

La descentralización de la defensa de la competencia en España y la UE

Carlos Pascual Pons *

Este trabajo se ha realizado con el propósito de servir de material para los alumnos del curso de verano de la Universidad del País Vasco: *La Reforma de la Defensa de la Competencia: Claves y Retos de Futuro*, y no representa la postura oficial del Servicio de Defensa de la Competencia ni del Ministerio de Economía y Hacienda.

Introducción

Con la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se produjo el inicio de una nueva etapa en el desarrollo del sistema español de defensa de la competencia, caracterizada por la coexistencia de autoridades nacionales y autonómicas para la aplicación efectiva de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia (en adelante, LDC).

El reconocimiento de competencias ejecutivas a las comunidades autónomas ha propiciado la creación de numerosas instituciones autonómicas dentro de un nuevo marco de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en España. Así, a lo largo de 2006, a las cuatro comunidades autónomas con órganos competentes ya creados y en funcionamiento (Cataluña, Galicia, Madrid y Valencia), se han unido otras cuatro: Aragón, País Vasco, Región de Murcia y Castilla y León¹. A lo largo de 2007 se ha incorporado Extremadura, estando prevista la próxima entrada en funcionamiento de Canarias y Andalucía. El notable incremento de órganos autonómicos de defensa de la competencia en funcionamiento ha hecho que se haya incrementado sensiblemente en el último año el número de expedientes tramitados por éstos, alcanzándose un total de 38 expedientes frente a los 16 de 2005.

Sin embargo, se trata de una etapa aún inconclusa, ya que es probable que en los próximos años se consolide el proceso con la participación de aquellas comunidades autónomas que aún no forman parte efectiva del sistema descentralizado.

* Director General de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Hacienda. Agradezco la colaboración en la elaboración de este trabajo de Beatriz de Guindos. Los errores son responsabilidad exclusiva del autor

¹ Mediante Decreto 118/2006, de 1 de agosto, se aprobó la creación del SDC por parte de la Comunidad Autónoma de Canarias, adscrito a la Viceconsejería Económica, si bien no ha entrado en funcionamiento en el 2006.

Por otro lado, tras cuatro años de aplicación práctica de la Ley 1/2002, cabría hacer un primer balance de las fortalezas y debilidades del sistema con el fin de mejorar todos aquellos aspectos que contribuyan a reforzar la aplicación eficaz y coordinada de la política de defensa de la competencia y a situarla a la altura de los sistemas más avanzados de nuestro entorno. En este sentido, no debe olvidarse que el proceso de descentralización en España se inspira tanto en el caso histórico de Alemania, en el que existe una aplicación descentralizada por el Estado alemán y los *Länders* desde 1958, así como en la reforma del sistema comunitario que culminó con la aprobación del Reglamento 1/2003², relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. La reforma llevada a cabo desde Bruselas ha supuesto una redistribución de competencias hacia los órganos jurisdiccionales y hacia las autoridades de competencia de los Estados miembros, manteniendo la consistencia y homogeneidad a través de mecanismos muy concretos de coordinación entre autoridades y cauces delimitados de comunicación que permiten garantizar una aplicación eficaz y coherente del derecho de la competencia.

Por lo tanto, la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia en el sistema español se encuentra en un momento adecuado para empezar a reflexionar sobre sus aspectos relevantes, así como los retos futuros y, en particular, las potencialidades que puede suponer en este ámbito concreto la nueva Ley de Defensa de la Competencia³ que entrará en vigor el próximo 1 de septiembre de 2007.

El presente trabajo aborda las siguientes cuestiones: El primer apartado repasa las principales teorías sobre el federalismo fiscal, o teoría de la descentralización económica de las políticas públicas, con el objetivo de encontrar alguna clave que pudiera ofrecer pautas para guiar la descentralización de la política de defensa de la competencia desde el punto de vista teórico, cuestión que se aborda en el segundo apartado. Por último, el tercer apartado describe los principales modelos europeos. El trabajo se completa con una serie de conclusiones, a modo de elementos para el debate.

² 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 Tratado.

³ En el momento de redactar estas páginas, ya existe un texto definitivo aprobado por las Cortes Generales, por 292 votos a favor, 1 abstención y dos votos en contra, aun cuando no se cuente con su publicación oficial en el BOE.

I. Aspectos teóricos de la descentralización: la Teoría del federalismo fiscal.

En la mayor parte de los países⁴, el sector público está estratificado en más de un nivel de gobierno, teniendo cada uno de ellos responsabilidades de gasto y potestades impositivas diferentes.

La Teoría del federalismo fiscal⁵ tiene por finalidad analizar cómo ha de organizarse el proceso de adopción de decisiones públicas entre los distintos niveles de gobierno, determinando en qué casos se justifica la descentralización. La literatura tradicional sobre federalismo fiscal realiza su análisis de la justificación en términos de eficiencia, equidad y estabilidad, mientras que los nuevos desarrollos se fijan en los incentivos de los agentes políticos e instituciones fiscales en un contexto de información imperfecta.

a) Análisis económico tradicional del federalismo fiscal: eficiencia, equidad y estabilidad

El federalismo fiscal tradicionalmente inicia el análisis de la descentralización del gasto público aplicando el esquema funcional musgraviano⁶ según el cual las intervenciones del sector público se dirigen a: proveer bienes y servicios públicos (función asignadora), a redistribuir renta y riqueza (función distributiva) y a conseguir estabilidad y crecimiento económicos (función estabilizadora).

