se inició con la sentencia Engel de 8 de junio de 1976 en la que se calificó como sanción administrativa de carácter penal el arresto administrativo de un militar como consecuencia de una infracción disciplinaria.

2. En orden a atribuir la naturaleza “penal” a estas sanciones, la sentencia Engel pondera la concurrencia de tres criterios: la calificación por la ley nacional de la infracción como administrativa o penal, su gravedad intrínseca y la severidad de la sanción.

3. Así, se concluye que el criterio dominante y decisivo es el segundo, esto es, la gravedad intrínseca de la infracción que se determina por su carácter punitivo y disuasorio respecto del público en general, permitiendo su sola concurrencia la calificación de la sanción como penal.

4. De manera constante la jurisprudencia posterior se refiere a la doctrina Engel y al examen de estos tres criterios como referencia para la calificación como penal de determinadas sanciones administrativas, por lo que dicha sentencia Engel debe calificarse como un auténtico “leading case” en la jurisprudencia europea

5. Mediante la sentencia de 21 de febrero de 1984, Gran Sala, asunto Öztürk contra Alemania, en su apartado 49, el TEDH señala que el Convenio no se opone a la calificación que, en su derecho interno, puedan hacer los Estados respecto de las distintas infracciones y tampoco se opone al creciente fenómeno de la descriminalización de conductas delictivas, siempre que ante ese fenómeno se respeten determinadas garantías propias del proceso penal.

6. En este contexto, la opción de pasar a sancionar determinadas conductas inicialmente penales, aunque de menor carga antijurídica, como infracciones administrativas, puede estar justificada por razones de buena administración y eficacia. Sin embargo, ello no puede servir para eludir la aplicación de las garantías establecidas por el Convenio y su finalidad, con especial mención de su artículo 6.1 en la medida en que consagra las garantías procesales del proceso penal.

7. Otras sentencias relevantes del TEDH que han ido añadiendo garantías y conformando el concepto de sanción administrativa de carácter penal, son las de 23 de noviembre de 2006, Gran Sala, asunto Jussila contra Finlandia, de 15 de noviembre de 2016, Gran Sala. Asunto A. y B. contra Noruega, o la de 6 de noviembre de 2018, Gran Sala, asunto Ramos Nunes de Carvalho e Sá contra Portugal.

8. La referida sentencia Jussila, en su apartado 43 introduce una matización relevante en la doctrina del TEDH, pues señala que las sanciones administrativas de carácter penal tienen, a su vez, distinto peso y que no todas conllevan el mismo nivel de estigma.

En consecuencia, concluye que el artículo 6.1 del Convenio no resulta siempre aplicable en su integridad a este tipo de infracciones, lo que le lleva a excluir en el caso enjuiciado, cuyo objeto era la revisión de un recargo por falta de ingreso en plazo de un impuesto, el derecho del sancionado a una vista oral.

9. La reciente STEDH de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti, contra España, exigió que, en determinadas circunstancias, debe establecerse un sistema de doble grado de jurisdicción con competencia plena para la revisión de las sanciones administrativas de carácter penal.

10. Las excepciones a este doble grado de jurisdicción se contraen a los supuestos de menor gravedad de la sanción, en clara referencia a la cuantía de las multas puesta en relación con la capacidad económica del sancionado. Este criterio incorpora una fuerte carga de subjetivismo que relativiza el umbral de intervención judicial y hace difícil una aplicación homogénea de la norma que contempla el acceso a los recursos.

11. También constituye una excepción al doble grado de jurisdicción, el supuesto en que la sanción es juzgada en instancia única por el órgano jurisdiccional de mayor rango del país.

12. En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto Schlinder, C-501/11), apartados 33 y ss, ha realizado una interpretación integradora de los artículos 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para concluir que no se vulneran dichos preceptos que garantizan la tutela judicial efectiva, por el hecho de que la sanción sea impuesta por un órgano administrativo, la Comisión, siempre que el que posteriormente puedan ser revisadas por los Tribunales de la Unión en todos sus aspectos.

13. Nuevamente se aprecia el impacto de la STEDH de 27 de noviembre de 2011, asunto Menarini, en esta jurisprudencia. Destacan los apartados 59 y ss, de la misma que expresamente admite esta circunstancia siempre que la resolución sancionadora administrativa, pero de carácter penal por su carga antijurídica, pueda ser sometida a un control judicial realizado por un Juez independiente, con competencia plena para anular cualquier punto de hecho como de derecho de dicha resolución.

14. Ese nivel de control judicial se garantiza, tanto por el llamado control judicial pleno, como por el limitado, siempre que éste se realice de acuerdo con los parámetros de racionalidad a que antes hemos hecho referencia y que son coincidentes con la jurisprudencia Menarini.

15. Frente a lo anterior, que ya es jurisprudencia consolidada, puede citarse una corriente crítica liderada por el voto particular que el Juez Pinto de Albuquerque formuló a la referida sentencia Menarini.

16. Dicho voto particular reclama un monopolio judicial para imponer sanciones de naturaleza penal, ya que las mismas constituyen una manifestación del “ius puniendi” del Estado por lo que muestra su oposición frontal a lo resuelto en la sentencia Menarini.

7. LA COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN

7.1. SU DELIMITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El TEDH, mediante la sentencia Menarini, antes citada, apartados 59 a 64 precisa que, con el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción, los Tribunales gozan de facultades para reformar tanto los extremos de hecho como de derecho, contenidos en la resolución sobre la que ejercen su control.

No obstante, en el apartado 63, tras recordar que el Juez no puede sustituir las apreciaciones de la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales, converge en lo que hemos denominado control de racionalidad de la Administración al subrayar que el Juez, en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, siempre debe verificar el uso apropiado por la Administración de sus competencias cuando ésta realiza sus evaluaciones técnicas y muy especialmente debe controlar la proporcionalidad de la decisión impugnada.

Hasta aquí pues, constatamos una coincidencia entre los conceptos “competencia de plena jurisdicción” y “control de racionalidad”, pero ésta no es total, pues el TEDH mediante la sentencia de 4 de marzo de 2004, asunto Silvester’s Horeca Service, apartado 28, subraya que el Juez podrá, en este caso sí, y solo en relación con las multas, sustituir a la Administración para reemplazar la sanción, modificarla por razones de equidad o, incluso, de oportunidad.

En definitiva, solo en relación con la revisión de las sanciones de multa, podrá el Juez prescindir del carácter revisor de su actuación y sustituir a la Administración en sus apreciaciones discrecionales.

7.2. Regulación legal y concepto en el ámbito de la Unión Europea

El artículo 261 TFUE no define el concepto de plena jurisdicción, pues se limita a conferir a los Tribunales de la Unión su ejercicio, solo en relación con las sanciones y siempre que un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo les habilite para ello.

Esta exigencia legal se cumple con el artículo 31 del Reglamento CE 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 Tratado⁴, que tampoco nos ofrece su definición, pero se infiere que no puede catalogarse como un tipo de recurso autónomo.

No obstante, tal y como recoge una reiterada jurisprudencia de la que es un ejemplo la STJUE de 16 de noviembre de 2000, asunto KNP BT C-248/98, apartado 40, su característica fundamental se refiere al poder que otorga al Tribunal General para examinar el carácter apropiado de la multa y sustituir las apreciaciones de la Comisión, incluso por razones de equidad u oportunidad, sobre la base de elementos complementarios de información, que no necesariamente, obran en la Decisión misma.

7.3. Aspectos esenciales de su régimen jurídico (Legal, 2005)⁵

7.3.1. Órgano competente para su ejercicio

El artículo 261 del TFUE menciona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero no especifica cuál de los dos Tribunales es el competente para su ejercicio.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la que es un ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 18 de marzo de 2021 asunto Pometon SpA, C-440/19, apartados 135 y 136, es el Tribunal General el único órgano competente para modular la sanción por razones de equidad.

De acuerdo con los apartados 136 a 138 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia solo corregirá al Tribunal General en este cometido, cuando éste no respete el principio de igualdad de trato, no motive suficientemente su decisión o la misma conduzca a un resultado desproporcionado.

7.3.2. Condiciones formales para su ejercicio

1. Las partes solo pueden pedir al Tribunal que ejercite su competencia plena jurisdicción en el seno de un recurso principal, como es el recurso de anulación, pues ésta carece de naturaleza autónoma. (Auto del Tribunal General de 9 de noviembre de 2009, asunto FNICGV, T-252/03, apartados 22 y 25).

2. El Tribunal solo puede ejercer esta competencia a instancia de parte, por lo que no puede hacerlo de oficio. (STJUE de 8 de diciembre de 2012, asuntos Chalkor y KME, C-386/10, C-389/10, y C-272/10, apartados 64, 131 y 104).

3. Ambas partes pueden solicitar al Tribunal que actúe con plena jurisdicción en cualquier momento, incluso al empezar la vista oral, siempre que se respete el derecho de defensa del contrario de acuerdo con el principio dispositivo y el de contradicción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, asunto Tokai Carbón, T- 246/01, apartados 98 y 112).

4 En la actualidad, artículos 101 y 102 del TFUE

5 El autor describe en este artículo los rasgos esenciales de esta técnica de control y realiza un análisis muy crítico con la, en opinión, defectuosa aplicación de la competencia de plena jurisdicción por los Tribunales de la Unión Europea.

7.3.3. Una excepción al principio dispositivo: Posibilidad de incremento de las multas

El artículo 31 del Reglamento 1/2003 expresamente faculta al Tribunal para aumentar la multa cuando actúa con plena jurisdicción, lo que, en principio, podría parecer contradictorio con la prohibición de la “*reformatio in peius*” o imposibilidad de ver aumentada una sanción como consecuencia del ejercicio de un recurso.

Esa contradicción es meramente aparente, ya que la plena jurisdicción no es un recurso autónomo y supone, en realidad, que una de las partes o ambas deciden transferir al Tribunal ejercicio de la potestad sancionadora aportando nuevas pruebas y alegaciones, al margen de lo actuado en sede administrativa. (STJUE de 8 de febrero de 2007, asunto Grupo Danone, C-3/06, apartados 70 a 82).

Por ese motivo, el Tribunal actúa con toda libertad y no ejerce una función revisora de la resolución impugnada ya que así se lo ha pedido al menos una de las partes. No cabe duda de que, si el Juez procediera a fijar un incremento de la cuantía de la multa al margen de esta específica competencia, incurriría en la prohibición de la “*reformatio in peius*”, que es un principio jurídico fuertemente arraigado en la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión.

7.3.4. Presupuestos para el ejercicio de la plena jurisdicción

En la jurisprudencia se observa un amplio debate acerca de si resulta necesario para el ejercicio de la competencia de plena jurisdicción que se constate algún tipo de irregularidad o ilegalidad previa en la resolución recurrida.

La respuesta ha sido oscilante a lo largo del tiempo, pues una primera jurisprudencia muy rígida y minoritaria, de la que es un ejemplo la STPI de 15 de marzo de 2006, asunto Basf/, T-15/02, apartado 582, no solo exige para la aplicación de la competencia de plena jurisdicción la constatación de una irregularidad en la resolución, sino que, además, condiciona su aplicación a que el ejercicio de dicha competencia sea efectivo para su remedio.

No obstante, otra jurisprudencia más extendida y flexible exige la constatación de algún tipo de vicio en el acto impugnado, aunque los mismos no constituyan propiamente dicho ilegalidades.

A dichos efectos pueden citarse como ejemplos el suministro de información a competidores contrariando pactos previos (STPI de 18 de junio de 2006 asunto Hoescht, T-410/03) apartados 136 a 139, y 581 y 582), la inaplicación injustificada por la Comisión de sus propias Líneas Directrices o criterios internos para la imposición de las multas (STPI de 9 de julio de 2003, asunto Cheil Jedang, T-220/00, apartados 100 a 103).

Más allá de estos supuestos nos encontramos con la sugerente sentencia del TG de 7 de junio de 2011, asunto Arkema, T-217/06, apartados 251 a 255, 279 y 280 y 338, en la que el Tribunal, a pesar de no apreciar ilegalidad o irregularidad alguna en la resolución de la Comisión, redujo la sanción por considerar que la resolución era injusta.

Lo particular del caso es que dicha injusticia en la fijación de la multa fue debida a un error de la recurrente al consignar una cifra de negocios propia que resultó ser más elevada de lo que fue en la realidad.

Finalmente podemos citar alguno de los abundantes casos que se producen en el marco de la valoración de la información recabada por la Comisión como consecuencia de la política de clemencia. En estos casos, el Tribunal valora directamente la utilidad de la información facilitada por el peticionario de clemencia para poder imponer las sanciones a los cartelistas y en consecuencia,

simplemente sustituye en este punto la apreciación de la Comisión sobre esta misma cuestión (STPI de 8 de julio de 2008 asunto BPB, T-53/03, apartados 478 a 482).

7.3.5. Problemática específica en materia probatoria del ejercicio de la plena jurisdicción

El Tribunal en este supuesto actúa con plena libertad, lo que incluye el tratamiento de los elementos probatorios. Analizamos a continuación distintas situaciones abordadas por la jurisprudencia:

1. Valoración de elementos complementarios de información, que no fueron tomados en cuenta por la Decisión pero que figuraban en el expediente: (STPI de 9 de julio de 2003 asunto Cheil Jedang, T-220/00, apartados 100 a 103)

2. Incorporación de un nuevo hecho, omitido por error, y que no figura en la Decisión:

La sentencia del TG de 7 de junio de 2011, asunto Arkema, T-217/06, sin mayor problema admite la evaluación por el Tribunal de los elementos nuevos en los términos antes expuestos.

En contraste con la anterior, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, asunto Roquette –Frères, T- 322/01, apartados, 51 a 56, y 293 a 315, admite la toma en consideración de estos nuevos elementos. Sin embargo, incrementa el importe de la multa por la negligencia de la recurrente, que, al haber presentado datos equivocados sobre su cifra de negocios, provocó una resolución errónea de la Comisión. No obstante, la multa se fijó en la cantidad similar a la máxima de la multa que hubiera podido imponérsele de haber actuado correctamente. En este mismo sentido, la sentencia del TG de 27 de septiembre de 2012, asunto Shell, T-343/06), apartados 116 a 126.

3. Incorporación de nuevos elementos que no figuraban en el expediente y que implican una nueva y distinta valoración de los hechos:

La sorprendente STPI de 28 de febrero de 2002 asunto CGM, T-86/95), apartados 487 y 488, tomó en cuenta decisiones precedentes de la Comisión, en los que, ante la misma conducta que motivó en el caso enjuiciado, no se impusieron sanciones. Esta forma de proceder plantea dudas sobre el respeto al principio de no dar validez a los efectos del respeto al principio de igualdad de actos ilegales.

4. Toma en consideración de pruebas de fecha posterior a la de adopción de la Decisión:

El Tribunal lo ha admitido con matizaciones y en este sentido en la STPI de 5 de octubre de 2011 asunto Romana Tabachi, apartados 282 y 284, el Tribunal tomó en cuenta datos de la situación financiera del recurrente, que sólo se aportaron en la fase de adopción de medidas cautelares, y, tras su valoración, redujo la sanción en un 50%.

7.3.6. Fijación por el Tribunal de una nueva sanción

No cabe duda de que el Tribunal General, en estos excepcionales casos, puede fijar un nuevo montante de la multa que puede ser incluso superior a la inicialmente fijada por la Comisión, disponiendo para ello de un gran margen de apreciación, que no puede ser sustituido ni revisado en su dimensión sustantiva por el propio del Tribunal de Justicia.

No obstante, el Tribunal de Justicia sí puede revisar la decisión del Tribunal General en el caso de que éste incurra en un error de derecho. Por este motivo, el Tribunal General es muy riguroso a la hora de justificar y motivar sus pronunciamientos en esta materia.

Veamos algunos ejemplos significativos con soluciones divergentes en función de un alto grado de casuismo:

1. Constatación por el Tribunal General de una ilegalidad grave en la fijación de la multa, sin que por ello modifique su importe. (STPI de 27 de septiembre de 2006 asunto Archer Daniels T-59/02, apartados 443 a 445).

La infracción procedimental cometida por la Comisión que consistió en una divergencia entre los cargos consignados en el pliego de acusación y en la resolución, no alteró la gravedad de la conducta ya que esa divergencia resultó ser intrascendente desde ese punto de vista, por lo que el Tribunal General en ese caso no modificó la multa.

2. En el supuesto de que efectivamente el Tribunal decida modificar la multa, su libertad de actuación se ve fuertemente imitada por la obligación de justificación objetiva de motivación del procedimiento seguido para ello.

El caso más radical es aquel en el que el Tribunal General establece su propio método de cálculo de la multa, distinto del aplicado por la Comisión. (STG, de 12 de julio de 2012 asunto E. ON, T-360/09, apartados 302 a 305).

El Tribunal General consideró que la multa impuesta no era disuasoria y elevó de manera sustancial su cuantía, sin que este asunto fuera recurrido ante el Tribunal de Justicia.

3. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se muestra muy crítica con el Tribunal General cuando ejerce esta competencia, como vemos a continuación.

La STJUE de 18 de marzo de 2021, asunto Pometon SpA, C-440/19, apartados 150 a 152 es particularmente clara al delimitar las funciones de los Tribunales General y de Justicia y se muestra exigente con el Tribunal General por no haber motivado su decisión de modificación de la cuantía de una multa, ante una aparente violación del principio de igualdad de trato.

Por el contrario, la STJUE de 25 de marzo de 2021, asunto Xella Pharmaceuticals, C-611/16, apartados 193 a 199, confirma la sentencia del Tribunal General por no apreciar desproporción en la fijación de la cuantía de la multa.

8. CONCLUSIONES

El poder ejecutivo, es decir el poder de gobernar, se manifiesta como una constante histórica que incide de manera inevitable en la esfera de los derechos de los ciudadanos.

Superados los tiempos del absolutismo, una sociedad democrática debe enfrentarse al control de ese poder y corregir sus extralimitaciones y ese es, justamente, el objeto del presente análisis que se articula sobre la base de los fundamentos mismos de la Unión Europea como organización que tiene como objetivo principal garantizar el ejercicio de las libertades democráticas y el respeto a los derechos fundamentales.

La primera y más relevante conclusión a la que debemos llegar es la de que en este terreno la función del Juez, siendo particularmente relevante, está condicionada por el principio de la separación de poderes.

En una sociedad democrática los textos constitucionales y las leyes de desarrollo acordes con los mismos precisan con detalle las competencias de los distintos poderes y órganos del Estado, sin que

en las mismas pueda contemplarse una atribución a los Tribunales para decidir cuestiones que no le están expresamente atribuidas.

Por ello en modo alguno puede pretenderse que la actuación de la Administración pueda ser sustituida por la intervención del Juez.

La segunda conclusión que se extrae del planteamiento seguido en esta presentación, es la de que, sin perjuicio de lo anterior, le corresponde a los Tribunales ejercer un estricto control de la actividad de la Administración y ejercer su competencia con plena jurisdicción.

La actividad de los Tribunales en este sentido debe estar dirigida a anular las resoluciones de la Administración que no respeten la legalidad vigente y, además, a adoptar las medidas necesarias para reparar el perjuicio causado al ciudadano por tal comportamiento.

La tercera conclusión es la de que, en los supuestos de ejercicio de un control completo de la actividad administrativa, es decir, cuando sea la ley la que imponga una única solución a la cuestión planteada, los Tribunales, además de anular la resolución impugnada deberán exigir a la Administración que reponga al perjudicado en la posición que fue alterada por la actuación administrativa y solo si ello fuera totalmente imposible deberá indemnizarle económicamente.

La cuarta conclusión es la de que, en los supuestos de ejercicio de un control limitado de la actividad administrativa, es decir, cuando la ley permita a la Administración optar por distintas soluciones, todas ellas válidas y legítimas, los Tribunales ejercerán su control bajo la doctrina del test de racionalidad.

En consecuencia, los Tribunales en estos casos están obligados verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia. Además, el Juez debe comprobar si tales elementos "constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos".

Si el control efectuado bajo estos parámetros revela que la Administración no ha cumplido con los mismos, el Juez deberá anular la resolución impugnada, pero no podrá dictar otra en su lugar que contenga su particular solución al caso planteado. En una nueva resolución, la Administración deberá justificar que cumple con los parámetros establecidos en la resolución judicial.

En consecuencia, en ningún caso podrá esperarse de un Tribunal contencioso-administrativo que adopte medidas legislativas positivas, que imponga a la Administración o al Gobierno el nombramiento de determinados altos cargos, o que sancione conductas que aparezcan como reprobables.

La quinta conclusión es que el concepto de plena jurisdicción es inherente a la actividad jurisdiccional y si bien puede incorporar matices y ámbitos particulares en los distintos ordenamientos jurídicos, en los mismos aparece como un elemento común el desterrar la existencia de zonas inmunes en el control de la actividad de la Administración.

La sexta y última conclusión destaca que los Tribunales están obligados a garantizar que la Administración en su actuación es plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de los administrados, por lo que deberán anular todas aquellas que infrinjan este principio básico de toda sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R. (2007). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Thomson Civitas.

- García de Enterría, E. (1997). *Curso de derecho Administrativo II*. Editorial Civitas.
- Jabloner, C. (2011). The nature of judicial control - An austrian perspective. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Premiere Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à L'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 215-219).
- Jacqué, J. P. (2012). *Droit Institutionnel de l' Union européenne*. Dalloz.
- Jaeger, M. (2011). The standard of review in Competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalization of the marginal review?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4).
- Lasok, K. P. E. (2011). The Nature of judicial control. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Premiere Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à L'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 163-214).
- Lecourt, R. (1981). La cour de justice des communautés européennes vue de l'intérieur. En H. Kutscher, W. G. Grewe, H. Rupp & H. Schneider (Eds.), *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift Zum 70. Geburtstag Von Hans Kutschner* (pp. 261-272). Nomos.
- Legal, H. (2005). Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction. *Concurrences*, 4, 1-2. <https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-2-2005/editorial/le-contentieux-communautaire-de-la-concurrence-entre-controle-restreint-et>
- Mangas Martín, A. & Liñán Noguerras, D. J. (2004). *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (4ª ed). Tecnos.
- Pais Antunes, L. (2011). Access to justice: nature of judicial control. En Cour de Justice de l' Union Européenne (Ed.), *Célébration des 20 ans du Tribunal de Premiere Instance des Communautés Européennes. De 20 ans à L'Horizon 2020. Bâtir le Tribunal de demain sur de solides fondations* (pp. 221-230).
- Soldevila Fragoso, S. (2017). Control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En J. M. Beneyto Pérez & J. Maillo González-Orús (Dirs.), *Tratado de derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (Vol. 1) (Tomo 1) (2ª ed.) (pp. 897-930). Wolters Kluwer.
- Soldevila Fragoso, S. (2014). El Tribunal General y el derecho de la competencia. En M. Pedraz Calvo & D. Ordóñez Solís (Coords.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage* (pp. 385-404). Wolters Kluwer España.
- Soldevila Fragoso, S. (2014). La competencia de plena jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE frente a la justicia del Cadí. *Revista española de derecho europeo*, (49), 31-53.
- Vallindas, G. (2017). *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*. Editorial Bruylant.
- Weber, M. (2009). *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica (Trabajo original publicado en 1922).

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO PALANCA PARA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ÍNTEGRA Y ALINEADA CON EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO

ANTITRUST AS A LEVER FOR A PUBLIC PROCUREMENT WITH INTEGRITY AND IN LINE WITH REGULATORY COMPLIANCE

ALBA URRESOLA CLAVERO¹

RESUMEN

La contratación pública es, en cualquier país del mundo, el ámbito en el que los gobiernos no solo realizan un porcentaje relevante del gasto público, sino que, además, la contratación sirve para impulsar y desarrollar las políticas públicas de forma que se convierte en lanzadera de los objetivos sociales y económicos de un país.

La Unión Europea, a lo largo de las cuatro generaciones de Directivas de contratación², se ha focalizado en esa meta: convertir la contratación pública en uno de los mecanismos integradores del mercado interior y, para ello, los procedimientos y normas que rigen ese sistema de contratación deben respetar las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, pero también los principios que se derivan de estas, es decir, la igualdad de trato, no discriminación,

ABSTRACT

In any country in the world, public procurement is the area in which governments not only carry out a significant percentage of public spending, but also serves to promote and develop public policies in such a way that it becomes a launching pad for a country's social and economic objectives.

Throughout the four generations of procurement directives, the European Union has focused on this goal: to turn public procurement into one of the integrating mechanisms of the internal market and, to this end, the procedures and rules governing this procurement system must respect the freedoms of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): the free movement of goods, freedom of establishment and freedom to provide services, but also the principles derived from these, i.e. equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency.

1 Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia. Abogada por la Universidad de Deusto y Magister en Derecho Comunitario por la Collège d'Europe.

2 Directivas de primera generación: Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; Directivas de segunda generación: Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directivas de tercera generación: Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directivas de cuarta generación: Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

La política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental de consolidación del mercado interior y también una herramienta para la racionalización del gasto y de los fondos públicos para alcanzar un sistema sostenible.

Las últimas directivas de contratación, las llamadas de cuarta generación, y más concretamente la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, fue implementada en el ordenamiento jurídico español a través de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), una ley que interioriza fielmente la relevancia de la contratación en el desarrollo de las políticas públicas y la consecución de sus

objetivos. Se trata de una ley que consolida la visión estratégica de la contratación pública acentuando el espíritu de cumplimiento normativo que debe presidir la actuación pública. Así, la LCSP vigente pone el foco no sólo en lo que se compra sino en cómo se compra.

El Preámbulo de la LCSP, en su apartado III, se refiere a un *sistema legal* de contratación pública. Se trata por tanto de una norma compleja que busca una contratación abierta a nivel europeo, que sea accesible a las pequeñas y medianas empresas. Para ello, se prima la salvaguarda de la competencia, un principio que adquiere un protagonismo mayor que en normativas anteriores siendo una de las principales prioridades no solo en la regulación sustantiva sino también en el esquema institucional establecido.

Además, la actual normativa española y europea va un paso más allá poniendo en el centro de las normas que rigen la contratación pública, no solo los principios clásicos antes citados (igualdad, no discriminación, proporcionalidad, etc.), sino un nuevo principio, el de integridad, que hasta ahora se consideraba un valor moral, pero que se convierte en la actual LCSP en un nuevo principio transversal e integrador del espíritu que debe presidir la contratación pública. Así, la LCSP se dota, entre otros, de

The European Union's public procurement policy is a fundamental pillar for the consolidation of the internal market and also a tool for the rationalization of spending and public funds in order to achieve a sustainable system.

The latest procurement directives, the so-called fourth generation directives, and more specifically Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014, was implemented in the Spanish legal system through the current Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts (LCSP), a law that faithfully internalizes the relevance of procurement in the development of public policies and the achievement of its objectives. It is a law that consolidates the strategic vision of public procurement, accentuating the spirit of regulatory compliance that must preside over public action. Thus, the current LCSP focuses not only on what is purchased but also on how it is purchased.

Section III of the Preamble of the LCSP refers to a legal system of public procurement. It is therefore a complex regulation that seeks open procurement at the European level, which is accessible to small and medium-sized companies. To this end, priority is given to safeguarding competition, a principle that acquires greater prominence than in previous regulations, being one of the main priorities not only in the substantive regulation but also in the established institutional scheme.

In addition, the current Spanish and European regulations go a step further by placing at the center of the rules governing public procurement, not only the classic principles mentioned above (equality, non-discrimination, proportionality, etc.), but also a new principle, that of integrity, which until now was considered a moral value, but which becomes in the current LCSP a new transversal and integrating principle of the spirit that should govern public procurement. Thus, the LCSP is equipped, among others, with different mechanisms aimed at guaranteeing the integrity of the contracting authorities, based on free competition and, if necessary, on the intervention of the competition authorities. These mechanisms are aimed at ensuring compliance by public actors and are complemented by other tools aimed at verifying the legality of the

distintos mecanismos dirigidos a garantizar una actuación íntegra de los poderes adjudicadores, basada en la libre competencia y, si fuera necesario, en la intervención de las autoridades de competencia. Se trata de mecanismos orientados al cumplimiento de los actores públicos que se complementan con otras herramientas dirigidas a verificar la legalidad de las actuaciones de los licitadores, en definitiva, dichos mecanismos y herramientas están encaminados a la promoción del cumplimiento de la normativa en el arán último de garantizar la integridad en el ámbito de la contratación pública.

Así, la defensa de la competencia se presenta como un instrumento crucial para garantizar la integridad, y como un valor indispensable para una contratación igualitaria, abierta al mercado europeo, accesible a las pequeñas y medianas empresas y, en definitiva, una contratación más íntegra y enfocada al cumplimiento.

Por todo ello, el Compliance de competencia supone una herramienta que debe ser potenciada por parte de los poderes adjudicadores en la praxis contractual, como por parte de las empresas que participan en los procesos de contratación pública y que, dado que aspiran a una gestión empresarial íntegra, deben abogar por desarrollar sus programas de cumplimiento también en materia de competencia.

PALABRAS CLAVE

Competencia | Contratación Pública Íntegra | Cumplimiento Normativo

actions of bidders; in short, these mechanisms and tools are aimed at promoting compliance with the regulations with the ultimate goal of guaranteeing integrity in the field of public procurement.

Thus, the defense of competition is presented as a crucial instrument to ensure integrity, and as an indispensable value for an egalitarian procurement, open to the European market, accessible to small and medium enterprises and, ultimately, a more integral procurement and focused on compliance.

For all these reasons, competition compliance is a tool that should be promoted by contracting authorities in their contractual practice, as well as by companies that participate in public procurement processes and that, given that they aspire to a business management with integrity, should advocate the development of their compliance programs also in the area of competition.

KEY WORDS

Antitrust | Public Procurement With Integrity | Regulatory Compliance

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 26 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 17 de enero de 2022.

CONTENIDO

1. La salvaguarda de la competencia como garantía de integridad en la contratación pública; **1.1.** La integridad en la actuación de los poderes adjudicadores; **1.1.1.** La planificación de las licitaciones; **1.1.2.** El diseño del procedimiento y pliegos de la licitación; **1.2.** La integridad en la actuación de los licitadores; **1.2.1.** Los acuerdos colusorios en la contratación pública: el bid rigging; **1.2.2.** El enforcement frente al bid rigging; **2.** Los programas de compliance como herramienta de salvaguarda de la competencia y la integridad; **2.1.** El compliance en la actuación de los poderes adjudicadores; **2.1.1.** La formación y profesionalización en materia de competencia y Compliance; **2.1.2.** Otros

mecanismos legales orientados al cumplimiento; **2.1.2.1.** La colaboración de los órganos de contratación con las autoridades de competencia; **2.1.2.2.** Mecanismos de cumplimiento legalmente previstos; **2.2.** El Compliance de la parte de los ofertantes y licitadores; **2.2.1.** El Compliance de competencia como variable de la gestión empresarial; **2.2.2.** La valoración de los programas de Compliance por parte de las autoridades de competencia; **3.** Conclusión; **4.** Abreviaturas; **5.** Bibliografía.

1. LA SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La salvaguarda de la competencia constituye uno de los principios básicos para garantizar una contratación pública accesible, íntegra y eficiente en términos de gasto público³.

Los mecanismos *ex ante* previstos en la normativa deben ser conocidos y aplicados por parte de los poderes adjudicadores y, en particular, de los órganos de contratación como órgano decisor del poder adjudicador. La norma contempla que estos adquieran un papel más activo en la detección y reacción ante posibles conductas colusorias, en parte, mediante una estrecha colaboración con las autoridades de competencia que, en última instancia, pueden intervenir en el procedimiento para aportar garantías y seguridad jurídica en la utilización de determinados mecanismos legalmente previstos.

La salvaguarda de la competencia como vía para alcanzar la integridad, también requiere que la actuación de los operadores económicos que participan en las licitaciones públicas se alinee con el cumplimiento de la normativa en general y, en particular, de las normas de competencia.

1.1. La integridad en la actuación de los poderes adjudicadores

1.1.1. La planificación de las licitaciones

Desde el momento en que se planifica un contrato público hasta su ejecución, los poderes adjudicadores tienen una obligación de velar por la correcta aplicación de la normativa de contratación y también de respetar sus principios inspiradores, en particular el de salvaguarda de la competencia, con el fin de alcanzar ese objetivo de integridad. De esta forma, los órganos de contratación no pueden limitarse a realizar una aplicación de mínimos de la ley, sino que deben abordar su papel de contratante con una visión estratégica, de cumplimiento normativo, basada en el buen gobierno y en la integridad.

Por ello, es preciso una reflexión sobre la actuación en las distintas etapas previas de la contratación ya que, desde el mismo momento de la planificación y decisión sobre la necesidad de contratar, la actuación pública debe evitar vulneraciones de los principios básicos o formas de actuar que eludan la correcta aplicación de la normativa.

En primer lugar, cuando se plantea la necesidad de contratar se abre la puerta a optar por los mecanismos de la ley de contratos o por otros como son los convenios y los encargos a medios propios. Esta decisión debe ser tomada con responsabilidad y las posibilidades de no quedar sujeto a los procedimientos y garantías de la contratación pública deben ser siempre reducidas y aplicarse solo

3 Artículo 1 Objeto y finalidad:

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

de forma excepcional y siendo los procedimientos ordinarios la vía más adecuada de contratación desde el punto de vista de la competencia.

En la LCSP, los Convenios se regulan con el objetivo de que se conviertan en un mecanismo excepcional que solo se pueda utilizar cuando el supuesto no encaje en ninguna de las modalidades de contratación pública recogidas en la normativa. El artículo 6 LCSP establece los requisitos para poder formalizar un Convenio:

- que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, es decir, que no realicen en el mercado un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de la colaboración
- que los servicios públicos que incumben a las partes garanticen el cumplimiento de los objetivos que tengan en común
- que la finalidad del convenio sea la consecución del interés público

También se endurecen los requisitos para poder utilizar otro mecanismo que puede suponer la elusión de las normas de contratación, como los encargos a medios propios. El objetivo es evitar un uso inadecuado de esta figura que también queda sujeta al recurso especial en materia de contratación. Así, se refuerzan las exigencias para que una entidad tenga la consideración de medio propio debiendo realizar más del 80% de su actividad para la Administración o que la Administración ostente un control análogo respecto al que puede ejercer sobre sus propios servicios. Además, la condición de medio propio ha de preverse expresamente en los estatutos de la entidad destinataria del encargo que contará con los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo del mismo.

Por lo tanto, la planificación es fundamental para garantizar la competencia y la integridad en las licitaciones públicas y, para ello, se requiere invertir recursos en formación y en personal. En este sentido, protocolizar estas fases previas puede ayudar a fomentar los procedimientos con más concurrencia de forma que se minimicen los riesgos de colusión, se incremente la competencia y se favorezca el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a los contratos públicos.

La norma obliga a las entidades del sector público a programar la actividad de contratación pública, con arreglo al artículo 28.4 de la LCSP. De acuerdo al Informe Anual de la Contratación Pública en España publicado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación (OIReScon) en 2020, el cumplimiento de la obligación de dar a conocer los planes contractuales en las plataformas de contratación del sector público en su conjunto, refleja una situación de incumplimiento de la normativa. El análisis realizado respecto de 7.540 perfiles de contratante arroja un resultado en el que 7.350 perfiles, es decir un 97,48%, no cumplieron con la obligación de publicar la planificación anual de la contratación pública. A la vista de estas conclusiones, el Oirescon insta a las entidades del sector público respecto de la obligación de programar la actividad de contratación pública⁴.

En el marco de esa necesidad de planificar y preparar adecuadamente los contratos, la LCSP en su artículo 115.3 proporciona un nuevo mecanismo, como son las Consultas preliminares del mercado, partiendo del artículo 40 de la Directiva. Estas consultas permiten, a través de un procedimiento

4 De cara a los órganos, de contratación, los planes de contratación han de contemplar los datos básicos para garantizar su utilidad: 1- tipologías contractuales, 2-objeto de los futuros contratos, 3- identificación de CPVs, 4- estimaciones económicas (IVA excluido), 5- estimaciones temporales en cuanto a la previsión del inicio del procedimiento, 6- eventuales publicaciones de anuncios de información previa, en su caso, 7- ámbito geográfico de los contratos, 8- estimaciones con relación a los plazos de ejecución, así como 9- admisión de prórrogas en los casos de servicios y suministros de tracto sucesivo, e igualmente todo aquello que pudiera resultar de interés a los operadores económicos, tales como habilitaciones exigidas, porcentaje de subcontratación que será admitido, etc.

reglado, realizar una valoración objetiva y con garantías sobre la necesidad de contratar y la situación de un mercado concreto. Este procedimiento, que debe utilizarse con unas cautelas para no falsear la competencia, debería potenciarse con el fin de evitar actuaciones *off the record* de la administración con los operadores económicos (envío de información extraoficial, consultas informales, etc.) y, al mismo tiempo, garantizar una buena preparación de la licitación, sobre todo en entornos de compras públicas complejas, en los que los órganos de contratación no cuentan siempre con la información técnica suficiente para preparar adecuadamente un expediente de contratación. La consulta preliminar de mercado se ajusta a un procedimiento a fin de evitar que dichas consultas resulten en un falseamiento de la competencia:

- El comprador público debe tener claras sus necesidades y objetivos, así como proceder a su máxima difusión que asegure una adecuada publicidad a todos los potenciales interesados.
- El objeto de la consulta debe abordar preferentemente los aspectos técnicos de forma que los interesados puedan proponer soluciones innovadoras. Al mismo tiempo la consulta servirá para informar a los licitadores de futuras contrataciones y sus requerimientos⁵. En definitiva, ha de servir para despejar las dudas técnicas del órgano de contratación, y no centrarse exclusivamente en los aspectos económicos⁶.
- El órgano de contratación publicará en el perfil del contratante el objeto de la consulta: cuándo comenzará, qué duración tendrá y a qué sector se dirigirá; a los efectos de que todos los posibles interesados puedan tener acceso y realizar aportaciones.
- Este procedimiento debe garantizar la confidencialidad y difusión de los resultados de la consulta a través de un informe final que se incorporará al expediente de contratación.
- También deberán preverse garantías para evitar distorsiones en el mercado o ventajas a las empresas participantes. Así, se establecen unas cautelas adicionales, estableciendo que el objeto del contrato no pueda resultar tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. En paralelo y aunque el artículo 115.3 in fine no lo impide, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 70 LCSP en cuanto a la redacción de los pliegos: Los operadores que asesoraron al órgano de contratación deben ser excluidos de las licitaciones, así como empresas vinculadas a los mismos.

1.1.2. El diseño del procedimiento y pliegos de la licitación

La LCSP también introduce cambios y algunos nuevos procedimientos con el fin de evitar el falseamiento o el fraude de ley, primando los procedimientos abiertos, idóneos a nivel de competencia, ya que permiten una mayor igualdad en el acceso de los operadores económicos a la contratación pública.

5 Informe 19/2014, de 17 de diciembre de la JCCA-CAT, estas consultas “constituyen un mecanismo plenamente aplicable ya actualmente y recomendable con carácter general, dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, como pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública. Asimismo, también suponen un instrumento de facilitación del acceso de las PYME a estos procedimientos, en la medida en que posibilitan que preparen su participación en la licitación correspondiente”.

6 Resolución 3/2019 del TACPM: “Es indudable que el principio de transparencia se proyecta sobre las consultas preliminares del mercado como mecanismo a través de cuyo resultado se promueve la claridad, precisión y univocidad de las determinaciones de la futura licitación, pero es indudable asimismo que las CPM tienen un alcance mayor que la mera determinación del precio de contrato y son un instrumento válido para licitaciones complejas y cuantiosas, deviniendo inoperante para contrataciones pequeñas o medianas como es el caso que nos ocupa”.