La conclusión a la que llega Musgrave es que las políticas de la rama asignativa deberían poder ser diferentes entre regiones o jurisdicciones, según sean las preferencias de sus ciudadanos, mientras que los objetivos de las ramas de distribución y estabilización, sin embargo, requieren que sea el nivel central el que tenga la responsabilidad primaria.

Desde la perspectiva de la asignación eficiente de recursos, la descentralización se justifica por las mayores posibilidades de lograr la eficiencia en la provisión de los bienes públicos locales (aquéllos cuyo beneficio está limitado espacialmente) debido a la existencia de:

- información imperfecta y asimétrica: se desconocen las preferencias de los individuos de una jurisdicción pero el conocimiento del gobierno local es mayor debido a su proximidad a los beneficiarios, es decir, la autoridad local cuenta con más información sobre la función a maximizar;
- restricciones del gobierno central a la diversificación de ofertas territoriales: la provisión uniforme y el intento del gobierno central de satisfacer a la mayoría frente a las minorías para la captación de votos es ineficiente dadas las diferencias entre jurisdicciones;

⁴ Algunos claros ejemplos son EEUU, Suiza, Australia, Alemania, Canadá o España.

⁵ Oates (1977) define el Federalismo Fiscal como parte integrante de la economía pública: "Sector público con niveles centralizados y descentralizados de toma de decisiones, en el que las elecciones hechas a cada nivel respecto a la provisión de los servicios públicos están determinadas en gran medida por la demanda de estos servicios por los residentes en las respectivas jurisdicciones (y tal vez por otros que desempeñan actividades en ellas)."

⁶ Musgrave, R. A. (1959): The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy, McGraw-Hill, Nueva York.

- movilidad de los agentes: la descentralización crea un cuasi-mercado para la provisión de bienes públicos locales permitiendo una adecuación perfecta entre lo que ofrecen los gobiernos locales y lo que desean los individuos (Hipótesis de Tiebout sobre “el voto con los pies”).

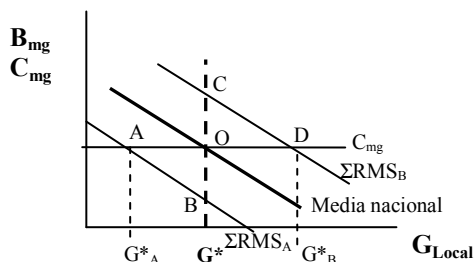
A la vista de lo anterior, cabe concluir que la descentralización de la función asignadora es óptima bajo determinadas hipótesis (características del bien o política pública, tamaño de las jurisdicciones y heterogeneidad de las preferencias, posibilidad de practicar una provisión no uniforme,...), ya que permite obtener una ganancia neta de bienestar⁷.

b) Aportaciones más recientes sobre federalismo fiscal

Una vez descritas los principales enunciados de la teoría tradicional, conviene hacer una referencia a las nuevas aportaciones sobre federalismo fiscal y, en particular, al enfoque basado en el tamaño óptimo de la jurisdicción y los problemas derivados de la falta de información que pone de manifiesto la Teoría de la agencia. Este enfoque parece más apropiado puesto que tiene en cuenta los aspectos, positivos y negativos, relacionados con el funcionamiento de cada nivel de gobierno y la interrelación de éstos con los agentes afectados. Es decir, a diferencia del enfoque tradicional no asume una función de producción idéntica de ambos niveles de gobierno en la provisión del bien o política públicos, sino que trata de determinar cuál de los diferentes niveles es el mejor situado atendiendo a la naturaleza de la política pública a proveer, las capacidades relativas de ambos niveles de gobierno y el contexto de provisión de la misma.

En efecto, el nuevo énfasis sobre la Teoría del federalismo fiscal se ha puesto en el tamaño óptimo que debe tener una jurisdicción para garantizar la obtención de las ventajas derivadas de la descentralización que han sido descritas con anterioridad. Si el tamaño de la jurisdicción es inferior o superior al óptimo, la descentralización podría incluso dar lugar a un resultado menos eficiente que el mantenimiento de una única autoridad central⁸.

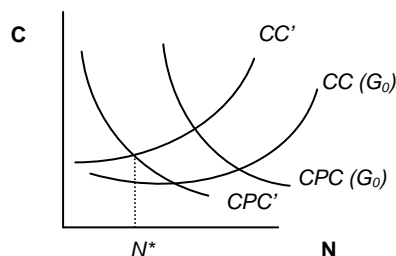
⁷ Dicha ganancia de eficiencia se puede comprobar en el siguiente modelo. En una economía formada por dos jurisdicciones A y B con preferencias distintas para un mismo bien público (G), la provisión central del bien público tenderá a calcular una configuración media de las preferencias del país (“Media nacional”) y realizará una provisión uniforme (G^*). Por el contrario, la provisión descentralizada (G_A^* y G_B^*) adapta la provisión del bien público a las preferencias de los habitantes del área en cuestión (RMS_A y RMS_B , respectivamente) generando una ganancia neta de bienestar para cada jurisdicción que vendrá representada por los triángulos AOB y COD.



⁸ La Teoría de los Clubs de Buchanan asemeja los residentes de una jurisdicción a los socios de un club estableciendo los costes de proveer un bien público local en función del número de

Por otra parte, las nuevas aportaciones en el terreno de la Teoría de la agencia se centran en la consideración de los votantes de una jurisdicción como el principal y al gobierno como el agente, llegando a la conclusión de que la descentralización permite afrontar mejor el problema de la transparencia en la actuación de los políticos y su control ya que con su voto los habitantes de cada jurisdicción mostrarán su satisfacción o insatisfacción. Adicionalmente, la competencia entre los distintos gobiernos descentralizados puede ejercer una presión de carácter disciplinario y eliminar el poder de monopolio del gobierno central.

socios (N) y de la cantidad de bien público a proveer (G_0): Coste= $C(N,G)$; con costes *per cápita* (CPC) decrecientes en N y costes de congestión (CC) crecientes en N , como muestra el siguiente gráfico:



El tamaño óptimo (N^*) será aquél para el cual el coste de congestión adicional por incrementar N en una unidad es igual al ahorro del coste per cápita que supone esa unidad ($CC'=CPC'$).

Mediante el ejercicio de estática comparativa se comprueba que, si aumenta el nivel de bien público (G) aumentará el tamaño óptimo de la jurisdicción y si aumenta el tamaño de la jurisdicción (N), el nivel óptimo de provisión del bien público será mayor.

II. Descentralización de la política de defensa de la competencia

(a) ¿tiene sentido descentralizar la defensa de la competencia?

Con la referencias de los principios de la Teoría del federalismo fiscal, cabe plantear la cuestión de la eficiencia relativa de la aplicación de la política de defensa de la competencia de forma centralizada frente a la actuación de agencias locales para la resolución de conflictos en su jurisdicción.

Siguiendo a la doctrina, podemos distinguir entre ventajas e inconvenientes de dicha descentralización, que interiorizan los planteamientos teóricos antes analizados. Así:

- La descentralización tiene como ventajas que elimina el coste de información para la agencia central, debido a la lejanía entre los agentes implicados (órganos reguladores, consumidores y empresas) y la dificultad de control de la agencia centralizada por la menor información de los votantes y por la imposibilidad de establecer competencia por comparación entre distintas jurisdicciones.
- Por otra parte, la descentralización presentaría como inconveniente el riesgo de captura del regulador que se deriva de los problemas de información en la relación Administración-empresa.

Bajo este esquema, cuanto mayor es la descentralización mayores son las ganancias por la mejora de la información que las agencias puedan obtener acerca de las empresas reguladas y/o supervisadas pero también mayor es la probabilidad de que se produzca la captura del regulador debido a la proximidad entre regulador y regulado. Tal y como se apunta por la doctrina, la descentralización será positiva siempre que el nivel de la captura del regulador sea inferior a la ventaja informativa que posea la agencia local respecto del gobierno central⁹.

No obstante, al margen de dicho *trade-off*, otros autores apuntan que la principal ventaja de la centralización es el aprovechamiento de la mayor dimensión de una agencia centralizada. O, si se quiere, la internalización de las externalidades económicas que potencialmente se generan entre diferentes jurisdicciones¹⁰. Es decir, se trata de una cuestión de economías de escala en la gestión de esta política (aplicación de conocimientos y recursos de unos casos a otros, la mayor dimensión conllevará, por lo general, un mayor efecto disuasorio al aumentar la posibilidad de detección y sanción de las conductas anticompetitivas,...). La otra cara de la moneda, como inconveniente, son los efectos de una elevada carga de trabajo que puede tener que hacer frente una autoridad de competencia centralizada, lo que contribuye a incrementar el tiempo para la resolución de expedientes¹¹ y el riesgo de dejar desatendidos numerosos casos. En suma, las posibles deseconomías de escala o rendimientos decrecientes.

⁹ Jiménez y Campos (2004).

¹⁰ Lulfesmann (2002) y Neven y Röller (2000).

¹¹ Alonso y Rosell (2003).

Bajo este nuevo prisma, la descentralización será eficiente atendiendo al tamaño de las jurisdicciones (o mercados) a supervisar en relación con la eficiencia productiva de las agencias, es decir, su capacidad de generar economías de escala y el tamaño a partir del cual éstas se ven sobrepasadas por las deseconomías. Relacionada con dicha eficiencia productiva, surge la cuestión de la existencia, o no, de un tamaño mínimo productivo para que una agencia pueda funcionar solventemente. Si atendemos a las cifras de las principales agencias de competencia a nivel mundial¹², podríamos extraer las siguientes reflexiones:

- Las agencias mejor valoradas y presumiblemente más eficientes (Comisión Europea, FTC y DoJ norteamericanas y Competition Commission británica) son, por lo general, las de mayor tamaño, lo que podría sugerir la existencia de importantes rendimientos crecientes con el tamaño de la agencia.
- Ahora bien, la mayoría de estas agencias se sitúa en un sistema descentralizado, como es el caso de los EEUU y la Comisión Europea.
- Parece existir, al menos entre las agencias estatales, un tamaño mínimo, que podría indicar un nivel de escala mínimo, en torno a 100 personas y unos 10 millones de € de presupuesto.