La LCSP incluye las modalidades de los procedimientos abierto simplificado y el abierto supersimplificado, que eliminan cargas administrativas innecesarias, acortan el proceso y favorecen la concurrencia. La inclusión en la ley de estas modalidades abreviadas, pero con las garantías del procedimiento abierto, tiene como principal finalidad la de agilizar algunas licitaciones, pero, sin duda, también se pretende evitar un uso inadecuado del contrato menor cuya regulación queda igualmente sujeta a mayores garantías.

La otra novedad es el procedimiento de asociación para la innovación, que se puede utilizar cuando se planteen obras, productos o servicios innovadores necesarios para la entidad contratante que no estén disponibles en el mercado. En estos supuestos, el órgano de contratación podrá decidir crear una asociación con uno o varios socios que efectúen por separado las actividades de investigación y desarrollo necesarias. El procedimiento de asociación para la innovación ha de ser flexible y garantizar la competencia a través del número mínimo de empresas a participar que no deberá ser inferior a 3. Su tramitación deberá seguir unas fases tasadas de selección de candidatos, negociación, asociación, y, finalmente, adquisición del producto resultante.

El diálogo competitivo, que sustituye a la anterior colaboración público-privada, es un procedimiento extraordinario cuya utilización está sujeta asimismo a la concurrencia de determinadas circunstancias. El ente público dirige un intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, con el fin de desarrollar un procedimiento de licitación que se ajuste a las necesidades de ambas partes. Este procedimiento, similar al procedimiento con negociación, se reserva para el caso de contratos particularmente complejos (por ejemplo, la realización de obras de infraestructuras complejas o contratos que involucren el desarrollo de una nueva tecnología involucrando en ocasiones la negociación financiera del proyecto).

Por otra parte, se suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, en ese objetivo hacia una contratación pública más íntegra y alienada con la competencia y el cumplimiento, dado que dicho procedimiento ha sido a lo largo de los años objeto de un uso excesivo e inadecuado.

En esa misma línea, también se modifica la regulación del contrato menor que, en efecto, en la práctica contractual supone un reto a nivel de buena gestión, transparencia e integridad⁷. La figura del contrato menor se mantiene similar respecto del régimen anterior aunque se establece un procedimiento más detallado a fin de evitar el fraccionamiento y concatenación de contratos que puede llevar aparejada esta figura contractual, originalmente concebida para atender necesidades menores y no recurrentes. En ese sentido podría parecer que, a priori, que el contrato menor es un tema accesorio pero lo cierto es que la utilización incorrecta de esta modalidad contractual supone una de los mayores obstáculos a la libre concurrencia en la contratación pública, cuyo impacto a nivel global resulta relevante.

Así, la LCSP, en su artículo 118, mantiene una regulación sencilla del contrato menor, pero refuerza ciertos aspectos con el objetivo de evitar una mala praxis:

- En primer lugar, reduce los umbrales de la contratación menor (15.000 euros, en servicios y suministros, y 40.000 euros, en obras, IVA no incl.).
- Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

⁷ Informe, de 27 de mayo de 2020, de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la contratación menor en el Ayuntamiento de Deba, Expte. 439-PROM-2020; Informe, de 19 de diciembre de 2019, de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la contratación menor en los Ayuntamientos de Baños de Ebro, Elciego, Laguardia, Leza, Moreda de Álava, Navaridas, Samaniego y Villabuena de Álava, Expte. 395-PROM-2019.

- Los contratos menores deberán tener su propio expediente de contratación, sencillo, pero que requerirá al menos un informe del órgano de contratación que justifique la necesidad de contratar; la aprobación del gasto y la factura; y, además, un requisito adicional consistente en un informe justificativo de que no se altera el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales.
- El artículo 63.4 referido al perfil del contratante establece la obligación de publicar trimestralmente la información relativa a los contratos menores, incluyendo un detalle sobre el objeto, la duración, el importe de adjudicación (IVA incluido) y la identidad del adjudicatario. Se establece una excepción de publicidad para aquellos contratos de menos de 5.000 euros.

Una vez seleccionado el procedimiento adecuado, el diseño de los pliegos es asimismo una de las fases más cruciales para garantizar la libre competencia en la contratación, ya que los requisitos de acceso a la licitación suponen una vía susceptible de generar restricciones innecesarias. A continuación, se expone someramente algunos de los aspectos a tener especialmente en cuenta a la hora de diseñar unos pliegos alineados con la competencia y el cumplimiento:

– **Exigencia de solvencia y clasificación de los licitadores**

El órgano de contratación dispone de una amplia discrecionalidad técnica para definir los pliegos en general y, en particular, los criterios de solvencia y otras condiciones de acceso. Pero nunca esa decisión debe ser arbitraria y deberá estar debidamente justificada en función del objeto y circunstancias del contrato⁸. La regulación de la LCSP es continuista en este sentido, pero sigue teniendo como fin evitar barreras de acceso y unificar el régimen en la UE en aras a la transparencia y el principio de igualdad de trato.

A la hora de definir la solvencia, es preciso ir caso por caso, atendiendo a las características de cada contrato y a la proporcionalidad de forma que se eviten requisitos de solvencia técnica o económica innecesarios o excesivos, como pueden ser seguros desproporcionados, marcas o certificados de calidad sin atender a equivalencias⁹, etc.

Se flexibilizan los requisitos de la clasificación de empresas¹⁰, eliminando esta obligación para los procedimientos ordinarios simplificados, y se generaliza la utilización del DEUC (documento europeo único de contratación).

Otra cuestión importante es la utilización de la experiencia en la definición de la solvencia técnica ya que solamente se puede requerir experiencia respecto del personal adscrito al contrato y siempre que se justifique adecuadamente.

– **Exigencia de forma jurídica**

8 Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

9 Resolución 047/2020, de 2 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

10 Artículo 77.1 LCSP

Informe del Consejo Vasco de la Competencia de 22 de junio de 2021, expediente LEA/AVC nº 513-PROM-2021, sobre los criterios de solvencia técnica o profesional recogidos en los pliegos de contratación de la "Asistencia técnica para la realización de los trabajos derivados de la actividad cultural en Torrezabal Kultur Etxea de Galdakao"

Salvo casos excepcionales, se prohíbe que el acceso a la licitación esté condicionado a que los licitadores cuenten con una forma jurídica determinada.

– **División por lotes**

El artículo 99 LCSP introduce la obligación de dividir el objeto del contrato en lotes para facilitar el acceso de las Pymes a la contratación pública. El órgano de contratación dispone, sin embargo, de una amplia discrecionalidad para justificar debidamente en el expediente la no división en lotes, cuestión que si está suficientemente motivada están admitiendo los tribunales de recursos contractuales¹¹.

– **Criterios de adjudicación**

Los criterios de valoración deben ser claros y objetivos. Además, deben estar vinculados al objeto del contrato y publicarse previamente. Debe evitarse una utilización de los criterios de valoración orientada a favorecer a algún licitador determinado, como por ejemplo otorgando un peso importante a criterios irrelevantes.

En cuanto al criterio precio, deben evitarse formulas complejas y poco transparentes, favoreciendo que la ponderación y las fórmulas utilizadas recojan adecuadamente el impacto del precio (como por ejemplo, evitar dar la mayor puntuación a las ofertas que más se aproximen a la media aritmética de las ofertas presentadas; ofertas más caras obtienen mayor puntuación, etc.).

También resulta esencial atender a posibles requisitos basados en el arraigo o en criterios de proximidad, que discriminen por razones del territorio. La jurisprudencia del TJUE está ya muy consolidada y quedan absolutamente prohibidas las referencias que generen diferencias de trato en función de nacionalidad, lengua, domicilio o territorio¹².

– **Duración de los contratos**

La definición de la vigencia de un contrato puede servir también como factor de cierre del mercado. Así, la vigencia del contrato y sus prórrogas deberán determinarse en función de la naturaleza de la prestación y periodos de amortización de la inversión.

1.2. La integridad en la actuación de los licitadores

Las prácticas colusorias por parte de los oferentes en la contratación pública distorsionan la competencia y perjudican tanto a la Administración pública, como al resto de empresas competidoras y, en última instancia, a los ciudadanos en su doble faceta de receptores de los servicios públicos y como contribuyentes.

La colusión entre oferentes se produce cuando las empresas se ponen de acuerdo para manipular el normal funcionamiento de una licitación pública con el objetivo de obtener mayores beneficios o de blindar su posición adjudicataria. Por tanto, estas conductas, además de quebrar los principios que inspiran la LCSP, suponen una vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

11 Resolución 182 /2019 de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

12 Informe del Consejo Vasco de la Competencia de 15 de septiembre de 2020, expediente LEA/AVC nº 455-PROM-2020, sobre los criterios de adjudicación de los pliegos de la obra bidegorri entre Uarka y Loiola del Ayuntamiento de Arratzu.

Se trata de conductas anticompetitivas tipificadas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 TFUE, que prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Este tipo de acuerdos secretos entre licitadores suelen ser difíciles de detectar y, por ello, la LDC los tipifica como infracciones muy graves¹³ que afectan directamente al mercado, a la administración pública y a los consumidores, pudiendo suponer además un incremento de hasta un 20% de los precios de la licitación, lo que repercute directamente en el interés general.

1.2.1. Los acuerdos colusorios en la contratación pública: el *bid rigging*

El *bid rigging* consiste en el amaño o manipulación de las licitaciones mediante prácticas colusorias contrarias al derecho de la competencia de forma que las empresas licitadoras, en lugar de competir y presentar sus ofertas de manera independiente y autónoma, conspiran a través de distintos tipos de acuerdos, pero con un único objetivo: maximizar sus beneficios de forma ilegítima y artificial en perjuicio del interés general. El *bid rigging* se concreta en la licitación manipulada a través de distintos acuerdos como reparto de mercado, rotación de ofertas, ofertas de cobertura, retirada de propuestas, o de una combinación de estos, y vienen muchas veces acompañadas de intercambios de información en el marco de asociaciones profesionales u otro tipo de entidades. Todo este tipo de prácticas están absolutamente prohibidas por los artículos 1.1 LDC¹⁴ y 101.1¹⁵ TFUE.

La colusión en las licitaciones públicas constituye una de las manifestaciones más claras de la figura del cártel, que según la definición incluida en el artículo 2 de la Directiva ECN+¹⁶ consiste en “todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”.

13 Los artículos 62, 63 y 64 LDC regulan, respectivamente, las infracciones, sanciones, y los criterios para la determinación de las sanciones en materia de competencia.

14 “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.”

15 Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

16 DIRECTIVA (UE) 2019/1 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las 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 14.1.2019 L11/3

Los acuerdos en el seno del cartel son ilegales *per se* y no requieren que exista una intencionalidad. Se trata además de infracciones por objeto, que ni siquiera requieren probar sus efectos. Aunque los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE recogen un listado no exhaustivo de comportamientos colusorios, las prácticas más comunes en el marco de las licitaciones son los acuerdos horizontales, es decir, entre operadores económicos en el mismo nivel de la cadena de producción o de distribución: por una parte, los acuerdos de fijación de precios son de las conductas con mayor repercusión en el mercado y con especial daño a los consumidores. La LCD las califica de entrada como de infracciones muy graves por ser en sí mismas prácticas restrictivas¹⁷. Igualmente restrictivos son los acuerdos que redundan en un reparto del mercado¹⁸. Son pactos de no agresión en los que empresas que debieran competir en el mercado pactan no hacerlo, repartiéndose determinadas zonas geográficas o renunciando a comercializar productos reservados para otros empresarios, o repartiéndose los clientes.

Las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

- Posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso¹⁹.
- Supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.
- Rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias²⁰.

Entre las técnicas más destacadas para compensar a las empresas participantes del acuerdo de colusión, por la adjudicataria, están el uso de facturas falsas que no atienden a una corriente real de bienes o prestación de servicios, y la subcontratación por parte de la adjudicataria de alguna de las compañías participantes en el acuerdo de colusión que no haya resultado adjudicataria.

1.2.2. El *enforcement* frente al *bid rigging*

El efecto de las prácticas colusorias en las licitaciones públicas es aún más perjudicial no solo porque generan un incremento de precios en perjuicio de la Administración y de los consumidores sino también porque suponen un freno a la innovación. Por ello, deben ser perseguidas y sancionadas, siendo fundamental la conciencia tanto en la administración pública como en la empresa privada del carácter ilegal de estas prácticas, de los riesgos de que se produzcan en cualquier mercado, y de las sanciones y contingencias que llevan aparejadas.

17 Vacunas antigripales año 97, ofertas idénticas.

18 Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 16 de octubre de 2020, Expte. 174-SAN-2019, Aceites; Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, Expte. 130-SAN-2016 Transporte de Viajes de Gipuzkoa; Resolución de 4 de febrero de 2016 de la Autoridad Vasca de la Competencia, Expte. 6-SAN-2013, Comedores escolares.a

19 Resolución CNMC de 11 de mayo de 2020, Expte. Consultoras.

20 La Comisión Europea sancionó en 2008 a nueve empresas de mudanzas internacionales belgas por colusión. Este cártel, que operó durante diecinueve años, manipulaba licitaciones públicas para conseguir una rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban “comisiones”, que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas.

Este carácter dañino se incrementa porque, en el marco de la contratación pública, la actuación anticompetitiva también se ve favorecida por la mayor estabilidad de estos cárteles, es decir, su capacidad de operar en el medio y largo plazo. Estos cárteles se ven favorecidos por la mayor transparencia de los mercados que se sacan a licitación y respecto de los que se hace pública mucha información, lo que también convierte en más previsible la actuación de los licitadores. La estabilidad de estos cárteles es mayor que en el sector privado porque, en dicho sector, la empresa que sale del cartel puede obtener mayores beneficios al desplegar estrategias de reducir precios o mejorar otras condiciones comerciales. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública el incentivo de traicionar el cartel desaparece por lo que tienden a ser más estables. Por ello la clemencia tiene generalmente menos éxito en los casos de *bid rigging* precisamente por la mayor estabilidad de estos cárteles y el poco incentivo a salirse de estos acuerdos colusorios que suelen traducirse en infracciones únicas y continuadas de larga duración.

Por ello, el *enforcement* o aplicación de las normas de competencia por parte de las autoridades de competencia es un instrumento con una doble función: sancionadora y disuasoria. Las sanciones previstas en la normativa de competencia tienen un fuerte impacto económico, pero no debemos perder de vista también el alto coste reputacional que puede tener para una empresa incurrir en una práctica anticompetitiva.

Además, una infracción de competencia puede generar cuatro tipos distintos de sanciones: las multas, las sanciones a directivos, la acción de daños y la prohibición de contratar.

En primer lugar, las multas deben ser disuasorias y proporcionadas, en ocasiones, un binomio difícil de combinar. Las multas pueden alcanzar hasta un 10% del volumen anual total de negocios de la empresa y se fijan, dentro de un margen de discrecionalidad, en función de una serie de circunstancias que están recogidas en el artículo 64 de la LDC:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

La determinación de las sanciones en las Resoluciones de las autoridades de competencia es un aspecto muy controvertido que los tribunales en ocasiones cuestionan. La extinta Comisión Nacional de Competencia²¹ (CNC) aprobó en 2009 una Comunicación sobre los criterios de determinación de

21 Disposición adicional segunda de la Ley 13/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: "Extinción de organismos. 1. La constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales".

las sanciones de competencia²². No obstante, el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero 2015 anuló diversos criterios de esa Comunicación. El 10 de octubre de 2018, la CNMC publicó unas indicaciones provisionales sobre la determinación de las sanciones a la vista de la citada sentencia del Tribunal Supremo²³ que enfatiza en la motivación que deben contener las resoluciones sancionadoras de las autoridades de competencia²⁴.

Además, la ley permite sancionar a los directivos, sanción que desciende a la esfera personal del directivo afectado con importantes implicaciones desde el punto de vista laboral y de reputación. Hasta ahora, esta sanción tenía un límite de 60.000 euros y se requería una especial implicación de los directivos en las infracciones. No obstante, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de octubre de 2019, en el asunto AIO (cartel de fijación acuerdos y otras condiciones comerciales en el mercado de fabricación, distribución y dispensación de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos), estableció que no es necesario una participación activa y que se puede sancionar a los directivos incluso con una actitud pasiva. Por otra parte, el nuevo texto del artículo 63 de la LDC fruto de la modificación para trasponer la Directiva ECN+ ha elevado notablemente la sanción a directivos que ha pasado de tener un límite de 60.000 euros a los 400.000 euros.

Desde mayo de 2017 la LDC regula, en su Título VI, la acción de daños y perjuicios por infracciones de competencia. (Directiva 2014/104, del Parlamento Europeo y del Consejo). Esta acción ha dado origen a las acciones colectivas, como en el caso del cártel de los camiones²⁵, tras el cual los compradores de camiones han emprendido masivamente en toda Europa acciones judiciales para recuperar el sobrecoste que tuvieron que asumir como consecuencia del cartel. Antes los perjudicados también podían reclamar vía la acción de daños del código civil. Pero esta acción específica se basa en el principio de resarcimiento pleno del daño y en conceder a las resoluciones de las autoridades de competencia un carácter irrefutable²⁶. Actualmente esta acción de reclamación de daños por ilícitos de la competencia se presenta como el fantasma detrás de cualquier sanción de una autoridad de competencia.

Otro mecanismo sancionador es la prohibición de contratar que regula la LCSP cuyos artículos 71 y siguientes prevén que no podrán contratar con la Administración las empresas sancionadas con carácter firme por una infracción grave por falseamiento de la competencia. Las autoridades de competencia han empezado a incluir en sus resoluciones sancionadoras esta herramienta de la prohibición para contratar, aplicada por primera vez por la CNMC en su Resolución de 14 de marzo de 2019²⁷.

22 Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

23 Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

24 Resolución, de 15 de mayo de 2019, de la Autoridad Vasca de la Competencia, complementaria a la Resolución de 27 de diciembre de 2017, Expte. Transporte de Viajeros de Gipuzkoa.

25 Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE, Asunto AT.39824—Camiones, número C(2016) 4673.

26 Artículo 75 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que implementa el artículo 9 de la Directiva 014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea

27 Resolución de 14 de marzo de 2019, de la CNMC, Expte. S/DC/0598/2016, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias.

La importancia que las sanciones pueden llegar a alcanzar, sin contar con el coste en tiempo y recursos humanos dentro de la empresa, debe llevar a las empresas a interiorizar el compromiso con la competencia, al más alto nivel e implantar procedimientos que permitan impedir o detectar rápidamente las conductas irregulares.

2. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE SALVAGUARDA DE LA COMPETENCIA Y LA INTEGRIDAD

El valor estratégico de la integridad en la compra pública se presenta por primera vez en la LCSP como un auténtico principio jurídico y no mera norma ética o moral. De esta forma, se le dota de un carácter vertebrador del sistema de contratación pública.

Para alcanzar la integridad es necesaria la transparencia y, por tanto, la publicidad como herramienta que garantiza el acceso de todos los potenciales licitadores y la no discriminación, fomentando la competencia en la contratación pública. Por ello, la publicidad no puede ser un mero formalismo que sirva para cubrir el expediente, sino que debe convertirse en uno de los instrumentos que generen concurrencia en la compra pública. La propia Directiva se hace algún eco del principio de integridad. En sus considerandos 101²⁸ y 102²⁹ se refiere al principio de integridad en relación a la exclusión de

28 (101) Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo, debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que han cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público, con independencia de si, en otros aspectos, pueda disponer de capacidad técnica y económica para ejecutar el contrato. Teniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte, los poderes adjudicadores deben seguir gozando de libertad para considerar que se ha cometido una falta profesional grave cuando, antes de que se haya dictado una resolución definitiva y vinculante sobre la existencia de motivos obligatorios de exclusión, puedan demostrar por algún medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus propias obligaciones, incluidas las obligaciones relacionadas con el pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social, salvo que se disponga de otro modo en Derecho nacional. Asimismo, deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado graves deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo, como la no realización de una entrega o prestación, la existencia de deficiencias significativas en el producto entregado o el servicio prestado que los hagan inutilizables para el fin perseguido, o una conducta indebida que haga dudar seriamente de la fiabilidad del operador económico. El Derecho nacional debe establecer la duración máxima de dichas exclusiones. Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión.

29 (102) No obstante, debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. En concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate. Los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación. No obstante, se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.

los licitadores por parte de los órganos de contratación, regulación que se plasma en el articulado de la Directiva, concretamente en su artículo 57.4c).

Pero la LCSP va más allá y recoge este principio de integridad como uno de los objetivos del sistema de contratación. Así lo formula en el Preámbulo de la LCSP:

III. El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.

Y esto se refuerza en el articulado, concretamente en el artículo 1 dedicado al objeto y finalidades de la contratación pública:

1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La integridad se plantea por tanto como un principio básico y transversal en la contratación unido al objetivo de estabilidad presupuestaria y eficiencia del gasto público. El principio de integridad dota en cierta medida al sistema de un espíritu transformador que lo encamina hacia una contratación más ética y sostenible.

La cuestión es que el principio de integridad tiene dos caras y, para conseguir un sistema de contratación realmente íntegro, es preciso el cumplimiento de los principios de la ley por parte los poderes adjudicadores (profesionales y órganos de contratación de las distintas administraciones públicas y otros poderes adjudicadores), pero también es necesario ese cumplimiento por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas.

De ahí la necesidad de que el cumplimiento normativo y las herramientas de compliance previstas legalmente, sean efectivas y aplicadas en la contratación pública en esa doble vertiente “entidad contratante-licitadores”. Por ello, resulta conveniente acudir a la normativa, tanto de contratación como de competencia, ya que más allá de los sistemas de cumplimiento *ad hoc* que se pueden implantar tanto en el sector público como en el privado, las propias normas en vigor recogen determinadas herramientas y mecanismos de cumplimiento cuyo conocimiento y aplicación debe ser una prioridad para el sector público en sentido amplio, así como para las empresas licitadoras.

2.1. El compliance en la actuación de los poderes adjudicadores

El artículo 64 LCSP incluye un mandato firme a los órganos de contratación en relación a la prevención de posibles conflictos de interés y lucha contra la corrupción, lo que comprende expresamente la lucha contra conductas que distorsionen la competencia.

En este sentido, la LCSP incorpora herramientas y mecanismos para facilitar el cumplimiento por parte de los poderes adjudicadores, que no solo deben conocerlos, sino que deben aplicarlos escrupulosamente cuando proceda. De esta forma, se daría un paso de gigante hacia una contratación alineada con la competencia y, en definitiva, una compra pública más íntegra.

Así, la salvaguarda de la competencia supone una de las principales prioridades para alcanzar un sistema íntegro y esto se hace visible no solamente en la regulación sustantiva sino también en el esquema institucional que establece la norma³⁰. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de que los poderes adjudicadores adquieran una adecuada formación en materia de competencia para alcanzar una aplicación íntegra y completa de los instrumentos legales que la normativa pone a su disposición.

2.1.1. La formación y profesionalización en materia de competencia y Compliance

Las diferentes normas de contratación se han basado en la salvaguarda de la competencia como uno de los principios básicos para desarrollar una contratación pública accesible, eficiente y orientada a la consecución de las políticas públicas. Por ello, los órganos de contratación, mesas de contratación y juntas consultivas, es decir, todos los actores que por parte de los poderes adjudicadores intervienen en la contratación pública deben tener un adecuado conocimiento no solo de la normativa de contratación vigente en cada momento, sino también de la normativa de competencia³¹.

En efecto, el conocimiento por parte de los poderes adjudicadores de la LDC y TFUE, de sus infracciones, sanciones y mecanismos permite no solo diseñar una licitación acorde con los principios básicos sino también identificar posibles conductas anticompetitivas de los licitadores durante la tramitación de los expedientes de contratación. Y esto es fundamental para poder actuar y reaccionar cuando existen indicios de colusión ya que muchas veces el propio órgano de contratación es quien debe tomar medidas inmediatas para evitar una conducta anticompetitiva. Pero, además, los poderes adjudicadores tienen la obligación de poner en conocimiento de las autoridades de competencia aquellos posibles indicios, siendo ese mecanismo de información básico para poder detectar acuerdos de bid rigging contrarios al artículo 1 LDC o 101 TFUE.

Por ello, la primera propuesta en materia de Compliance³² para el sector público debe comenzar por una formación específica en materia de competencia, en particular, sobre los acuerdos, pactos o prácticas colusorias.

Existen ciertas pautas o indicios que pueden ayudar a detectar prácticas anticompetitivas en un expediente de contratación:

Algunos de estos indicios están relacionados con la conducta de las empresas que participan en la licitación pública:

- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.

30 El artículo 332 LCSP crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRescon) con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en relación con la contratación pública.

31 Informe Anual sobre la Contratación Pública en España. Módulo III. Oirescon. pag. 27, Recomendaciones: "Por ello, las acciones formativas y divulgativas adquieren en esta materia una especial relevancia. Estrategias de formación y capacitación en materia de competencia como la actuación puesta en marcha de la CNMC o la Guía de contratación y competencia actualizada de la AVC son un ejemplo de lo anterior".

32 Guía de Compliance en materia de Competencia, Autoridad Vasca de la Competencia, 2019; Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la Competencia, CNMC, 2020.

- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características.
- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podría hacerlo hecho de manera individual.
- Varias empresas vinculadas³³ o de un mismo grupo presentan ofertas. Si bien esta situación está permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.
- La empresa que presenta la mejor oferta es frecuentemente la misma, lo que puede ser un indicio de un acuerdo de reparto de mercado.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.
- Los licitadores parecen turnarse a lo largo del tiempo en la presentación de la oferta ganadora.
- La empresa adjudicataria de la licitación repetidamente subcontrata la realización de parte del contrato con otras que no resultaron ganadoras del concurso o subasta correspondientes.

Otros indicios pueden estar relacionados con el precio ofertado:

- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores, no justificados por incrementos de costes.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticas.
- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores o ante entidades privadas.
- Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio por empresas residentes en el mismo que las presentadas por esas mismas empresas ante otros órganos de contratación.
- Reducciones significativas en los precios ofertados tras la aparición de un nuevo oferente en las licitaciones podría revelar la existencia previa de un acuerdo entre competidores.
- Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o cualquier otra justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación. Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo.

Finalmente, también deberá prestarse atención a posibles indicadores relacionados con la documentación que se presenta y la forma en que se aporta:

33 Resolución 28/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, aplicando la doctrina del TSJUE de 17 de mayo de 2018 (Asunto C-531/16), por la que se traslada a los poderes adjudicadores un cambio sustancial respecto al papel de comprobación y prueba cuando se presenten ofertas por empresas vinculadas.

- Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
- La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
- Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo o dirección de email.
- Referencias habladas o escritas sobre la posible existencia de un acuerdo.
- Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
- Preguntas o inquietudes sobre las posibles consecuencias de la existencia de acuerdo.
- Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.

Se trata de meros indicadores que requieren siempre de una mayor investigación para poder resultar en indicios pero que, sin duda, son a menudo la vía por la que tanto los órganos de contratación como las autoridades de competencia tienen conocimiento de que se puede estar produciendo algún tipo de conducta anómala, para su posterior análisis.

Por lo tanto, el papel de la administración contratante es fundamental en la detección de acuerdos colusorios. Esto se debe materializar en una visión más allá del propio contrato que se esté licitando. Los poderes adjudicadores (órganos de contratación y, cuando las haya, mesas de contratación) deben tener presente la necesidad de garantizar la integridad y el interés público, en el sentido de que en su actuación debe imperar esa visión más a largo plazo y transversal encaminada a preservar la salvaguarda de la competencia y, por ende, la integridad.

En efecto, existen determinadas situaciones que puede favorecer o ayudar a minimizar las conductas anticompetitivas. Así, el acceso a la información constituye un riesgo y puede suponer una vía que genere desigualdad entre los licitadores y que, a su vez, incremente la posibilidad de existencia de conductas colusorias entre los oferentes. Por ello, es importante que el acceso a la información sea transparente y que los poderes adjudicadores proporcionen la misma información a todos los oferentes.

Además, la formación en materia de competencia por parte de los poderes adjudicadores favorecerá la generación de sinergias entre dichos poderes adjudicadores y las autoridades de competencia. Estas sinergias están, en parte, previstas en la normativa y son absolutamente precisas para la lucha contra el bid rigging. Los órganos de contratación deben perder el miedo a poner en conocimiento de las autoridades de competencia posibles indicios de conductas colusorias y generar una estrecha colaboración que permita alcanzar ese objetivo de compra pública íntegra. Y ahí surge de nuevo la reflexión sobre el papel de los poderes adjudicadores, que debe ir más allá de la mera preparación y tramitación de cada contrato específico ya que la norma les otorga una responsabilidad estratégica de garantizar la integridad en el proceso de licitación dotándoles para ello de diversos instrumentos.

2.1.2. Otros mecanismos legales orientados al cumplimiento

2.1.2.1. La colaboración de los órganos de contratación con las autoridades de competencia

La LCSP prevé determinados mecanismos para detectar y evitar la colusión y, algunos de ellos, reservan también un papel a las autoridades de competencia. Así, los artículos 132 y 150 LCSP regulan procedimientos que podríamos enmarcar en la dinámica del Compliance ya que se orientan a prevenir y evitar conductas anticompetitivas cuando existan indicios de colusión.

En primer lugar, el artículo 132, en su apartado segundo, incluye una declaración general en contra del fraude de ley manifestando que la contratación no puede tramitarse con la intención de eludir ni la publicidad, ni la igualdad, ni la libre competencia³⁴.

Pero es el párrafo tercero de este artículo 132³⁵ el que contiene un mecanismo fundamental que ya había venido funcionando anteriormente vía la Disposición Adicional 23ª del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)³⁶ pero que, sin duda, su incorporación al articulado de la ley vigente le dota de una mayor relevancia que debe llevar a los órganos de contratación a tenerlo en cuenta y aplicar este mecanismo que establece que:

- Los órganos de contratación deben velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.
- Los órganos de contratación, las Juntas Consultivas de Contratación y los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación, deberán notificar a las autoridades de competencia correspondientes (estatal o autonómica), cualquier hecho que pueda constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Esta obligación se concreta en particular, reproduciendo el contenido del artículo 1 LCD de tal forma que los órganos de contratación, las juntas consultivas de contratación y los tribunales de recursos contractuales precisan de una adecuada formación en materia de competencia con el fin de poder cumplir con esta obligación del artículo 132.3, consistente en comunicar cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

34 Artículo 132: Principios de igualdad, transparencia y libre competencia: (...)

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

35 Artículo 132: Principios de igualdad, transparencia y libre competencia: (...)

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

36 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pero la LCSP va más allá de esta obligación de comunicación genérica a las autoridades de competencia, que ya existía en la norma anterior. El artículo 150.1³⁷ prevé un nuevo mecanismo que también podemos enmarcar en la filosofía y lógica del Compliance para el sector público. Esta herramienta impone a las mesas de contratación y/u órganos de contratación la obligación de trasladar a la autoridad de competencia correspondiente (estatal o autonómica) con carácter previo a la adjudicación, cualquier indicio fundado de conducta colusoria del artículo 1 LDC en un procedimiento de contratación.

Hasta ahí el sistema puede resultar similar al del artículo 132. Sin embargo, el 150.1 regula que, una vez trasladado el indicio de colusión, dicho traslado tiene efectos suspensivos en el procedimiento de contratación hasta el pronunciamiento de la autoridad de competencia a través de un procedimiento sumarísimo que deberá ser desarrollado reglamentariamente. Este procedimiento constituye, por tanto, una herramienta de cumplimiento potente, aunque, más de tres años después de la entrada en vigor de la LCSP, el desarrollo reglamentario que requiere este procedimiento sumarísimo está aún pendiente. Urge, por tanto, dicho desarrollo reglamentario para que el artículo 150.1 pueda ser aplicado con plenas garantías y se convierta en un mecanismo de prevención y detección eficaz de prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

Por lo tanto, los mecanismos de información previstos en los artículos 132 y 150 LCSP otorgan un amplio margen de discrecionalidad a los órganos de contratación para apreciar la existencia de posibles indicios y, en este sentido, se reitera la importancia de la formación para facilitar la colaboración con las autoridades de competencia. La necesidad de ampliar y mejorar la cooperación entre las autoridades de contratación y las de competencia se ha analizado también por parte de la Comisión Europea en su Comunicación de abril de 2021³⁸, que propone distintos mecanismos orientados a profundizar la cooperación para luchar contra las licitaciones colusorias y subraya la importancia de dedicar recursos, establecer incentivos al personal que detecte casos de colusión, y seguir trabajando en acciones formativas. Además, la Comisión realiza un análisis sobre el margen de discrecionalidad que aporta el artículo 57 de la Directiva 2014/1 en relación a la facultad de exclusión de licitadores cuando hay indicios plausibles de colusión, así como a las medidas correctoras que estos pueden alegar.

Todo ello invita forzosamente a reflexionar sobre la necesidad de aplicar este tipo de medidas legales de prevención y de cumplimiento en materia de competencia de forma que se implanten en el sector público nuevas formas de trabajo que incorporen estas acciones como prioritarias en el día a día de la praxis contractual.

2.1.2.2. Mecanismos de cumplimiento legalmente previstos

La normativa de contratación también prevé otros mecanismos adicionales que favorecen la detección de posibles conductas colusorias por parte de los poderes adjudicadores y la adopción de medidas de cumplimiento por parte del sector público. A continuación, se enumeran los principales:

37 Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato: (...)

1. Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación.

Este procedimiento sumarísimo está pendiente de un desarrollo reglamentario de la ley que tendrá que definir el procedimiento.

38 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, DOUE de 18.3.2021, C91/1

– **Las agrupaciones de empresas para licitar: Uniones temporales de Empresas (UTE), Agrupaciones de Interés Económico (AIE):**

La utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación es perfectamente legal. Además, puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de las PYMES.

No obstante, la participación de este tipo de agrupaciones en las licitaciones no está exenta de riesgos asociados con la competencia³⁹. Es evidente que la unión de varias empresas capaces de competir individualmente en la licitación, desprovee a ese contrato público de la necesaria concurrencia para garantizar el libre acceso, la eficiencia del gasto público, la competencia y, en definitiva, la integridad. Por ello, es preciso un análisis caso por caso sin que se puedan adoptar criterios generalizados en cuanto a la calificación de este tipo de agrupaciones de empresas.

Entre los posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo en el marco de una agrupación de empresas figuran:

- La capacidad de participar individualmente en la licitación.
- La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en la licitación, por ejemplo, una empresa del grupo se presenta de manera individual y otra a través de una UTE o AIE.
- Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.
- Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
- Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada.
- Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte. Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.

En este sentido, la LCSP, en su artículo 69.2⁴⁰ regula un mecanismo tendente a prevenir dichos riesgos asociados a las UTE. Una vez más, la responsabilidad recae en las mesas de contratación y órganos de contratación que deberán apreciar si existen posibles indicios de colusión entre las empresas agrupadas en UTE. De darse dichos indicios, deberán requerir que esas empresas justifiquen expresa

39 Resolución CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 licitaciones de aplicaciones informáticas.

40 Artículo 69.2:

2. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.

Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarisimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos.

y motivadamente las razones para concurrir agrupadas. Una vez más, vemos el amplio margen de apreciación de las mesas y órganos de contratación dado que deberán estimar si, tras la justificación aportada por la empresa, se aprecian o no indicios de colusión, en cuyo caso tienen la obligación de dar traslado a la autoridad de competencia correspondiente (estatal o autonómica) para que sustancie el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP, anteriormente referido.

De la parte de las empresas, también se hace necesario y recomendable un minucioso análisis previo de cada asociación con base en sus eficiencias, acceso a financiación, acreditación de la solvencia requerida en la licitación, y efectos positivos de estas agrupaciones empresariales, con base en los requisitos de exención establecidos en los artículos 1.3 LDC y/o 101.3 TFUE (mejora de la eficiencia; beneficio equitativo para los consumidores; carácter indispensable de las restricciones; no eliminación sustancial de la competencia).

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Audiencia Nacional se han pronunciado en el sentido de que las UTEs pueden ser admisibles incluso cuando sin resultar indispensables formalmente para licitar, su constitución es razonable desde un punto de vista comercial⁴¹. La cuestión se encuentra pendiente de resolución por parte del Tribunal Supremo que ha admitido el interés casacional de los recursos de casación preparados por la ACCO, y tendrá que determinar el alcance de la condición de indispensabilidad establecida en el artículo 1.3 LDC y el artículo 101.3 TFUE en el particular caso de las Uniones temporales de empresas.

– **División del objeto del contrato en lotes:**

El Art. 99. 3 LSCP establece la obligación de dividir en lotes el objeto del contrato siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan.

Actualmente, la división del objeto del contrato en lotes es por tanto la regla general que debe imperar en el sistema de contratación pública. Se estima que dicha división tiene efectos positivos muy orientados a permitir la igualdad en el acceso de las Pymes a la contratación pública.

No obstante, la norma prevé excepciones cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente y respecto de los que el órgano de contratación dispone de un amplio margen de discrecionalidad. Por una parte, cuando la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte su correcta ejecución desde el punto de vista técnico; o bien por la propia naturaleza del objeto del contrato. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente. Además, el párrafo 4 del artículo 99 permite limitar el número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta y también permite limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador. Estas medidas deben ser excepcionales y siempre han de estar precedidas de la debida justificación.

Pero, sin duda, en términos de intervención de las autoridades de competencia en el proceso de contratación y de herramientas legales que facilitan el cumplimiento, debemos fijarnos en la excepción que prevé el artículo 99.3 para los casos en los que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. En estos casos, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

Es cierto que la transparencia de la contratación pública puede conllevar una previsibilidad que propicie las conductas colusorias, en particular, las de reparto geográfico. Y en este sentido, la división del objeto del contrato en lotes podría restringir injustificadamente la competencia cuando

41 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2019; Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018

dicha división facilite el reparto de dichos lotes entre el número de operadores económicos del sector. Así, la división en lotes deberá planificarse evitando que coincida el número de lotes con el número de empresas oferentes, o evitando que cada lote corresponda exactamente a un territorio geográfico, etc. La previsibilidad en la contratación es sin duda beneficiosa, en términos de transparencia, pero podría ser un factor que genere colusión y, por ello, variar el número y tamaño de los contratos y lotes es una vía útil para romper inercias pueden propiciar la consolidación de ciertos *statu quo* entre las empresas licitadoras.

En este punto, de nuevo, el órgano de contratación tiene la responsabilidad de detectar la situación y la obligación de solicitar el informe previo de la autoridad de competencia, que deberá apreciar si efectivamente la justificación obrante en el expediente para no dividir el contrato en lotes resulta adecuada en términos de competencia.

– **La cesión de los contratos:**

La modificación subjetiva de los contratos por cesión contractual debe producirse con garantías y dentro de determinados límites. Los derechos y obligaciones del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero cumpliendo dos condiciones⁴²:

1. Que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato,
2. Que la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.

Ambas condiciones tienen una relación clara con el principio de integridad: de una parte, la primera se dirige a evitar situaciones que pudieran redundar en fraude de ley y, la segunda, tiene como objetivo más concreto la salvaguarda de la competencia.

Por lo tanto, este artículo 214 establece un acto reglado para poder autorizar una cesión del contrato, previamente al cual se deberá realizar un análisis de competencia de forma que se verifique si, a través de la cesión del contrato, se está infringiendo la LDC.

La ley sin embargo no establece el cauce concreto para realizar este análisis preventivo. Aunque no se indique expresamente, la posibilidad de consulta a la autoridad de competencia correspondiente, esta medida supone siempre un cauce posible muy apropiado teniendo en cuenta las funciones generales de Promoción de la competencia de las autoridades de competencia.

2.2. El Compliance de la parte de los oferentes y licitadores

En ese sentido, el Compliance con una perspectiva de competencia se presenta como una herramienta fundamental y un complemento necesario a los programas de cumplimiento ya implantados en muchas empresas. Es importante trabajar en implantar unos protocolos de detección y prevención, así como unos mecanismos de minimización del riesgo en caso de comisión de algún ilícito de competencia.

2.2.1. El Compliance de competencia como variable de la gestión empresarial

La implantación de programas de cumplimiento está muy extendida en la empresa. Estos programas se han centrado fundamentalmente en el ámbito penal donde, como consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se normativizó la

42 Artículo 214 LCSP

posibilidad de beneficiarse de una exención o atenuación de la pena en caso de tener implantado un sistema de cumplimiento efectivo (artículo 31 bis Código penal y Circular de la Fiscalía 1/2016).

Instaurar una cultura del cumplimiento normativo y comportamiento ético en el seno de la empresa reporta grandes beneficios ya que evita sanciones y promueve la creación de valor. Por ello se ha extendido a otros ámbitos más allá del penal, entre ellos, al ámbito de la competencia.

La legislación de competencia todavía no prevé expresamente los programas cumplimiento como un supuesto de exención o atenuación de las sanciones en caso de infracción⁴³, cuestión que deberá promoverse a fin de identificar los incentivos adecuados que impulsen definitivamente los programas de cumplimiento en esta materia, aunque la propia función de Advocacy⁴⁴ que tienen las autoridades de competencia supone ya una base suficiente para difundir y fomentar el cumplimiento de la normativa de competencia.

Los protocolos internos que forman un Compliance deben ser trajes a medida para cada empresa ya que tienen que diseñarse en función de la actividad propia e idiosincrasia de cada organización. ¿Alguien piensa en competencia cuando se reúne con otras empresas licitadoras para hablar de contrato que se licita públicamente?; o ¿cuándo se mantienen contactos con el poder adjudicador; o ¿cuándo varias empresas constituyen UTEs para licitar un contrato público? Todas estas son situaciones en las que hay que estar muy atento a la normativa ya que, incluso comportamientos que a veces están enraizados en el día a día, podrían resultar en infracciones de competencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) puso de manifiesto, entre otras, en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión) que el mero hecho de introducir programas internos de adecuación a las normas sobre competencia por parte de las empresas no puede implicar en todo caso una atenuación de la sanción impuesta a las empresas. Para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas, tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de la empresa, participan en la actividad, como del conjunto de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus propias funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia.

Por lo tanto, una política de prevención en el seno de la empresa debe cubrir la totalidad de los riesgos asociados a la actividad empresarial. Y en este sentido, las empresas que actúan en el ámbito de la contratación pública deben conocer y prever los riesgos de que se cometan infracciones del Derecho de la competencia en su organización, los efectos en términos de sanciones (multas, indemnizaciones por daños, nulidad de contratos y costes reputacionales), todo ello para instaurar protocolos de prevención o Compliance.

Existen diversas herramientas específicas en materia de competencia que los programas de Compliance deben tener en cuenta como la clemencia, los acuerdos de transacción (settlements), o la terminación convencional. Pero, sin duda, a nivel de contratación pública la figura que indudablemente deberá tener en cuenta cualquier programa de Compliance es la prohibición de contratar.

43 No se ha incorporado ninguna disposición específica en esta materia en la modificación de la LDC que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria.

44 La International Competition Network definió en 2002 el concepto de "Competition Advocacy" en su Informe "Advocacy and Competition Policy": *Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*

Las prohibiciones de contratar ya estaban reguladas en el artículo 60 del TRLCSP que fue modificado por la DF 9ª de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, precisamente para introducir de forma expresa el falseamiento de la competencia como una de las circunstancias para declarar dicha prohibición para contratar.

El régimen de la actual LCSP no cambia sustancialmente esa regulación anterior pero sí realiza un análisis más pormenorizado de las distintas prohibiciones para contratar. En línea con la Directiva, la ley fija un plazo máximo para este tipo de prohibiciones de 3 años, estableciendo como *dies a quo* el de la firmeza de la resolución o sentencia, o el de la inscripción de la prohibición para contratar en el Registro Oficial de Contratistas. Así mismo, se prevé la cancelación de oficio en tres meses desde su terminación.

El legislador español, al implementar la Directiva y su artículo 57.4, opta por introducir en la LCSP una prohibición de contratar potestativa respecto del falseamiento de la competencia. Así el artículo 71.1b) LCSP declara que no podrán contratar con las entidades pertenecientes al ámbito de aplicación de la ley (incluidas en el artículo 3), entre otras, a las empresas sancionadas con carácter firme por una infracción grave por falseamiento de la competencia.

Pero, además, el apartado 2a) del artículo 71 también declara otras dos circunstancias que pueden derivar en prohibición para contratar:

- Por una parte, cuando una empresa licitadora haya retirado indebidamente su proposición en un procedimiento de adjudicación.
- Y también, cuando una empresa haya imposibilitado la adjudicación de un contrato a su favor por no cumplimentar los requisitos del artículo 150.2, siempre que concurra dolo, negligencia o culpa. Sabiendo que, además, se le impone una penalidad del 3% del presupuesto de licitación.

Como se ha analizado anteriormente, estos supuestos también podrían ser indicadores de la existencia de conductas colusorias entre los licitadores y, por tanto, susceptibles de activar no solamente la prohibición de contratar sino también los mecanismos de colaboración entre órganos de contratación y autoridades de la competencia.

Por lo tanto, la prohibición de contratar es un mecanismo sancionador y preventivo crucial. La Directiva 2014/24 le da un enfoque como una herramienta preventiva del interés general en su considerando 101 y artículo 57. Pero, además, la regulación de las prohibiciones de contratar en la normativa de contratación pública constituye también un instrumento sancionador a disposición de las autoridades de competencia que, en su aplicación deberán mantener un equilibrio entre la prevención y la represión. No hay que olvidar que prohibir a un operador económico participar en una licitación pública es una medida que, en sí misma, supone una restricción de la concurrencia por lo que su utilización deberá siempre atender a criterios de necesidad y proporcionalidad. En especial, deberán tenerse en cuenta las características de cada mercado a efectos de fijar el alcance y duración de estas prohibiciones.

Pero la cuestión principal que surge a la hora de analizar esta figura es si la prohibición de contratar, concretamente en el ámbito de las infracciones de competencia, es un vehículo eficaz de prevención y también de sanción. Y la razón de esta duda es que la LCSP plantea un sistema no cerrado ni uniforme, en el sentido de que se regulan dos formas distintas de aplicar la prohibición para contratar. Y así lo hemos visto en la práctica de diferentes autoridades de competencia.

Los efectos de la prohibición para contratar por falseamiento de la competencia vienen regulados en el artículo 72 que establece con carácter general que la prohibición se apreciará directamente por los

órganos de contratación cuando la Resolución de la autoridad de competencia o la sentencia firme se haya pronunciado sobre el alcance y duración de la medida.

Cuando, por el contrario, no exista un pronunciamiento sobre el alcance y duración, y también en los supuestos del artículo 71.2, se estará al procedimiento regulado en el artículo 72 que deriva la decisión al Ministro de Hacienda o similar, previa consulta a la Junta Consultiva de Contratación que corresponda.

La postura de la CNMC en los expedientes sancionadores en los que se ha impuesto la prohibición⁴⁵, ha optado por remitir a la Junta Consultiva de Contratación Pública las resoluciones sancionadoras para su preceptivo informe. Las empresas afectadas han solicitado cautelarmente la suspensión de la ejecutividad de la decisión de la CNMC, solicitudes que, según la información pública disponible, han sido hasta ahora aceptadas por los tribunales⁴⁶.

Por otra parte, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha realizado una aplicación directa de la prohibición para contratar determinando en su Resolución de 23 de diciembre de 2019⁴⁷ el alcance y duración de la prohibición, lo que supone hasta el momento la única prohibición para contratar por falseamiento de la competencia que se ha hecho efectiva en España por una autoridad de competencia.

En cualquier caso, lo que sí supone una novedad en la regulación de la prohibición de contratar es el establecimiento de excepciones en las que no procede la aplicación de dicha prohibición. Se trata de las *self cleaning measures*, como las define la Directiva en las siguientes situaciones:

- Cuando se haya acreditado el pago o el compromiso de pago por parte del sancionado.
- Cuando se hayan adoptado medidas técnicas, organizativas o de personal para evitar la comisión de nuevas infracciones de competencia, incluyendo el acogimiento a un programa de clemencia.

Por ello y ante la ausencia de regulación expresa sobre los posibles efectos atenuantes del Compliance en la normativa de competencia, resulta interesante analizar cómo las autoridades de competencia están valorando la implantación ex ante y ex post de medidas de cumplimiento por parte de empresas licitadoras a su vez incoadas por infracciones de competencia.

2.2.2. La valoración de los programas de Compliance por parte de las autoridades de competencia

Ya hemos visto cómo el Compliance consiste en la implantación de sistemas de control interno y de vigilancia que permita a la empresa evitar, en la medida de lo posible, la comisión de ilícitos de competencia o, en caso de no poder evitarlos, reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, así como facilitar su rápida detección. Para que un programa de cumplimiento sea efectivo

45 Resolución CNMC de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias; Resolución CNMC de 1 de octubre de 2019, Expte. S/DC/0612/17 Montaje y mantenimiento industrial; Resolución CNMC de 13 de febrero de 2020, Expte. S/DC/0626/18 Radars Meteorológicos; Resolución CNMC de 22 de diciembre de 2020, Expte. S/DC/0620/17 Combustibles Sólidos; Resolución CNMC de 11 de mayo de 2021, Expte. S/DC/0627/18, Consultoras.

46 Entre otros, Auto de la Audiencia Nacional en el recurso 936/2019, de 19 de julio

47 Expediente 94/2018, ACCO, Licitaciones Servicio Meteorológico de Catalunya: impuso la prohibición de contratar, con una duración de 18 meses, a las empresas incoadas con respecto a las licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña, que tuviesen por objeto la instalación de radares y/o estaciones meteorológicas, el mantenimiento y/o suministro de recambios.

es recomendable que, al menos, contemple algunos elementos (Autoridad Vasca de la Competencia, 2019):

1. Identificar las actividades de la empresa susceptibles de generar un ilícito de competencia.
2. Implantar modelos de gestión adecuados para impedir o prevenir la comisión de infracciones de competencia.
3. Imponer la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del Compliance.
4. Establecer un sistema disciplinario.
5. Realizar un seguimiento periódico para su control y eventual modificación.

Una parte fundamental del Compliance es servir para interiorizar el compromiso con la competencia, al más alto nivel de la organización (Consejo de Administración, CEO, etc.). Dicho compromiso tendrá su reflejo en el organigrama integrando una figura transversal de Compliance Officer, y también requerirá, como uno de los aspectos más importantes, formación sobre competencia a todos los niveles de la organización.

Igualmente deberá tenerse en cuenta el establecimiento de mecanismos de sanción interna y garantizar la existencia de un canal interno de denuncias en consonancia con la Directiva Whistleblower⁴⁸, que establece normas mínimas comunes para la protección de las personas que denuncien infracciones de normativa, incluyendo expresamente las denuncias de competencia y contratación pública. Esta Directiva debe ser implementada en el ordenamiento jurídico español no más tarde del 17 de diciembre de 2021 y se espera que, en materia de contratación pública y competencia, ayude a detectar irregularidades que actualmente no se denuncian por no contar con los canales y garantías adecuados.

Dado que aún estas medidas de cumplimiento no están previstas como eximentes o atenuantes en la normativa de competencia, su apreciación por parte de las autoridades constituye un campo todavía poco explorado. Por una parte, la implantación de programas de Compliance de competencia no se encuentra suficientemente extendido entre los operadores económicos, y, por otra parte, no existen demasiados pronunciamientos de las autoridades de competencia al respecto.

Recientemente la CNMC en su Resolución de 11 de mayo de 2021 ha tenido la oportunidad de resolver las solicitudes de tres empresas en cuanto a la valoración de ciertas medidas de cumplimiento y, para ello, ha tenido en cuenta los criterios definidos en su propia Guía anteriormente referida. Así, la CNMC ha apreciado la excepción prevista en el artículo 72 LCSP respecto de las medidas de cumplimiento alegadas por uno de los grupos empresariales sancionados⁴⁹. Concretamente, este grupo disponía, desde 2001, de un Código de Cumplimiento Ético y Legal que, desde 2015, incluía un apartado específico de "protección de la competencia". Pero tras la incoación del expediente, en octubre de 2019, adoptó formalmente un manual de prevención de riesgos en derecho de la competencia que incluye metodología, prevención y análisis de riesgos; canal de denuncias, referencia al programa de clemencia, y protocolo de actuación de la unidad de cumplimiento y ante las autoridades de competencia. Además, el análisis de la efectividad de las medidas pone especialmente el foco en la importancia de la formación interna en materia de competencia que pasa a ser obligatoria, dotando al área de recursos humanos de la capacidad de sancionar a los empleados que incumplan dicha obligación formativa.

48 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

49 Resolución CNMC de 11 de mayo de 2021, Expte. S/DC/0627/18, Consultoras, pp. 284 y siguientes.

En fechas recientes ha tenido lugar otro importante pronunciamiento de la CNMC en el que se realiza un análisis de los programas de cumplimiento presentados por algunas de las empresas incoadas en el expediente “Conservación Carreteras”⁵⁰. El análisis se realiza en base a los criterios establecidos en la Guía de Compliance de la CNMC, concretamente, respecto de la existencia *ex ante* (previos al conocimiento de la infracción) de programas de cumplimiento incluyendo medidas reactivas adecuadas, y también se analizan los posibles incentivos de los programas de cumplimiento *ex post* (voluntad de implantar un programa posterior al conocimiento de la infracción por la autoridad de competencia o de mejorar uno ya existente), considerándolos como atenuante por la voluntad de cumplimiento. La Resolución concluye que ninguno de los programas de cumplimiento alegados por las partes es suficiente para aplicar incentivos o atenuantes ya que, aunque en algunos casos dichos programas pueden ajustarse formalmente a las recomendaciones de la Guía de la CNMC, ninguna de las empresas recoge en su programa de cumplimiento el conjunto de los criterios establecidos en dicha Guía, ni aportan evidencias de que la implantación de sus programas haya resultado eficaz para prevenir, detectar o poner fin a las conductas sancionadas. Tampoco se incluye en los programas analizados la colaboración activa con las autoridades de competencia desde el inicio de una investigación ni en el reconocimiento de los hechos constatados. Asimismo, los programas no establecen medidas reactivas relevantes que reflejen la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones de las referidas empresas.

En definitiva, se visibiliza la importancia de que el Compliance sea un traje a medida diseñado internamente en la empresa y tras una exhaustiva identificación de los riesgos propios de su actividad. También la importancia de los protocolos, de la formación, y del compromiso de cumplimiento al más alto nivel de la dirección de la organización.

Vemos cómo en la práctica, las autoridades de competencia se remiten a sus guías o recomendaciones en materia de cumplimiento para valorar en qué medida pueden ser constitutivas de incentivos o atenuantes a la sanción. En la valoración se otorga mucha relevancia a la eficacia de estos programas lo que, cuando una empresa ha cometido una infracción de competencia y está incurso en un expediente sancionador, puede ser complicado de probar. Por ello, es prioritario que las medidas de cumplimiento de las empresas estén específicamente diseñadas y cuenten con un sistema de vigilancia periódica, así como unos mecanismos de reacción eficaces ante la comisión de una infracción.

De momento, es importante que las empresas tengan en cuenta estas guías a la hora de diseñar e implementar sus programas de cumplimiento en materia de competencia aunque en la medida en que estas resoluciones de las autoridades de competencia sean impugnadas ante las jurisdicciones competentes, se irán también obteniendo pronunciamientos judiciales en esta materia, lo que sin duda aportará una mayor seguridad jurídica a la actual situación.

Entretanto, resulta interesante la actual iniciativa de la Asociación Española de Normalización (UNE), promovida por la Autoridad Vasca de la Competencia, para la elaboración de una norma estándar sobre sistemas de gestión de Compliance en materia de competencia. Esta norma puede aportar pautas a las empresas a la hora de diseñar su sistema de cumplimiento que, aun siendo único y específico, permita identificar y aplicar eficiencias comunes propias del proceso estandarizado de una norma. Así, el objetivo de la elaboración de esta norma es proporcionar seguridad y confianza tanto desde el punto de vista interno (tranquilidad de la dirección respecto del buen funcionamiento del aspecto sujeto a normalización, lo que permite liberar energías y atención hacia elementos más volátiles del negocio) como desde el punto de vista externo (reguladores; autoridades; “stakeholders”; etc.).

50 Resolución CNMC de 17 de agosto de 2021, Expte. S/0013/19 Conservación de Carreteras, pp. 174 y siguientes.

Además, la certificación de los sistemas de gestión de compliance constituye un elemento relevante para evidenciar la diligencia, la prevención de actos ilícitos y la implementación eficaz de un sistema de gestión que permita proporcionar evidencias, en cierta medida, a las autoridades de competencia de que la organización está adoptando medidas para prevenir la comisión de infracciones y/o reaccionar ante las mismas.

3. CONCLUSIÓN

El cumplimiento normativo se aplica transversalmente en todos los ámbitos y, en la contratación pública, constituye una herramienta que puede ayudar exitosamente a lograr el objetivo de integridad que impregna la normativa de contratación española y europea. Dentro de esa ética del cumplimiento la salvaguarda de la competencia, como principio clásico de la contratación, adquiere un mayor protagonismo y supone, en sí mismo, un principio que puede actuar como facilitador de esa integridad.

Desde sus primeras fases de planificación y diseño, la competencia debe ser una variable tenida en cuenta y priorizada en la gestión de la compra pública y las licitaciones y, por ello, resulta conveniente que estas fases sean objeto de una mayor dedicación, tanto en tiempo como en recursos, en aras a la aplicación los procedimientos adecuados. Por otra parte, la LCSP recurre a la actuación de las autoridades de competencia en determinados momentos del procedimiento de licitación, como medio para preservar la concurrencia y, en definitiva, la integridad en la actividad contractual pública.

La competencia y la integridad también pueden ser vulneradas por la actuación de las empresas que, en ocasiones, llevan a cabo conductas colusorias en el marco de la contratación pública. Este tipo de comportamientos no solo son contrarios a la LDC sino también al espíritu de integridad que rige la contratación, cuya normativa determina mecanismos de prevención y detección por parte de los poderes adjudicadores, fundamentalmente los propios órganos de contratación, y la colaboración de estos con las autoridades de competencia.

En todo este panorama, el Compliance de competencia supone una herramienta cuya implantación debería ser potenciada por parte de los poderes adjudicadores en la praxis contractual, tomando como punto de partida la propia ley y los mecanismos de cumplimiento que establece. Asimismo, para las empresas la implantación del Compliance de competencia supone un medio de control interno que puede evitar importantes sanciones económicas, conductuales y otras contingencias como el daño reputacional o las acciones por daños causados por infracciones de la normativa de competencia. Tampoco se puede perder de vista la capacidad que las autoridades de competencia tienen para atenuar las sanciones cuando las empresas sancionadas tienen implantados programas de cumplimiento de competencia o se comprometen a implantarlos.

En definitiva, las herramientas de cumplimiento normativo aplicadas a la competencia sin duda pueden actuar como impulso para lograr una contratación pública íntegra. Así, el Compliance dirigido a garantizar el principio de competencia y los mecanismos de salvaguarda de la misma que se contienen en la normativa de contratación, unidos a la aplicación de la LDC en su faceta sancionadora, se configuran como medios eficaces tanto desde el punto de vista de los poderes adjudicadores como de las empresas contratistas.

4. ABREVIATURAS

- ACCO: Autoritat Catalana de la Competència
- AIE: Agrupación de Interés Económico
- AVC: Autoridad Vasca de la Competencia

- CNC: Comisión Nacional de Competencia
- CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- DEUC: Documento contractual único europeo
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
- LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- LDC: Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia
- OIReScon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación
- PYME: pequeña y mediana empresa
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
- UE: Unión Europea
- UNE: Asociación Española para la Normalización
- UTE: Unión Temporal de Empresas

5. BIBLIOGRAFÍA

- José Massaguer Fuentes y otros. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Thomson Reuters. Sexta edición, 2020
- Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Contratación pública y Competencia, edición actualizada 2020
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia, diciembre 2020
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia, 2020
- Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Compliance en materia de Competencia, 2019
- J.M. Beneyto Perea y Jerónimo Maillo González-Orús, Novedades y Retos en la lucha contra los cárteles económicos, Thomson Reuters Aranzadi, 2019
- Italian Competition Authority, Guidance on antitrust compliance programs, 2018
- J.M. Gimeno Feliú, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público, Aranzadi Thomson Reuters, 2018

Juan Manuel Contreras Delgado de Cos. "Medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones para la competencia". Administración y Competencia. Thomson Reuters Aranzadi, 2015

Antonio López Miño, Javier Vázquez Matilla y Javier Serrano Chamizo. "Buenas malas prácticas en contratación de la competencia". Administración y Competencia. Thomson Reuters Aranzadi, 2015

Autoritat Catalana de la Competència. Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública, junio 2010

Informe Anual de la Contratación Pública, 2020, Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon).

Autoridad Vasca de la Competencia, Guía de Compliance en materia de Competencia, 2019.

COMPLIANCE MANAGEMENT SYSTEMS AND THEIR CONSIDERATION IN THE ASSESSMENT OF FINES

SISTEMAS DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO Y SU CONSIDERACIÓN EN LA EVALUACIÓN DE MULTAS

PATRICK L. KRAUSKOPF¹

ARMIN F. DUGAN²

LAURA RUFER³

ABSTRACT

The following article primarily addresses the questions of whether - and if so, why - Compliance Management Systems should be taken into account by courts and authorities to reduce fines in the event of antitrust violations in companies. In addition to an overview of the prerequisites for an efficient Compliance Management System, the practices in different countries are also examined in connection with this topic. Finally, future related challenges are discussed.

KEYWORDS

compliance defense | compliance and fines | (international) compliance guidelines | compliance practice | competition law and compliance | compliance best practices

RESUMEN

El artículo aborda principalmente la cuestión sobre si los tribunales y las autoridades deben tener -y de ser así, por qué- en cuenta los Sistemas de Gestión de Cumplimiento para reducir las multas en caso de infracción de la legislación antimonopolio en las empresas. Además de una visión general de los prerequisites para un Sistema de Gestión de Cumplimiento eficiente, también se examinan las prácticas en diferentes países en relación con este tema. Por último, se discuten los futuros retos relacionados.

PALABRAS CLAVE

defensa del cumplimiento | cumplimiento y multas | directrices de cumplimiento (internacional) | práctica de cumplimiento | derecho de la competencia y cumplimiento | mejores prácticas de cumplimiento

ABOUT THIS ARTICLE

This article was received by the Publications Commission on September 29, 2021 and declared suitable for publication on September 13, 2022.

-
- 1 Doctor of Law from the University of Fribourg. LL.M. from Harvard Law School. Attorney-at-law (Zurich / New York). Has headed the Center for Competition Law at the ZHAW (Zurich University of Applied Sciences) since 2010 and is Chairman of AGON Partners Legal Ltd. He was previously Vice Director of the Competition Commission in Switzerland until 2009 and was in charge of the revision of the current Swiss "Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition" of 2004. Contact: krpa@zhaw.ch
 - 2 Master of Law from the University of Bern. Master in Compliance candidate at the ZHAW. Research associate at the ZHAW. As part of his work, he conducts and supervises various application-oriented research projects on antitrust and compliance issues. Due to his former work in an internationally oriented law firm, he also has profound knowledge in the field of overall business law. Contact: duga@zhaw.ch
 - 3 Master of Law from University of St. Gallen (HSG). Trainee at LALIVE Ltd, where she assists in legal cases inter alia in the field of antitrust law and compliance. From her work in Switzerland and abroad she encountered various clients ranging from private clients over start-ups to international corporations and has gained a profound understanding of their differences and needs. Contact: lauratamararuferr@gmail.com

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 29 de setiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de setiembre de 2022.

CONTENT

I. Introduction; **II.** Best practices; **III.** Guidelines of International Organizations, **1.** ICC Toolkit, **2.** OECD competition compliance programmes, **3.** ISO 37301, **4.** Comparison of Guidelines; **IV.** "Compliance defense" and the assessment of fines; **V.** Pre-existing or subsequent "compliance defense"?; **VI.** "Compliance defense" in other countries, **1.** USA, **2.** Germany, **3.** Austria, **4.** Spain, **5.** Switzerland, **6.** Brazil; **VII.** Quo Vadis "Compliance Defense"?; **VIII.** Conclusion; **IX.** Bibliography.

I. INTRODUCTION

The term "*Compliance*" derives from the English "*to comply with certain rules*". In a company, specifically, this means to comply with all legal provisions and internal company guidelines (Desio, n.d.). Even for the misconduct of a single employee, an entire company can usually be held liable (Hauschka et al., 2016, p. 2). This can even be the case if this employee acts against company compliance and/or instructions (Desio, n.d.).

Therefore, so called "*Compliance Management Systems*" ("**CMS**") are installed in organizations. These CMSs pursue the objective of providing a comprehensive system designed to create and promote a culture of ethical behavior, and, at the same time, to prevent, detect and correct violations of the law (Hopson & Koehler, 2008, p. 208). Even though the objectives and functions of CMSs can be summarized very concisely in theory, their practical implementation often proves to be quite complex. This is precisely why companies deserve special acknowledgement for introducing compliance measures. But what if corporate policies fail and antitrust violations occur? Should companies' compliance efforts nevertheless be taken into account in respect of the fine assessment in such a case?

The following article examines this very topic. After an overview of the basic requirements for a corporation's compliance program, the question of fine reduction in connection with compliance measures is discussed. Subsequently, the practices of selected countries in this context are examined. Finally, a look at future challenges and changes regarding CMSs serves to round off the paper.

II. BEST PRACTICES

To evaluate the effectiveness of a corporate compliance program, different factors such as comprehensiveness and adequation have to be taken into consideration. It is especially the guidelines to be found in the Anglo-American legal systems which have prevailed and become the "international gold standard" regarding CMS systems. In this context, reference should be made to the U.K. "*Bribery Act 2010*" (2011); the U.S. "*Federal Sentencing Guidelines for Organizations*" (1991, revised 2004), or the latest U.S. "*Evaluation of Corporate Compliance Programs*" (2017, updated 2020), which provide guidelines for the prosecutors when conducting an investigation into a corporation's compliance program. In particular, the following principles have emerged as CMS fundamentals:

- Top Level Commitment

It is the senior management (or at least middle management) team which, due to its leading role in the company, is responsible for clearly and regularly communicating guidelines to the subordinate employees and for monitoring compliance with the respective guidelines (Deister, & Geier, 2011, p. 16). Based on their authority, they have to set the "*tone from the top*" (Krauskopf & Schraner, 2017, p. 69).

- Due Diligence

Due diligence should be performed on all partners and persons involved in the business process and the supply chain (Deister & Geier, 2011, p. 16). Therefore, an employee could be appointed as a “*Chief Compliance Officer*” or external lawyers or consultants could be engaged (Ministry of Justice, 2010, p. 6). If an internal employee is selected as the supervising person, it is necessary to ensure that he or she is adequately and sufficiently instructed (Roxin, 2018, p. 345).

- Risk Assessment

Regular identification of specific and individual corporate risks is indispensable. This includes both external and internal risks. Externally, different levels of bribery and corruption in the country where a certain company operates have to be taken into account (Ministry of Justice, 2010, p. 4f). Internally, risks may occur where employees are suffering from an informational deficit, have not been adequately trained, or internal policies on gifts, travel expenses etc. are not sufficiently clear (Deister & Geier, 2011, p. 16).

- Company Guidelines and Training

A certain “*Code of Conduct*” or “*Code of Business Ethics*” should be established in the company and set down in writing (Hopson & Koehler, 2008, p. 208). To implement these compliance guidelines on ethical conduct, they should be communicated to the employees in periodical workshops (Roxin, 2018, p. 345). The guidelines should be accessible, unequivocal, reasonable and actually capable of being actionable, addressed to all levels of employees and should be oriented to all risk relevant areas in terms of content (Deister & Geier, 2011, p. 16). Raising awareness of internal policies and effective communication to staff is essential.⁴

- Zero Tolerance Policy

The internal compliance standards must be enforced consistently. If certain misconduct is identified, it must be reported instantly; a preventive, ex-ante “*Zero Tolerance Policy*” has to apply, and disciplinary mechanisms must take effect (Krauskopf & Babey, p. 125). Otherwise the company risks having the internal compliance program labeled as being mere “*Window-Dressing*” and as only existing on paper (Roxin, 2018, p. 343).

- Confidential Reporting Mechanism

Employees must be given the opportunity to confidentially report possible or actual violations related to internal compliance guidelines or antitrust laws (U.S. Department of Justice Criminal Division, 2020, p. 6). Therefore, a “*Whistleblower-Hotline*” can be established to ensure that any misconduct can be forwarded anonymously to the respective body or person in charge, e.g., to the Chief Compliance Officer (Eufinger, 2016, p. 212).

- Monitoring and Screening

In order to continuously ensure the effectiveness of a compliance program in practice, current industry standards, applicable laws and changes within the business itself have to be constantly implemented. Functioning programs from the past are not guaranteed to necessarily work in the future too. Hence, a steady review and periodic testing of the program is indispensable. If certain misconduct is identified in this context, weaknesses

4 Ministry of Justice (2010). The Bribery Act 2010, 4. <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

within the program should be analyzed and remediated for the future (U.S. Department of Justice Criminal Division, 2020, pp. 16 et seq.).

Although these major guidelines provide a framework upon which a CMS should be built, they do not guarantee that the corresponding system will actually work in practice (Deister & Geier, 2011, p. 17). Due to the different characteristics of each particular company, such as type, size or structure, each corporate compliance system must also be individually tailor-made to fit the specific needs of the organization.

III. GUIDELINES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

As Compliance has developed into an international issue and topic of discussion not only within organizations but also in legislative debates, some international organizations decided to develop their own guidelines in order to assist organizations with the implementation and improvement of their CMS. The International Chamber of Commerce (ICC) introduced a Toolkit, which will be discussed in detail. Additionally, the ISO 37301 standard and the guidelines of the Organization for Economic Co-Operation and Development's ("**OECD**") Competition Committee will be looked at more closely.

1. ICC Toolkit

In 2013 the ICC published the "ICC Antitrust Compliance Toolkit" ("**Toolkit**"). The aim of the Toolkit is to "reflect what is commonly regarded as good practice in the field" (2013, preface) of Antitrust compliance as there is, according to the ICC and antitrust agencies, no "one-size-fits-all" practice.

The Toolkit starts with what it refers to as a "Starter Kit", where four foundation elements of a CMS are listed. These include embedding an antitrust compliance and policy, compliance resources and organization, risk identification and assessment, and antitrust compliance know-how. For the reinforcement of existing CMS antitrust 'concerns-handling' systems and investigations, internal investigations/due diligence and disciplinary action, antitrust certification or incentives, as well as monitoring and continuous improvement are suggested (ICC, 2013, p. 3).

The structure of the Toolkit seems to be well thought out. Not only does it include both the implementation of CMSs and the modification of CMSs, but it also provides a quick summary at the beginning of each chapter making it possible for practitioners to gather the most relevant information in a timely fashion. The very first point is to recognize that each organization is confronted with some risks if it is non-compliant with antitrust law (ICC, 2013, p. 4). Given the height of fines (for example in Switzerland up to 10% of the turnover that a company achieved in Switzerland in the preceding three financial years)⁵ this first remark is especially relevant. In the subsequent explanation, the importance of the integration of lawful behavior in the company culture is emphasized. To underline this point, it is stated that a "consensus to do the right thing" (ICC, 2013, p. 4) has to be cultivated and that "actions speak louder than words" (ICC, 2013, p. 4). From the usage of those words and everyday wisdoms, it can already be derived that the ICC Toolkit aims to explain CMS in a clear, simplistic, understandable language, for all potential readers to readily comprehend the points and reasoning in the best way possible.

- (a) Under the title "Compliance embedded as a company culture and policy", the ICC recommends as a first step to recognize the risk of antitrust regulation. From the viewpoint of the ICC this is the responsibility of the legal department; in the case of a small or medium enterprise (SME) the Chief Financial Operator. The importance of a responsible person for compliance is stressed by stating that this business risk needs to be addressed and dealt with (ICC, 2013, p. 5).

5 Federal Act on Cartels and other Restraints on Competition (1995), Article 49a.

In a second step, the management of the organization and subsequently all its employees need to commit to the compliance efforts. The ICC underlines this point by citing other sources such as the OECD and the European Commission. In order to attain this commitment, the ICC suggests citing examples of consequences of ineffective compliance, using statistics, learning from informational videos of third parties dealing with the same or similar issues, as well as creating a plan for the implementation of an antitrust CMS (ICC, 2013, pp. 5 et seq.).

Subsequently a Code of Conduct needs to be drawn up (or revised). The Code of Conduct should not just include issues relating to antitrust, but also discuss other themes such as sexual harassment and corruption. It should therefore have a larger perspective. The ICCs advises uploading it onto the intranet of the organization and adding a preface or an audio or video statement by the Chief Executive Officer (CEO) from the organization (ICC, 2013, pp. 6 et seq.). Furthermore, the antifraud CMS should be integrated into other policies and supplied with sufficient resources (ICC, 2013, p. 8).

- (b) The second chapter of the Toolkit provides advice on compliance organization and resources. The ICC suggests assigning the role of a compliance officer to a senior employee of the organization, who will report to the management or the board of the organization. If the position of a General Counsel or a Chief Legal Officer exists, this person should fill the role of compliance officer as well. It is important to remember that access to all important committees should be secured (ICC, 2013, pp. 10 et seq.). As for the regularity of updates, the management it is advised to at least provide them quarterly, whilst allowing for a way to communicate urgent compliance issues (ICC, 2013, p. 13). In this chapter, the need for sufficient resources is stressed again. In this context, the ICC suggests hiring an antitrust lawyer or a specialized law firm (ICC, 2013, p. 14).
- (c) Risk identification and assessment is covered in the third chapter of the ICC Toolkit, where organizations are advised to assess and report risks, resolve strategies dealing with these risks and implement sufficient controls. The ICC also includes a basic risk matrix and lists some general business risks such as economic developments and supply shocks (ICC, 2013, pp. 17 et seq.). The importance of providing sufficient resources is emphasized once again. Furthermore, additional data should be considered; for example, comparative data and the use of experts, or in case of SME, peers to help with the identification of specific risks for the organization which are not just of theoretical nature. The ICC suggests the same method for the assessment of antitrust risk. Examples of risks in this domain include exchanges of sensitive information, fixation of resale prices, price fixing and collusive tendering. The likelihood of illegal conduct such as the above mentioned, has to be then assessed considering factors such as market concentration, duration of meetings with competitors and past antitrust compliance. As for the assessment of the impact, it is recommended to take legal fees, damage claims and reputational damages into consideration (ICC, 2013, pp. 16 et seq.).

In a subsequent step, controls are to be established. Controls should include both communication and guidance, for which trainings, handbooks, internal inspection and awareness actions are provided. The outcomes of the risk assessment should be reflected in the controls. The ICC provides a few questions regarding the establishment of effective controls, which stress the importance of documentation and awareness (ICC, 2013, pp. 23 et seq.).

- (d) The next chapter titled "Antitrust compliance know-how" begins by (again) stressing the importance of awareness. Interestingly the ICC mentions that sufficient training can also enable employees to act confidently in their daily assignments and withstand pressure better. Furthermore, the aim of providing the necessary knowledge in the field of antitrust to employees is to enable them to seek clarification when a lack of clarity exists. Another aim of trainings is to facilitate discussions about antitrust between employees and within

the organization. In order to provide sufficient knowledge, it is recommended to create handbooks, manuals and guides, either by inhouse lawyers in the case of a large corporation or by external counsel such as specialized law firms in case of an SME. For SMEs, the ICC considers the Internet to be a helpful source for antitrust compliance materials (ICC, 2013, pp. 25 et seq.). This suggestion has to be taken with a grain of salt however, as the Internet can also be a source of misinformation and some documents are written in a rather superficial manner, not taking into account risks for specific industries. As antitrust law is constantly changing and evolving, materials from the Internet can also be outdated. It has to be noted that the ICC mentions that the materials have to be relevant for the organization and its business endeavors and take into account the specific risks the organization is faced with. As for the content of the materials, 'Do's and Don'ts' should be included; they should be easily applicable and understandable and adjusted to specific needs and risks of the company. Thought needs to be given as to the languages in which the materials are required and how the materials can be made available to every employee. For the latter, the ICC suggests publishing the materials on the intranet (ICC, 2013, pp. 26 et seq.).

Regarding trainings, it is recommended to provide employees with the possibility to ask questions, and it includes practical examples. A key for an effective training is to raise awareness for the reasons behind the organization's antitrust compliance policies and possible consequences for violations of them. In preparing trainings, thought needs to be given to who has to take part, in which format it should be given, which experts will hold the trainings and how specific risks and needs of the organization can be best addressed. During the training, management should especially be actively involved. Afterwards documentation of the training needs to be provided (ICC, 2013, pp. 28 et seq.).

The Toolkit also includes a sub-chapter on stimulating positive employee engagement for which posters, newsletters and promotional giveaways are (inter alia) recommended. The short sub-chapter shows that following antitrust advice is not just marked by prohibitions and rules, but can also help projects to be realized successfully. The ICC recommends celebrating the latter, as well as so-called compliance heroes (ICC, 2013, p. 30).

The last sub-chapter discusses the need for employees to be aware of the antitrust investigation process and the need for cooperation. It is mentioned that for this purpose some organizations use mock investigations (ICC, 2013, p. 31).

- (e) For the handling of antitrust concerns, the ICC mainly suggests implementing whistleblower systems, which can be operated by an inhouse team or outsourced. The aim of this system is to cultivate a company culture, where concerns about or suspicions about unlawful conduct are raised early within the organization, to allow internal investigations to take place. It is, however, important to consider other areas of law such as data protection law when implementing a whistleblowing system. Furthermore, it is important that the system guarantees confidentiality and that the information gathered through the system is not brought to public attention, for example by ensuring the necessary cybersecurity. Another concern, especially for global corporations, should be the possibility of the system being used in different languages and time zones. The system should also allow for the interviewer to contact the whistleblower where further questions or information are needed. The ICC again provides some helpful questions in order to set up a whistleblowing system (ICC, 2013, pp. 34 et seq.).
- (f) The ICC also addresses how to handle an internal investigation. It should be decided in advance who will conduct the investigation and in which format. The internal investigation should be confidential and be protected by legal professional privilege. For the eventuality of an investigation, documents should be preserved, and plans drawn up as to how to interview personnel who were potentially involved. Rumors have to be controlled and

prevented from spreading. It should also be decided as to which cases shall be disclosed to the authorities (ICC, 2013, pp. 40 et seq.).

Decisions about internal investigations alone are not sufficient to ensure that a Code of Conduct or other policy will be respected. A violation of these should also result in consequences up to and including termination of the contract. Mitigating factors could be disclosure, co-operation and living up to the principle of good faith. The ICC also considers aggravating factors, which constitute the opposite behavior of the mitigating factors, such as previous violations. The ICC also considers a managerial role and the absence of mandatory training for the employee in question to be aggravating factors. The involvement of the line manager should also be investigated. For disciplinary proceedings, the person in charge of these should be identified, accepted rights of defense be established and aggravating as well as mitigating factors be determined (ICC, 2013, pp. 44 et seq.).