Como se puede comprobar, los análisis efectuados hasta el momento no permiten llegar a ninguna conclusión definitiva, y solo posibilitan establecer las relaciones y *trade-offs* ya expuestos. Por otra parte, cabría señalar que la doctrina no ha entrado a analizar el efecto o impacto de otros fenómenos asociados a la descentralización de esta política, como el riesgo de aplicación no uniforme dentro de un sistema descentralizado.

En cualquier caso, la evidencia empírica muestra, sin embargo, numerosos casos exitosos de descentralización de la política de defensa de la competencia. Los más representativos son, sin duda, el sistema comunitario y el caso alemán, claros inspiradores del proceso de descentralización del sistema español.

(b) ¿Cómo asignar los expedientes dentro de un sistema descentralizado?

Una vez asumida la existencia de un sistema descentralizado, debe responderse desde el punto de vista teórico a dos cuestiones: ¿cómo efectuar el reparto de los expedientes entre los diferentes niveles? y ¿cómo establecer los mecanismos de comunicación y coordinación que garanticen una uniformidad de funcionamiento?

Existen dos alternativas para establecer el mecanismo de reparto o puntos de conexión. El primero de ellos es un sistema de competencias compartidas o concurrentes, bajo el que los dos niveles son competentes para analizar todos los casos y el criterio de reparto es discrecional. Este modelo tiene la principal ventaja de que permite actuar siempre a la agencia mejor preparada,

¹² No existen muchas fuentes de estudio comparativo, pero las principales son los indicadores tipo *ranking* de la OCDE y la valoración anual tipo *rating* de la revista *Global Competition Review*.

atendiendo a la naturaleza cualitativa y cuantitativa del caso, en suma, su flexibilidad.

El segundo modelo es el de competencias propias o excluyentes, bajo el cual la competencia es de una u otra autoridad, atendiendo a criterios fijados de antemano según la propia naturaleza de cada asunto. La principal ventaja de este modelo es que proporciona una mayor seguridad jurídica a los afectados acerca de quién será la autoridad competente, minimizando así el riesgo de *forum shopping*¹³. Ahora bien, un requisito imprescindible para que este modelo funcione adecuadamente es que los criterios que determinen la competencia sean claros y precisos.

Por tanto, la descentralización comporta como inconveniente el *trade-off* que se genera entre eficiencia del modelo y seguridad jurídica para las empresas. La situación óptima para el análisis y resolución de un caso se obtendría en un sistema completamente flexible que permitiera la asignación caso por caso en virtud del alcance de sus efectos, la naturaleza del caso y la experiencia y recursos o capacidades relativas de las agencias,... Sin embargo, esta flexibilidad total conllevaría una pérdida de seguridad jurídica para las empresas que podrían estar sujetas a la arbitrariedad en la asignación de asuntos en cada caso. Por otro lado, si este modelo ideal no es utilizado de forma ágil y eficaz podría comportar una importante lentitud de actuación, que se complicaría, aun más, si los criterios de asignación no son pacíficos y dan lugar a conflictos entre las agencias.

Respecto a la segunda de las cuestiones, los mecanismos de coordinación, éstos tratan generalmente de paliar el riesgo de aplicación no uniforme inherente a cada uno de los sistemas. Así, la propia naturaleza de los modelos permite fácilmente deducir que un esquema de competencias compartidas requiere de mecanismos más potentes de coordinación, que generalmente confieren a la autoridad central un papel preeminente, puesto que el riesgo de divergencias y conflictos es mayor. Mientras que en el modelo de competencias excluyentes dicho riesgo se ve atemperado, especialmente si ambos niveles comparten los mismos principios normativos y están sujetos a un sistema de revisión jurisdiccional común.

En cualquier caso, como se verá a continuación al repasar los diferentes modelos, la elección de uno u otro esquema no es taxativa y suele acompañarse de determinados mecanismos que reducen las desventajas de cada uno de ellos, tanto en términos de flexibilidad y seguridad jurídica, como en términos de aplicación uniforme. Estos mecanismos son, típicamente: la posibilidad de reenvío, voluntario o forzoso de expedientes; fórmulas más o menos estrechas de cooperación; comunicaciones sobre el trabajo en red de las autoridades; situación de jerarquía de unas agencias frente a otras,...

¹³ Se suele aludir al *forum shopping* para describir la situación en la que son las partes las que eligen qué agencia se queda con el caso, lo que podría generar, a su vez, problemas de captura de la agencia y provocar conflictos entre las mismas.

III. Principales experiencias europeas de descentralización de la política de defensa de la competencia

a) Reforma del sistema comunitario: el Reglamento 1/2003

En abril de 1999, considerando que ya se había creado una cultura europea de competencia en la UE-15 y con la vista puesta en los posibles problemas que surgirían tras la ampliación a 25 miembros, la Comisión Europea decidió dar el primer paso del proceso de reforma conocido como “modernización de las normas de los artículos 81 y 82 del Tratado CE” con la publicación de un Libro Blanco¹⁴. En las Comunicaciones previas de la Comisión sobre cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión y las autoridades nacionales y la Comisión en la aplicación de los artículos 81 y 82 ya se apuntaba hacia una progresiva descentralización a través de un sistema de responsabilidades compartidas en la aplicación de la política comunitaria de defensa de la competencia. Sin embargo, el Libro Blanco marcó el comienzo de un período de reflexión, consulta y debate que dio lugar a la elaboración de directrices sobre acuerdos verticales y acuerdos de cooperación horizontal durante el proceso de reforma y que culminó con la aprobación del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

Como principal novedad, el nuevo marco normativo supuso un cambio fundamental al introducir un sistema de exención legal, por el cual las empresas, sin necesidad de notificar sus acuerdos a Bruselas, pasaban a valorar por sí mismas si un acuerdo cumple con los requisitos del artículo 81.3, en cuyo caso ya no sería necesario contar con la autorización de la Comisión. La desaparición del sistema de notificación y autorización perseguía lograr una aplicación más eficaz de la normativa de competencia a través de la mayor participación de las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales, que pasarían a ser competentes para la aplicación del artículo 81.3. A su vez, la reforma permitiría a la Comisión, al reducir considerablemente su carga de trabajo, contar con más recursos disponibles para dedicarlos a otras áreas prioritarias. De esta forma se acababa con el monopolio de la Comisión en la aplicación del artículo 81.3 y se instauraba un sistema de competencias concurrentes para la aplicación del artículo 81 en su conjunto, que ya existía para el artículo 82.

Por otra parte, consciente de la necesidad de garantizar una aplicación homogénea y uniforme de las normas de competencia comunitarias, el Reglamento refuerza los mecanismos formales e informales¹⁵ de cooperación, tanto a través del Comité consultivo ya existente bajo el sistema antiguo para garantizar la consistencia de las decisiones de la Comisión, como a través de la creación de una red formal de autoridades de competencia conocida como

¹⁴ Libro Blanco “Modernización de las normas de los artículos 85 y 86 (nuevos artículos 81 y 82) del Tratado CE”, programa de la Comisión nº 99/027, Bruselas, 28 de abril de 1999.

¹⁵ Cabe destacar cómo el artículo 11.5 del Reglamento señala que las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán consultar con la Comisión sobre cualquier caso de aplicación del derecho comunitario.

*European Competition Network*¹⁶. En el mismo sentido, el Reglamento previó una mayor cooperación con los órganos jurisdiccionales¹⁷ a través de la personación de las autoridades nacionales y la Comisión en los procedimientos judiciales bajo la figura del *amicus curiae*.

Así, la aprobación del Reglamento 1/2003, basado en un enfoque más económico, pretendía lograr un adecuado equilibrio entre la seguridad jurídica de las empresas y una protección más eficaz de la competencia, aprovechando el grado de madurez alcanzado por las autoridades nacionales de competencia para llevar a cabo de manera exitosa el proceso de descentralización. Uno de los elementos clave de este sistema de competencias concurrentes es que se basa en una estrecha cooperación, formal e informal, y en la superioridad jerárquica de la Comisión que, atendiendo a los poderes del Reglamento 1/2003 (artículo 11.6 del Reglamento), puede reclamar para su examen cualquier caso abierto por las autoridades nacionales. Esta posición preeminente de la Comisión adquiere su máxima expresión en el artículo 16 del Reglamento ya que los órganos jurisdiccionales al aplicar los Artículos 81 y 82 no podrán adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con decisiones que haya adoptado la Comisión o que tenga previsto adoptar. De este modo, la Comisión se sitúa en un plano de preeminencia frente a los jueces nacionales, lo que sería impensable para el resto de autoridades nacionales.

Por otro lado, el modelo comunitario para el control de concentraciones¹⁸ se configura como un sistema de competencias compartidas. En este caso, no existe un derecho común, como son las prohibiciones de los artículos 81 y 82, al aplicar cada Estado miembros su propia legislación. Una operación de concentración será comunitaria o nacional, atendiendo a determinados parámetros cuantitativos de la operación, relacionados con la cuantía y dispersión geográfica del volumen de ventas de las partes de la operación. A diferencia del Reglamento 1/2003, en el control de concentraciones surgen menos dudas sobre quién es el competente en cada caso, lo que redundará en una mayor certidumbre. Tampoco existe una preeminencia de la Comisión, que no puede reclamar un caso nacional, aunque sí que están previstos mecanismos voluntarios de reenvío¹⁹, que dotan al sistema de una mayor flexibilidad. Asimismo, la Comisión y los Estados miembros, conscientes de la importancia de contar con sistemas de control de concentraciones homogéneos dentro de la UE, han articulado mecanismos, formales e informales, de cooperación al igual que con otras autoridades internacionales, ante la proliferación de operaciones transnacionales, notificadas de manera simultánea en varias jurisdicciones.