The ICC also suggests conducting Due Diligence in different areas such as hiring, mergers, acquisitions and trade associations. For new hires there should at least be an onboarding process, better still a background check. In respect to the due diligence of trade associations, the ICC advises seeking legal counsel before joining one, in case of any concerns and in approving agreements on topics related to competition. There should also be sufficient documentation for the meetings and a well-founded basis of information before each meeting of the association. In case of an acquisition or a merger, the due diligence process should also include compliance due diligence; for example, the control of the existence and effectiveness of the CMS of the company to be acquired, as well as the possibility of conducting compliance investigations (ICC, 2013, pp. 50 et seq.).

(g) Furthermore, it is recommended to certify both internal compliance programs and to obtain certificates from those of third parties (ICC, 2013, pp. 58 et seq.) and to provide incentives for efforts made by employees in regard to compliance (ICC, 2013, pp. 62 et seq.). The latter could be manifested in both positive incentives –for example in monetary form– as well as in negative incentives, for which the ICC suggests withholding promotions. According to the ICC bonus structures should especially be in alignment with compliance efforts (ICC, 2013, pp. 62 et seq.).

(h) As for monitoring, the ICC suggests an assessment every three to five years. During the assessment the costs and the responsiveness of the CMS should be assessed. For carrying out the assessment, both legal counsel and the benchmarks provided by law firms and competition authorities can prove useful. Finally, a compliance program improvement plan can be drawn up. This could include the necessary steps for conducting the assessment of the current CMS, as well as its revision. Possible steps include benchmarking the CMS, recommendations for changes in the training program, planning the communication of the renewed CMS and the production of a control framework (ICC, 2013, pp. 65 et seq.).

As the ICC Toolkit proves to be rather lengthy and detailed, more concise suggestions should be taken into consideration, such as the OECD Competition Compliance Programmes.

2. OECD Competition Compliance Programmes

The OECD's Competition Committee published a discussion paper in 2021 on CMS entitled "OECD Competition Compliance Programmes", in which compliance policy developments, the effectiveness of compliance efforts and effective compliance programs are discussed. The paper aims to provide tips for competition authorities and has therefore a different angle than the ICC Toolkit. For the sake of this article, only the latest should be summarized and discussed.

The OECD's Competition Committee states that many national competition authorities consider CMS to be effective if illegal action is detected and reported to them, whilst businesses do not view

reporting to an authority as an essential part of its compliance efforts. The Committee itself supports the authorities' viewpoint by stating that ethical claims can only be considered to be truthful if reporting does occur (OCDE, 2021, pp. 32 et seq.).

The importance of a so-called compliance culture is stressed as well. The lawful and supportive conduct of management is considered to be an important factor in assessing the effectiveness of a CMS. The Committee takes into account the viewpoints of different competition authorities, which consider the companies' culture as an important factor and states that even the best CMS can't protect an organization from so-called rogue employees (meaning employees willing to break the law). By reviewing different studies, the Committee concludes that in a large part of antitrust cases, management was involved. From this finding it is concluded that most organizations do not have an effective CMS. To address this problem the Committee suggests, *inter alia*, mandatory antitrust trainings for senior employees, whistleblowing hotlines and public naming and shaming of wrongdoers (OCDE, 2021, pp. 34 et seq.).

The Committee also stresses the importance of compliance incentives. It states that it should be possible for employees to reach their performance targets without committing illegal acts. If this is not the case, then according to the Committee, the CMS is worthless. The remuneration of senior employees should also be focused on longer term interests, which could include compliance practices. The Committee recommends that authorities consider taking into account the impact of remuneration schemes when assessing cartels (OCDE, 2021, pp. 38 et seq.).

Under the title of auditing and monitoring of business processes, it is suggested to use data and algorithms for these purposes. Furthermore, competition authorities should encourage organizations to implement search mechanisms such as algorithms for the detection of illegal behavior (OCDE, 2021, pp. 39 et seq.).

Additionally, it is recommended to encourage third parties such as business partners to implement effective CMS (OCDE, 2021, pp. 41 et seq.).

Following these suggestions does not lead to certification. Because of that, a closer look at the ISO 37301 should be considered.

3. ISO 37301

ISO 37301, which is in effect since 2021, replaced ISO 19600 from 2014. Compliance is defined therein as "the outcome of meeting all the organization's compliance obligations"⁶. As the standard aims to be applicable internationally, it is designed for every type and size of organization (Steenkamp & Pyrczek, 2021). It follows the "Plan-Do-Check-Act" cycle which many ISO standards are based on (Würz, 2021). Compliance is defined therein as "the outcome of meeting all the organization's compliance obligations"⁷. In Figure 1 of the standard, a CMS is depicted. It can be derived from this Figure that an organization needs to establish compliance obligations, conduct a risk analysis, implement a compliance policy, hold trainings and communicate (internally) about their compliance efforts and evaluate their CMS regularly.⁸ Those steps shall be discussed in more detail.

(a) The beginning of each CMS implementation should be a stakeholder analysis. This serves to identify all stakeholders, which have to be considered for the CMS as they are

6 ISO 37301. (2020). Compliance management systems – Requirements with guidance for use, 3.27. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:dis:ed-1:v1:en>.

7 ISO 37301. (2020). Compliance management systems – Requirements with guidance for use, 3.27. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:dis:ed-1:v1:en>.

8 Ibid, Figure 1.

either directly affected by it (e.g., employees) or will indirectly evaluate its legitimacy (for example competition authorities or regulatory authorities). Furthermore, the support of the top management has to be secured. These employees should commit themselves to all compliance policies and standards, as they have to lead by example (Homann, 2021; Tüv Media, 2021, p. 8).

- (b) Employees have to be aware of the compliance measurements. One employee has to be appointed as Compliance Officer and will be responsible for all tasks related to compliance, such as administration, monitoring and evaluation (Tüv Media, 2021, p. 8).
- (c) In a next step the scope of an organization has to be defined, from which compliance obligations and potential risks can be derived. For this purpose, the environment of the organization has to be evaluated (Homann, 2021; Tüv Media, 2021, p. 8).
- (d) The new ISO 37301 focuses even more than ISO 19600 on the implementation of whistleblowing-systems. This system has to be accessible to and visible by every single employee. It should guarantee anonymity and confidentiality. The incoming hints have to be investigated in a neutral fashion. The whole process requires diligent, written documentation, and the lessons for the further improvement of the organization's CMS should be considered when evaluating the CMS (Homann, 2021).
- (e) Control mechanisms to evaluate the CMS periodically are to be established and monitoring has to be conducted in a consequential and periodical fashion (Homann, 2021). ISO 37301 requires internal compliance audits, measures to recognize violations of the policies and antitrust law, and the supervision of external auditors. This analysis should help to improve the CMS.

As these Guidelines vary in their recommendation, a comparison shall provide more clarity about the requirements of an effective CMS.

4. Comparison of Guidelines

The guidelines vary greatly in their length. The ICC provides in its Toolkit a much more detailed approach to the explanation about the implementation and revision of CMS, and therefore provides the time-pressed reader with quick summaries. The Committee chooses to produce a concise guide on effective antitrust CMS. This guide is, however, part of a larger document about competition compliance efforts and compares many different sources. It has to be noted that it is the newest document, having been drawn up in 2021, and the only one which takes into account the behavior and views of competition authorities on this issue. ISO 37301 has an appropriate length and focuses on practical implementation. It has to be kept in mind that this serves as a certification standard.

The institutions also deviate in their view of responsibility for compliance: Whilst the ICC sees it as a task for the Head of Finance for SMEs and for the legal department in larger organizations to raise compliance issues (ICC, 2013, p. 5), the OECD Competition Committee and ISO 37301 however, do not specify who is to be appointed as the Compliance Officer or given the compliance responsibilities (OECD, 2021, p. 18; Birker, 2021).

All guidelines see it as impartial that the management of an organization commits itself to compliance and lawful behavior (ICC, 2013, p. 5; OECD, 2021, p. 34; Tüv Media, 2021). In order for effective compliance measurements to be implemented and show effects, this commitment is essential. However, the ICC goes a step further by suggesting different measures in order to attain this commitment (ICC, 2013, pp. 6 et seq.).

As for the risk analysis, the ICC Toolkit and ISO 37301 are rather detailed. The ICC even recommends certain risk-evaluation tools. The OECD Competition Committee does mention a risk analysis, but without going into further detail about its execution (OECD, 2021, p. 7).

The rising importance of whistleblowing can also be seen in the guidelines. Anonymity and confidentiality serve as the corner stones of each whistleblowing system and/or hotline. Documentation of all the subsequent steps is another requirement. However, the "OECD Competition Compliance Programmes" document does not really specify the requirements of an effective whistleblowing hotline (OECD, 2021, p. 31). In order to comply with ISO 37301 diligent, written documentation is required (Homann, 2021). The ICC Toolkit also considers compliance with data protection law and the possibility of the interviewer reaching the whistleblower as being essential (ICC, 2013, pp. 34 et seq.). The Toolkit is certainly the most helpful for setting-up a whistleblower hotline as it provides the aforementioned questions, which can be used as a checklist (ICC, 2013, p. 36).

Monitoring is another important aspect of an effective CMS mentioned by all three guidelines. According to the OECD Competition Committee, in order to be most effective, monitoring uses data (OECD, 2021, p. 40). ISO 37301 requires internal compliance audits and the supervision of external auditors (Homann, 2011). The ICC Toolkit is the only guideline which suggests a time frame (every three to five years) for the monitoring to take place (ICC, 2013, p. 66).

In general, the ICC considers more aspects, is more detailed and provides the reader with examples and quick summaries; it is therefore a recommended read. As ISO 37301 is an internationally recognized CMS standard and can be certified, it is recommended in high-risk industries and for organizations in concentrated markets. In order to find some examples of CMS in other companies, it is recommended to read through the "OECD Competition Compliance Programmes".

However, all guidelines show the importance of the commitment of the management to antitrust compliance, trainings and a thorough risk analysis. In most jurisdictions, considering these aspects will mitigate the risk of antitrust violations. The ICC also includes all aforementioned best practices for compliance and provides further practical advice.

Even though the OECD's Competition Committee discussion paper aims to provide advice for authorities, the aspects highlighted by it are to a great extent the same as the ones discussed in guidelines such as the ICC Toolkit and ISO 37301. This leads to the conclusion that certain elements have to be considered regardless of the perspective, in order to establish an effective CMS. These elements include commitment of the senior management to, and sufficient monitoring of, the CMS. Especially is the company culture discussed in detail in each guideline and paper. It is therefore recommended for each organization to establish a company culture that respects antitrust law, and which acts in accordance with it.

IV. "COMPLIANCE DEFENSE" AND THE ASSESSMENT OF FINES

In the recent past, few topics have generated more discussions in the area of corporate compliance than the question as to whether CMSs, a so called "*Compliance Defense*", should be taken into consideration in the assessment of fines in cases where antitrust infringements occur (Eufinger, 2016, p. 209).

One of the main arguments brought up in this context is that the simple fact that a violation of antitrust law has occurred, already indicates that the CMS currently installed could obviously not have been functional - or only insufficiently functional. Otherwise, it would have prevented the violation (The German Federal Cartel Office, 2020, p. 14). Also, the mere introduction of a competition compliance program alone, would not constitute a guarantee that the rules will be complied with on a permanent basis in the future (Eufinger, 2016, p. 210). The fact that this argument falls far short of the mark

is evident when one considers that there is, of course, no such thing as a perfect CMS that can be guaranteed to detect all legal violations with absolute certainty. Nevertheless, the implementation of a corporate compliance program itself already signals the law-abiding position of a company towards the public, the government and towards regulatory authorities. Evidently, the liability of a company that has made honest efforts to avoid antitrust violations should be considered as being less than the liability of a company that has not taken any action at all. This applies at the very least if the violation does not originate from the top management of the company (Kersting, 2017). Held against this is the fact that in the overwhelming majority of cases in practice, such misconduct would typically be committed by the top management of a company. An installed CMS which addresses all levels of employees of the company, would therefore be redundant. Moreover, a grant of immunity or reduced sanctions for whistleblowers would already constitute a comprehensive reward for successful compliance (The German Federal Cartel Office, 2020, p. 14). But especially in this case, the implementation of a CMS, which in itself already carries an inherent deterrent effect, can at least build up the appropriate pressure on the company's top management to behave in a compliant manner, and can thereby proactively and preventively avoid violations of the law (Eufinger, 2016, p. 210). Moreover, even a partial prevention of unlawful conduct at lower levels of an organization can be considered as being positive - at least from the perspective of lawfulness. Additionally, when it comes to determining the assessment of a fine, all factually relevant aspects should be taken into consideration in the discretionary decision of an authority as a matter of principle. This also applies in particular to measures intended to prevent legal violations in companies, i.e., compliance measures (Roxin, 2018, p. 348).

Critics of the "Compliance defense" further bring up that in cases of antitrust misconduct, settlement negotiations between the respective company and authorities are generally only conducted after the conclusion of the proceedings to fine the company. In this case, an installed CMS could be taken into account in the event of a subsequent claim for damages, but not during the proceedings to impose the fines themselves. While this may still be the rule in practice at present, this could change in the future as more compliance efforts are rewarded when fines are assessed (Stammwitz, 2021).

It is further criticized that, although there are objectively internationally agreed standards (see II.), the assessment of a CMS is subject to the subjective perception of the respective authority or court. Whether from their point of view the "Compliance Defense" is eventually classified as efficiently functional or not, would therefore be a question of individual evaluation, which is accompanied by uncertainties on the part of the company (Reimers & Hainz, 2016, p. 190). Also this argument is inconclusive. First of all, more and more national jurisdictions and competition authorities are increasingly issuing detailed national guidelines, which distinguish a compliance system. Secondly, companies - as well as private individuals - are frequently "at the mercy" of judicial discretion. In this context, one must trust in the accuracy of the rule of law.

Finally, the introduction of a CMS could also raise a resource question for companies (Reimers & Hainz, 2016, p. 190). Internal courses, continuous training programs, audits, external specialists, supervisions, etc. represent a cost factor which should not be underestimated. This particularly pertains to SMEs, which do not have the same financial flexibility as large corporations. There would be a risk that large companies that could afford a better and more efficient CMS would be privileged, which could lead to distortions of competition, which is precisely what should be prevented (Wessing, 2018). However, this risk could already be mitigated before a CMS is installed. For example, SMEs could be provided with subsidies that are in line with competition. Additionally, the authorities might set a lighter CMS standard for SMEs than for large companies. Factors such as the nature, size and structure of a company, as well as the risk of an antitrust violation, could be considered. Nonetheless, a CMS would need to be sufficiently adequate and impactful, and would have to tend to reduce the risk of misconduct (Ritcher, 2021). But even if SMEs in particular also have to bear considerable costs due to the implementation of a "Code of Conduct", the measures often turn out to be economically advantageous for companies in the end. An international study has indicated that the costs associated

with compliance violations are more than twice as high as the investments that are made by companies to comply with compliance measures (Becka, 2018, p. 2). This fact alone indicates how high the cost-benefit factor of CMSs should be considered to represent.

V. PRE-EXISTING OR SUBSEQUENT “COMPLIANCE DEFENSE”?

After doctrine and research have been demanding for quite some time that compliance efforts should be taken into consideration in a fine-reducing context, practice now seems to increasingly evaluate this topic in the same way (Eufinger, 2016, p. 209). However, especially in the practical context, it is still partially argued that a fine-reducing effect should be taken into account exclusively in respect of post-offense behavior. The biggest proponent of this view is probably the European Commission, which relies on the argument of the non-functioning CMS which failed to prevent the misconduct (The German Federal Cartel Office, 2020, p. 14). In addition, it is added, that a corporate compliance program which has already been installed would likewise not guarantee long-term compliance (Eufinger, 2016, p. 210). Admittedly, this is to be agreed to the extent that there is precisely no guarantee that misconduct will be prevented. However, if this idea is taken further, even a CMS which is subsequently installed is no guarantee of flawless behavior in the future. The European Court of Justice goes even further in part, and attributes adverse effect to previously installed and unsuccessful codes of conduct. On the one hand, a non-functioning code of conduct of a subsidiary within a group entity can also be held against the parent company.⁹ On the other hand, this is due to the fact that a CMS could even make it more difficult to uncover the infringements at issue:¹⁰ Employees could use the know-how they have acquired in internal compliance training courses to circumvent the CMS in the best possible way.

However, this view fails to take into account that the assessment of fines under antitrust law also pursues specific preventive purposes. Consequently, pre-existing codes of conduct would also have to be considered in terms of fine assessments (Eufinger, 2016, p. 210). If solely CMSs that were installed after a law violation were to be taken into account, this would also result in unequal treatment of companies. Not only would an effort to show law-abiding behavior not be honored, but it would also actually be competitively detrimental to the company. This would unfairly impede free competition and thus run contrary to the very objective which competition law is intended to protect.

VI. “COMPLIANCE DEFENSE” IN OTHER COUNTRIES

An international comparison of countries shows that more and more states are rewarding efficient compliance measures in cases where misconduct occurs in companies (Roxin, 2018, p. 348). Examples include the Canadian Competition Bureau and their Bulletin – “Corporate Compliance Programs” (2010, updated 2015), the French Competition Authority (Autorité de la concurrence) and their framework document “Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence” (2012) or the Brazilian Authority (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) and their “Guidelines for Compliance Programs” (2016). Additionally, the USA, Germany and Spain are discussed in more detail in the following section.

1. USA

As early as 1991 the United States Sentencing Commission implemented a fine reduction in case of effective compliance programs with their “Federal Sentencing Guidelines for Organizations”. A reduction could amount up to 95 percent if (i) no top-level employee was involved in the illegal action the fine was set for and (ii) the conduct in question was reported in a timely manner. Furthermore,

9 Schindler Holding Ltd / European Commission (2013) Case no. C-501/11 P. European Court Reports, pp. 113 et seq.

10 Ibid, p. 142.

seven criteria for effective compliance programs were established. These included diligence in delegation of discretionary authority, supervision of the implementation and application of the program by executives, implementation of specified systems referred to *inter alia* nowadays as being whistleblowing-systems which were then described as being “systems for monitoring, auditing and reporting suspected wrongdoing without fear of reprisal” (Desio, n.d.), and measures to avert further incidences such as the one being penalized from happening in the future, as well as reactions should the incidence occur again (Desio, n.d.). The guidelines applied to both already existing CMSs and those installed subsequently (Eufinger, 2016, p. 211). These guidelines were tightened in 2004 as a reaction to scandals in the United States (Hopson & Koehler, 2008, p. 208). In antitrust practice, however, this option was not used for a long time (Eufinger, 2016, p. 211).

This changed significantly with the antitrust proceedings of the US Department of Justice (“**DOJ**”) against the automotive parts supplier Kaya Industry Co. Ltd. (“**KYB**”) and its subsidiaries in the U.S. (The United States Department of Justice, 2015) In the period between 1990 and 2012, collusive agreements between parent and subsidiary companies resulted primarily in price fixing, bid-rigging and market allocations - forms of classic hardcore restrictions. The monetary penalty was expected to range between USD 103 million and USD 207 million. However, as KYB had already agreed to introduce an internal compliance program immediately after the proceedings were initiated, the fine was set by the DOJ at “only” USD 62 million (Eufinger, 2016, p. 211).

This change in practice with respect to rewarding corporate compliance efforts has been further endorsed by the DOJ in the recent past (Ritz & Weber, 2021, p. 21). Thus, with the “Evaluation of Corporate Compliance Programs” the prosecutors were given a manual at hand in which once again the importance of compliance efforts for prosecutors is emphasized, both in the pre-crime as well as in the post-crime context:

This document is meant to assist prosecutors in making informed decisions as to whether, and to what extent, the corporation’s compliance program was effective at the time of the offense, and is effective at the time of a charging decision or resolution, for purposes of determining the appropriate (1) form of any resolution or prosecution; (2) monetary penalty, if any; and (3) compliance obligations contained in any corporate criminal resolution (e.g., monitorship or reporting obligations). (U.S. Department of Justice Criminal Division, 2020, p. 1)

It can be assumed that the DOJ thereby explicitly wants to signal that CMSs should be honored and taken into account to a greater extent in the future.

2. Germany

a. Compliance Guidelines

In 2016 the German Institute for Compliance published a guideline “Antifraud Compliance – Key Aspects of Effective Compliance Programs (Part 1)” (in short referred to as DICO-Guidelines as DICO is the German abbreviation for the Deutsches Institut für Compliance). The guidelines were established with the support of the German Association for Materials Management, Purchasing and Logistics. The aim of the guideline is to minimize uncertainties regarding the content and extent of compliance programs and support the members of the Institute as well as third parties in the introduction, improvement and assessment of their own CMS and control of the effectiveness of their suppliers’ CMS. Interestingly the Institute’s goal was to influence the discussion about fine reduction because of appropriate compliance programs under antitrust law (DICO, 2016, p. 4).

As for the field of application, the guidelines also aim to be applicable for small and medium enterprises (SME) without creating unproportionate costs (DICO, 2016, p. 6). Nevertheless, the size of an organization should be taken into account when implementing a CMS. The size is, however, not the

only determining factor. The risk aversion and risk situation should also be taken into account when a CMS is introduced and/or revised (DICO, 2016, p. 6).

It has to be noted that the guideline was not revolutionary in the sense that it only contains new ideas and suggestions. The guideline used certain already published standards and guidelines, including the International Commerce Chambers Toolkit and the Guideline ISO 19600 as a form of inspiration (Reimers & Hainz, 2016, p. 191).

However, the guideline does include interesting aspects of Compliance Management Systems. It is mainly composed of five key aspects: management culture, responsibility and organization, risk analysis, internal policies and internal training courses. To the authors of the guidelines, it is irrelevant if the antifraud compliance program is part of an overall compliance program of a company or not. Rather from the authors viewpoint, it is significant that the five key aspects exist (Deutsches Institut für Compliance [DICO], 2016, p. 6).

In the key aspect of management culture, it is suggested to have a declaration concerning absolute adherence to the law and especially to refraining from forming what is referred to in the guidelines as "hard-core" (DICO, 2016, p. 6) cartels. The guidelines propose a clear communication of the adherence to the law, but do not recommend a specific form for this communication. The statement could for example be presented in the organizations intranet and/or in their own guidelines and/or policies and be repeated and/or revised at regular intervals (DICO, 2016, p. 6)¹¹. This statement should be distributed in the whole organization in an appropriate manner and be adhered to in daily business endeavors. In order for the CMS to be effective, the management of an organization has to regularly update their legal knowledge, especially its knowledge of antitrust law. This aim can be achieved by the regular attendance of internal (or external) trainings. Furthermore, an organization should provide enough resources, especially in personnel and monetary form, and be willing to terminate contracts with non-compliant personnel (DICO, 2016, p. 7).

In the second key aspect named, responsibility and organization, it is suggested that the legal department of an organization is responsible for compliance and subsequent measurements. If an organization does not have a legal department, the organizations management is best suited to carry out compliance tasks. In any case, a contact person for antitrust measures should be provided in order to enable the employees to seek guidance in antitrust-related business proceedings. The contact can be internal or external (for example an external lawyer). It is of importance that all employees are aware of the contact and given the possibility to seek advice from it at any time. For larger corporations the implementation of a whistleblowing-hotline is (strongly) recommended. This facilitates the report of (possible) antitrust violations and ensures the CMS' effectiveness (DICO, 2016, p. 7).

The third key aspect is risk analysis. The guidelines recommend regular risk analysis, which should be conducted in the whole corporation. The analysis should consist of an analysis of business activities and their regulatory and economy environment. The results of the analysis have to function as a basis for the CMS and further measurements such as trainings (DICO, 2016, p. 8). Interestingly enough the guidelines don't go into depth about the execution of a risk analysis. Furthermore, this key aspect is only covered in half a page in a rather superficial manner, whilst all other key aspects are discussed in a page or more, in a more detailed fashion. Considering that the risk analysis should function as a guideline and basis for the CMS, this seems astonishing. Especially for SMEs, information and tips about the execution of a risk analysis would be helpful and would assist them immensely in the set-up of their CMS.

The fourth key aspect containing tips about internal policies and/or rule books suggests implementing short and clear explanations about antitrust law. The forbidden behavior as well as the accompanying

¹¹ The Guidelines recommend an update every two years.

sanctions, are to be included in the policy or rule book. It is suggested to include 'Do's and Don'ts' - as they allow employees to gather the most relevant actions derived from antitrust law in a timely manner. The policies and/or rule book should be written and include a declaration from the management to comply with antitrust law. It should also be taken into consideration to provide the rule book and/or policies in a language understandable for all employees, such as English. If possible, the document(s) should also be translated into the national language of each subsidiary of the corporation. For new employees, the rule book and/or policies should be included in the documents received when entering the organization (often also referred to as a 'starter-package'). The fourth key aspect is concluded by referring to the rule book of DICO and suggesting to the reader a download of it (DICO, 2016, p. 8).

Most extensively covered in the DICO-Guidelines are the training sessions provided, as the fifth and last key aspect. The trainings should act as a tool for sensitization for employees and provide them with the opportunity to ask questions and gain insights into lawful conduct in daily business endeavors. Almost all other key aspects could be communicated in this format. The guidelines recommend that at least everybody who has a connection to antitrust law, as well as the management of the company, should participate in the trainings. However, this recommendation is relativized in the subsequent paragraph, in which the guidelines state that it is possible for SMEs for only one person (belonging to the management) to take part in the trainings and afterwards spread his newly gained knowledge within the company. The trainings should be held by antitrust experts, whereas the DICO plans to hold its own meetings for its members and interested third parties. As for the frequency, it is recommended to hold the trainings at least every two to three years. Especially important seems to be the notion that the trainings need to focus on the specific business areas of the organization, as it is only possible to fulfill the aim of the trainings if the lessons are directly applicable into the daily business endeavors of the organization. Specifically, instructions about exchange of information as well as sales restrictions should be addressed, as these topics gain in importance especially in relation to the amount and height of fines that have lately been handed out. The final remark of the guidelines that interactive elements encourage the learnings from the trainings, is an especially significant one, as it assists the participants in learning more effectively (DICO, 2016, pp. 9 et seq.).

The guideline ends by reminding its readers to apply the key aspects in relation to the individualistic characteristics of their organizations (DICO, 2016, p. 10).

Having only 12 pages, the guidelines are kept short and quite applicable to daily business. They seem to achieve their purpose by functioning as guiding principles for the establishment of a CMS. As for the revision or adjustment of CMSs, further information could prove useful for the DICO members and interested third parties, especially for SMEs. However, the second part of those guidelines which were already announced, could fulfill that second aspect (DICO, 2016, p. 10).

b. Judicial Assessment

For a long time, the German Federal Cartel Office (Bundeskartellamt, the **"BKartA"**) held the view that a company's compliance efforts could not and should not be taken into account at all, regarding appropriate fines (Eufinger, 2016, p. 210). The EU Commission serves as a model for this. The arguments are largely simplistic and monotonously repeated, that the primarily installed CMS was apparently not sufficient to prevent a violation of antitrust law. Moreover, that the granting of immunity to whistleblowers is to be regarded as a sufficient privilege. Accordingly, there is no room for a reduction of fines for the entire company. The BKartA now deviates from this position - at least for subsequently installed CMSs (The German Federal Cartel Office, 2020, p. 14). The German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, the **"BGH"**) has brought movement into the discussion of a reduction of fines based on compliance efforts of a company. Since its decision on the guarantor obligations of a compliance officer in companies in 2009¹², the BGH has not made any further

12 The German Federal Court of Justice. 5 StR 394/08. (2009). <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=48874&pos=0&anz=1>.

pronouncements on compliance issues. In 2017, parallel to the DOJ v. KYB case in the USA, a new leading decision was issued by the highest German civil court (Hastenrath, 2017, p. 325). The case concerned bribery and tax evasion in connection with exports by a German arms manufacturer to the Greek government. In its *obiter dictum*, the BGH stated that both an already existing and a subsequently installed CMS should be taken into account when assessing the fine (Kersting, 2017). Even if this decision was based on tax law, it can be assumed that the principles of the ruling can also be applied to antitrust law (Kersting, 2017). In line with this, the German legislator has also for the first time standardized “Compliance Defense” in antitrust fine proceedings with the 10th amendment to the Act against Restraints of Competition (“**GWB**”), which came into force at the beginning of 2021. In this context, Art. 81 Para. 1 Sentence 2 No. 4, No. 5 GWB states that compliance efforts must be taken into consideration both before and after a misconduct has occurred (Reimers & Hainz, 2016, p. 20).

3. Austria

Compliance has experienced a steady increase in significance in Austria in recent years. The Austrian legal system does not provide for a general obligation to establish a compliance organization within companies. However, the Austrian Corporate Law Amendment Act 2008 (“**URÄG**”) legally established the responsibility for reviewing the effectiveness of the risk management system, internal control systems and auditing systems, for listed companies. In addition, the Austrian Corporate Governance Code was expanded to include further compliance rules (Kofler-Senoner, 2016). When it comes to the question of whether the establishment of compliance management systems has the effect of exempting companies from liability, the case law of the European courts is cautious. The European Commission is not obliged to take CMS into account as a mitigating factor when assessing fines.¹³ In Austria, on the other hand, the Federal Competition Authority (“**BWB**”) has shown itself willing to consider CMS as a reason for mitigation in the so-called “settlement proceedings”, especially if it was introduced in connection with the voluntary cessation of the conduct in violation of antitrust law even before the preliminary investigation.¹⁴ The latest antitrust case in the Austrian construction industry also demonstrates the BWB’s inclination to honor the implementation of a CMS when imposing fines. The Austrian construction group Strabag implemented a certified CMS in conjunction with a novel monitoring system as part of the antitrust investigation into the “construction cartel” in order to prevent future violations of the ban on cartels. This behavior on the part of Strabag had a positive impact on the amount of the fine requested by the BWB (Bundeswettbewerbsbehörde, 2021). The Austrian Association Responsibility Act (“**VbVG**”) also provides for a managerial responsibility of the management board to implement appropriate compliance structures. According to this law, companies can be held responsible if their decision-makers commit criminal acts. Pursuant to Section 5 (3) no. 1 VbVG, the penalty is mitigated if the association has taken precautions within the company to prevent such acts prior to the act or has instructed employees to behave in a law-abiding manner. In addition, the provision provides for a further reason for mitigating the penalty in the context of compliance. If the association makes a significant contribution to establishing the truth after the act, for example by assisting in the investigation, the fine is to be reduced (Section 5 (3) no. 3 VbVG) (Roxin, 2018, 349).

4. Spain

a. Compliance Guidelines

In June 2020 the Spanish competition authority (“CNMC”) published a “Guide on Regulatory Compliance Programmes in Relation to Competition Law” (“The Compliance Guide”) (Prado, 2020). The Compliance Guide names the following criteria:

-
- 13 Dansk Rørindustri A/S ua/Kommission (2005) Case no. 189/02 P. European Court Reports, I, 05425; BASF and UCB/Kommission (2007) Case no. T-101/05 and T-111/05. European Court Reports, II-4949; Schindler Holding Ltd ua/Kommission (2011) Case no. T-138/07. European Court Reports, II-04819.
 - 14 Samsung Electronics Austria GmbH, RIS 24 Kt 35/15 (2015); Vöslauer Mineralwasser AG, RIS 25 Kt 76/14 (2015).

The first criterion is the involvement of the company's governing bodies and/or senior management. This is fulfilled when there is an incentive policy which rewards compliance (e.g. bonuses) and punishes non-compliance (e.g. salary cuts). In addition, top managers must clearly state that competition law is not only a legal obligation but a fundamental element of the company's culture (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC], 2020, pp. 8-9).

Effective Training is a second criterion, which is fulfilled when the company has a training program, ensuring that the employees receive training about competition law. The training must be adapted for each employee to their scope of activity and functions. Also expected is the scheduling of ad hoc training sessions when circumstances change (CNMC, 2020, p. 9).

To the Spanish authorities, independence and autonomy of the Compliance Officer is an important aspect of an effective CMS. This criterion includes granting the Compliance Officer the power to report conduct directly to the governing body. The Compliance Officer should also have the necessary human and financial resources depending on the size and characteristics of the company or organization (CNMC, 2020, p. 10).

Like many other authorities, the Spanish one likewise requires a risk identification and design of control mechanisms. The company must have a risk map identifying the business areas and employees that are at the highest risk of infringing competition law. The company must also name the likelihood and impact of such infringement. In addition, there must be a plan considering the procedures the company will follow in cases of an infringement (CNMC, 2020, p. 11).

The fifth criterion is the design of the internal procedures for lodging complaints and/or doubts. There must be an internal reporting channel to report potential infringements of competition law or doubts regarding the lawfulness of certain conduct. The channel must allow the adequate and prompt analysis of the risks and the protection of complainants (e.g. ensuring anonymity of the complainant) (CNMC, 2020, p. 10).

Lastly a clear and effective disciplinary system has to be designed.

The guidelines name the positive legal consequences which the observance of the Compliance Guide provides. A complete remission of the fine or at least a reduction in the level of fine that the company might face, is possible. It is also possible to avoid a ban from participating in future public tenders in the case of a bid-rigging infringement. The above-mentioned criteria will be assessed by the "CNMC" in order to obtain the positive legal consequences (CNMC, 2020, p. 8).

b) Judicial Assessment

In 2010, Spain introduced criminal liability for legal entities for the first time with Art. 31bis Código Penal. At the same time, the provision also stipulated that criminal authorities had to take into account compliance efforts by companies in order to mitigate criminal punishment. However, this only applied to those efforts undertaken after the commission of an offense (Roxin, 2018, p. 348). This opinion was also held by the Spanish Attorney General's Office. In doctrine, however, there was an increase in the number of voices that also wanted to honor preventive compliance measures. Accordingly, Art. 31bis of the Código Penal was revised in 2015. As a result, preventive systems are now also included in the assessment of penalties and fines (Tauschwitz & Tornero, 2016, pp. 18 et seq.). Far more astonishing, however, is the fact that if all of the newly stipulated statutory requirements of a CMS are met, it is even possible to enjoy the privilege of impunity (Pelz, 2021). After all, if certain requirements are met, a mitigation of the penalty is foreseen (Roxin, 2018, p. 348). Thus, Spain goes one step further than most other countries and allows companies to generate a penalty exclusion by installing an efficient CMS.

5. Switzerland

The Swiss Cartel Act ("**CartA**") was significantly reformed in 2004. In addition to the introduction of direct sanctions for companies under Art. 49a para. 1 CartA, Art. 49a para. 2 CartA represented one of the most significant innovations.¹⁵ According to this bonus provision, if the respective company "[...] assists in the discovery and elimination of the restraint of competition, a charge may be waived in whole or in part"¹⁶. Although the wording clearly indicates that "compliance defense" by companies in antitrust violations should be rewarded accordingly, however, Swiss antitrust practice often paints a different picture. Neither the Swiss Competition Commission ("**WEKO**"), nor the Swiss Federal Supreme Court, nor the Swiss Federal Administrative Court have so far taken compliance programs of companies into account in their investigations and decisions in order to reduce fines. It can be deduced from the above that very high requirements are placed on a CMS in Switzerland (Denoth & Kaufmann, 2021, pp. 375 et seq.). Not only are CMSs installed *ex post* not taken into account by the WEKO. Rather, their installation after a violation of antitrust law is taken for granted by the competition authorities.¹⁷ But even in the case of *ex ante* installed CMSs, high hurdles are imposed on companies: In a leading decision regarding territorial protection agreements in connection with oral and dental care products between Gaba International AG and its Austrian licensee, Gebro Pharma GmbH, both the Federal Administrative Court and the WEKO initially recognized the compliance system already installed *ex ante* by the fined Gaba International AG. Nevertheless, this was not taken into account to reduce the sanction. This was mainly justified by the fact that a functioning CMS should have detected a violation of the law at an early stage and remedied it accordingly. However, this had not happened in the present case.¹⁸

The WEKO requires, for the consideration of pre-existing CMSs in the case of legal violations, that companies have first issued corresponding internal directives. At the same time, their compliance must be rigorously monitored. In the event of violations, the perpetrators should be effectively sanctioned.¹⁹ It is also not sufficient for a "Code of Conduct" to be communicated exclusively verbally and for employees to be trusted to adhere to it accordingly. The CMS can only be effective if it is set out in writing and if guidelines are laid down in advance as to how to proceed in the event of suspected breaches of the law.²⁰ Finally, it is up to the respective party that refers to its CMS to prove that this CMS was suitable to prevent antitrust violations.²¹

Unfortunately, the WEKO does not define which criteria a CMS has to meet specifically so that it can actually be taken into account in order to reduce the fine (Denoth & Kaufmann, 2021, p. 374). For the sake of legal certainty and transparency, it would be desirable for the WEKO to draw up corresponding guidelines which could then be used as a basis for practice.

6. Brazil

In Brazil, Decree 8.420/2015 regulates CMSs. It is part of the Brazilian government's anti-corruption legislation, regulating the 2014 Clean Companies Act. The decree contains provisions on the

15 Tangmann C. & Zirlick B. BSK KG, ART. 49a, p. 1.

16 Article 49a para. 2 CartA.

17 WEKO. (2013). Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich. RPW 2013/2, p. 204, 319.

18 Gaba International AG/WEKO. B-506/2010. (2013). https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=19-12-2013-b-506-2010&sel_lang=de

19 WEKO. (2013). Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. RPW 2013/4, p. 628, N. 986.

20 WEKO. (2012). Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. RPW 2012/2, p. 403, N. 1077.

21 WEKO. (2010). Verfügung vom 02. November 2009 in Sachen Hors Liste Medikamente. RPW 2010/4, p. 698, N. 379.

implementation of compliance measures in companies. In particular, it establishes criteria under which the establishment of a CMS is a mitigating factor in imposing sanctions on offending companies. The decree also stipulates that compliance programs must be risk-based. The evaluation of such programs takes into account factors such as the size, industry and structure of the company, as well as its interaction with the authorities. According to the decree, the most important factors contributing to an effective compliance program include that the upper management should communicate a clear policy against corruption to employees by setting standards and codes of ethics and conduct. In addition, employees should receive regular training and channels for reporting irregularities should be established. Due diligence must be conducted for corporate and M&A transactions. Establishing internal controls and ensuring that books are accurate and complete are also parameters for evaluating the effectiveness of the compliance program.

Brazil published its own guidelines in Portuguese and English entitled "Guidelines – Competition Compliance Programs". These guidelines also include a general perspective on compliance explaining what the term means and what its benefits are. Similar to other guidelines the Brazilian Guidelines state that the commitment of the organization is essential for an effective CMS. Especially the management has to ensure that the CMS is more than just words on paper by clear and emphatic communication about the CMS and its importance, by provision of sufficient resources, by monitoring and by establishing clear goals for its control. Furthermore, employees should not just be measured by financial standards, but also by their lawful conduct (Administrative Council for Economic Defense [CADE], 2016, pp. 16 et seq.).

As for the oversight of the CMS, a person with a management role should be assigned. This person has to have a certain autonomy and independence in their decision-making process in order for the CMS to be effective, as only then can the responsible person take sufficient measures even if the management does not agree with them (CADE, 2016, pp. 18 et seq.).

Before establishing a CMS, the Brazilian Administrative Council for Economic Defense recommends conducting a risk analysis, which has to take into account the specific risk an organization is faced with. This guideline refers to the ICC for the definition of a risk analysis. However, the guideline points out that external assistance might in certain cases be beneficial, especially if an organization is conducting business in a high-risk environment. The conduct of daily business of the organization should be taken into account when assessing the risks it is currently and possibly facing. The Brazilian authority suggests interviewing employees, visiting factories, reviewing strategies and risks and conducting open communication, in order to assess the risk in the best possible manner (CADE, 2016, pp. 19 et seq.).