¹⁶ Ver Comunicación de la Comisión (DO C 101, de 27 de abril de 2004) sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia

¹⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 101, de 27 de abril de 2004)

¹⁸ Este modelo se encuentra recogido en el Reglamento (CE) 139/04 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas

¹⁹ Ver Comunicación de la Comisión (2005/C 56/02) sobre la remisión de asuntos de concentraciones

b) El caso alemán

Con la entrada en vigor de la ley alemana de defensa de la competencia el 1 de enero de 1958²⁰, Alemania se convirtió en un caso paradigmático de descentralización de la política de defensa de la competencia. En efecto, desde el primer momento, se creó un sistema basado en la cooperación estrecha entre la autoridad central (el *Bundeskartellamt*)²¹ y las autoridades regionales de competencia (las *Landeskartellbehörden*)²², que comparten competencias ejecutivas (instrucción y resolución) en materia de conductas restrictivas de la competencia, sin que exista una relación jerárquica entre ellas. Se trata de un sistema de competencias excluyentes en el que el criterio de reparto son los efectos en el mercado de las prácticas examinadas (artículo 48). Las autoridades regionales no tienen competencias en materia de concentraciones.

La consolidación del sistema ha ido permitiendo una progresiva flexibilidad en favor de una aplicación más eficiente a través de la asignación de expedientes a la autoridad “mejor posicionada” para su estudio en cada caso. Así, en la actualidad, la ley alemana que fue reformada por última vez en 2005, sin alterar el principio de competencias excluyentes, instaura un mecanismo de reenvío “caso por caso” entre autoridad central y autoridades regionales de forma que si las *Landeskartellbehörden* inician investigaciones o procedimientos deben informar al *Bundeskartellamt* y si éste lleva a cabo procedimientos o investigaciones deberá informar a la autoridad regional del lugar en el que se encuentra la sede de las empresas investigadas, procediendo, tras el establecimiento de contactos y de un diálogo informal, al reenvío del caso hacia la autoridad “mejor posicionada” e informando previamente, en su caso, al resto de autoridades regionales afectadas, que podrán vetar el reenvío, al igual que el *Bundeskartellamt*. De este modo, se ha mantenido el modelo de competencias propias o excluyentes, pero se ha flexibilizado con un mecanismo de reenvío voluntario que se asienta en la confianza mutua entre autoridades.

Atendiendo a los artículos 48-50 de la ley alemana de defensa de la competencia, únicamente se prevé una participación obligatoria del *Bundeskartellamt* en aquellos casos en los que la autoridad regional, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, deba establecer contactos con la Comisión Europea en cuyo caso el *Bundeskartellamt* actuará como representante en los Comités Consultivos comunitarios. Asimismo, el *Bundeskartellamt* tiene competencia exclusiva en la cooperación con la Comisión y con las autoridades nacionales de competencia para la aplicación de los artículos 81 y 82.

²⁰ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB).

²¹ El *Bundeskartellamt* es un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Economía competente para la ejecución de la política de defensa de la competencia.

²² Las *Landeskartellbehörden* están organizadas como simples unidades administrativas de cada uno de los Ministerios de Economía regionales con competencias para la aplicación de la política de defensa de la competencia en sus respectivas áreas.

Para asegurar la homogeneidad en la aplicación de la política de defensa de la competencia, el modelo alemán ha ido estableciendo numerosos mecanismos de coordinación e intercambio de información, como reuniones semestrales para intercambiar experiencias e información, así como la creación de una Comisión de Trabajo dedicada exclusivamente al análisis de tres sectores: electricidad, gas y agua. Por otra parte, la Corte Suprema Federal actúa en los posibles litigios como máximo garante en última instancia de la aplicación uniforme de la ley de defensa de la competencia en Alemania.

c) El caso español: desde la sentencia TC 208/1999 hasta la actualidad

La redacción inicial de la Ley 16/1989 de defensa de la competencia establecía un sistema claramente centralizado en el cual las comunidades autónomas no desempeñaban ninguna función ejecutiva en la aplicación de la política de defensa de la competencia.

Sin embargo, fueron varios los recursos interpuestos ante el Tribunal Constitucional relativos a la cláusula de “en todo o parte del mercado nacional” que atribuía la exclusividad a la Administración General del Estado. Así, el 11 de noviembre de 1999, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 208/1999 sobre los recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos vasco y catalán, reconociendo el poder de ejecución en materia de Defensa de la Competencia de las comunidades autónomas (al entender que formaba parte de sus competencias en comercio interior) y declarando la inconstitucionalidad de la citada cláusula.

La sentencia resolvía, en definitiva, un conflicto de competencias entre Estado y Autonomías, lo que obligaba a modificar la normativa de defensa de la competencia para articular las competencias ejecutivas reconocidas a las comunidades autónomas. Fue así como nació la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Así, la Ley 1/2002 fija la atribución de competencias, los criterios de actuación y los mecanismos de cooperación para garantizar una aplicación uniforme del derecho de la competencia en España. Concretamente, el art.1 fija los puntos de conexión para la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, el art. 2 establece un mecanismo de resolución de conflictos basado en un recíproco suministro de información entre instituciones centrales y autonómicas y la posibilidad de convocar una Junta Consultiva (art.3) para que, en el plazo de 15 días emita un informe no vinculante sobre la atribución de competencias en un determinado caso que haya dado lugar a un conflicto de competencia. Los artículos 4 y 5 recogen los diferentes mecanismos de garantía de la uniformidad y de los mecanismos de coordinación y colaboración (Consejo de Defensa de la Competencia, comunicación sistemática sobre expedientes y la legitimación del SDC para intervenir en los procedimientos autonómicos en calidad de interesado).

Se trata de un modelo de competencias excluyentes, similar al alemán, del que copia el criterio o punto de concesión de los asuntos, basando la asignación en el criterio geográfico de los efectos de las conductas. Cabe señalar que, por otra parte, el modelo de competencias excluyentes constituye el criterio

generalizado de reparto de tareas entre Administración Central y Comunidades Autónomas, probablemente derivado del propio diseño constitucional del Estado, lo que podría limitar, en un hipotético caso, la implantación de un modelo de competencias compartidas.

La nueva Ley que entrará en vigor en septiembre de 2007 no altera el modelo de distribución de competencias, si bien introduce alguna mejora en los mecanismos de información y cooperación. Desde el inicio del proceso de reforma de la Ley 16/89 en el año 2005, el proceso de reflexión y consulta dejó patente que no entraba la posible reforma del sistema de descentralización instaurado apenas tres años antes por la Ley 1/2002. No obstante, el trámite parlamentario de la Ley ha introducido alguna mejora, que merece resaltar.

En concreto, a tenor de una enmienda parlamentaria las autoridades autonómicas participarán, a través de un informe no vinculante en el proceso de evaluación de las concentraciones económicas, cuando éstas incidan de manera especial, pero no exclusiva, en el territorio de una única comunidad autónoma. A través de esta provisión se reconoce la importancia de conocer la opinión, sobre los efectos en el mercado, que puede producir una operación de concentración cuando dichos efectos se concentran de manera significativa en el territorio de una comunidad autónoma. Este mecanismo tiene una articulación gemela en los expedientes de conductas restrictivas con efectos significativos en una comunidad autónoma (artículo 5.4 de la Ley 1/2002). Además, esta decisión del Parlamento se produce unos meses después de la aprobación de algunos nuevos Estatutos de Autonomía, de los que se viene a interpretar que las autoridades autonómicas podrían ser competentes en materia de concentraciones cuando las mismas limiten sus efectos al territorio autonómico correspondiente. No obstante, esta interpretación, que se discutió en sede parlamentaria cuando se introdujo la mencionada enmienda, probablemente no pasaría un examen de proporcionalidad en términos de coste-eficacia, ya que sería rarísima la existencia de concentraciones que, superando los umbrales de la Ley, desplegasen efectos exclusivamente en una autonomía, haciendo desproporcionado articular un sistema de control de concentraciones en cada jurisdicción. Este es, quizás, el motivo por el que otros Estados con sistemas descentralizados de competencia, como los EEUU o Alemania, reserven esta competencia a las autoridades centrales.

Más relevante parecen las atribuciones que la nueva Ley, gracias a otra enmienda, confiere a las autoridades autonómicas en materia de promoción de la competencia, atribuyéndoles incluso la posibilidad de que, sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las comunidades autónomas estarán legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Este instrumento, que representa la mejor muestra de la voluntad del legislador de reforzar el papel de las autoridades de la competencia a la hora de examinar el comportamiento de los poderes públicos en sus intromisiones en el mercado, se extiende así por decisión parlamentaria al conjunto de autoridades autonómicas.

Algunos efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia en España

Con la entrada en vigor de la Ley 1/2002 se han producido diversos efectos tanto de carácter cuantitativo, en términos de número de expedientes, como cualitativos, derivados de la puesta en marcha de los órganos autonómicos.

En cuanto a los efectos cuantitativos²³, cabría destacar el aumento de las denuncias de ámbito local por el mayor conocimiento de los objetivos y la normativa de competencia a nivel regional. Atendiendo a los datos de la Memoria Anual del SDC de 2006, se asignaron a las comunidades autónomas un total de 38 expedientes a través de los mecanismos previstos en la Ley 1/2002, frente a los 16 expedientes de 2005. De ellos, 14 (37%) se iniciaron por la Administración General del Estado y 24 (63%) por parte de la comunidad autónoma correspondiente y las Comunidades Autónomas de Cataluña, Galicia y Madrid fueron las que tramitaron un mayor número de estos expedientes en el último año.

En cuanto a los expedientes autonómicos no asignados por la ausencia de órganos regionales de competencia, de los 92 expedientes formados por el SDC en el ámbito de conductas y autorizaciones (artículos 1, 4, 6 y 7 de la LDC), 19 de ellos habrían sido de ámbito autonómico, siendo Andalucía la comunidad autónoma que tendría mayor número de expedientes, seguida de Baleares y Canarias mientras que, al igual que en ejercicios anteriores, no habría expedientes que pudieran considerarse del ámbito de las Comunidades Autónomas de La Rioja y Murcia.

Por lo que respecta al reparto por sectores económicos, los colegios y asociaciones profesionales han sido los ámbitos más afectados en los expedientes de ámbito autonómico.

Por otra parte, deben señalarse algunos efectos cualitativos que se han venido produciendo desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002. En particular, debe tenerse en cuenta que la creación de órganos autonómicos de competencia ha propiciado una cierta labor de *advocacy* o promoción de la competencia a través de la mayor información disponible para las empresas y consumidores y la mayor sensibilidad de la autoridad competente por la cercanía a los agentes afectados. En este sentido, es destacable el papel de los órganos autonómicos en la elaboración de estudios, preparación de seminarios y difusión de información relativa a la defensa de la competencia en su entorno²⁴. Asimismo, la progresiva creación de agencias descentralizadas ha ido generando un efecto “imitación” en el resto de regiones, que siguiendo los pasos de las Comunidades pioneras, han comenzado a estudiar y a desarrollar sus proyectos de creación de autoridades regionales de competencia.