After assessing the risk, certain steps should be taken to mitigate it. These can include trainings, monitoring and documentation (CADE, 2016, pp. 21 et seq.). It is recommended that trainings are carried out by compliance experts and that employees are subject to an evaluation following the training, in order to establish its effectiveness. Although the Brazilian authority sees the advantages of both online and offline trainings, in the end it suggests offline trainings as they offer the possibility of interaction with the professional holding the classes. Furthermore, compliance policies should be communicated frequently, and all internal communication needs to be adapted to daily business endeavors. As for the monitoring, the Administrative Council for Economic Defense views certification as a tool to ensure that many employees have undergone compliance training. Monitoring should also involve evaluating the effectiveness and efficiency of a CMS by an auditor or market research. The establishment of a reporting hotline is the last monitoring task mentioned. The hotline could also allow for information by third parties. In any case, anonymity has to be secured and the information gathered through the hotline has to be clear. Sufficient resources need to be provided for the hotline so that all incoming complaints should be handled. Lastly, all compliance efforts as well as daily business endeavors have to be well-documented, to enable the organization to provide information at any time (CADE, 2016, pp. 21 et seq.).

Finally, the Brazilian authorities advise organizations to establish incentives and punishments for following or violating compliance policies. It is stressed that all employees must be subject to penalization. As for the evaluation of the right penalization factors, things such as the motives of the wrongdoer, his cooperation, his involvement in the antitrust violation and his participation in trainings, have to be taken into account (CADE, 2016, 27).

It is suggested that the CMS regularly be reviewed as changes in the economic and legal environment might occur. However, the Brazilian authority does not recommend a specific period after which a revision has to occur. Rather it is suggested to stay up to date on changes in regulations (CADE, 2016, 27).

VII. QUO VADIS “COMPLIANCE DEFENSE”?

In the future, various further changes in compliance defense practice are to be expected, since the risks to be prevented by effective compliance are also in a state of flux: First of all, there are new challenges in connection with the legal tech industry (Görtz, 2018, p. 92). In particular, the fast pace and complexity of this sector will present companies with challenges of effective implementation of CMS systems, and courts and authorities with their correct assessment.

In addition, the inconsistent evaluation of the compliance term in different industries can be problematic. For example, is tax compliance to be evaluated differently than product compliance? (Hager, 2020) If so, why and to what extent?

Also, more and more SMEs will start to implement CMSs in the future (Görtz, 2018, p. 92). This will significantly change the CMS landscape in terms of number, quantity and quality.

Furthermore, criminals will also adapt to already known prevention measures and find new ways and means to circumvent them (Görtz, 2018, p. 92).

Finally, the country-specific corruption risk must also be taken into account. Although companies in the respective country may currently still be relatively immune to criminal acts under competition or antitrust law, this can change within a very short period of time due to national or international uprisings and unrest, changes in political power or changes in the economic strength of a nation (Görtz, 2018, p. 92). Accordingly, higher demands would also have to be placed on efficient CMSs.

VIII. CONCLUSION

Whether “*Compliance Defense*” should be taken into account in reducing fines in the case of antitrust violations in companies or not, has been controversial for some time - and ultimately still is. Doctrine and research have long been in favor of doing so; practice is only gradually opening up to this possibility. Nevertheless, overall, a paradigm shift is clearly visible internationally: The DOJ in the U.S., for example, has clearly spoken out in favor of the fine-reducing character of CMSs after the proceedings against KYB. Similarly, in Germany, the BGH and now the BKartA too, also did so. Under Spanish law, a “*Compliance Defense*” for corporate offenses can - under certain circumstances - even constitute grounds for exclusion from punishment. The trend towards the acceptance of effective CMSs seems to be becoming more and more “*en vogue*” (Ritz & Weber, 2021, p. 21).

Only the European Commission and the European Court of Justice seem to see this differently - at least for the present.

Although there are valid arguments against the remuneration of CMSs in the reduction of fines in the context of antitrust violations, in the opinion of the authors, the more conclusive arguments indicate

that they should be taken into account - regardless of whether the CMS was installed in the company only after an offense or beforehand.

In order to be able to determine whether and when compliance measures are to be regarded as being 'effective', the guidelines of the Anglo-American world have largely prevailed internationally. However, recently many other jurisdictions such as Brazil, Spain and Germany have published their own guidelines on effective CMS. International organizations *inter alia* the ICC and the OECD Competition Committee provide suggestions for CMS as well. The common denominator of these guidelines is the responsibility held by the highest-ranking employees in an organization, a risk analysis and effective monitoring. Trainings are another frequent suggestion.

Constantly changing industries such as legal tech, as well as the change of CMSs in terms of number, quantity and quality, will pose new challenges to both authorities and companies. It remains to be seen where the journey will lead.

IX. BIBLIOGRAPHY

- Administrative Council For Economic Defense. (2016). *Guidelines Competition Compliance Programs*. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/compliance-guidelines-final-version.pdf>
- Becka, M. (2018). *Eine rechtliche Betrachtung effektiver unternehmerischer Compliance unter der besonderen Berücksichtigung des österreichischen Kartellrechts* [Thesis to obtain the degree of Doktor der Rechtswissenschaften]. Universität Wien.
- Birker, A-K. (2021, October 29). *Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen*. Haufe. https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html
- Bundeswettbewerbsbehörde. (2021, October 21). Entscheidung rechtskräftig: Geldbuße gegen STRABAG iHv EUR 45,37 Mio verhängt [press release]. <https://www.bwb.gv.at/news/detail/entscheidung-rechtskraeftig-geldbusse-gegen-strabag-ihv-eur-4537-mio-verhaengt>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC]. (2020, June 10). *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf
- Deister, J. & Geier, A. (2011). Der UK Bribery Act 2010 und seine Auswirkungen auf deutsche Unternehmen. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 1.
- Denoth S. & Kaufmann M. (2021). Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen bei Kartellrechtssanktionen. *sic!*.
- Desio, P. (n.d.). An Overview of Organizational Guidelines. Unites States Sentencing Commission. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf>
- Deutsches Institut für Compliance [DICO]. (2016). *Kartellrechtliche Compliance Teil 1: Eckpunkte für effective Compliance Programme*. (L06). https://www.bme.de/fileadmin/user_upload/L06_Kartellrecht_12S_2016_deutsche_Fassung.PDF
- Eufinger, A. (2016). Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Bußgeldbemessung – Vorbild USA?. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 5.

- Görtz, L. (2018). BGH: Implementierung und Optimierung eines Compliance-Management-Systems kann Geldbuße nach § 30 OWiG mindern. *WiJ*, 2, 88-93.
- Hager, N. (2020, August 11). Wann liegt eigentlich ein „effektives Compliance Management System“ vor?. *Datenschutz Notizen*. <https://www.datenschutz-notizen.de/wann-liegt-eigentlich-ein-effektives-compliance-management-system-vor-4926819/>
- Hastenrath, K. (2017). Das neue obiter dictum des BGH (Az: 1 StR 265/16): CMS im Unternehmen lohnt sich!. *Compliance Berater*, (9), 325-329.
- Hauschka, C.E.; Moosmayer, K. & Lösler, T. (2016). *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. C.H. BECK.
- Homann, M. (2021, June 11). ISO 37301 – Was gilt nach dem neuen CMS-Standard?. EQS Group. <https://www.eqs.com/de-ch/compliance-wissen/blog/iso-37301/>
- Hopson, M. D. & Koehler, K. (2008). Effektive ethische Compliance-Programme im Sinne der United States Federal Sentencing Guidelines. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 6.
- International Chamber of Commerce. (2013). *The ICC Antitrust Compliance Toolkit*. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>
- Kersting, C. (2017, August 29). *Compliancesysteme als mildernder Umstand? Neues vom BGH*. D’Kart. <https://www.d-kart.de/blog/2017/08/29/compliancesysteme-als-mildernder-umstand-neues-vom-bgh/>
- Kofler-Senoner, B. (Hrsg.) (2016). *Compliance-Management für Unternehmen*. Verlag Österreich.
- Krauskopf, P. L. & Babey, F. Effiziente Compliance gegen kartellrechtliche Bussgelder: Ein Kurz-Vademekum für Paralegals. *Paralegal*, 12(5), 124-127.
- Krauskopf, P. L. & Schraner, F. (2017). Kartellrechtliche Compliance: Praxistipps für Unternehmen und Manager. In *Schulthess Manager Handbuch 2017*, pp. 61-72. Schulthess Verlag.
- Ministry of Justice. (2010). *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*. <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>
- OECD. (2021). *Competition Compliance Programmes, OECD Competition Committee Discussion Paper*. <http://oe.cd/ccp>.
- Pelz, C. (2021, September 27). *Straffreiheit durch effektives Compliance-System*. Noerr. <https://www.noerr.com/de/newsroom/news/straffreiheit-durch-effektives-compliance-system>
- Prado, T. (2020, July 30). *Spanish authority publishes compliance guidance*. *Competition Law Newsletter Spain*. <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/competition-law-newsletter---july-2020/cn7---spanish-authority-publishes-compliance-guidance>
- Reimers T. & Hainz J. (2016). Die neue DICO-Richtlinie «Kartellrechtliche Compliance». *Corporate Compliance Zeitschrift*, 4.
- Ritcher, C. (2021, February 26). 10. GWB-Novelle: Compliance lohnt sich (jetzt noch mehr)!. Lutz | Abel. <https://www.lutzabel.com/news/20210226-10-gwb-novelle-compliance-lohnt-sich-jetzt-noch-mehr>

- Ritz C. & Weber H. (2021). 10. GWB-Novelle: Compliance-Defense im Gesetz verankert. *Der Betrieb*, 4, 20-21.
- Roxin, I. (2018). Compliance-Maßnahmen und Unternehmenssanktionierung de lege lata. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik [ZIS]*, 9, 341-349.
- Stammwitz, L. A. (2021, February 02). 10. GWB-Novelle: Compliance-Maßnahmen können Kartellbußgelder reduzieren. Pinsent Masons. <https://www.pinsentmasons.com/de-de/out-law/analyse/10gwb-novelle-compliance-massnahmen-kartellbussgelder>
- Steenkamp, B. & Pyreck, A. (2021, October 26). *How ISO 37301 will affect global compliance programs*. Ernest & Young. https://www.ey.com/en_pt/forensic-integrity-services/how-iso-37301-will-affect-global-compliance-programs
- Tauschwitz, M. & Tornero J. (2016). Die Kodifizierung von Compliance – Zur Strafbarkeit juristischer Personen in Spanien nach der Reform von Art. 31 Código Penal. *Corporate Compliance Zeitschrift*, 1.
- The German Federal Cartel Office. (2020). *Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle*. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Regierungsentwurf_GWB10.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- The United States Department of Justice. (2015, September 16). KYB Agrees to Plead Guilty and Pay \$62 Million Criminal Fine for Fixing Price of Shock Absorbers [Press Release N° 15-1127]. <https://www.justice.gov/opa/pr/kyb-agrees-plead-guilty-and-pay-62-million-criminal-fine-fixing-price-shock-absorbers>
- TÜV Media. (2021). Die ISO 37301:2021.
- U.S. Department of Justice Criminal Division. (2020). *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>
- Wessing, J. (2018, March 21). Überlegungen zur Bussgeldzumessung gegenüber KMU. D’Kart. <https://www.d-kart.de/blog/2018/03/21/ueberlegungen-zur-bussgeldzumessung-gegenueber-kmu/>
- Würz, K. (2021, April 29). ISO 37301: Zertifizierung von Compliance-Management-Systemen. Haufe. https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/iso-37301-als-compliance-standard_230130_513496.html

THE ANTITRUST LENIENCY PROGRAM AND ITS SPILLOVERS ON OTHER LENIENCY PROGRAMS IN BRAZIL

EL PROGRAMA DE CLEMENCIA ANTIMONOPOLIO Y SUS REPERCUSIONES EN OTROS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN BRASIL

AMANDA ATHAYDE¹
ISABELLA ACCIOLY¹

ABSTRACT

This paper aims to carry out a descriptive analysis of the Antitrust Leniency Program in Brazil, considered the precursor of other Leniency Programs in Brazilian legislation, such as the Anti-Corruption Leniency Program and the Leniency Program in the financial market. First, it is presented a brief historical review of the Program, followed by an explanation of the requirements for signing a Leniency Agreement in Brazil. Second, the paper details all phases of the negotiation process of an Antitrust Leniency Agreement. Finally, it will highlight some of the spillovers of its Program in other fields of Brazilian jurisdiction, with a brief comparison between the different Leniency Programs existent in Brazil in terms of Type of infraction; Competent institution; Legal bases; Infra-legal bases; Possible beneficiaries; Administrative benefits; Criminal benefits and Civil benefits.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo realizar un análisis descriptivo del Programa de Clemencia Antimonopolio en Brasil, considerado el precursor de otros Programas de Clemencia en la legislación brasileña, como el Programa de Clemencia Anticorrupción y el Programa de Clemencia en el mercado financiero. En primer lugar, se presenta una breve reseña histórica del Programa, seguida de una explicación de los requisitos para la firma de un acuerdo de clemencia en Brasil. En segundo lugar, el documento detalla todas las fases del proceso de negociación de un Acuerdo de Clemencia antimonopolio. Por último, se destacan algunos de los efectos de su Programa en otros ámbitos de la jurisdicción brasileña, con una breve comparación entre los diferentes Programas de Clemencia existentes en Brasil en términos de Tipo de infracción; Institución competente; Bases legales; Bases infra-legales; Posibles beneficiarios; Beneficios administrativos; Beneficios penales y Beneficios civiles.

-
- 1 Amanda Athayde is a Professor of Corporate Law, Trade and Competition Law at the University of Brasilia (UnB). She holds a PhD in Commercial Law from the São Paulo University (USP), a BA in Law from the Federal University of Minas Gerais (UFMG), a BA in Business Administration in the UNA Centre. She was an international student in the Université Paris I – Panthéon Sorbonne, and is the author of books, several papers and book chapters in the area. Amanda is a Federal Civil Servant, with additional experience in the Secretariat of Foreign Affairs of the Ministry of Economy in the negotiation of international cooperation and facilitation investment agreements. From 2013 to 2017, she was the Head of the Leniency Unit and Chief of Staff at CADE's General Superintendence, responsible for all the leniency negotiations regarding the cartel cases. In 2017, Amanda was nominated to join the Public Prosecution Office, as a legal advisor on the competition cases to be judged at CADE's Tribunal. In 2019, she became the Subsecretariat of Trade Remedies and Public Interest of the Secretariat of Foreign Affairs of the Ministry of Economy in Brazil. Pedro's and Lucas's mother. Co-founder of the network Women in Antitrust (WIA) Brazil.
- 2 Isabella Accioly holds a bachelor's degree in Law from University of Brasília. She is currently an advisor at Cade's General Superintendence Office.

KEYWORDS

Leniency Agreement | Cease and Desist Agreement | Cartel | Brazil

PALABRAS CLAVE

Acuerdo de Clemencia | Acuerdo de cese y desistimiento Cartel | Brasil

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 17 de setiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 21 de diciembre de 2021.

CONTENT

I. A brief overview; **II.** Cade's Leniency Program history and requirements for signing an agreement, **II.1.** Precedence, **II.2.** Termination of the practice, **II.3.** Lack of sufficient evidence against the proponent when asking for a marker, **II.4.** Confession, **II.5.** Cooperation with the investigation and throughout the process, **II.6.** Cooperation's results, **II.7.** Other specific requirements from other Leniency Programs in Brazil; **III.** Negotiation process of an Antitrust Leniency Agreement, **III.1.** Marker proposal and the waiting queue **III.2.** Information and documents submission, **III.3.** Signing of the Leniency Agreement, **III.4.** Making public (or not) the Leniency Agreement, **III.5.** Final declaration of compliance with the Leniency Agreement by Cade's Tribunal; **IV.** The success of Cade's Leniency Program on fighting cartels in Brazil and its spillovers on other leniency programs in Brazil such as the Anticorruption Leniency Program and the Leniency Program in the financial markets; References.

I. A BRIEF OVERVIEW

In Brazil, both the Antitrust Leniency Agreement and the Antitrust Cease and Desist Agreements "represent the main pillars of the public prosecution of cartels in Brazil" (Athayde & Fidelis, 2016).

The term "leniency" encompasses the notion of "tolerance" or "clemency". A "Leniency Agreement" consists of an agreement between the investigating public authority and a private agent, through which the authority grants immunity or a reduction of the penalty applicable to the agent, receiving, in exchange, evidence, material and procedural collaboration throughout the investigations. Hence, a "Leniency Program" consists of the legal framework that provides incentives by the investigating public authority to private agents that seek the negotiation of an agreement (Athayde, 2019).

In its turn, the Cease-and-Desist Agreements (TCCs in Brazilian acronym) differs from the Leniency Agreement since there is no mandatory obligation strengthen the ongoing investigations, but the agreement may be signed to bring the investigation to an end, as a non-prosecution agreement. In most of the cases, those Cease-and-Desist Agreements do not grant immunity, but only reduction of the penalties applicable to the private agent. And that difference in terms of benefits is intentional, since the incentives for the agents to cooperate with the authorities should decrease the longer it takes for the private agent to bring the information to the public authorities (Athayde, 2021).

In the antitrust context in Brazil, both Antitrust Leniency Agreement and the Antitrust Cease and Desist Agreements are managed by the Competition Watchdog, the Administrative Council of Economic Defense (CADE in Brazilian acronym).

Both instruments have their own requirements, are negotiated at specific times and stages of the investigation, and result in different benefits to individuals and/or legal entities that collaborate in the field of competition law (Athayde & Roriz, in press). Having that in mind, and aware that both instruments needed better understanding, Cade published its Guidelines on the Leniency Program

and on the Cease-and-Desist Policy involving cartels persecution, seeking to make its policies and practices more transparent and predictable³.

Taking all that into consideration, the present paper aims to describe the Brazilian Antitrust Leniency Program, observing its possible positive spillovers on other fields and how it overcomes the impacts on the competition area. That point is relevant since Brazil has new leniency agreements tools in the Anticorruption field (Law 12.846/2013 and Law 12.850/2013) and in the Financial markets (Law 13.506/2017).

To achieve such goals, the paper will firstly present the Antitrust Leniency Program legislative history and its requirements (II). Secondly, the phases for entering into Antitrust Leniency Agreement with CADE (III). Finally, it will be possible to point out some thoughts about the existence (or not) of positive spillovers on other fields with the leniency agreements tools, such as in the anticorruption and financial markets fields. For that purpose, a brief comparison will be made between the different Leniency Programs in Brazil by Type of infraction; Competent institution; Legal bases; Infralegal bases; Possible beneficiaries; Administrative benefits; Criminal benefits and Civil benefits (IV).

II. CADE'S LENIENCY PROGRAM HISTORY AND REQUIREMENTS FOR SIGNING AN AGREEMENT

Cade's Leniency Program was introduced by Law n. 10.149/2000, which amended Law n. 8.884/94, with the objective of strengthening the activity of repression of violations of the economic order of the Brazilian System for the Defense of Competition (SBDC). It was the first legislation to bring this type of agreement to Brazil, which currently finds its bases in arts. 86 and 87 of Law n. 12.529/2011.

The basic premise of the Leniency Program is that the undertaking of the Leniency Agreement confess and collaborate with the investigations, bringing information and documents that allow the authority to identify the other co-authors and prove the violation reported or under investigation⁴.

In general, Leniency Agreements are signed in cartel cases, i.e., when competing companies coordinate and agree for the purpose of, or with the potential to produce the following effects, even if not achieved: (i) limiting, falsifying, or otherwise hindering free competition or free enterprise; (ii) dominating a relevant market for goods or services; (iii) arbitrarily increasing profits; and (iv) exercising a dominant position abusively (article 36, introductory paragraph, I to IV, of Law n. 12.529/2011). For Brazilian's competition authority, the Antitrust Leniency Agreements represent one of the main pillars of the public prosecution of cartels (Athayde & Fidelis, 2016).

The prosecution of cartels in Brazil is carried out at three levels: administrative, criminal and civil. The benefits of entering into an Antitrust Leniency Agreement can be enjoyed both in the administrative and criminal spheres, as stated in art. 86, paragraph 4, combined with art. 87 in the Law n. 12.529/2011. In the administrative sphere, as long as the requirements mentioned above are accomplished, the leniency applicant will avoid administrative fines (if Cade's General Superintendence does not have prior knowledge of the reported violation) or a reduction by one to two-thirds of the applicable administrative fines (if the SG-Cade already has prior knowledge).

3 See Cade's Antitrust Leniency Program Guidelines. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-2020.pdf>; Cade's TCC Guidelines. Available at: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines_tcc-1.pdf.

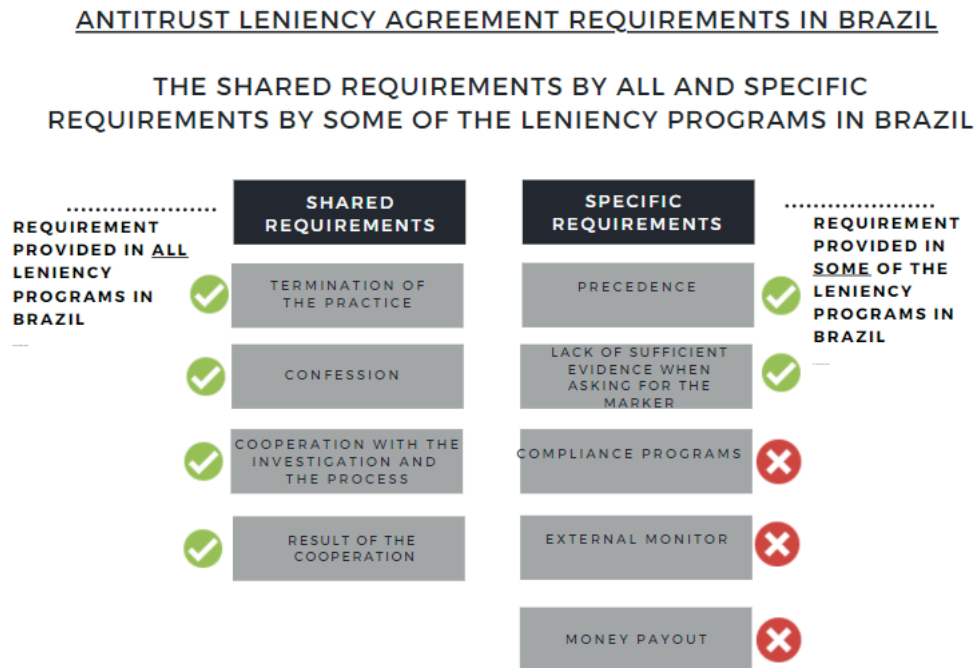
4 For more information about the characteristics of an efficient and effective Leniency Program, see: International Competition Network [ICN]. (2017) Checklist for efficient and effective leniency programmes. Available at: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>

In the criminal sphere, the celebration of a Leniency Agreement will suspend the limitation period and grant protection from criminal conviction and prison terms with respect to the antitrust offenses set forth in the Economic Crimes Act (Law n. 8.137/1990) and other crimes directly related to participation in a cartel, such as those set forth in Law n. 8.666/1993 and in article 288 of the Criminal Code (criminal conspiracy) (CADE, 2020).

Both benefits, in the administrative and in the criminal sphere, are definitively granted upon declaration of fulfillment of the Leniency Agreement by the plenary session of Cade's Tribunal, when the administrative proceeding is finally decided (art. 86, §4, of Law n. 12.529/2011) (Athayde & Fidelis, 2016). On the other hand, there's no benefit granted for the leniency applicant in the civil sphere, which may be held jointly liable for civil damages resulting from the overcharge caused by the cartel (art. 927 of the Civil Code).

The requirements for signing a Leniency Agreement in Cade are listed in art. 86 of Law n. 12.529/2011, and art. 197, of Cade's Bylaws (RICade), according to which it is necessary: (i) "precedence" – the company must be the first to qualify with respect to the violation reported or under investigation (2.1); (ii) "termination of the practice" – the company and/or individual ceases to participate in the reported or under investigation violation (2.2); (iii) "at the time of filing, there must not exist enough evidence against the proponent" – at the time of filing the agreement, the General Superintendence must not have sufficient evidence to ensure the conviction of the company and/or the individual (2.3); (iv) "confession" – the company and/or individual confesses their participation in the conduct (2.4); (v) "cooperation with the investigation and throughout the entire process" – the company and/or individual cooperates fully and permanently with the investigation and the Administrative Proceeding, appearing, at its own expense, whenever requested, in all procedural acts, until Cade's final decision about the reported infraction (2.5); and (vi) "cooperation's results" – the cooperation of the company and/or individual must result in the identification of the others evolved in the violation and also in information and documents that prove the violation reported or under investigation (2.6) (Athayde & Roriz, in press). When comparing the requirements to sign a leniency agreement in Brazil with the other provisions provided by the anticorruption field (Law 12.846/2013 and Law 12.850/2013) and in the financial markets (Law 13.506/2017), as well as in the soft law, it is possible to differentiate the requirements that are shared by all leniency programs in Brazil from the requirements that are specific by some legislations (2.7). The Antitrust Leniency Agreement requirements in Brazil may be provided as following:

Image 1 – ANTITRUST LENIENCY AGREEMENT REQUIREMENTS IN BRAZIL - THE SHARED REQUIREMENTS BY ALL AND SPECIFIC REQUIREMENTS BY SOME OF THE LENIENCY PROGRAMS IN BRAZIL



Source: Athayde (2021). Translated to english.

II.1. Precedence

The precedence requirement means that Cade only grants one Leniency Agreement (immunity) per conspiracy – not per market/product. In that sense, only the first company to seek the antitrust authority about a conduct and qualify as an undertaking will be able to receive the benefits. For all the latecomers who want to collaborate, there's the possibility to propose a Cease-and-Desist Agreement (TCC) to Cade, which benefits are significantly lower. As stated by OECD (2001), it is important for the effectiveness of the Leniency Program that the first one the confess receives the “best deal”, which provides incentives for companies to be the first and, consequently, greater instability for cartels.

It is possible that companies from the same economic group are undertakings of the leniency agreement⁵. Likewise, the benefits of the agreement can be extended to its directors, managers and employees (current or past), provided that they cooperate with the investigations and sign the instrument together with the proposing company⁶. But in the event that the proponent of the Leniency Agreement is only an individual(s) and the agreement is made without the participation of the company, its benefits will not extend to the company to which the employee is or was linked⁷. This non-automatic extension of benefits is to increase the instability of the cartel, so that all participants involved, whether they are companies or individuals, still have a strong incentive to report the anticompetitive practice to Cade as soon as possible (CADE, 2020). This is a requirement provided for in only some of the existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

5 Art. 86, §6º, of Law n. 12.529/2011, and art. 197, §1º, of RICade.

6 Art. 197, §1º and § 2º, of RICade.

7 Art. 197, § 3º, of RICade.

II.2. Termination of the practice

The requirement that the company and/or individual ceases to participate in the reported or under investigation violation is required from the moment of the proposal of agreement to Cade's General Superintendence (SG/Cade). That is, from the moment the proponent begins to negotiate with the antitrust authority, it will be no longer able to participate in the collusive agreement, under penalty of non-compliance with one of the requirements provided for in Law n. 12.529/2011. This is a requirement provided for in all existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

II.3. Lack of sufficient evidence against the proponent when asking for a marker

The requirement that, at the time the agreement is proposed, the SG/Cade must not have sufficient evidence to ensure the conviction of the company and/or the individual, is an "internal obligation" for the SG/Cade to analyze its evidentiary framework, at the time of filing the Antitrust Leniency Agreement, in order to assess the availability or not of the "marker" to start the negotiation.

It means that, if there's already an Administrative Proceeding⁸ filed at SG/Cade, it is no longer possible to sign a Leniency Agreement with companies and/or individuals, as it has already been considered that there is strong evidence against those represented.

On the other hand, if there is an Administrative Inquiry⁹, it is necessary to analyze the evidence contained in the specific records, to verify its robustness and, therefore, whether there is "sufficient evidence" to ensure the proponent's conviction. The discussion in the Administrative Inquiry involves an analysis of whether there is the possibility of starting the negotiation of a "Partial Leniency Agreement" with the proponent, which can be done in the case of an Administrative Inquiry in an initial or even an intermediate phase, when, despite having "prior knowledge" of the conduct, Cade still doesn't have sufficient evidence to ensure the Proponent's conviction.

Finally, if there is a Preparatory Procedure, it is necessary to assess whether there is effective "prior knowledge" of the infringement, since, according to RICade, its establishment aims to determine whether the conduct under analysis is a matter of jurisdiction of the Brazilian Competition Defense System ("SBDC" in brazilian acronym). If the Preparatory Procedure already has relevant information about the anti-competitive conduct and if Cade's competence is verified, there is no requirement for a Total Leniency Agreement, it might only be the case of a Partial Leniency Agreement. But if the Preparatory Procedure only contains representations made through the "Denunciation Channel"¹⁰, news in the media or information about the existence of an investigation in another Public Administration body not yet investigated by Cade and lacking sufficient evidence to establish an administrative proceeding, it might be the case of a Total Leniency Agreement. This is a requirement provided for only in some of the existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

8 Art. 145 of RICade: "The administrative proceeding for the imposition of administrative sanctions for infractions to the economic order shall be instituted by the General Superintendent, guaranteeing to the accused the adversary proceeding and full defense".

9 Art. 140 of RICade: "The administrative inquiry, an investigative procedure of an inquisitorial nature, will be instituted by the General Superintendence to investigate violations of the economic order, when the evidence is not sufficient for the initiation of an administrative proceeding".

10 The "Denunciation Channel" is an online tool available to any citizen who wants to file a complaint to Cade. Through this online channel, it is possible to report anticompetitive practices such as cartel, tie-in sales of products and services, creation of difficulties for the operation of competing companies, among others. Transactions not notified to the autarchy may also be reported, possible breaches of Agreements on Concentration Control signed in acts already authorized by Cade and other types of complaint related to transactions approved by the antitrust authority.

II.4. Confession

Regarding the requirement for the company and/or individual to confess its participation in the conduct, the confession is formally registered when written down in the Leniency Agreement, which contains an express clause referring to the confession of participation of the company and/or natural person in the collective anti-competitive conduct denounced. The Leniency Agreement model was modified in 2020 by the SG/Cade, and the specific confession clause was modified to become leaner, without the previously existing mention that the undertaking declared to be unaware of other anti-competitive practices in addition to those described in the Conduct History of that agreement (Athayde & Roriz, in press). This is a different condition from that required for the conclusion of a TCC, in relation to which only the “recognition of participation in the conduct” is required. This is a requirement provided for in all existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

II.5. Cooperation with the investigation and throughout the process

The requirement of full and permanent cooperation with the investigation and Administrative Proceeding is an important obligation imposed on the undertakings. In that sense, it is not enough that the proponents collaborate at the beginning of the investigation, presenting information and documents, and that, after signing the agreement, they let the antitrust authority carry out all the procedures without any cooperation. It is, therefore, cooperation as an obligation of means.

Cade considers all the efforts made by the undertakings throughout the investigation. An example of cooperation is not only material collaboration, with the presentation of information and documents, but also procedural collaboration (Athayde & Fernandes, 2016), for example, through the presentation of sworn translation of documents, which proved to be very important in the context of Administrative Proceedings in international cartels (Athayde, 2019).

According to an Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) report, the level of cooperation required by Cade is generally greater than those required in the American and European jurisdictions, and the agreements signed may be perceived as too onerous. However, according to the organization, with the increasing number of cases deriving from Leniency Agreements, and with the confirmation of the Leniency Program by the Brazilian courts, this characteristic tends to change in the future¹¹. Attention must be paid, therefore, so that the Antitrust Leniency Program finds the right measure between the requirement of full and permanent cooperation, which brings real benefits to the investigation and the Administrative Proceeding, without, however, taking the pendulum too far to the point of discouraging companies and individuals to seek authority. This concern is especially relevant regarding smaller cartels, involving medium and small companies, in states and/or municipalities (Athayde & Roriz, in press). This is a requirement provided for in all existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

II.6. Cooperation's results

This requirement refers to an obligation imposed to the undertakings within the limits of their knowledge, establishing cooperation as an obligation of result. It is, therefore, the requirement that the cooperation of the company and/or natural person results in the identification of others involved in the infringement and in obtaining information and documents that prove the infringement reported or under investigation.

At this point, it is analyzed whether it was from the signing of the Leniency Agreement that it was possible to carry out a “search and seizure action”, for example, or whether it was through the agreement that

11 For more information, see: OECD. OECD peer reviews of competition law and policy: Brazil. 2019. Available at: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm

important information and documents about the conduct were obtained. Therefore, it is understood that the fulfillment of such requirement must be analyzed by Cade's Tribunal when the Administrative Proceeding is being judged, at which time it confirms (or not) the benefits to the undertakings and declares the compliance (or non-compliance) with the agreement. SG/Cade, then, can only carry out a prospective analysis of the information and documents presented by the proponent of the agreement and of what are the perspectives regarding the investigation.

It is certain that, the more robust the evidentiary arsenal brought by the proponents is, the greater the chances that SG/Cade understands that this requirement will be fulfilled and, therefore, understands the possibility of signing the Leniency Agreement.

It is worth noting that a possible decision by Cade's Tribunal for filing an Administrative Proceeding initiated by a Leniency Agreement due to insufficient evidence does not necessarily mean non-compliance with the cooperation requirement by the undertakings. In this sense, a discussion held by the Administrative Tribunal at the end of 2017 is mentioned¹², when the filing of two investigations initiated from a Leniency Agreement in the auto parts market was decided by the Counselors, but the benefits of the Leniency Agreement were confirmed, resulting in the extinction of possible punishment of the undertakings. This is a requirement provided for in all existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021).

II.7. Other specific requirements

There are some requirements provided for in only some of the existing Leniency Programs in Brazil (Athayde, 2021), such as the existence or the implementation of a compliance program (i), the subordination to a external monitor after the Leniency Agreement (ii); and the money payout (iii).

The adoption of a compliance program (i) is not mandatory in the Antitrust Leniency Program, but only by those agreements regarding anticorruption signed by the General Controller (CGU in Brazilian acronym) or the Public Prosecution Office (MP in Brazilian acronym). In short, the Compliance Program is seen as a tool that promotes measures aimed at preventing or curbing illegal practices inside the company. It is a way of transferring to the companies part of their responsibility in controlling the practice of infractions before the Public Administration.

In addition, an external monitor (ii) may be required only when entering into a leniency agreement with the Public Prosecution Office in Brazil, as a way to monitor and ensure compliance with the best practices and other established requirements.

Finally, the money payout (iii) may be either as a fine or as a compensation for damages, and it is a very common requirement in leniency programs, although not mandatory in all Leniency Programs. It is not a requirement provided in the Antitrust Leniency Program, but only by those agreements regarding anticorruption signed by the General Controller (CGU in Brazilian acronym) or the Public Prosecution Office (MP in Brazilian acronym). The requirement of anticipating the value of damages, however, does not mean to exclude or completely rule out any future actions of other co-legitimates in the search for full compensation for damages, when applicable.

III. NEGOTIATION PROCESS OF AN ANTITRUST LENIENCY AGREEMENT

The negotiation of an Antitrust Leniency Agreement is carried out in five phases: (i) phase of the Leniency Agreement proposal and the granting of a password ("marker") or waiting queue (3.1);

12 CADE. Administrative Inquiry n. 08700.010322/2012-23. Reporting Counselor: João Paulo de Resende. Judged in Dec. 2017; CADE. Administrative Inquiry n.08700.010319/2012-18. Reporting Counselor: Paulo Burnier da Silveira. Judged in Dec. 2017.

(ii) phase of submission of information and documents proving the reported or under investigation violation (3.2); (iii) phase of signing the Leniency Agreement by SG/Cade (3.3); (iv) stage of making public (or not) the Leniency Agreement (3.4); and (v) phase of the final declaration of compliance with the Leniency Agreement by the CADE Administrative Tribunal (3.5). The negotiation and signing of the leniency agreements used to be carried out by the Chief of Staff of the SG/Cade, but after the Resolution n. 32/2021, there was a change in CADE's structure to create a new General Coordination in charge of the Leniency Program.

Image 2 – ANTITRUST LENIENCY AGREEMENT NEGOTIATION PROCESS IN BRAZIL - THE FIVE PHASES

ANTITRUST LENIENCY AGREEMENT
NEGOTIATION PROCESS IN BRAZIL
- THE FIVE PHASES



Source: Athayde (2021). Translated to english.

III.1. Marker proposal and the waiting queue

In order to carry out the Leniency Program, Cade has established a marker system, which means that the first company or individual to contact Cade to report a conduct and propose a Leniency Agreement, will first request a marker that will state that it is the first leniency applicant in relation to such conduct.

The marker request is what marks the beginning of the first phase of the Leniency's Agreement's negotiation. It starts when the request is submitted to Cade's General Superintendence together with information regarding the reported violation, namely: (i) "who?" - a complete identification of the leniency applicant, as well as the identity of the other known perpetrators of the reported violation; (ii) "what?" - the market, products, and services affected by the reported violation; (iii) "when?" - the estimated duration of the reported violation, when possible; and (iv) "where?" - the geographic area

affected by the reported violation (in the event of an international cartel, it must be stated that the conduct has at least the potential to generate effects in Brazil) (CADE, 2020).

After receiving the marker request, the General Superintendence will internally verify whether a marker is available regarding the reported conduct, by examining, for example, whether there has been a prior request for a marker by another company related to the same conduct or if there is prior knowledge of the conduct in Cade and, in that case, if there's sufficient evidence to ensure the conviction of the company or individual involved in the violation. This analysis will be made within 5 business days (article 198, paragraph 2, RICade), but the answer to the applicant is generally provided on the same day or on the day after the application is made (CADE, 2020).

If the marker is available and the applicant obtain the "marker declaration", whenever a second, third, fourth or so on company and/or individual inquires SG/Cade about a leniency application, these latecomers stay "in line" in the event the marker becomes available again. Cade internally prepares a waiting list in order of arrival, ensuring the confidentiality of ongoing negotiations and not allowing the proponents to be aware of their position in the queue, which could give them incentives for destruction of evidence, for example. On the other hand, there are incentives for the late proponent to continue on the waiting list, since if the first negotiation is not fruitful, the next one will be invited to negotiate a new agreement. The uncertainty is important because it generates incentives for the participants in the conduct to seek the antitrust authority earlier, further destabilizing the arrangements between competitors (Athayde, 2019).

If the marker does not become available and/or the Leniency Agreement is signed, the second-in applicant and all subsequent applicants, in order of arrival, can propose a Cease-and-Desist Agreement (TCC) to Cade (Athayde & Fidelis, 2016). Signing a "TCC" generates benefits in the administrative sphere, but not automatically in the criminal sphere, and the requirements for the proponent are: (i) paying a pecuniary contribution; (ii) admitting their own participation in the investigated conduct; and (iii) cooperating with the investigation. The financial contribution is established based on the amount of the expected fine, which will be subject to a percentage reduction that varies according to the time of the "TCC" proposal's filing and the extent and usefulness of the proponent's collaboration¹³.

III.2. Information and documents submission

After granting the first marker, SG/Cade will indicate a deadline for the proponent to present the "Leniency Agreement Proposal". This means that, within the period indicated in the term (usually a period of 30 days), proponents must submit the information and documents they already have available about the reported anti-competitive offense. Cade's Leniency Program Guidelines (2020) specifies the information and documents that, as a rule, must be provided by the proponent at this first meeting.

After a technical analysis by SG/Cade, if the proponent's effort to present all the required information and documents is evidenced, but there are still gaps, the validity of the marker and the negotiation may be extended. To this end, a new term of meeting will be granted (art. 201, III and IV, of RICade), which will define, on a case-by-case basis, the intermediate period for the presentation of missing information and documents (art. 198, § 3, with article 204 of RICade). Thus, several renewals can be carried out by SG/Cade, until it reaches enough information and documents to sign the agreement.

13 According to art. 186, I, II and III of Cade's Bylaws, the application of the pecuniary contribution under the TCC will vary as follows:

I - percentage reduction between 30% and 50% of the expected fine for the first represented that request TCC in the scope of the investigation of a conduct; II - percentage reduction between 25% and 40% of the expected fine for the second Respondent that request TCC in the scope of the investigation of a conduct; and III - percentage reduction of up to 25% of the expected fine for other Defendants who require TCC in the context of the investigation of a conduct.

The negotiation will only be concluded when the interim deadlines defined by SG/Cade come to an end, as stated by art. 204 of RICade.

SG/Cade may also request interviews with the individuals proposing the leniency agreement, who must attend to clarify the technical team's doubts. In these interviews, several detailed information can be obtained by the antitrust authority, becoming a valuable tool throughout the negotiation.

Based on all the information and documents submitted by the proponent, SG/Cade prepares a document called "History of Conduct", which consists of a detailed description of the anti-competitive conduct. It is a document attached to the leniency agreement, prepared and signed by SG/Cade, and with which the proponents agree. Thus, the History of Conduct is not signed by the proponent of the Leniency Agreement or by their lawyers, but is entirely supported by the information that the proponents present to SG/Cade, so that all the confessions about the practices are in its terms. Cade makes available on its website a model of "History of Conduct"¹⁴, in line with the pillar of transparency, predictability and legal security of the Leniency Programs.

Once all the information and documents required by SG/Cade's technical team have been submitted, the proposal for the Antitrust Leniency Agreement is forwarded to the Substitute General Superintendent for analysis. The Substitute General Superintendent may request new arrangements and/or explanations from the leniency applicant or may forward the proposal to the General Superintendent for final analysis. If the analysis is positive, the proposal will be considered complete by SG/Cade and the case will move on to the phase of execution of the Leniency Agreement.

III.3. Signing of the Leniency Agreement

The procedures for signing the Leniency Agreement are initiated by both the leniency applicants and SG/Cade after the conclusion of the phase of submission of information and documents. All the leniency applicants must sign the Leniency Agreement, including the company and/or the individuals, or their respective legal representatives with specific powers for applying to, negotiating, confessing and entering into the Leniency Agreement. They must also obtain certified copies of documents, sworn translations, and consular authentication of foreign documents and take technical precautions when obtaining electronic evidence.

In this phase, SG/Cade also initiates contact with the offices of the Public Prosecution Service for submission of the Leniency Agreement, when additional information might be requested by the Public Prosecutor.

After that, the parties will validate the terms of the Leniency Agreement and date will be set for its signing. Thereafter, SG/Cade may initiate an Administrative Inquiry (art. 66, paragraph 1 of Law n. 12.529/2011) or an Administrative Proceeding (art. 69 of Law n. 12.529/2011) to investigate the reported infraction, as well as carry out others investigative measures of the case, such as "search and seizure" (art. 13, VI, "d", of Law n. 12.529/2011) and/or inspection (art. 13, VI, "c", of Law n. 12.529/2011), request of information (art. 13, VI, "a", of Law n. 12.529/2011) and/or other intelligence procedures. According to Craveiro (2020), there was authorization and execution of search and seizure warrants in 42% of the cases arising from Leniency Agreements judged by Cade until August 2020.

¹⁴ CADE. History of conduct model. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-leniencia/modelo-de-acordo-e-documentos-relacionados/Hist%C3%B3rico%20da%20Conduta%20%28Modelo%29.pdf>

III.4. Making public (or not) the Leniency Agreement

As a rule, the contents of the Leniency Agreement and all its related documents are confidential and will not be disclosed, even after a preliminary investigation or an administrative proceeding is opened by Cade, except in the case of a court order or by express authorization of the leniency recipients. It is observed that the proponents of the Leniency Agreement are now called undertakings of the agreement. The undertakings's identity will be treated as confidential and not publicly released until the final judgment by Cade's Administrative Tribunal of the Administrative Proceeding related to the violation reported.

The defendants in the Administrative Proceeding opened in connection with the Leniency Agreement will be prohibited to disclose information and/or documents to third parties, other government bodies, or foreign authorities. Those defendants, i.e., the companies and individuals investigated for the reported violation, will have access to the identity of the leniency recipients and other information and documents of the Leniency Agreement. Access to such information, however, must be used strictly in light of due process principles and defendants' contradictory rights in the Administrative Proceeding underway at Cade (article 207, paragraph 2, I, of RICade).

If it becomes necessary to release or share confidential information, by order of a court or any other nontransferable legal obligation, then the leniency recipient will previously notify SG/Cade – or be informed by SG/Cade – of the need to disclose the information. Then access will be granted exclusively to the address of the court order and/or to the holder of the nontransferable legal prerogative, thus keeping the information restricted from the public. In specific situations, it is still possible for the leniency recipients to waive the confidentiality of their identity and/or the content of the Leniency Agreement and/or their documents and other attached materials, wholly or in part. It relies on what is agreed among the leniency recipient, Cade, and the State and/or Federal Public Prosecution Service, in the interest of the leniency recipients or the investigation. However, Cade will not require the leniency recipients to waive their guarantee of confidentiality if they wish to keep it.

In 2016, SG/Cade prepared a study on the international and Brazilian experience regarding access to documents required by employees under Leniency Agreements and TCCs. A benchmarking of seven countries was carried out about the general rule of access to such documents, as well as the peculiarities observed during the negotiation of the agreement and after the final decision of the case. Inspired by international experience, but based on national experience and legislation, a public consultation was conducted and, after that, Resolution n. 21/2018 was published, which officially regulated access to Leniency Agreement and TCC documents in Brazil¹⁵.

Resolution n. 21/2018 establishes, as a rule, that the documents and information contained in Administrative Proceedings are publicly accessible. However, exceptions will be kept as restricted access during the administrative process, but the investigated parties may have access, so that the broad defense principle is guaranteed. There are also documents that, even after a final decision by Cade's plenary, may not be made available to third parties for consultation¹⁶.

15 CADE. *Resolution n. 21/2018*: Available at: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/do1-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembro-de-2018-41422421 >.

16 The regulatory proposal in Brazil was inspired by the categories of total protection ("black list"), temporary protection ("grey list") and no required protection ("white list"), established in "Comission Staff Working Document", a report from the European Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Available at: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf.

The discussion about access to documents and information from Leniency Agreements is complex and, possibly due to the difficulties of operationally implementing this access, in 2019, Cade published Ordinance n. 869¹⁷, which disciplined Cade's Resolution n. 21/2018. The Ordinance established the procedures for accessing documents and information considered restricted, within the scope of Administrative Proceedings carried out by Cade and which could support claims for indemnity for competitive damages. The big change was that it will be up to the Reporting Councilor, when the case is to be judged, to submit to the Court a proposal for the publication of documents, and that Cade will publish on its website the list of the cases judged with documents and information made available. Also, given the sensitivity of the issue in this context of public vs private enforcement, the Ordinance provided that the maintenance of confidentiality of the information will be subject to possible motion for clarification by interested parties.

III.5. Final declaration of compliance with the Leniency Agreement by Cade's Tribunal

The Leniency Agreement is considered to have been fulfilled and the duty of the leniency recipient to cooperate with Cade ceases after judgment of the Administrative Proceeding by Cade's Tribunal. This is the moment in which fulfillment of all obligations of the leniency recipient will be certified and the benefits of the Leniency Agreement will be conferred (article 87 of Law n° 12.529/2011 combined with article 208, RiCade).

The analysis of the fulfillment or not of the undertaking's obligations is carried out in two main moments. The first, when the Administrative Proceeding is sent to the Administrative Tribunal and SG/Cade opines on whether, in its understanding, the obligations of the agreement were fulfilled or not fulfilled. The second, upon judgment of the case, as the Administrative Tribunal verifies whether, in fact, the conditions and clauses stipulated in the Leniency Agreement were or were not complied with and whether the undertakings will lose the benefits related to the fine and other applicable sanctions (art. 206, §1, IX, of RiCade). Thus, the final declaration of compliance with the Leniency Agreement is a responsibility of the Administrative Tribunal, although the negotiation process for the agreement takes place entirely within the scope of the SG/Cade.

Once Cade's Administrative Tribunal declares the Leniency Agreement as fulfilled, the leniency recipients will benefit from: (i) administrative immunity under Law n. 12.529/2011, in cases in which the Leniency Agreement's proposal is submitted to SG/Cade when this authority was not aware of the reported violation; or (ii) a reduction by one to two-thirds of the applicable fine under Law n. 12.529/2011, in cases in which the Leniency Agreement's proposal was submitted to SG/Cade after the authority became aware of the reported violation.

In recent survey (Craveiro, 2020), based on data up to August 2020 involving 31 processes arising from 34 leniency agreements already judged by Cade's Administrative Tribunal, all agreements signed were declared fulfilled, even when, in some cases, the elements brought to the investigation by the agreement have not been able to lead to the conviction/confession of individuals or companies. These data may represent a positive indication of the effectiveness of the Antitrust Leniency Program, as it would demonstrate that there was full and permanent cooperation of the leniency beneficiaries during the Administrative Proceeding, in addition to their termination of the practice.

17 CADE. Ordinance n. 869/2019. Available at: <https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=736758&id_orgao_publicacao=0>.

IV. THE SUCCESS OF CADE'S LENIENCY PROGRAM ON FIGHTING CARTELS IN BRAZIL AND ITS SPILLOVERS ON OTHER LENIENCY PROGRAMS IN BRAZIL SUCH AS THE ANTICORRUPTION LENIENCY PROGRAM AND THE LENIENCY PROGRAM IN THE FINANCIAL MARKETS

From 2003 to 2021, 104 Antitrust Leniency Agreements were signed by Cade¹⁸. The Antitrust Leniency Program is considered one of the most efficient tools to detect, investigate and restrain anticompetitive conducts with potential harm to competition and social well-being (Athayde, 2019). Data reflects the success of Cade's Leniency Program to fight cartel as one of the most active jurisdictions among developing — and even developed — countries (Athayde & Fidelis, 2016). More than 2 decades after its creation, Cade's Leniency Program reached maturity and high efficiency. The instrument has established its bases, following the strong global trend of modernization and as a result of the efforts made to achieve high efficiency and cooperation between the administrative, civil and penal spheres¹⁹.

In empirical research with 60 administrative proceedings initiated between 2015 and 2019 to investigate violations related to cartels, Chixaro (2020) found that 36 of them resulted from the execution of Leniency Agreements (60%), while another 24 originated in other ways (complaints, ex officio calculations, etc.) – 40% of the amount (Chixaro, 2020). The same research has proven that Antitrust Leniency Agreements create a favorable environment for the negotiation and execution of the Cease-and-Desist Agreements (TCCs), which are the second best agreements under Brazilian competition law (Athayde & Roriz, 2021). Among those 60 administrative proceedings, it was found that in 39, TCCs were signed. Within these 39, in 31 there was a previous leniency agreement (81.5%) and in only eight, there was no leniency agreement (18.5%). Based on these data, there are indications that: 1) TCCs are more present in processes originated by Leniency Agreements than by other means; and 2) among the lawsuits filed because of Leniency Agreements, there are more cases with TCCs entered into than cases without any TCC. Thus, it can be concluded that leniency agreements and antitrust TCCs are important tools of the policy to fight cartels not only when considered alone, but also when considered through the prism of their interrelation.

Nowadays, Cade has an active and effective Leniency Program, to which much of the level of anti-cartel enforcement in Brazil can be attributed, as stated by OECD (2019). The success of the Program is closely related to society's trust in the Authority, which is one of the main pillars of Cade's Leniency Program: transparency, predictability, and legal certainty. In this sense, in addition to the need for maximum transparency regarding instruments and procedures in the negotiation, the Authority must continually seek to preserve the golden rule, which means that the one who collaborates can never be in a worse situation than the one who did not.

Having all the previously presented, it is possible to draw some considerations about where the Antitrust Leniency Program stands in the Brazilian context and, finally, if it has had some positive spillovers on other fields in Brazilian jurisdiction.

The Anticorruption Leniency Agreement of the General Controller (CGU) still has only 13 agreements signed. The Public Prosecutors (MP) Leniency Agreement, in its turn, although more numerous in absolute numbers, has been greatly inspired by the Antitrust procedures and practices. The Financial Markets Leniency Agreements, finally, have not yet launched, even if provided by the law since 2017. Considering all that, in practical terms, The Antitrust Leniency Program in Brazil may be considered the pioneer, with positive impacts in other fields that later adopted such a tool in their systems. In legal

18 CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do Cade. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>. Acesso em: 17 de agosto de 2021.

19 CADE. (2021). Programa de Leniência do Cade completa 21 anos e se consolida como importante instrumento no combate a cartéis. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/programa-de-leniencia-do-cade-completa-21-anos-e-se-consolida-como-importante-instrumento-no-combate-a-carteis>

terms, the Antitrust Program has been basically copied by all other legislations in Brazil that provide Leniency Programs. This can be evidenced by the comparative table of the with an overview of all Leniency Agreements in Brazil, presented below.

Table 11 — OVERVIEW OF ALL LENIENCY AGREEMENTS IN BRAZIL

	Antitrust Leniency	National Financial System (SFN) Leniency	Anticorruption Leniency	Public Prosecution (MP) Leniency
Type of infraction	Violations against the economic order (coordinated conduct)	Central Bank (BC): all infractions (articles 3 and 4 of Law n. 13.506/2017) Securities Commission (CVM): all infractions	Violations provided in the Anticorruption Law and the Administrative Misconduct Law	Crimes related to the Anticorruption Law and the Administrative Misconduct Law
Competent institution	Negotiated with SG/Cade Signed by SG/Cade, with the intervention-consent of the Public Prosecutor's Office	Central Bank Securities Commission	Maximum authority of each agency or public entity. At the federal level: Federal General Controllershship (CGU), Federal Attorney's Office (AGU), Public Prosecutor's Office (MP). Discussion on the Federal Court of Account's (TCU) competence for supervision and review.	Negotiation with the Public Prosecutor's Office (MPF) and the Police. Approved by the judge.
Legal bases	Articles 86 e 87 of Law n. 12.529/2011.	Article 30 and following of Law n. 13.506/2017	Articles 16 e 17 of Law n. 12.846/2013	<ul style="list-style-type: none"> - Article 129, I of the Federal Constitution (CF/88) - Articles 5 and 6 of Law 7.347/85 - Article 26, of the Palermo Convention - Article 37 of the Merida Convention - Articles 3, §2, and 3 of the Civil Procedure Code (CPC) - Articles 840 e 932, III, of the Civil Code (CC/02) - Articles 16 to 21 of Law n. 12.846/2013 - Law n. 13.410/2015 - Efficiency principle, article 37. <i>caput</i> of CF/88

	Antitrust Leniency	National Financial System (SFN) Leniency	Anticorruption Leniency	Public Prosecution Leniency
Infralegal bases	<p>Articles 237 to 251 of RICade.</p> <p>Cade's Leniency Program Guide, 2020.</p>	<p>Central Bank: BC's Circular n. 3857/2017 (amended by Circular BC n. 3910/2018) and BC's Ordinance n. 103.362/2019 (which repealed BC Ordinance n. 99.323/2018).</p> <p>Securities Commission: CVM Instruction n. 607/2019 (amended by CVM Instruction n. 613/2019).</p>	<p>Articles 28 to 40 of Decree n. 8420/2015</p> <p>CGU's Ordinance 909</p> <p>CGU's Ordinance 910</p> <p>TCU's Normative Instruction n. 74/2015</p> <p>CGU/AGU's Interministerial Ordinance 2278/2016</p> <p>CGU's "Step by Step Leniency", 2018.</p> <p>TCU's Normative Instruction n. 83/2018 (repeals TCU's Normative Instruction n. 74/2015)</p> <p>CGU/AGU's Normative Instruction n. 2/2018</p> <p>CGU/AGU Joint Ordinance n. 4/2019 (repeals CGU/AGU's Joint Ordinance n. 2278/2016)</p> <p>Technical Cooperation Agreement STF/CGU/AGU/MJ/TCU 2020</p>	<p>Technical Study n. 1/2017 of the 5th Coordination and Review Chamber (CCR)/MPF on Leniency Agreements and Awarded Collaboration.</p> <p>Technical Note n. 1/2017 of the 5th CCR MPF on Leniency Agreements and their effects.</p> <p>Guideline n. 7/2017 of the 5th CCR MPF on Leniency Agreements.</p> <p>Technical Note n. 02/2018 of the 5th CCR on the use of evidence arising from the execution of agreements within the scope of Operation Car Wash, shared with control bodies (mostly, the Federal Revenue, CGU, AGU, CADE and TCU).</p> <p>Technical Note n. 01/2020 of the 5th CCR on Terms of Adhesion or Subscription of individuals in Leniency Agreements entered into by the MPF, pursuant to Law n. 12.846 and Law n. 8.429, in the field of administrative misconduct.</p> <p>Technical Note n. 02/2020 of the 5th CCR on the Technical Cooperation Agreement signed by the AGU, CGU, TCU and MJSP, on 06.08.2020, with the participation of the STF, on matters of combating corruption in Brazil, especially in relation to Leniency Agreements, of Law n. 12.846/2013.</p> <p>Technical Note n. 04/2020 of the 5th CCR, referring to the analysis of critical points of the Substitute PL to PL n. 10.887/201.</p>

	Antitrust Leniency	National Financial System (SFN) Leniency	Anticorruption Leniency	Public Prosecution Leniency
Possible beneficiaries	Legal entities and individuals	Legal entities and individuals	Only legal entities. But there are interpretations and agreements that allow individuals to join.	Only legal entities. But there are interpretations and agreements that allow individuals to join.
Administrative benefits	Full leniency: full administrative immunity. Partial leniency: reduction from 1/3 to 2/3 of the applicable penalty. Does not have administrative repercussions on other institutions.	Full leniency: full administrative immunity. Partial leniency: reduction from 1/3 to 2/3 of the applicable penalty. Partial Leniency (SFN specific): 1/3 fixed reduction of the applicable penalty. Does not have administrative repercussions on other institutions.	Partial leniency: Reduction of up to 2/3 of the fine. Exemption or attenuation of the prohibition of contracting with the Public Administration (unsuitability) – discussion regarding TCU's competence to apply penalties. Exemption from the obligation to publish the punishment. Exemption from the ban on receiving public incentives, subsidies and loans.	There are no automatic administrative benefits. Carrying out measures to establish negotiations for the conclusion of agreements having as object the same facts in other authorities. Issuance of a certificate on the extent of the cooperation carried out. Management undertaking to remove any registration restrictions.
Criminal benefits	Total criminal immunity or reduction from 1/3 to 2/3 of the applicable penalty (there is intervention-consent of the MP in the Antitrust Leniency Agreement).	There are no automatic criminal benefits. Possible interinstitutional cooperation between BC/CVM and MP.	There are no automatic criminal benefits. Possible interinstitutional cooperation between CGU/AGU and MP.	No filing of criminal actions for low-guilty adherent individuals. No benefits for severely guilty individuals, who must negotiate Award-Winning Collaboration Agreements.
Civil benefits	There are no automatic civil benefits.	There are no automatic civil benefits.	There are no automatic civil benefits.	Failure to file civil or sanctioning actions (including administrative improbity actions). Suspension of actions already proposed or decision rendered with merely declaratory effects.

Source: Athayde (2021). Translated to english.

REFERENCES

- Athayde, A. (2019). *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática* (1era ed.). Fórum.
- Athayde, A. (2021). *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática* (2da ed.). Fórum.
- Athayde, A & Fernande M. (2016). A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Competition Law Review*, 3. pp. 1-8.
- Athayde, A & Fidelis A (2016). Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?. *Revista do Ibrac*, 22(2).
- Athayde, A. & Fidelis, A. (2016). *Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: breakthroughs and challenges in cartel prosecution*. Competition Policy International (CPI). Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/16-years-of-the-lenieny-program-in-brazil-breakthroughs-and-challenges-in-cartel-prosecution/>
- Athayde, A. & Roriz, S. (in press). Leniência Antitruste e Termos de Compromisso Antitruste na teoria e na prática: requisitos e fases da negociação.
- Athayde, A. & Roriz, S. (2021, April 17). *Pipoca com guaraná: combinando acordos de leniência com os do tipo second best*. Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/opiniao-combinando-acordos-lenienca-second-best>
- CADE. Requerimento Nº 08700.004992/2007-43. Reporting Counselor: Paulo Furquim de Azevedo. Judged in: December, 2008. Brazil.
- CADE. Ordinance N. 869/2019. Brazil. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=736758&id_orgao_publicacao=0
- CADE. Resolution N. 21/2018. Brazil. Available at: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/do1-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembro-de-2018-41422421
- CADE (2019). Regimento interno do CADE. Available at: https://cdn.cade.gov.br/Relatoriorios%20de%20gestao/2020/Cap.%201/Resolu%C3%A7%C3%A3o%2022%20de%2019%20de%20junho%20de%202019_Regiment%20Interno.pdf
- CADE. Law n. 12.529/2011. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm
- CADE. (2020, march). Guidelines: CADE's Antitrust Leniency Program. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-de-lenienca/guidelines-cades-antitrust-lenieny-program-2020.pdf>
- CADE. (2017, December). Administrative Inquiry n. 08700.010322/2012-23. Reporting Counselor: João Paulo de Resende.
- CADE. (2017, December). Administrative Inquiry n. 08700.010319/2012-18. Reporting Counselor: Paulo Burnier da Silveira.

- CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do Cade. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>. Acesso em: 17 de agosto de 2021
- Chíxaro, F. (2020). *Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessação Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019* [Postgraduate Final Paper presented to the Examining Board of the Getúlio Vargas Foundation Law School].
- Craveiro, P. (2020). *Uma régua na Leniência Antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do Cade* [Conclusion Paper presented to the Examining Board of the Getúlio Vargas Foundation Law School. Brasília].
- International Competition Network. (2017). *Checklist for efficient and effective leniency programmes*. Available at: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>
- OECD. (2019). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm
- OECD. (2019). Peer reviews of competition law and policy: Brazil. www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm
- OCDE. (September, 2001). *Using leniency to fight hard core cartels* [Policy Brief]. <https://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>
- Rufino, V. (2016) Os fundamentos da Delação: análise do Programa de Leniência do Cade à luz da teoria dos jogos. [Dissertation at the master's program]. University of Brasilia. https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22288/1/2016_VictorSantosRufino.pdf.

ENTREVISTA A JAVIER TEBAS¹

Elaborada y realizada por la Dra. Tania Zúñiga Fernández y el Prof. Juan Luis Crucelegui

INTRODUCCIÓN

El fútbol profesional es un espectáculo de gran interés para el público y una industria muy importante desde el punto de vista económico), ya que constituye el deporte rey que atrae la atención de millones de aficionados en todo el mundo y mueve importantes cantidades de dinero proveniente de la venta de los derechos audiovisuales, el billeteaje, el merchandising y de sponsors o patrocinadores.

Desde la perspectiva del Derecho y la Política de la competencia, el reparto del dinero proveniente de la venta de derechos audiovisuales es fundamental para la sostenibilidad de este deporte, dado que es su principal fuente de financiación. En particular, el acceso de los operadores de televisión a este mercado ha sido objeto de debate y ha dado lugar a sendas resoluciones administrativas y judiciales en base a las cuales se ha establecido de forma general un modelo de gestión centralizado.

Actualmente, la gestión de la venta de estos derechos audiovisuales se realiza de forma centralizada, en base a un acuerdo previo de cesión de los derechos de los equipos participantes al organismo gestor de cada campeonato (Ligas o federaciones).

Posteriormente, el organismo gestor se encarga de la venta, la gestión y el reparto del dinero recaudado siguiendo unos criterios preestablecidos basados en los principios de equidad y de proporcionalidad. Estos acuerdos de centralización en la negociación y reparto del dinero, si bien pudieran ser contrarios al principio de libre competencia, en la práctica se benefician de una exención de la prohibición, por considerarse que generan eficiencias al permitir un reparto más equitativo del dinero recaudado entre los equipos participantes.

El Derecho de la competencia obliga a permitir el acceso de los operadores en condiciones de equidad y para ello se establece un modelo de reparto basado en la subasta de los derechos audiovisuales a través de diferentes lotes que incluyen la retransmisión de uno o varios partidos en función de su importancia (desde la perspectiva de la audiencia previsible) con una vigencia limitada en el tiempo (3 o 4 años), de manera que exista una posibilidad de rotación entre los operadores interesados en la explotación de estos derechos.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta también la competencia entre las distintas competiciones de fútbol profesional nacionales y regionales ya que cada liga o federación nacional y organismo regional debe vender sus derechos audiovisuales al mejor postor (cadena de televisión o empresas

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza, postgrados en Derecho de Empresa, en Derecho Deportivo y en Derecho Concursal. Fue presidente de la Sociedad Deportiva Huesca en el periodo 1993-1998.

Asesoró y representó a numerosos clubes de fútbol y fundador del estudio Tebas Coiduras, especializado en el mundo del deporte.

Fue elegido vicepresidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el año 2001. En 2003 fue elegido representante del G-30, para la negociación conjunta de los derechos audiovisuales. Tras la aprobación del Real Decreto ley 5/2015, se estableció legalmente la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales.

Fue elegido presidente de La Liga el 26 de abril de 2013. En 2016 y en 2019 fue reelegido para un segundo y un tercer mandato hasta 2024.

del sector de medios audiovisuales) en un sector (audiovisual) cuyos recursos son limitados y cuya oferta cada vez es más variada.

La presente transcripción recoge lo expuesto por quienes participaron en la entrevista llevada a cabo por los entrevistadores, Prof. Dr.iur. Tania Zúñiga Fernández y Dr. Juan Luis Crucelegui Gárate, y el Presidente de la Liga, Javier Tebas Medrano.

LA COMPETENCIA EN EL FÚTBOL PROFESIONAL: LA VENTA COLECTIVA DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

Tania Zúñiga Fernández y Juan Luis Crucelegui (en adelante, TZF y JLC): Como presidente de uno de los mejores campeonatos nacionales de fútbol profesional a nivel mundial, ¿cuáles son los retos de este deporte en el siglo 21 para seguir ofreciendo un espectáculo de calidad que atraiga la atención de los aficionados más jóvenes? ¿Cree que la libre competencia es principio y un factor importante que debe regir en este deporte/espectáculo? ¿O bien es necesaria una regulación?

Javier Tebas Medrano (JTM): La pregunta tiene dos partes. La atracción de los jóvenes en el siglo XXI (los que hoy son jóvenes hace veinte años eran menos jóvenes). Lo que corresponde es adaptarnos a la situación de cómo se consume cada vez más el ocio y entretenimiento donde incluyo el deporte. Los que hoy son generación “millennial” dentro de unos años dejarán de serlo y los que hoy son generación “Z” dentro de unos años pasarán a otro tipo de generación. La clave es la segmentación.

Es evidente que, sobre todo en los últimos diez años, la forma de consumir deporte, ocio o entretenimiento, se torna diferente según los rangos de edades que hay. La gente a partir de los doce años, por ejemplo, las ventanas por las que consume el deporte son diferentes que a partir de los cuarenta años. Hoy las ventanas por las que se consume el deporte las vemos en las redes sociales como Twitch, que es la antigua red social Snapchat, cuya media de edad es de entre doce y veinte años, en la que nosotros hemos hecho muchas pruebas y sabemos que por la audiencia de jóvenes todo lo que le transmites en Twitch es mucho mayor que lo que le puedas transmitir a ese mismo perfil de edad en un canal de televisión tradicional en abierto.

Lo importante es saber segmentar las edades, saber qué ventanas son las que están utilizando para ver el deporte, y luego, es importante saber que, aunque segmentos, ya hoy casi todos los rangos de edad de los que podríamos llamar hasta los cuarenta o cuarenta y cinco años necesitan lo que se ha venido denominando “la doble ventana”, necesitan consumir con más datos de lo que está ocurriendo en el evento deportivo.

Entonces, la clave está en saber segmentar lo que tienes que dar y en la ventana en la que tienes que darla. Con ventana me refiero a Twitch, Facebook, OTT, cable, o en aire. Y además de ello, es importante saber cómo les gusta interactuar a los jóvenes, la doble pantalla. Hoy la tecnología, la banda ancha, te permite el BTC (*business to consumer*), que es la relación directa con el consumidor. Entonces, debemos adaptarnos a ello.

Respecto al tema de la competencia en el mundo de la industria del deporte, pienso que tiene que haber siempre alguna regulación. ¿Por qué tiene que haber una regulación? Porque es conveniente dentro del mundo del deporte, sobre todo en el mundo del deporte en Europa, no me referiré tanto al deporte en Estados Unidos aunque en Estados Unidos el deporte es el más regulado que hay. En ese país tomamos en consideración las grandes organizaciones: la NBA, la NFL. Se vende todo centralizado, todo regulado con una serie de normas y no hay tanta competencia entre los clubes como pasa más en Europa. Pero, digo que es necesaria una regulación porque acá no existe una plena competencia, y el ejemplo claro está en el fútbol. Solo puede haber veinte compañías o clubes en España de primera división, no puede haber cuarenta o sesenta, sólo veinte. Lo mismo puede pasar

en Perú, en el que en su primera división sólo puede haber un número determinado de clubes. No está hecho por la competencia del mercado económico, sino mas bien, por un tema deportivo. Tiene que existir competencia, pero hay que ver la especialidad del deporte para la regulación en el ámbito de la competencia económica. Es un sector muy especial donde no hay una libertad de empresa total. No puede haber, así como sí puede haber en España, relacionado a las licencias, doscientas licencias bancarias, en España no puede haber doscientos clubes en primera división porque la propia competencia deportiva te lo impide. Entonces, yo creo que debe haber cierta regulación.

TZF y JLC: *¿Cómo funciona el modelo actual de venta de derechos audiovisuales en el fútbol profesional y qué modificaciones propondría para su mejora y para promover más competencia y mayor competitividad en las ligas, teniendo en cuenta que es la competitividad la que atrae el interés entre los aficionados a este deporte?*

JTM: Yo creo que si hacemos un estudio general en el mundo de cómo funciona la venta de los derechos audiovisuales, ya prima de una forma abrumadora la venta centralizada en el organizador de la competición, en el fútbol sobre todo. Hay otros deportes importantes en los que también se da este modelo. Yo creo que ese es el modelo que se impone. Quedan muy pocos países en el mundo donde la venta es todavía individual, Portugal por ejemplo, pero ya tiene previsto aprobar en su Parlamento una norma de venta centralizada porque es la mejor forma de optimizar el valor de la propia competición y el valor individual de los clubes de una forma colectiva, porque la competición es lo que recalifica el valor de los derechos audiovisuales.

En España, y en casi toda parte del mundo, los derechos son de los clubes; pero, para optimizarlos hay que venderlos colectivamente. Es como una comunidad de bienes y derechos en las que cada uno tiene su parte indivisa, pero, para optimizar la venta de una comunidad de bienes tienes que hacerlo colectivamente. Un comunero no vende solo su parte. Esta es la forma de optimizar los derechos audiovisuales. Yo creo que para esto, desde el punto de vista del vendedor, para optimizar desde el punto de vista del comprador, las ventas de los derechos audiovisuales varía mucho. las circunstancias de cada país o territorio de donde vas a vender, porque varía mucho la propia competencia que existe entre compradores y más esto, todavía, se ha ensanchado mucho más ahora mismo ya parecen compañías del mundo de de las OTTS, compañías de cable, de telecomunicaciones, que ya quieren adquirir derechos audiovisuales. Evidentemente, cuanto más compañías existan que tengan ventanas de derechos audiovisuales para transmitir mucho mejor, incluyo también el ámbito de las redes sociales: Facebook, Twitter, están comprando derechos de esos deportes o, según el territorio del país, cuanto más ventanas tengas, más posibilidades habrá para las compañías de telecomunicaciones, tableros, compañías de televisión, redes sociales que quieran comprar derechos deportivos y derechos de fútbol va a ser mucho mejor para aumentar el valor y muy importante para la distribución del producto. También para el cliente, cuantas más vías de distribución se abran, llegaremos más fácilmente al consumidor.

JLC: *Ese es el sistema actual. Qué modificaciones propondría para el futuro, es decir, si le parece que es correcto y funciona bien el sistema actual y por tanto hay que dejarlo como está o en otro escenario se podría mejorar. ¿Qué propondría?*

JTM: Yo creo que funciona bastante bien. Yo creo que poco hay que mejorar. A lo mejor lo que hay que mejorar son las competiciones que tienen las ventas centralizadas que son la mayoría, puedes optimizar mejor la gestión, los concursos para la venta de derechos audiovisuales, pueden ser más transparentes, se puede planificar mucho mejor los diversos paquetes que tienes que hacer de tu competición, porque en una competición como la española la primera división tiene trescientos ochenta partidos a lo largo de la temporada de diez meses, pues eso es muy importante como lo distribuyes, lo paquetizas, como lo llevas al consumidor para promover más competencia y luego estar muy preparado para el mundo del B2C (business to consumer). Hasta ahora las competiciones seguimos el modelo B2B (business to business). Yo vendo a las teleco, vendo a 5 telecos los derechos

y el vende directamente a los clientes. Pero estamos empezando a promover un modelo diferente que consiste en ir directamente al espectador de la competición. Esto pasa en Netflix. No va a través de canales de televisión de las compañías de las telecomunicaciones, va directamente al consumidor a través de la banda ancha de las telecos y esto va a optimizar, va a generar una crisis de valor de los derechos audiovisuales que va a optimizar la llegada al consumidor. Esto es, hay que estar preparados porque en el deporte va a ser más lento y vamos a convivir durante mucho un periodo mixto de telecomunicaciones y B2C pero este es el modelo que se impondrá en el futuro.

JLC: *En cuanto a las condiciones que se establecen para la venta de los derechos, por ejemplo, el hecho de que se obligue a hacer una subasta cada 3 años, por ejemplo, ¿eso es algo que se podría mejorar o está bien tal y como está?*

JTM: Bueno, en España han quitado lo de los 3 años que estaba en la ley. Yo creo que, bueno, indirectamente queda así, pero la unión europea dice 3 años y no es así porque Francia vende a 4, Alemania vende a 4. Si uno analiza los ejemplos de modelos en derecho comparado vemos que en USA son a 10, 11 años la venta de los derechos. Claro, yo creo que esa es la cuestión y la pregunta es ¿por qué? Para el vendedor optimizas más el precio cuando vendes para un plazo superior porque das tiempo a planificar los ingresos obtenidos y para el comprador también porque le das más tiempo para gestionar y optimizar su inversión, ya que es un producto premium, muy caro. La Liga Española o la Premier de Inglaterra son productos premium en los que el comprador necesita plazos mas largos para optimizar la inversión y no olvidemos que vivimos en el mundo de la televisión de pago tanto por cable como en OTT o en RR.SS. También. Facebook tiene box TV aunque no ha entrado en este mercado. La cuestión es que necesitas que tus clientes se consoliden y entonces empezarán a ganar dinero. Si vendes los derechos para plazos cortos perjudicas al valor del producto.

JLC: *Claro, porque aquí nos encontramos ante una inversión importante.*

JTM: Sobre todo cuando es premium en tu país. Si esto lo hace la liga española en otros países, pues a lo mejor no necesitan tanto plazo para invertir. Pero por poner un ejemplo, recientemente en Estados Unidos hemos vendido a ESPN para 8 años. ESPN ha realizado una inversión importante y necesita un plazo para atraer a los clientes que están en otro operador, fidelizarlos, conocerlos y luego recuperar el dinero.

TZF: *En perspectiva, colocándonos en un mercado que favorece la conexión directa con el cliente final, ¿cuánto tiempo se requiere para consolidarlo?, ¿en número de años?*

JTM: lo primero que tenemos que ver es que según todos los estudios el B2C en el mundo de la televisión es el OTT. OTT es el modelo de Netflix o de HBO. Los estudios dicen que el 80% de la gente que esté viendo TV lo hará a través de OTT, a través de un b2c en el 2030. Eso significa que hay una clara tendencia al crecimiento. Lo que pasa es que luego si nos vamos a los diversos contenidos, hay contenidos que están creciendo mas rápido. Lo estamos viendo con la erupción de Netflix en el mercado audiovisual, Amazon Prime, HBO sobre todo en Europa. Va por países y eso está ayudando a algunos países a acelerar el consumo porque ni Netflix ni Amazon Prime ni HBO van a través de un canal de teleco tradicional.

Por lo tanto, sobre la pregunta de ocio y entretenimiento, yo creo que en año 2026 vamos a estar ya en ese 80 o 90% donde se está desarrollado la banda ancha, donde llega Netflix y HBO con un modelo B2C directo de ocio y entretenimiento en el sector del cine. En deporte vamos a tardar más, hasta el 2030, pero tiene su explicación porque somos un producto más caro que el cine, entonces el mundo de las teleco todavía lo seguirá utilizando como gancho para ganar clientes y hacer ofertas convergentes, ofertas triple play, cuádruple play que no utilizan tanto el mundo del cine como Netflix y HBO.

JLC: Claro, lo que ocurre es que hay una diferencia muy grande entre el cine y el fútbol por el simple hecho de que la película la puedes ver cuando tú quieres, pero el fútbol lo tienes que ver cuando se produce el partido porque lo interesante es verlo en directo. Al verlo en diferido pierde interés y el precio baja considerablemente.

JTM: Bueno, ese es el inconveniente que tenemos; pero también tiene sus ventajas: concentras a los clientes consumidores en un momento especial, y luego estamos hablando de entretenimiento que no deja de ser un mundo que despierta sensaciones y pasiones. Nosotros tenemos ese hándicap pero tenemos otras ventajas: la gente vive las pasiones de los equipos de fútbol, sus entornos, los medios de comunicación hablan muchísimo más del mundo del deporte del fútbol que de una película en concreto de la que se habla un día o una semana. Del Real Madrid los medios hablan todo el año.

TZF: ¿Cuál es el impacto de las nuevas tecnologías en el fútbol? ¿De qué forma se van a explotar los derechos audiovisuales en el futuro? Y relativo a ello, ¿El uso de los datos y de los algoritmos van a permitir una oferta más personalizada del fútbol?

JTM: Cuando me preguntan de nuevas tecnologías yo no digo “nuevas”, digo las tecnologías. Nosotros llevamos 6 años trabajando con el mundo tecnológico. En la época que vivimos de la revolución digital salen siempre cosas nuevas pero no podemos hablar de nuevas tecnologías en un ámbito tan global cuando ya las utilizamos todos. Las grandes plataformas Amazon, Facebook, Twitter viven del mundo de la tecnología y nosotros las utilizamos. Hay un elemento fundamental que lo vengo diciendo desde hace algunos años: aquella competición deportiva que no se adapte al mundo de la digitalización tecnológica va a sufrir mucho en lo que respecta a su valor económico.

Cuando se habla de los datos, nosotros ya utilizamos inteligencia artificial, los horarios de los partidos, por poner un ejemplo para ver a qué nivel de digitalización estamos en el mundo de los datos, los pone inteligencia artificial que nos dice cual es la mejor hora para los partidos, cuánta gente irá a los estadios, cuánta gente nos verá más en televisión, todo ello con 30 días de anticipación. Nosotros, por poner otro ejemplo, en esta casa tenemos más de 160 personas trabajando en el departamento de tecnología. Hemos sido el mayor franquiciador de la compañía Telepizza en España, porque utilizando nuestro ecosistema digital de datos hemos sido capaces de vender 200,000 pedidos de Telepizza a un precio de 0.60 euros el costo y 23 euros el pedido. Esta experiencia tan exitosa ha hecho que tengamos un nuevo patrocinador que es Burger King.

El mundo de los datos, me gusta aclararlo, hay que entenderlo bien y para ello hay que diferenciar el business intelligence y el business analytics. El mundo de los datos habla del Big Data y el Big Data es el Business Intelligence que es la recopilación de los datos y la gestión del histórico de datos, Saber por ejemplo ¿cuántos aficionados me vieron en Perú en el año 2013 en el mes de febrero? ¿Cuánta gente fue a los estadios en Perú en diciembre del 2008? Eso es business intelligence y lo tenemos guardado. El Business Analytics consiste en utilizar el algoritmo de acuerdo con el business intelligence (almacenamiento de datos) para saber cuantas personas me van a ver en un evento futuro. Me hace la predicción de acuerdo a mis datos almacenados. Puedo saber con bastante precisión, por ejemplo, cuánta gente verá los partidos de la Liga del Perú. Sabré cuánta gente irá al partido de “Alianza Lima” y eso con 30 días de anticipación. Incluso a qué hora habrá más gente y menos gente. Ese es el futuro de cómo se trabajará.

En el ámbito audiovisual, el mundo del B2C, la banda ancha nos va a permitir ver en cualquier momento todas esas estadísticas que vemos en televisión, uno podrá elegir que estadísticas ver. En la actualidad solo vemos la estadística que nos ponen pero en el futuro se podrá elegir qué estadísticas ver, desde qué cámara ver el partido, entre otros.

Hay dos palabras fundamentales. Ya no hablamos de audiencia sino de telemetría, que es saber cuál es el comportamiento de los usuarios que ven tu evento deportivo. Netflix conoce tu comportamiento, pues tiene su recomendador de películas según lo que has visto. Pues nosotros también, a raíz del comportamiento de los usuarios pero no solo de televisión sino de nuestro ecosistema digital como redes sociales de aplicación oficial, de video juegos, conocemos el comportamiento de los usuarios y con ello podemos impactarlos a través de la denominada "data driven marketing".

La otra palabra es segmentación. Todos los datos que tengas de tus usuarios se tienen que segmentar. Lo digo en rudo pero el ejemplo es el siguiente: Si un usuario es del Barça y les gusta ver al Barça a las 10 pm. Si les mando un email a esa hora lo abren e incluso si se los mando a las 01:00 am lo abren también. Si me abre el email a esa hora, entonces, no se lo mandaré a las 11:00 am. Todo ese comportamiento del usuario junto con los datos es el futuro, aunque para nosotros ya es el presente. Nosotros ya lo estamos utilizando. Toda competición que no llegue a ese extremo quedará retrasada. Hoy los patrocinadores en el mundo del deporte no solo piden la camiseta, sino, piden datos. Piden el comportamiento de los usuarios, que les puedas vender colonias, pizzas, hamburguesas, desodorantes. Que tengas esos datos y eso es en lo que las organizaciones deportivas y los clubes deben invertir. Nosotros ya lo hacemos, lo tenemos en marcha y lo comercializamos.

TZF: *¿Qué riesgos se pueden producir para la competencia y cómo podrían evitarse?*

JTM: Haré un pequeño resumen de una reunión que tuvimos con Adam Silver de la NBA. El riesgo interno no es tanto, sino, el riesgo que las grandes corporaciones digitales como Amazon, Facebook, Twitter se están apoderando de los datos. De lo que conté de los comportamientos de los usuarios, ellos lo saben mejor que nosotros. Con Adam Silver dijimos que si nosotros como grandes tenedores de datos y de comportamientos de usuarios de los deportes, no avanzábamos en esta línea, iban a acabar nuestros negocios en las manos de Amazon o Facebook y ese es el riesgo que hay. Es un riesgo incluso mayor que el de la competencia.

Pondré otro ejemplo: las empresas de delivery, sobre todo en Europa, saben más de lo que comen las personas en sus casas que los propios restaurantes. Gracias a los datos de que disponen están financiando restaurantes y terminarán comprándolos. Todo eso es en lo que hay trabajar y ponerse en marcha pues el tejido productivo como lo conocemos actualmente puede entrar en crisis. Nosotros hemos hecho una inversión muy importante en el ecosistema digital para que nuestros datos no acaben en Facebook o Amazon, sino que lo podamos explotar nosotros directamente. Lo que hacemos ahora es que en lo que hemos trabajado es ponerlo al servicio de otras ligas u otros deportes y que ellos directamente puedan segmentar y trabajar con sus datos. Cualquier competición que va con Amazon, por ejemplo, nosotros vamos en Inglaterra con Amazon, no obtiene de ellos ni un dato, ellos lo saben todo.

LA PROPUESTA DE CREAR UNA SUPERLIGA EUROPEA

TZF: *En los últimos meses, con la situación generada por la COVID-19 los equipos más importantes de Europa se pusieron de acuerdo para crear un nuevo campeonato, la Superliga, en competencia con los torneos organizados por la UEFA (Champions y Europa League), para generar más dinero a través de la venta de sus derechos audiovisuales. Esta propuesta, si bien ha fracasado momentáneamente, va a tener consecuencias en el futuro del fútbol profesional, porque los promotores de la propuesta siguen pensando que el sistema actual no les conviene y porque ha generado, quizás, un clima de confrontación entre los grandes clubes y la UEFA. La UEFA ha intentado abrir expedientes a estos clubes, pero la justicia suiza lo ha impedido.*

Este es un recuento breve de los últimos acontecimientos en el mercado.

JTM: Como primera reflexión, es verdad que la Superliga decía al principio que solo era una respuesta contra la UEFA por la Champions League, pero no era así, también iba contra las Ligas Nacionales aunque los clubes digan lo contrario. Este modelo de Superliga, modelo diferente, ya lo intentó la UEFA y la ECA (European Club Association) en el 2019, y las grandes y pequeñas Ligas de Europa nos opusimos muy duramente y conseguimos pararlo.

Ya en su momento hicimos un estudio de estas hiper competiciones supranacionales Europeas y se demostró que causaban un daño a las Ligas Nacionales. En nuestro caso en concreto, el estudio hecho por KPMG calculaba que nosotros por temporada perderíamos 2 millones de euros. Por tanto, no es un tema únicamente contra la UEFA, sino también, contra las Ligas Nacionales. Además, es fácil entender que si existe una Superliga que genera más dinero para únicamente 15 clubes, luego si se va a las competiciones nacionales la diferencia económica se hace más grande y visible y, básicamente, se está matando al campeonato nacional. Se rompe el ecosistema del fútbol nacional, no solo el de la UEFA.

Luego, este modelo de Superliga, sin ser tan jocosos, era “Robin Hood al revés”, Robin Hood robaba a los ricos para dárselo a los pobres, este modelo robaría a los pobres para dárselo a los ricos porque mataría a los equipos pequeños y medianos para dárselo a los grandes.

Cuando se analizó el tema desde la perspectiva de competencia, en España se acordaron unas medidas cautelarísimas, sin oír a todas las partes, por parte un juzgado en lo mercantil en Madrid. Este juzgado mercantil, además, de forma sorprendente planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la posición (dominante) de la UEFA, que ya veremos lo que responde. Lo primero que hay que analizar es que para la adopción de las medidas cautelarísimas se han oído solo a 3 clubes. Ni la UEFA ni la Liga fueron oídas a pesar de haberse personado en el procedimiento. Hay mucho que discutir sobre si el modelo de la UEFA es un modelo de monopolio, pueden haber decisiones monopolísticas, pero yo creo que hay un detalle no analizado que es saber si es lícito o va contra la competencia que unos clubes que participan todos los años en la Champions League pueden al mismo tiempo crear una competición distinta que es competencia directa de la primera. O bien si debieran primero retirarse antes de crear su propio torneo.

Estos clubes han estado 3 años trabajando en el proyecto, a la par que competían en la Champions de la UEFA, para crear una competición aprovechando los datos que se les brindaban. ¿Quién ha hecho una competencia desleal a quien? Si quieren hacer la competencia creando un nuevo torneo que lo hagan, pero, si compiten en la Champions League no pueden actuar de esa manera. Considero que no se puede ni se debe.

El segundo tema, que es más relacionado a competencia, consiste en saber si estos grandes 15 clubes de Europa han incurrido en una concertación de empresas que afecta a toda la Unión Europea. Cuando existe una concertación de empresas de este nivel del que se está hablando habría que pedir permiso a la Unión Europea. ¿No está causando un daño a todo el tejido industrial del deporte de la Unión Europea? Desde mis modestos conocimientos de competencia es mucho más grave lo que se quería hacer contra la competencia del deporte de la Unión Europea que lo que está haciendo la UEFA actualmente. Hay que recordar que la UEFA no obliga a nadie a competir en la Champions League, es voluntario.

El deporte necesita una cierta regulación. Lo que se debe intentar evitar son decisiones monopolísticas de la UEFA, de la FIFA, de las federaciones y yo he sido el primero en criticar a la UEFA de muchas decisiones. Creo que en parte puede tener razón la UEFA y también sobre los expedientes sancionadores.

JLC: *¿Qué consecuencias podría tener en las ligas nacionales y en particular en España, si la propuesta de Superliga prosperase y qué medidas adoptaría La Liga para mantener el interés de los aficionados en el campeonato y no perder ingresos provenientes de la venta de derechos audiovisuales? ¿Desde un punto de vista jurídico, cabría excluir a los clubes que decidan incorporarse a la Superliga?*

JTM: Sobre las consecuencias en las ligas nacionales ya lo he mencionado. Ahora, sobre la viabilidad de una Superliga, tal como se ha configurado, está muerta. El problema es que la Superliga es un concepto ideológico que viene desde hace 20 años. Lo que defienden es que los grandes clubes, las potencias económicas, tienen que dirigir el fútbol. Esperemos que eso nunca llegue adelante. En el fondo lo que se quiere es organizar, mandar, quedarse todo el dinero posible, encima, éticamente es ya reprobable pues el dinero que reciben los grandes clubes siempre acaba en el bolsillo de los jugadores. Se deben poner límites éticos a todo pues al final eso se traduce a que en vez de 9 Porsches ahora tengan 11.

La competencia está para dinamizar al mercado, para beneficiar al consumidor, pero no para permitir asociaciones que destruyan los tejidos industriales. Yo creo que es un caso clarísimo que lo que busca la Superliga es destruir el tejido industrial de este deporte.

JLC: *Siguiendo con la Superliga, ¿Cree que la UEFA está actuando de forma adecuada o está utilizando de forma abusiva su posición de dominio en este mercado? ¿Qué consecuencias podría generar una respuesta positiva del Alto Tribunal en el futuro del fútbol profesional a nivel nacional? ¿Cree que el derecho de la competencia es un instrumento adecuado para poner orden en este conflicto?*

JTM: Sobre el abuso de posición de dominio, el que exista solo una competición en Europa de deporte no significa que haya un abuso de posición de dominio. Hay una competición que creó la UEFA, otros pueden crear la suya pero deben retirarse antes de la competición de la UEFA. No se puede seguir compitiendo a la par en dos competiciones, forrándose de dinero, participando en la gestión (como los contratos de televisión de la Champions League en los que se conocen de los años, se saben los importes de los más de 100 contratos de la UEFA) ¿Como se puede participar y hacer otra competición? Eso no puede ser.

Insisto. Hay una concertación de empresas que supondrá un abuso de posición de dominio colectiva en el mercado. Habrá que estudiar si eso es leal o desleal o viola las normas de competencia. Yo no tengo la menor duda de que la Superliga viola las normas de competencia. Ello porque el acceso a la UEFA es voluntario. Segundo porque la distribución económica de los importes es más equitativa con el sistema actual y se busca destruirlo en beneficio de unos pocos.

Otra cosa es si la capacidad disciplinaria de la UEFA puede constituir un abuso de posición dominante, la acción puede ser. Pero no por se, habría que demostrarlo.

JLC: *En ese sentido, ¿Considera que está bien que se haya judicializado el tema? Es decir, ante tribunales que pueden no entender precisamente esta filosofía sobre la solidaridad que debe existir para que el fútbol no solo sea un espectáculo sino también para que este promueva el deporte a niveles de los niños y la juventud.*

JTM: Yo creo que hay una especificidad del deporte. Ahora mismo se discute en la Unión Europea si el geobloqueo del mundo del deporte, de la cultura, va en contra de la libertad de circulación de bienes y servicios. Yo creo, y pienso que va a ser así, que esa especificidad la va a reconocer el Tribunal de Justicia Europea. Pero, yo creo además que da lo mismo que diga que pueda hacerse una Superliga porque esta no podrá hacerse dado que la gran industria de Europa, no de la unión Europea, sino de Europa, incluyendo a Inglaterra por ejemplo, ha puesto sanciones duras a los clubes hasta el extremo de que, en Inglaterra los partidos políticos van a proponer una ley por la que aquel

club que se vaya a jugar una competición no reconocida por las instituciones del deporte mundial, así como sus jugadores, no podrán jugar la Premier League. Es un debate mucho más profundo el de la competencia y me alegro que se plantee porque a lo mejor hay una cuestión que se debe corregir en estas instituciones

JLC: *Sí, quizás debe ser la justicia quien establezca los límites, tanto a la UEFA como los clubes que forman parte de los torneos y que, como comentas, aprovechan toda la información que tienen de lo que se genera tanto en los torneos nacionales como europeos para formar su propio negocio.*

JTM: Nosotros en España hemos tenido demandas contra la federación en órganos de la competencia en tribunales de lo mercantil y hemos ganado recientemente una sobre los partidos de los lunes y los viernes. Decían que ellos tenían competencia para decidir si se puede jugar lunes y viernes y la audiencia judicial de Madrid ha decidido que no es así. Esas cosas sí que hay que modularlas porque es verdad que se dan estos abusos de posición dominante de las instituciones deportivas que incurren en decisiones arbitrarias y abusivas.

LAS REGLAS DE CONTROL ECONOMICO EN EL FÚTBOL

TZF: *En materia de control económico existen reglas que regulan y limitan la capacidad de gasto y endeudamiento de los equipos para prevenir y evitar en lo posible los riesgos de impagos y de suspensión de pagos que en épocas anteriores ocurrían frecuentemente. Estas reglas garantizan una competencia basada en el uso de los recursos que cada equipo es capaz de captar o producir, lo cual incentiva a los equipos a innovar, ser más eficientes en el uso de los recursos disponibles y mejorar la calidad del espectáculo.*

No obstante, las reglas de control económico pueden constituir un obstáculo a la competencia (level playing field) si estas reglas difieren entre las distintas ligas y son susceptibles de favorecer a algunos equipos con mayor capacidad económica con respecto a otros (como se ha puesto de manifiesto en el caso del PSG o el Manchester City). Por otro lado, el permitir mayor capacidad de endeudamiento, en función de las reglas de cada torneo, puede desvirtuar la competitividad de las ligas y desequilibrar la capacidad de los equipos en la contratación de los jugadores.

¿Las reglas de control económico deberían ser similares y la UEFA debería proponer una armonización en este apartado, teniendo en cuenta que regula un deporte en el que actúa como regulador y organizador (juez y parte)? ¿Cómo se podría garantizar el principio de libre competencia de forma más ortodoxa?

JTM: Como primera cuestión, las normas de control económico en España ya han sido santificadas por los tribunales y no son normas que van contra la competencia, al contrario, favorecen a la competencia. En el pasado había muchos casos de clubes que no pagaban impuestos y con ese dinero fichaban jugadores, por ejemplo. Sí que sería deseable armonizar el control económico en Europa; pero, no armonizarlo hacia lo que parece que se quiere ahora, liberalizando mucho más las aportaciones ilimitadas de los dueños, porque eso lo que genera es inflación y perjuicios para el resto de los equipos. De hecho, yo creo que la armonización debiera girar hacia el sistema que tiene España y lo compararé con lo que ha ocurrido en Italia donde varios clubes están quebrados, en Francia donde la situación de algunos clubes es crítica, o Inglaterra. En Alemania la situación económica de los clubes es diferente, mucho más saneada porque tiene un control económico similar al nuestro y nosotros estamos en una situación muy decente, dentro de esta crisis tan dura provocada por el COVID.

Pero si sería idóneo, armonizar, porque es verdad que hay clubes españoles que dicen que las reglas de España son más duras, pero si nosotros relajamos las reglas y permitimos a los clubes entrar en dinámicas como la del PSG, con el tiempo se van a arruinar porque para mantener a ese nivel de

jugadores hay que pagar muchísimo dinero. Ello es peligroso porque los clubes Estado, los Mecenases hacen cargo de esta industria y eso solo trae inflación, inflación de la mala.

Nosotros, en Laliga, estamos defendiendo que el socio pueda aportar dinero a sus clubes; pero con límites. Así, del dinero recaudado solo un 25% puede destinarse al pago de los salarios de jugadores y durante un periodo determinado. Es decir, si se aportan 100 millones de euros se dejaría solo un 25% para jugadores, no los 100 millones.

Sin embargo, en otros países esto no está siendo así. Se han llegado a falsear patrocinios. Ahora mismo en el Manchester City ha sido sancionado ¿cuál fue el problema de la sanción? Que Etihad Stadium, compañía de Abu Dhabi, pagaba un dinero fuera del mercado de patrocinio y con eso engañaban y hacían dumping económico. Cumplían teóricamente las normas de la UEFA pero era falso. O ahora mismo el PSG lleva en la camiseta a Accor Hotels cuando casualmente el 10% de Accor Hotels es del fondo soberano de Qatar.

Cuando miramos los números del Manchester City y del PSG en ingresos comerciales vemos que tienen más ingresos comerciales que el Real Madrid, el Barcelona y el Manchester United, y eso no es verdad. Este tipo de conductas es lo que hay que vigilar junto con las aportaciones ilimitadas. Es muy peligroso permitir estas prácticas en la industria del fútbol.

JLC: ¿Cree que las ligas latinoamericanas deberían adoptar modelos de gestión diferentes a los actuales para poder ser más atractivos, para generar más dinero con la venta de los derechos?

JTM: Sin duda, la mayoría de los países de LATAM no tienen ligas independientes o autónomas dentro de las federaciones. Hay una asociación de clubes pero no una liga como en España.

En Latinoamérica una Liga con bastante autonomía es la de Ecuador, por ejemplo. Sin salirse del ámbito federativo, el fútbol profesional y los clubes profesionales tienen que auto gestionarse no pueden depender de una federación pues la federación gestiona además a la selección nacional y a todos los jugadores. Las propias empresas y clubes deben tomar sus propias decisiones.

Nosotros en Ecuador estamos haciendo un trabajo muy bueno. El director general de la liga ecuatoriana es un empleado de La Liga. Estamos trabajando en este modelo y estamos cambiando las pautas en la gestión económica, En relación a los derechos audiovisuales, estamos asesorándolos para ser mas eficientes y ha habido un muy buen avance. Creo que eso debe hacerse también en el resto de los países de Latinoamérica.

No se trata de irse de la federación, sino de mejorar la gestión de la competición de la primera división del fútbol. La competición a ese nivel debe autogestionarse por los clubes participantes, porque son los que pueden generar la riqueza y repartirla de forma equitativa entre ellos mismos, respetando reglas de control económico. Es lo que veo que les está costando hacer en Latinoamérica.

EL PLAN IMPULSO DE LA LIGA

En el mes de diciembre del año pasado la Asamblea general extraordinaria de la Liga ratificó con una mayoría superior a la mayoría reforzada el proyecto la Liga Impulso. Es un acuerdo estratégico alcanzado con el Fondo de Inversión CVC para impulsar el crecimiento global de los clubes. Entendemos que en total 37 de los 42 clubes votaron a favor de la materialización del mismo y el acuerdo permitiría a la Liga que lleve a cabo proyectos de crecimiento, de consolidación desde el punto de vista tanto deportivo como empresarial.

JLC: *En primer término, quisiéramos que nos diga ¿cuáles son los objetivos de este acuerdo firmado con CVC? y ¿cuáles son los acuerdos a los que llegaron las partes, en este caso CVC y la Liga?*

JTM: El objetivo del proyecto Impulso, es realizar una inversión a través de unas cuentas en participación que es una figura jurídica que no se utiliza muy a menudo pero que en España se utiliza en ocasiones. La inversión es de 2,000 millones de euros que se reparte entre los clubes y que está destinada fundamentalmente a los siguientes objetivos: el 70% a infraestructura, digitalización e internacionalización de los clubes, es decir no se puede gastar en jugadores ni en salarios de jugadores; sino tiene un destino final de adelantar procesos de crecimiento del fútbol español que orgánicamente los clubes nunca harían, porque están sometidos a la presión de resultados deportivos, que hace que gasten la mayor parte del dinero que generan en inversión deportiva y no en infraestructura. Esta operación obliga a la Liga y sus clubes a anticipar las inversiones que de otra manera se tardaría 20 años en realizar.

El acuerdo es complejo, pero lo podemos resumir en que: a cambio de un porcentaje (el 8%) de los beneficios que se obtengan tanto de la venta de derechos audiovisuales como de la venta de derechos de patrocinio y licencias, durante los próximos 50 años; es decir, por el 8% de los beneficios que podamos obtener en la futura venta de los derechos audiovisuales y de los patrocinios, (beneficios netos descontando gastos), los clubes han «adquirido» esa participación de 2,000 millones de euros en el fondo de inversión. No estamos frente a una operación de financiación, estamos frente a una operación de riesgo, dado que ese 8% puede variar al estar sometido a la evolución (positiva o negativa) de los ingresos por derechos audiovisuales que se generen en cada temporada. Lo que hace esa compra del 8%, es que podamos modernizar las infraestructuras y mejorar la organización del fútbol español para crecer cuanto antes y el 92% restante beneficie a cada club en la medida que corresponda. Nosotros estamos convencidos de que cuanto mejor se invierta ese 8% del CVC se obtendrá mayor rendimiento del 92% restante de la Liga.

JLC: *¿Qué papel juega aquí la Liga y qué papel juega CVC?*

JTM: La Liga es la gestora de los derechos audiovisuales en España, no es la dueña pero sí la gestora, es la que ha hecho las cuentas de participación con CVC y es la que ha recibido el dinero para repartirlo en condiciones similares a los clubes, a través de un préstamo participativo. Para optimizar fiscalmente la operación hemos decidido que se haga a través de un préstamo participativo. El papel de CVC es de mero observador, no tiene poder de decisión ni derecho de veto, solo de información. Tiene derecho a participar en el consejo de administración de una compañía mercantil que hemos creado al respecto, pero no tiene mayoría ni tiene derechos de veto en el ámbito de la toma de decisiones; esto refleja claramente que confía en la Liga, en los clubes y en el trabajo que hemos hecho en los últimos años.

JLC: *¿No le parece mucho tiempo el contrato para 50 años?*

JTM: Cuando se hacen estas operaciones de «equity», y que no son de financiación, son para siempre. En Francia, por ejemplo, el Senado aprobó una Ley, hace 20 años, para crear una compañía mercantil, a la que los clubes aportan sus derechos audiovisuales y derechos comerciales de forma similar a nuestro sistema, y vender hasta un 10% de la representación de esa compañía de forma permanente, no solo para 50 años. Son operaciones de «equity». Crear una compañía mercantil es para siempre, si sus resultados son positivos.

La valoración que ha dado CVC a la Liga ha sido lo mejor que se ha hecho en España, y eso que no es una inversión para toda la vida, sino solo para 50 años.

Las críticas siempre están dirigidas a la venta del 8% por 50 años, pero la valoración de la inversión hay que realizarla con relación a su valor de actual. Hay que ver el crecimiento de la competición y lo que te produce percibir estos 2,000 millones de euros en estos momentos. Por ejemplo, el Valencia tiene un estadio que lleva 12 años parado y si invierte en construcción para finalizar el nuevo estadio ¿Cuánto le va a generar ese estadio al Valencia por los 80 millones que va a percibir? Probablemente lo va a recuperar en seguida como consecuencia de la inversión. De otra manera no podría acceder a una financiación para finalizar esta importante inversión.

JLC: *Además de las ventajas en términos económicos, ¿los clubes van a recibir una cantidad en función de lo que facturan en derechos audiovisuales, a nivel global o solo lo que se produce por su venta en el territorio español?*

JTM: Es todo lo que se genera a nivel global.

JLC: *Hay muchos países que en estos momentos no están comprando los derechos de La liga, pero ¿si en un futuro entran a comprarlos?*

JTM: La cantidad subiría, pero ya vendemos a todos los países. Eso no es nuevo, nosotros vendemos a todo el mundo. Hay que tener en cuenta que vendemos a empresarios de primer nivel mundial. Aunque no dé la sensación tengo que decir que en esta operación han intervenido 38 asesorías jurídicas de clubes, los mayores de España. Se ha intoxicado mucho con la operación, porque evidentemente al Real Madrid no le interesaba que esta operación saliese, ya que cuanto más grande es la Liga, es decir cuanto más crezcamos, más difícil será que salga su proyecto de Súper liga.

JLC: *¿Qué se quiere conseguir con la inversión del 70% del fondo en infraestructura? Además de mejorar estadios, ciudades deportivas, etc. ¿también se está pensando en ayudar y promover el fútbol base?*

JTM: Hay que tener en cuenta que la parte que destinamos a la federación o destinamos al Consejo Nacional de Deportes no viene afectada por este 8%, por tanto, se benefician del crecimiento que podamos tener. Con todo este proyecto si se genera más ingresos por la venta de los derechos audiovisuales, una parte de los ingresos irá al fútbol base español y también a otros deportes por tanto, claro que se beneficia al deporte en general.

JLC: *En cuanto a las condiciones de inversión establecidas del 70% ¿quién las ha impuesto? ¿ha sido la Liga quien ha impuesto a los clubes invertir una parte en infraestructura y otra en amortización de las deudas?*

JTM: Han sido los clubes, todo pasa por la Asamblea y se aprobó. Nosotros presentamos el proyecto y propusimos que el 70 % se dedicara a inversión en infraestructura, digitalización, internacionalización y disminución de deuda, y un 15% para mejorar los salarios de jugadores. La propuesta fue aprobada por 38 clubes y son ellos los que han firmado el acuerdo.

TZF: *Efectivamente hay todo un desarrollo en esta operación, en las organizaciones jurídicas imagino que hay toda una complejidad para la ejecución de la misma, por esa razón, queremos hacer algunas preguntas en relación a quienes se han opuesto o no han estado de acuerdo con el proyecto, como estos tres grandes clubes: Barcelona, Real Madrid y el Athletic Club ¿Cuáles serían, de manera más precisa, los motivos de esta falta de acuerdo o de este rechazo?*

Además, si la Liga tiene competencia sobre todos estos clubes de base, cómo se entiende que una vez adoptado el acuerdo en mayoría, haya una situación un tanto pendiente, por el hecho de que estos clubes no la hayan acatado?

JTM: Acatar tienen que acatarla, otra cosa es que nosotros hemos decidido en el sistema del Plan Impulso que aquellos clubes que no quieran no participarán en la venta anticipada del 8% de los derechos. Es decir, el 8% de las cantidades que reciben el Real Madrid, Club Barcelona y Athletic Club de Bilbao no se verán afectadas. Se van a beneficiar de nuestro crecimiento los clubes y la Liga, pero no hemos querido obligar a los clubes; ese es el entendimiento y la solidaridad de la Liga. Sin embargo, estos clubes han interpuesto una medida cautelar para parar este proyecto que ha sido archivada. El Real Madrid por ejemplo nos ha implicado en más de 55 procedimientos judiciales en los años que llevo en la presidencia, de los cuales debo decir que ninguno ha prosperado. Solo ha ganado en dos procesos, pero que no son tan importantes.

Esto tiene el respaldo económico de más del 75% del resto de los clubes de la Liga, a parte que son 38 los que firmaron. En una asociación como Laliga no puedes dejarte dirigir para buscar siempre criterios de unanimidad o de consenso, incluso para pactar siempre con los grandes. En este caso por ejemplo es clarísimo que los intereses del Real Madrid van en contra del crecimiento de la Liga, ya que dicho crecimiento incide negativamente en su proyecto de la Súperliga. Por mucho que digan que la Súper liga no va en contra de las ligas, eso no es verdad; cuanto más fuerte sea la Liga nacional, menos interés tendrán en que exista la Súperliga

TZF: *Precisamente por ese motivo que acabas de mencionar hay una situación distinta al interior de la Liga, tres clubes, y uno de ellos el Barcelona, estaría negociando de manera unilateral con el fonde de inversión. En realidad se trata no solo de un tema de emitir votos, sino que es el funcionamiento de todo un mercado de entretenimiento como es el fútbol y que además funciona de acuerdo a ciertas reglas ¿Qué implicaciones tendría si estos clubes en primer lugar llegaran a acuerdos de manera unilateral? concretamente en este último caso Barcelona y ¿qué implicaciones tendría el contrato en las reglas de aplicación económica que son regulatorias para todos?*

JTM: la diferencia está en que para que tenga ese beneficio del 15% para salarios de jugadores tiene que seguir lo pactado con la CVC. La CVC está condicionada por el plan impulso. Ahora si el Club de Fútbol Barcelona está en negociaciones con CVC, CVC sabe que el acuerdo para que el Barcelona pueda acogerse a las normas que se han establecido con el acuerdo tiene que respetar lo pactado en el Plan Impulso. Ese Plan Impulso está sometido a 75% en inversión en infraestructuras y 15% a reducción de deudas y otros. Si hacen otro plan y no cumplen las normas de control económico que son para que todos las cumplan por igual y si tienen otro tipo de acuerdo, incumplirían las normas de control económico que afectan a todos los equipos por igual.

TZF: ¿Y cómo es que se ve ese trato diferenciado?

JTM: No es que el trato sea diferenciado, es que si el acuerdo sería diferente estaríamos ante situaciones diferentes. El trato sería diferenciado si se firma el mismo acuerdo, pero se le da otro trato.

Ese no es el caso cuando se tiene otro tipo de acuerdo que influirá en el contrato económico, pero puedo anticipar que estas normas del 15% para el pago a jugadores no le influirán. El Barcelona tiene una situación complicada económicamente con fondos propios negativos pues tiene que vender activos para poder llegar a los mínimos salariales y salir de la norma uno por cuatro, una norma que viene funcionando hace muchos años en la Liga. Tiene que hacer muchas más cosas, pero para que se le aplique las normas del control económico, el acuerdo tiene que ser idéntico con las del CVC.

TZF: ¿Hasta qué punto entonces, la Liga va a conocer las condiciones a las que va a arribar?

JTM: Bueno el CVC ya sabe cuáles son nuestras condiciones y siempre fue así. Es igual que con los patrocinios, nosotros hemos dicho muchas veces que no, a ciertos clubes cuando vienen con cierto patrocinio que está fuera del mercado. Si, por ejemplo, viene el Almería con una empresa de Arabia

que quiere patrocinar al equipo con 20 millones de euros pues igual se tiene que volver por la puerta. Consideramos que en un caso como este, un patrocinio por 20 millones de euros estaría fuera del mercado porque en Arabia Saudita el Almería no tiene audiencia suficiente para justificar este patrocinio. Este trato será el mismo para los equipos que firman algo que está fuera de las normas establecidas.

JLC: *Entonces, si el Barcelona llega a un acuerdo con el CVC, un acuerdo bilateral y diferente del firmado con la Liga ¿no podría hacer uso del dinero para otros fines?*

JTM: Si en el acuerdo el CVC plantea las mismas condiciones que nosotros hemos puesto en el Plan Impulso, sí. El CVC está vinculado por el Plan Impulso a todos los efectos cuando pacte bilateralmente con alguno de estos tres clubes de LaLiga. Eso ya se lo explicamos al Barcelona.

JLC: *Entonces, ¿se puede decir que ellos tienen un plan diferente, que va más allá del Plan impulso?*

JTM: Bueno tienen tantos planes, pero no han hecho ninguno, que yo sepa.

TZF: *Para redondear este punto, que se relaciona con la primera parte de tu intervención, es el contrato, es decir, el mismo instrumento jurídico que ha sido firmado por la Liga con CVC, el que compromete también a todos los miembros, más allá de que no hayan emitido su voto a favor, pero para efectos de la distribución, ¿están también incluidos?*

JTM: Como ya lo hemos dicho antes, en la distribución de los fondos percibidos en contrapartida de la cesión del 8% de los derechos que les correspondería a ellos, si el CVC recibe un 8% de los beneficios de los derechos audiovisuales, pues en el caso del Real Madrid, Barcelona y Athletic Club no sería así. El resto de los clubes le compensan ese 8% a los tres clubes. Es decir, económicamente no les afecta el acuerdo.

JLC: *La siguiente pregunta tiene relación con los efectos que va a tener este acuerdo sobre todo en el proyecto de consumación de la Liga en una empresa global de entretenimiento digital, y en todos los planes que tiene la Liga de avanzar en el ámbito digital para tener en un futuro no muy lejano, la posibilidad de interactuar directamente con los espectadores del fútbol ¿Cómo va a incidir esto en el acuerdo? puesto que los derechos audiovisuales entendemos que algún día serán explotados directamente por la Liga y no habrán intermediarios.*

JTM: Aquí no se trata de intermediarios ni de la compra de derechos, nosotros seguimos con la misma estrategia de antes, hay que pensar que una parte de ese dinero, los 2,000 millones de euros, van a la Liga y la otra parte va a la digitalización de los clubes. Nosotros creemos que para poder crecer en valor de derechos audiovisuales es necesario que los clubes inicien un proceso de real digitalización, no de tener solamente unos "community managers" y unas cuentas en redes sociales; esa es una parte pequeña de los procesos de digitalización de los clubes. Hay que potenciar ese camino de los clubes hacia la digitalización y la internacionalización. Nosotros desde la Liga hemos hecho más inversión en el ámbito de la digitalización y ello va a ayudar a crecer en valor a los derechos audiovisuales; de lo contrario no anticiparíamos esos 20 años en ese aspecto, que para mí es muy importante, casi el aspecto más importante del Plan Impulso aunque no sea al que más dinero se va a destinar.

A donde se va a destinar más dinero es a invertir en infraestructura de estadios, porque se van a digitalizar todos los estadios y eso va a generar un incremento de los ingresos de los clubes. Todo lo que implique un mayor incremento de ingresos en los clubes genera mayor competitividad, mejores jugadores, mantenimiento del talento y finalmente es la consecuencia de tener todo un plan.

JLC: *Entonces ¿se estaría no solo modificando el modelo de entretenimiento, sino que además esto daría lugar a un nuevo modelo de negocio consistente en crear nuevos mercados? CVC no solo sería un medio inversor sino que también podría aportar capital y know how por su experiencia en negocios deportivos paralelos?*

JTM: Más que nuevos mercados creo que la forma de incursionar a los mercados va a ser similar pero adaptada a las nuevas tecnologías. CVC, al haber estado ya en la fórmula uno, en el Rugby y también en el Vóleybol, con sus conocimientos y su know how, nos ayuda también como consultor y como participe en esta compañía mercantil que hemos creado; pero no porque CVC vaya a ser parte del negocio, el negocio lo vamos a hacer nosotros. No nos olvidemos que tener un socio con el 8% del nivel de CVC, es debido en gran parte a su nivel experiencia.

Este modelo de fondos invirtiendo en competiciones lo vamos a seguir viendo en otros deportes, es el futuro. Es lo que va a pasar, porque genera mucha más estabilidad a los fondos que se invierten en los clubes, donde hay demasiada volatilidad. En la competición no hay tanta volatilidad y cuando los beneficios pueden ser iguales o superiores hay que aprovecharlos y utilizarlos de forma eficiente. Creo que lo vamos a ver mucho más; en Francia lo vamos a ver en el Fútbol; en Rugby ya está en Estados Unidos e Inglaterra; y lo vamos a ver en muchas competiciones importantes.

TZF: *En la misma línea, en primer lugar, en España se da por primera vez algo similar, como está organizado el mercado, la forma en la cual se da la participación de los clubes. Pero fuera de ello en el mundo europeo, en otras Ligas europeas de fútbol se podrían dar otro tipo de operaciones ¿de qué depende las condiciones que pone CVC? Este acuerdo con estas entidades de orden financiero pero al mismo tiempo adquieren una participación aunque sea pequeña en el negocio, como lo acabas de mencionar ¿cree que esto realmente es un modelo que está a la vanguardia? ¿Es algo a lo que podrían recurrir otras Ligas, quizás?*

JTM: Seguro, estamos a la vanguardia solo con abrir páginas de periódicos se puede ver que los fondos se invierten constantemente, no se puede tener dinero parado porque hasta se paga por eso. Por ejemplo, estamos viendo en España la fusión entre Orange y MásMóvil, para vender y obtener sus propios beneficios. Naturgy es una de las mayores compañías eléctricas de España y participa en fondos de inversión en CVC; o Cortefield de España, están a la orden del día. Lo extraño es que la industria del deporte no haya estado en esto hace más tiempo. En Estados Unidos ya están participando fondos en clubes de la NBA, que incluso tiene una compañía con fondos. Lo que pasa es que, en los deportes siempre ha habido un relajamiento, cuesta salir del estado de confort en el que se encuentran, y no se entiende que hay que aprovechar el mundo del capital financiero que es importante para invertir y crecer.

Estoy convencido que ese 8% que hemos invertido, lo tendremos compensado en cinco años. Porque si no tenemos esos 2,000 millones ahora no creceremos en los próximos años. Hay que tener esa visión de futuro ¿qué consigo invirtiendo ese 8% que teóricamente hoy no me rinde?, pues que mi otro 92% se revalorice de acá a cinco años y valga más del 100% de lo que tengo hoy. Esa es la realidad, si no hago nada lo más probable es que mi 100% que tengo ahora en cinco años valga menos del 92%. El que no entre en esta idea se va a quedar atrás.

Lo importante es que el equipo gestor funcione y, en España han podido comprobar que es así en base a los resultados. No es un resultado de Javier Tebas como presidente; es una consecuencia de la línea de trabajo que los clubes saben que llevamos y la han apoyado. En ocho años hemos casi triplicado el valor de los derechos audiovisuales, hemos hecho una Liga moderna, tecnológica; y pues claro, el gestor dice acá hay un sitio donde debo crecer, los clubes ya saben que ese es el camino del futuro, por lo tanto no se van a equivocar cuando los que estemos hoy nos vayamos. Yo veo que si no hubiéramos hecho esta operación, nos íbamos para abajo.

TZF: *Además, ese acuerdo no solo es de financiamiento para infraestructura, sino que también se crean estos semilleros, es decir se crea escuela para potenciar la generación, asegurar y contribuir de alguna manera a esa garantía del efecto multiplicador.*

JTM: Mira, hay un tema importante, porque la semana pasada nos reunimos con 300 ejecutivos de los clubs y se habló del Plan Impulso durante 2 días. Ahí anuncié que habrá un cambio muy importante en el fútbol español, de llevar talento joven. Porque para poder emprender las cuestiones que estamos hablando: digitalización, internacionalización, se necesita talento y renovar o hacer nuevas áreas en los clubes, y habrá que invertir en personas que tengan talento. Yo creo que es el capital humano es clave, hemos hablado mucho del capital económico, pero para implementar esta inversión de 2,000 millones de euros y para que eso produzca realmente los resultados previstos en el Plan Impulso, se necesita talento. Talento nuevo en los clubes.

TZF: *Además, no solo importar talento, sino generar talento en casa ¿no?*

JTM: Hoy hablábamos en una reunión de la Liga, de la generación en formación, de intentar que el personal en los clubes se adapte a la cultura nueva que vendrá en el ámbito de la gestión de la industria del deporte. Si hasta ahora hemos hecho una revolución en la gestión de la Liga española, ahora vendrá una nueva revolución que va afectar más a los clubes, no tanto a la institución sino que irá más a los clubes. Esto necesariamente requerirá una regeneración del trabajo y del talento y el que no lo haga quedará estancado. Hoy no sirven las mismas formas de trabajar de hace tres o cuatro años, aparte debes estar preparado para lo que va a venir y para eso necesitas formación, preparación cultural y nuevo talento.

TZF: *Sinceramente todo este impulso que se da, sea bienvenido en otras partes a nivel global. En América Latina tenemos otros modelos, se trabajan con Federaciones y es muy complicado y muy complejo hacer una gestión. Este proyecto como la Liga Impulso es una garantía a futuro, es decir no solamente es pensar en aspectos de orden financiero, de equilibrio financiero, etc. Sino también de garantizar el funcionamiento de este mercado. Un mercado que además va hacer una distribución adecuada de la rentabilidad y de alguna manera es interesante de que puedan hacerlo fuera de Europa otras asociaciones.*

Pero lo que importa también son los jugadores, porque se puede tener la mejor infraestructura y no se tienen los mejores jugadores o de lo contrario que la cancha no sea la más idónea. Entonces, apuntar a los jugadores, es decir esta forma de entender el acelerado proceso de la digitalización, de las necesidades de los clubes, de cada una de ellas que es de manera muy diferente en cuanto a recursos y forma de gestión pero un poco saliendo quizás de esa realidad en América Latina, esas condiciones están un poco lejanas no solamente porque un fondo de inversión se haría la pregunta si esto es rentable o no, sino porque aun habiendo ello los jugadores teniendo un nivel internacional en lo profesional, van a migrar a otros países.

JTM: Es que acá se tienen que plantear dos cuestiones: de donde viene y a dónde quiere ir el capital. Además, tiene que haber gestores que conozcan toda esta industria. El próximo martes estaré en Sao Paulo porque en Brasil se está configurando una Liga, constituida con la primera y segunda categoría, y me han pedido que vaya a explicar cuál es el modelo de éxito que ha hecho el fútbol español desde el año 2013, y esto es lo que voy a explicar además de muchas más cuestiones.

Brasil como Liga de competición es un diamante en bruto, pero claro, aún siendo diamante en bruto si no están las personas adecuadas para dirigirlo, no va a venir el capital a pulirlo para revalorizarlo, porque los inversores no van a confiar si no hay un equipo fuerte y competente que sepa cómo gestionar los derechos audiovisuales, por ejemplo. Es el paso previo que hay que dar y por eso es muy importante que la Liga brasileña tenga una institución muy fuerte.

Esto me recuerda un poco a la reunión de ejecutivos que tuvimos en donde, quise volver al pasado para ver cómo era posible que en el 2013 los clubes españoles estuviéramos quebrados, debiendo al estado 1,000 millones de dólares, y a los jugadores, al final de la temporada, alrededor de 300 millones de dólares. Hoy en día, en el 2021 ha venido una compañía a hacer este plan impulso con Laliga, pagando 2000 millones de dólares por un 8% de los derechos audiovisuales. Evidentemente esto ha sido posible porque hemos dado vuelta a todo y hoy no debemos nada ni al estado ni a los jugadores, y los clubes están saneados financieramente. La institución es fuerte, tiene un claro objetivo, está digitalizada y tiene todo lo que necesita. Esto que estoy contando comenzó hace 8 años, evidentemente ha habido un trabajo de control económico muy duro y ¿cuál es el resultado final?, que hemos aprobado el examen de estos 8 años. Y por ello hay unos señores que se dedican a invertir el dinero de un fondo de pensiones que han elegido nuestro proyecto poniendo 2,000 millones de euros, porque creen que van a valer mucho más dentro de 8 o 10 años y que además lo van a poder vender a otros más para seguir funcionando, esa es la prueba de fuego.

En Brasil van a tener que ordenar todo esto, tendrán que tener control económico, una estrategia de negociación y venta de los derechos audiovisuales e invertir en digitalización. Si no toman esa decisión con un objetivo claro y un buen equipo humano, no lo podrán hacer. Esto es lo que pasa con la serie A italiana, donde la CVC también quería financiarla, pero ponían muchos problemas y por otro lado la situación financiera de esa liga es muy preocupante ya que la serie A italiana se está medio arruinando. Pedían los 2,000 millones de euros para gestionarlos, pero no han demostrado nada para obtenerlos, ni siquiera tienen un buen equipo humano para que gestione esos fondos, por lo que no pueden acceder a ningún convenio.

TZF: *Claro, de hecho la confianza no cae del cielo y lo que se debe demostrar son realmente evidencias, estadísticas y equilibrio.*

JLC: *Creo que ha quedado claro y entendemos mucho mejor este proyecto que, como dice Javier es el fruto del trabajo y de la eficiencia de la organización del fútbol en España y la prueba está ahí, es decir si vienen inversores es porque es rentable y van a ganar dinero y lo interesante es que ese dinero se va a utilizar para un fin concreto, que es mejorar el producto al final y seguir teniendo la mejor liga del mundo.*

JTM: Y lo bueno de todo esto es que los clubes prácticamente están convencidos, nadie lo ha discutido y lo han aceptado eso quiere decir que hay un buen liderazgo de la Liga.

ENTREVISTA A CANI FERNÁNDEZ¹

Elaborada y realizada por la Dra. Tania Zúñiga Fernández y el Prof. Juan Luis Crucelegui

INTRODUCCIÓN

El cambio climático y la degradación del medio ambiente son una amenaza existencial a la que se enfrentan Europa y el resto del mundo. Para superar estos retos, el Pacto Verde Europeo transformará la UE en una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, garantizando que:

- Hayan dejado de producirse emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050.
- El crecimiento económico esté disociado del uso de recursos fósiles.
- No haya personas ni lugares que se queden atrás.

El 14 de julio de 2021, la Comisión Europea adoptó una serie de propuestas para adaptar las políticas de la UE en materia de clima, energía, transporte y fiscalidad con el fin de reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en al menos un 55 % de aquí a 2030, en comparación con los niveles de 1990. Es crucial lograr estas reducciones de emisiones en la próxima década para que Europa se convierta en el primer continente climáticamente neutro del mundo de aquí a 2050 y se materialice el Pacto Verde Europeo.

Desde la perspectiva de la política de competencia se prevé una adaptación de las reglas de competencia a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y en particular a los objetivos previstos en el gran pacto verde.

PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la relación entre los principios de competencia y de sostenibilidad? En el ámbito de la política antitrust, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan del Pacto Verde europeo en el análisis de las eficiencias en acuerdos anticompetitivos? ¿Cuáles son los principios aplicables y los límites?

La sostenibilidad, no únicamente medioambiental, sino también económica y social, es un objetivo prioritario en nuestra agenda para los próximos años. De esta forma, la CNMC tanto en su Plan de

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza en 1986, con calificación de Sobresaliente. Licéncia Spéciale en Droit Européen por la Universidad Libre de Bruselas, en 1987, con Grande Distinction.

Ha sido docente de Derecho de la Competencia y de la UE en centros universitarios de prestigio (Toulouse School of Economics, McGeorge University of the Pacific, Universidad Carlos III, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona Graduate School of Economics, entre otros). Fue Letrada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ha sido Co-Chair del Antitrust Committee de la International Bar Association (IBA) (la primera mujer en ocupar este puesto), Vice-Chair del Committee Economics de la Antitrust Section en la American Bar Association (ABA), Officer del International Cartel Task Force de la Antitrust Section de la ABA, y miembro del LPD Council de la IBA. También ha sido Non-Governmental Advisor (NGA) de la Comisión Europea y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ante la Red Internacional de Competencia (ICN). En junio de 2020 fue nombrada presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Actuaciones 2021-2022² como a través de su Plan Estratégico 2021- 2026³ ya ha incorporado los objetivos de desarrollo sostenible como uno de los ejes prioritarios y vertebradores de su actuación.

Como es evidente, hay una clara vinculación positiva entre la competencia y la consecución de los estándares de sostenibilidad deseables socialmente. Los consumidores valoran positivamente, y cada vez más, a las empresas que desarrollan estrategias “verdes” y sostenibles, de modo que la competencia incentiva a que las compañías inviertan en procesos productivos más limpios y adopten otras estrategias “verdes”.

Pero, al mismo tiempo, existen fallos de mercado como las externalidades o las asimetrías informativas que hacen que la competencia no pueda procurar por sí sola los niveles de sostenibilidad deseables socialmente, y ello hace necesarias otras formas de intervención pública. Estas otras formas de intervención, por la vía de regulación o ayudas públicas, por ejemplo, deben ser respetuosas con el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. Y, en ese equilibrio, las autoridades de competencia tenemos un rol esencial que desempeñar a través de nuestras funciones de abogacía o “advocacy”, que en España denominamos promoción de la competencia.

Desde nuestro Departamento de Promoción de la Competencia, hemos incorporado como eje de actuación los estudios y el análisis de las barreras regulatorias que puedan dificultar la aparición de nuevos modelos de negocio sostenibles y de economía verde. Por ejemplo, recientemente hemos detectado que la normativa española dificulta la implantación de nuevos sistemas colectivos de gestión de residuos que podrían favorecer los objetivos que ha asumido España en materia de tratamiento, reciclaje y revalorización, y hemos recomendado cambios legislativos que, si se adoptan, favorecerán, al mismo tiempo, más competencia y resultados más verdes para la economía española.

Pero somos conscientes de que la relación entre regulación y competencia es uno de los retos de futuro. Para ayudar a las Administraciones públicas a que sus regulaciones, sus contrataciones y sus ayudas a las empresas sean eficientes (esto es, que favorezcan simultáneamente la consecución de objetivos medioambientales y la competencia efectiva), acabamos de elaborar unos decálogos, unas recomendaciones en estas tres áreas: regulación, contratación y ayudas públicas.

Asimismo, como ya estamos realizando estas labores desde la perspectiva de promoción de la competencia, en línea con el Documento de Posición⁴ que remitimos a la Comisión Europea en respuesta a la consulta pública publicada en enero de 2021, por el momento, lo que intentamos llevar a cabo es una valoración de las eficiencias en la medida que sean verificables y que estas contribuyan a la mejora de la producción, la distribución o el progreso técnico o económico y, por tanto, puedan compensar suficientemente los efectos negativos. No obstante, somos conscientes de la dificultad a la hora de medir y verificar las supuestas eficiencias medioambientales. Por consiguiente, y siendo también conscientes del incremento en la toma en consideración de este tipo de eficiencias, desde la CNMC proponemos una mayor orientación por parte de la Comisión Europea con el fin de asegurar una interpretación homogénea en todo el mercado único.

2. Teniendo en cuenta los problemas generados por la crisis sanitaria del COVID–19 y sus consecuencias en las economías, ¿qué papel debe jugar la política de competencia en el proceso de recuperación económica para que sea sólida, inclusiva y sostenible?

2 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2021). Plan de Actuación (2021-2022). Véase disponible en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion>.

3 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2021). Plan estratégico (2021-2026). Véase disponible en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-estrategico>.

4 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2020). Nota de prensa. Véase disponible en <https://www.cnmc.es/prensa/cnmc-posicion-green-deal-20201210>.

La crisis sanitaria del Covid-19 ha traído consigo consecuencias enormes, sobre todo de restricción de movimiento que, en los momentos más duros del confinamiento, supusieron que muchas empresas y negocios tuvieran que echar el cierre de sus negocios. Ante estos graves efectos para la economía, tanto en España como en el resto del mundo, es verdad que hemos tenido y tenemos que dar un paso hacia adelante para que la recuperación económica se produzca de una forma sostenible, sólida e inclusiva.

Ante ello, estamos centrando nuestra mirada en relación con este asunto en cuatro grandes ejes.

El primero de ellos, como ya he señalado anteriormente, es el de mantener el esfuerzo y reforzar los controles para poder identificar y eliminar aquellas barreras del mercado innecesarias o desproporcionadas, especialmente en aquellos sectores -como medicamentos, productos farmacéuticos o sanitarios- en los que se vean especialmente afectados consumidores vulnerables o que se hayan visto dañados por la pandemia.

En este sentido, desde algunos sectores se tiene la percepción de que cuantos más trámites burocráticos y obstáculos se interpongan en el camino del operador económico, mayores controles y supervisión se tiene sobre ese mercado a su entrada, pero esto es precisamente lo que puede desincentivar la inversión en estos momentos de incertidumbre. Por ello, percibimos que es especialmente relevante que se simplifiquen los trámites administrativos y burocráticos que se exigen a los operadores económicos para poder acceder al mercado, manteniendo los realmente necesarios para controlar la protección de intereses públicos.

Y no se trata únicamente de los trámites de acceso al mercado. Las políticas públicas que persiguen promover la recuperación económica tienen normalmente también una incidencia sobre la capacidad o los incentivos de competir de los operadores económicos, y los poderes públicos son, afortunadamente, conscientes de ello. Durante estos meses de pandemia, muchas Administraciones públicas han acudido a nosotros para que les ayudemos a elaborar políticas de intervención pública orientadas a que los mercados sean eficientes y contestables.

Sobre la base de nuestra experiencia, y facilitar de modo más transversal la labor tan necesaria de las Administraciones públicas, hemos elaborado unas “Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva”⁵. Se trata de una guía con recomendaciones sencillas que, esperamos, promoverán la actuación pública eficiente y la competencia en los mercados.

En segundo lugar, una de las líneas que queremos seguir es atender a aquellos sectores y, por tanto, también consumidores, que se han visto más afectados por la pandemia. En este sentido, tanto en el Plan Estratégico 2021-2026 como en el Plan de Actuaciones 2021-2022, hemos querido dejar claro nuestro compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y de la Agenda 2030 y, en especial, con el Objetivo número 10, es decir, la reducción de las desigualdades, desde nuestra perspectiva del Derecho de la Competencia y como autoridad reguladora en sectores estratégicos. Al hilo de esta responsabilidad de la que nos hemos hecho cargo, hemos incorporado actuaciones en sectores determinados con un impacto especial sobre los consumidores más vulnerables.

En tercer lugar, el pasado abril de este año aprobamos la Guía sobre “Los beneficios de la competencia para los consumidores”⁶ ya que, aunque hemos detectado problemas estructurales en

5 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2021). Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva. Véase disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2021-01>.

6 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2021). Guía. Los beneficios de la competencia para los consumidores. Véase disponible en <https://www.cnmc.es/guia-competencia-para-consumidores>.

la competencia de determinados mercados a raíz de la pandemia o que se han visto acentuados por ella, también creemos que es especialmente relevante que instituciones, empresas y consumidores conozcan la importancia de nuestra labor y, sobre todo, la de integrar una cultura de la competencia en estos ámbitos. Anteriormente, en junio del año pasado también publicamos nuestra “Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia”⁷ en la que se prevé que se introduzcan programas de cumplimiento, similares a aquellos procedentes del ámbito penal, que prevengan y detecten prácticas restrictivas de la competencia y que, en su caso, establezcan medidas de reacción adecuadas en caso de que se materialice el ilícito en el seno de la empresa.

Por último, la digitalización, especialmente en aquellos momentos en que debíamos permanecer en casa por la situación de emergencia sociosanitaria, se ha vuelto imprescindible en nuestra vida personal y laboral. La revolución digital también ha tenido sus consecuencias en el mercado. Ante ello, desde la CNMC sostenemos que esta digitalización debe ir acompañada de una regulación adecuada para aprovechar todo su potencial.

3. En el ámbito de las ayudas de Estado, la UE ha puesto a la disposición de los EM una serie de fondos para financiar la recuperación económica (MFP 2021 –2026 y Next Generation EU), impulsando la transición digital y ecológica de las industrias europeas. ¿Qué papel debe jugar la política de competencia para que el reparto de estos fondos no solo impulse la transformación económica sino también beneficien al bienestar de los consumidores?

La Unión Europea, en el seno de los Fondos Next Generation, ha acordado invertir 750 mil millones de euros para reparar el daño económico y social causado por la pandemia, en la forma de subvenciones y préstamos que se dirigirán a los distintos Estados Miembros.

En concreto, para España, el acuerdo con la Unión Europea ha concluido que recibiremos una inversión entre los años 2021 y 2026 de 140.000 millones de euros, de los cuales 70.000 millones de euros se corresponden a transferencias directas al Gobierno que luego se dirigirán tanto al sector público como al sector privado del país.

Estos fondos se canalizarán a los mercados por la vía de ayudas públicas o mediante la contratación pública por las Administraciones que reciban fondos o su intervención directa en los mercados. Y, además, los fondos llevan asociados una serie de reformas en los sectores económicos, que en España se han concretado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Gobierno en abril de este año. En todas las vertientes por las que los fondos llegarán al mercado (las ayudas públicas, la contratación pública y las reformas estructurales), hay una clara relación con la competencia.

En lo que respecta a las ayudas públicas, en la UE, corresponde a la Comisión Europea el control exclusivo de su compatibilidad con el mercado interior. Pero ello no elimina el papel que tenemos en la CNMC de asesorar técnicamente a las Administraciones públicas y de procurar, mediante nuestras funciones de promoción (abogacía) de la competencia y garantía de la unidad de mercado, que no distorsionen indebidamente la competencia en los mercados.

Con la contratación pública y la regulación, sucede algo similar. Nuestra capacidad de elaborar estudios, informar preceptivamente las normas o impugnar ante los tribunales las regulaciones y actuaciones públicas que restrinjan indebidamente la competencia apoyan, sin duda, que la

⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2020). Nota de prensa. Véase disponible en <https://www.cnmc.es/prensa/cnmc-guia-compliance-competencia-20200610>.

canalización de semejante nivel de fondos promueva una recuperación económica sólida, inclusiva, sostenible y que favorezca la doble transición, ecológica y digital.

En definitiva, la asignación de recursos e inversión procedentes de los Fondos Next Generation se debe producir de forma correcta, competitiva y no discriminatoria para que la canalización de estos fondos en la economía cumpla con los objetivos de transformación económica y social que tiene encomendados. La CNMC va a estar vigilante a todo este proceso y va a colaborar con las Administraciones Públicas para la consecución de estos objetivos que, en todo caso, deben repercutir en una mejora del bienestar de los consumidores.

4. El proceso de concentración económica y el aumento de poder de mercado va a ser una de las consecuencias de esta crisis, ¿cómo se va a conjugar la necesidad de promover una recuperación económica inclusiva que permita el mantenimiento de los puestos de trabajo, con los objetivos de sostenibilidad y con objetivos más tradicionales como la reducción de los precios o el impulso de la innovación tecnológica?

En primer lugar, debemos tener presente que la política de competencia es una herramienta muy efectiva y sin coste para las arcas públicas para fomentar el crecimiento económico, el empleo y la innovación. En nuestro Plan Estratégico 2021 – 2026 hemos dejado claro que todo el proceso de transformación en el que estamos ya inmersos, fundamentado en la digitalización y la transición ecológica, no puede ni debe afectar negativamente a los consumidores y, en especial, a aquellos más vulnerables.

La competencia es un instrumento clave para mejorar las condiciones de consumo. En este sentido, como he comentado anteriormente, la Guía sobre “Los beneficios de la competencia para los consumidores” que publicamos en abril de este año es un documento que, de una manera muy divulgativa, quiere hacer llegar a cualquier consumidor y usuario, y en definitiva a la sociedad en general, la importancia de la competencia, cómo nos beneficia como consumidores y, entre otros, los instrumentos que la ciudadanía tiene a su alcance para informar de situaciones que consideren que afectan a la libre competencia.

En particular, me gustaría destacar que la política de competencia tiene efectos especialmente positivos para los colectivos más vulnerables: si hay más competencia, se abaratan los precios y ello lleva a que los consumidores puedan acceder a una mayor gama de productos; se ahonda en una mayor inclusión económica; y en los mercados competitivos se estimula la productividad y la innovación, lo que conlleva que existan en las economías mayores oportunidades de empleo y emprendimiento.

La llegada de los Fondos Europeos comentados, y su canalización en nuestro país a través del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, va a permitir avanzar y acelerar todos los cambios necesarios en nuestra economía para la transformación hacia un modelo económico sostenible, sólido e inclusivo.

Como bien indica la pregunta, el objetivo de promover una recuperación económica inclusiva debe aunarse con los objetivos de sostenibilidad y con los objetivos “tradicionales”, no los podemos ver como cuestiones excluyentes en sí mismas.

No obstante, es cierto que la integración de sostenibilidad en el análisis sustantivo en las decisiones de política de competencia implica cuestiones complejas. Como advertimos en nuestro Documento de Posición sobre el Green Deal anteriormente mencionado, puede haber, por ejemplo, problemas en la medición de las eficiencias o en la ponderación de costes y beneficios.

En este sentido, particularmente para ese proceso de concentración económica que seguramente veamos en los próximos años y con el fin de coadyuvar a ese cumplimiento de recuperación inclusiva, en la CNMC consideramos que puede ser positivo incluir criterios de sostenibilidad en el análisis de concentraciones. Eso sí, como parte de la evaluación de eficiencias que debe llevar a cabo cualquier autoridad de competencia para autorizar o no la concentración.

En definitiva, la adopción de estos criterios en el análisis de concentraciones va a requerir en todo caso la revisión de las herramientas de evaluación disponibles a la hora de analizar las concentraciones. Lo que debemos tener presente es que la inclusión de los objetivos de sostenibilidad y todo lo que ello conllevará en la política de competencia debe hacerse siempre preservando la competencia efectiva – en nuestro caso evitando la fragmentación del mercado interior de la Unión Europea – y sin que la inclusión de los objetivos de sostenibilidad en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia pueda servir de excusa para adoptar decisiones únicamente basadas en las eficiencias medioambientales que puedan alterar la competencia en un mercado.

5. Desde la perspectiva de la promoción de la competencia, el principio de competencia debe ser tenido en cuenta en la elaboración y aplicación de otras políticas (industrial, fiscal, social, etc.). ¿Qué actuaciones va a emprender la CNMC para que los gobiernos (central y autonómicos) tengan en cuenta y respeten este principio a la hora de elaborar nuevas regulaciones o de establecer procedimientos administrativos para el acceso a determinados mercados (permisos, licencias, etc.)?

Para la CNMC es fundamental que el principio de competencia se tenga en cuenta por parte de las Administraciones Públicas a la hora de ejercer sus funciones. Otro de los objetivos que enunciamos en nuestro Plan Estratégico 2021-2026 es la necesidad de consolidar una cultura de competencia y de buena regulación en la economía y sociedad española. Entendemos que es clave que los beneficios de nuestra actuación sean vistos por la sociedad en su día a día y que se materialicen en la actividad del sector público.

Por todo ello, la CNMC ha llevado a cabo y va a seguir llevando una intensa actividad para informar a los gobiernos sobre la relevancia de tener presente este principio tanto a la hora de nuevas regulaciones como a la hora de abrir, por ejemplo, procedimientos de contratación pública. Voy a referirme a tres actuaciones “bandera” de nuestra actividad de promoción (abogacía) de la competencia con las administraciones públicas.

En primer lugar, la guía a la que me he referido ya varias veces a lo largo de la entrevista, y a la que ahora me gustaría detenerme más detenidamente: las “Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva”. Una guía que parte de una premisa clave: las medidas de intervención pública deben favorecer la competencia en los mercados. Consideramos, por tanto, fundamental que los poderes públicos se basen, apoyen y apliquen los principios de regulación económica eficiente en todas sus actuaciones, en particular, cuando legislan y regulan actividades económicas, cuando aprovisionan y procuran servicios en el mercado y cuando otorgan ventajas de cualquier clase a las empresas. Principios como la planificación, el análisis ex ante y la evaluación ex post, la neutralidad competitiva y la no discriminación son fundamentales para la eficiencia de las políticas públicas.

En segundo lugar, nuestra labor de promoción (abogacía) de la competencia en la contratación pública, que merece un comentario específico. La contratación pública en nuestro país tiene un peso en términos del PIB de entre un 10% y un 20%⁸. Es evidente, y más con la capacidad tractora para el

8 Informe Trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

resto de la economía que tienen, la relevancia que cobra tener un marco regulatorio y de licitaciones públicas que garantice y promueva la competencia efectiva en los mercados.

Se trata de un eje de nuestras actuaciones en los últimos años. Ante todo, en la persecución de las prácticas restrictivas de la competencia por parte de las empresas que participan en los procesos de licitación pública (bid rigging). Pero también en el ámbito de la promoción de la competencia, bajo el que, por ejemplo, tenemos en marcha un programa de formación y capacitación para empleados públicos. Más de 2.000 empleados públicos han recibido formación desde que lo pusimos en marcha al poco de formarse la CNMC, y es una cifra que crece cada año, incluso en tiempos de pandemia. Además, estamos inmersos, desde el año pasado, en la actualización de nuestra conocida “Guía sobre contratación pública y competencia”. Estamos abordando, con la participación de la Administración pública, la academia y la sociedad civil, los problemas de competencia que aparecen en cada una de las fases de la contratación pública: desde que se detectan y planifican las necesidades hasta que se decide el modo en el que se contratan o se evalúan los resultados finales. Ya hemos publicado las conclusiones relativas a la planificación de la contratación, y este otoño haremos lo propio con el análisis de convenios y encargos a “medios propios” (entidades públicas instrumentales).

En tercer lugar, quiero referirme a algo que vamos a hacer próximamente. Somos conscientes de que muchas de las restricciones para participar en los mercados provienen del ámbito municipal, que es donde hay, con algunas pocas excepciones, menos medios y menos capacidad de especialización en las Administraciones Públicas. Las Administraciones locales perciben muy lejana la competencia, y, sin embargo, su actuación puede ser decisiva sobre la competencia en los mercados al, por ejemplo, planificar el desarrollo y la ordenación de los espacios urbanos o conceder licencias. Somos conscientes de ello, y de que, además, nos perciben a la CNMC muy lejanos. Con el propósito de acercarnos a la realidad local, vamos a desarrollar un trabajo de revisión de las barreras a la competencia en el ámbito municipal, y esperamos hacerlo en colaboración con las propias administraciones concernidas y con la ayuda de las Autoridades de competencia que operan en las Comunidades Autónomas españolas.

6. Considerando la experiencia europea y la importancia de la convergencia normativa en la política y legislación de competencia, ¿Cree necesaria la adopción o la adaptación de las reglas de competencia a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y en particular a los objetivos previstos en el gran pacto verde europeo, que a su vez implicaría una adopción de los objetivos del milenio establecido por Naciones Unidas? ¿Se trataría de una implementación de mediano o de largo plazo?

En primer lugar, y en línea con todo lo anterior, una política de competencia adecuada puede ayudar a crear riqueza en las economías, beneficiando a los consumidores – como hemos visto, especialmente a los más vulnerables – y, además, sirve como motor de aceleración a la transición hacia nuevos modelos de negocio.

Relacionado con lo anterior y en línea con nuestro Documento de Posición sobre el Green Deal, al que me he referido antes, la contribución de la política de competencia a los objetivos de sostenibilidad debe ser responsable y ser consciente de las limitaciones y posibilidades existentes. Puede ser más fácil, al menos de forma inicial, reorientar las prioridades de trabajo de las autoridades de competencia hacia proyectos relacionados con los objetivos de desarrollo sostenible que implementar modificaciones de carácter sustantivo.

En todo caso, la CNMC considera que todo cambio en los criterios sustantivos de análisis de competencia atendiendo a consideraciones de sostenibilidad debería responder a estos principios: (i) dar predictibilidad a los operaciones económicos; (ii) mantener la coherencia en la interpretación de las normas de competencia de la Unión Europea, en nuestro caso es un aspecto relevante para

evitar distorsiones y fragmentaciones del mercado interior; (iii) mantener la competencia efectiva en el mercado; y (iv) mantener la coherencia del conjunto de las normas de competencia.

La CNMC entiende que, en el actual marco jurídico, la política de competencia puede jugar un papel más activo a favor de la sostenibilidad y de la consecución de los objetivos al desarrollo sostenible.

Por ello, como os he comentado, en nuestro Plan de Actuaciones 2021-2022 y Plan Estratégico 2021-2026 hemos incluido los objetivos al desarrollo sostenible como uno de nuestros ejes vertebradores y hemos previsto e iniciado actuaciones encaminadas a esa reorientación de las prioridades de nuestro trabajo como autoridad de competencia hacia cuestiones que tengan la sostenibilidad y la consecución de los objetivos al desarrollo sostenible como base (por ejemplo: se prevé la creación de un grupo de trabajo que analice la relación entre Competencia y Sostenibilidad).

En definitiva, el camino es largo y es necesario profundizar en numerosas cuestiones, como pueden ser la necesidad de reforzar perfiles altamente especializados en esta área dentro de las propias autoridades de competencia, pero la sostenibilidad y la transformación ecológica están ya presentes y en Europa, con los Fondos Europeos, se van a potenciar todos estos cambios.

Por todo ello, es indispensable que, como el resto de las políticas públicas, la política de competencia esté comprometida con estos objetivos de sostenibilidad con el fin último de contribuir a esta transformación económica y social, preservando siempre el interés general y, en concreto, actuando en beneficio del consumidor.

Consejo de Egresados

A

1. Acosta Álvarez, Gloria María
2. Aguilar Obregón, Alan Kenny
3. Aguirre Alván, Rossana Lisset
4. Alberto Chagua, Luz Milagros
5. Alvarado Ordoñez, Ángela
6. Ancieta Sánchez, Wendy Valeria
7. Angulo Carvallo, Ana Cecilia
8. Angulo Santos, Ana Lucía
9. Arroyo García, Renato Mario
10. Arroyo Tacto, Victor
11. Ataupillco Calderón, Saly Eveling
12. Azerrad Urrutia, Cecilia

B

13. Balbuena Pérez, Humberto Manuel
14. Bar Infantes, Ricardo José
15. Barbieri Rodríguez, Carla Pamela
16. Bayro Valenza, Claudia Livia
17. Bellota Zapata, Jose Carlos
18. Benavides Mendoza, Elmer Alberto
19. Bernal Alcalá, Maria Elena
20. Bringas Aceijas, José Gonzalo
21. Bonnett Escobar, Francisco Roberto
22. Briceño Barboza, Sofía
23. Brocq Montalva, Gonzalo

C

24. Caballero Beraún, Luis de Jesús
25. Caballero Alvarado, Víctor Raúl
26. Cabrera León, Jennifer Elizabeth
27. Cacñahuaray Huillcahuari, Lucy
28. Caiceda Safra, Paola
29. Camones Avendaño, Gabriella Lorenza
30. Campos Kou, Alexandra Cecilia
31. Cano Nuñez, Patricia M.
32. Carbonell Bonilla, Teresa de Jesús

33. Cárdenas Hurtado, Renato
34. Carretera Estrada, Nacory
35. Carrillo García, Giuliana Vanessa
36. Castañeda Panduro, Cinthia Irene
37. Castañeda Cáceda, Jaime
38. Castillo Meza, Miguel Antonio
39. Castillo Chávez, Christian Daniel
40. Castro Ausejo, Sheila
41. Caycho Bravo, Diana
42. Celis Velásquez, Samantha
43. Chaupis Sosa, Daniela Anyela
44. Chávez Granda, Julissa
45. Chávez Manrique De Lara, Katherine Stefany
46. Chávez Gutiérrez, Wendy Elizabeth
47. Chinchay Yacunta, Juan José
48. Ciriaco Bellido, Carlos
49. Común Túpac, Virginia
50. Cordero Maldonado, Lorena del Pilar
51. Córdova Pineda, Daniel Alberto
52. Coronel Meza, Marco Antonio
53. Coronel Pardavé, Natalia
54. Cuadros Gómez, Henry
55. Cubas Sáenz, Alessandra Patricia
56. Cuyutupa Luque, Jorge Carlos

D

57. Delgado Peralta, Wilmer Alexander
58. Delgado de la Flor Dondero, Cinthya
59. Diaz Montalvo, Jorge Armando
60. Díaz Berrú, Katherine Elizabeth
61. Díaz Kong, Alejandra Sarai
62. Dongo Flores, Jose Carlos
63. Durán Vargas, Michael

E

64. Echevarría Carrasco, Katherine Pierina
65. Egúsqiza Cerrón, Pierina Fiorella

66. Escobedo Del Carpio, Rocío
67. Espinoza Unda, Marcelo Daniel

F

68. Farfán Sousa, Ronnie Aldo
69. Fernández Buitrón, José
70. Fernández Rojas, Paolo Junior
71. Figueroa Zárate, Elisa Angelina
72. Flores Menéndez, Fiorella Patricia
73. Fuentes Garrido, Claudia Alejandra
74. Fustamante Fuentes, Sandra Gianina
75. Fung Romero, Cindy Meylan

G

76. Gálvez Paiba, Mónica Patricia
77. Gamarra Aliaga, Nicole Adriana
78. Gamarra Barrantes, Lily Carolina
79. Garaycott Ortiz, Richie Orlando
80. Gómez Bellota, Edson Américo
81. Guardia Muguruza, Lorena
82. Guerreros Gallegos, Luis Enrique
83. Gurreonero Aguado, Leyla Fiorella
84. Gutierrez Avendaño, Michel Fabricio
85. Gutiérrez Suarez, Sara
86. Guzmán Alarcón, Alisson Lisette

H

87. Herencia Chuquihuanca, Amaru Ernesto
88. Hernández Gonzales-Mugaburú, Andrea
89. Hinostroza Sobrevilla, Luis Martín
90. Huapaya Nava, Mario

J

91. Jaime Zamora, Carlos Martín
92. Jiménez Chávez, Cinthia Paola
93. Jiménez Alemán, Jose Alonzo
94. Jiménez Aquíña, Alejandra

K

95. King Kee Handabaka, Alberto Orlando

96. Kuroki Távara, Kioshy Alfredo

L

97. Lafitte Lamas, Samara Annel
98. Landa Farfán, Luis Arturo
99. Lanegra Ramírez, Óscar José
100. Lapoint Castillo, Andrea
101. León Cabezudo, Liz
102. León Vargas, Víctor
103. Limaca Chahua, Ayme Denisse
104. Límaco Medina, Daniel Gustavo
105. Llanos Vergara, Juan Antonio
106. Lolay Huamanyauri, Ingrid Vanessa
107. Lolay Huamanyauri, Yoselin
108. López Matzukaka, Jaime

M

109. Macassi Zavala, Juan Pablo
110. Maita Uría, Dionel
111. Mancada Alcántara, Enrique Alberto
112. Manrique Chávez, Renoir Katia
113. Manrique Kukerelo, Diana Lucía
114. Mantilla Acosta, Bertha
115. Mantilla Acosta, Carla Elizabeth
116. Martínez del Águila, Shane Starsky Mathias
117. Miranda Cabrera, Marycielo Lisbeth
118. Mayhuasca Torres, Pamela
119. Mayorca Munive, Gonzalo
120. Melgar Córdova, Eduardo R.
121. Mendiola Florez, David Enrique
122. Mendoza Jesus, Jenny Estephany
123. Mendoza Luna, José Luis Leoncio
124. Mendoza Guerra, Juan Pablo
125. Mendoza Guerra, Víctor Andrés
126. Merodio Mejía, Lourdes Inés
127. Mogrovejo Rivera, Milagros María
128. Montoro Rodriguez, Daniela
129. Montenegro Monteza, Favio Martín
130. Montes Huamán, Tania Lorena
131. Montes Huamán, Tatiana

132. Mora Paniagua, Carol Julissa
133. Morote Tipe, Leyla Kerly
134. Muñoz Toalino, Luis Alberto

N

135. Navarrete Delgado, Cinthya Rosario
136. Nieto Donayre, Silvana de los Ángeles
137. Nolasco Sanchez, Lei-ly
138. Noriega Egas, Carmen Rocío

O

139. Ochoa Richard, Fiorella Giannina
140. Ocón Soto, Luis
141. Olachea Barbieri, Vilma Karina
142. Olavide Cuba, Ana Zoraida
143. Oliva Castro, Marisol
144. Ordoñez Zenteno, César Augusto
145. Orellana Maldonado, Sybila Antonella
146. Ortiz Fernández, Andrea María

P

147. Palacios Arzapalo, Gladys Giovana
148. Pancca Mamani, Erika Fabiola
149. Pantoja Acuña, Paola Janet
150. Paredes Marroquin, Juan Alberto
151. Paredes Gutiérrez, Marcela Inés
152. Patiño Muñoz, Manuel Alberto
153. Paz Aparicio, Leonardo Daniel
154. Pereira Pinedo, Erika Mercedes
155. Pérez Huamani, Claudia
156. Pizarro Breña, Crizia María
157. Porcel Cornejo, Tely Bladimir
158. Poves Montero, Joyce Pamela
159. Prada Trujillo, Hans Herbert
160. Pretel Tinoco, Patricia Teresa
161. Prudencia Gallegos, Luz Gudelia
162. Puicon Che, Carlos Daniel

Q

163. Quiñones Quiñones, Adan Arturo Alexander

164. Quispe Andía, Mónica Fiorela
165. Quispe Ramírez, Rosa Elvira
166. Quisquia Cárdenas, Stephanie Marissa

R

167. Ramirez Arias, Diego Jesús
168. Ramo Quispe, Adriana
169. Ramos Torres, Tamara Victoria
170. Ramos Lopinta, Elvia María
171. Ricapa Yaipén, Karla Zenaida
172. Rimac Narro, José Luis
173. River Vela, Diana
174. Rivera Rojas, Carlos Mariano
175. Rivero Moscoso, Ángel Renán
176. Rodríguez Carrillo, Karen Stefanie
177. Rodríguez Ríos, Sandra Milagros
178. Rodríguez Yupanqui, Sofía
179. Román Palomino, Karin Nilda
180. Romano Vergara, Natalia Alessandra
181. Ruiz Ramos, Elva Irene

S

182. Sacsá Tello, Eva Yushara
183. Salas Fernández, Andrés Edgardo
184. Salazar Mesías, Gary Octavio
185. Salazar Vallejo, Renzo Javier
186. Salazar Verdi, Sandy Carmen
187. Salinas Lau, Javier Augusto
188. Salvatierra Sinche, Jordano Antonio
189. Sanchez Yaringaño, Gadwyn
190. Sánchez Pavis, Lucio
191. Santillán Espinoza, Jessica Victoria
192. Santos Loyola, Carlos
193. Scapa Passalacqua, Daphne
194. Seminario Córdova, Renzo
195. Shimabukuro Tokashiki, Néstor Raúl
196. Silva Jáuregui, Claudia Giuliana
197. Silvestre Bermúdez, Julia Katty
198. Solís de la Cruz, Valeria Victoria
199. Soto Huerta, Alexander Palermo

200. Suárez Blanco, Walter Gabriel

201. Suca Concha, Alejandro

T

202. Tam Mendiola, Marcia

203. Tantalean Leóng, Mónica Gabriela

204. Toledo Asenjo, Cesar

205. Tomaylla Catacora, Juan Victor

206. Torres Gamboa, Gerardo Santos

207. Trujillo Castañeda, Pamela

208. Tullume Carrión, Giovanna Elizabeth

U

209. Ulffe Carrera, Jessica De Luren

210. Ulloa Zegarra, Sylvia Karina

211. Umezagua Makikado, Angie Carolina

212. Uribe Almeida, María Pía

213. Urrutia Aliano, Luis Eduardo

V

214. Valdez Reyes, Laura Rosa

215. Vargas Antonio, Héctor Diego

216. Vargas Tacuri, Victor David

217. Vásquez Flores, Luis Ángel

218. Vega Gutiérrez, Jesús Andrés

219. Velásquez Ipanaqué, Claudia Katherine

220. Velazco Yábar, Alessandro Carlo André

221. Vera Torrejón, Jose Antonio

222. Vergaray De La Cruz, Marta Yolanda

223. Vigil Martínez, Lourdes

224. Vilca Pulgar, Ericka Elizabeth

225. Vilela García, Luis Fernando

226. Villa Castillo, Rosamaría

227. Villegas Vega, Paul

228. Villegas Vega, Pedro

229. Villegas Calderón, César Pool

Z

230. Zambrano Olivera, Elisa Pamela