²³ Ver Alonso Nuez y Rosell Martínez (2003), y Nadal y Roca (2003).

²⁴ A este respecto puede consultarse esta intensa labor a través de las páginas web de las autoridades autonómicas, accesibles todas ellas a través de la del Servicio de Defensa de la Competencia: www.dgdc.meh.es

A la vista de todo lo anterior, ya han comenzado a percibirse los primeros efectos beneficiosos del modelo español descentralizado. En particular, las ventajas informativas derivadas del mayor conocimiento y proximidad al consumidor y las empresas, así como el aumento de los recursos disponibles para la detección y análisis de prácticas anticompetitivas, que representan un gran potencial del modelo descentralizado. Todo ello está permitiendo asignar de manera más eficiente los recursos disponibles del SDC y el TDC a aquellas prácticas más dañinas que generan efectos en una parte sustancial del mercado nacional. Adicionalmente, no deben obviarse los efectos del *advocacy* local que permiten contar progresivamente con un grado de concienciación de los beneficios de la libre competencia claramente superior al de un modelo centralizado.

Algunas conclusiones

- **¿Es eficiente descentralizar la defensa de la competencia?** Si bien en el ámbito teórico no existe una respuesta contundente, a la vista de la experiencia en otros países, como Alemania, pionera en un sistema descentralizado de defensa de la competencia y con una primera valoración positiva del proceso de modernización del derecho comunitario, cabría apuntar la conclusión de que la descentralización implica ganancias en términos de eficiencia. En el caso español, el número creciente de expedientes autonómicos permitiría deducir que el grado de concienciación sobre los beneficios de la libre competencia es cada vez mayor a través de la proximidad a los agentes afectados.
- **¿Cuáles son los costes de la descentralización?** El principal problema es el *trade-off* que se genera entre eficiencia y seguridad jurídica, inherente a la elección entre un sistema de competencias excluyentes o compartidas. Lo más eficiente sería establecer un sistema lo más flexible posible a través de una asignación caso por caso entre autoridad central y órganos regionales. Sin embargo, esto podría suponer un cierto grado de inseguridad para las empresas, unido a otros costes en términos de plazos de decisión y potenciales conflictos entre autoridades. Por otro lado, resulta necesario realizar un análisis coste-eficacia, atendiendo a la eficiencia productiva de las agencias en relación con la dimensión de los mercados a supervisar y las funciones asignadas a las mismas.
- **¿Existen soluciones para esos costes?** Los sistemas más avanzados, como el alemán o el comunitario muestran que es posible paliar en cierta medida los efectos adversos del *trade-off* entre eficiencia y seguridad jurídica. Sin embargo, para ello han sido necesarios muchos años de aplicación práctica, madurez de la cultura de competencia a escala regional y conocimiento mutuo. En este sentido, el sistema español se encontraría en un incipiente estadio del proceso de descentralización siendo necesaria una progresiva consolidación del mismo, en particular, mediante la conclusión del conjunto de órganos de competencia autonómicos y la sistematización de los procedimientos de cooperación, tanto formales como informales. No obstante, la evolución del modelo alemán supone una buena referencia.
- **¿Qué novedades supondrá en este ámbito la nueva Ley de defensa de la competencia?** Si bien la Ley mejora los mecanismos de información y cooperación entre autoridades, la principal novedad cualitativa lo supone el hecho de que las autoridades autonómicas pasarán a formar parte activa de la labor de *advocacy* que ha sido reforzada en la nueva ley. De este modo, se amplía notablemente el campo de actuación de las autoridades autonómicas, sobre un ámbito que la doctrina y la experiencia apuntan que adolece de frecuentes problemas de competencia. Esta actividad adecuadamente gestionada resultaría clave en una economía fuertemente descentralizada, proporcionando un campo más fecundo que el de los expedientes sancionadores y aumentando las posibilidades de legitimar el papel de las autoridades autonómicas. Aunque también debe reconocerse

la responsabilidad que supone asumir estas tareas, puesto que según apuntan la teoría y la experiencia, al mejorar la proximidad mejora la información disponible, pero también aumentan los riesgos asociados a una mayor proximidad.

Bibliografía

ALONSO NUEZ, M.J. y ROSELL MARTÍNEZ, J. (2003), *“Descentralización de los órganos de defensa de la competencia en España: Impacto en los expedientes sancionadores”*, GJ, nº227.

FERNÁNDEZ, F. y OTROS (2006), *“Informe Círculo sobre economía española. Cómo garantizar el futuro”*, Ediciones Círculo de Empresarios.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005), *“Libre competencia y Estado autonómico”*, Universidad Rey Juan Carlos, Ed. Marcial Pons.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. y CAMPOS MÉNDEZ, J. (2004), *“Efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia”*, Departamento de Análisis Económico Aplicado Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

LÜLFESMANN, C. (2002), *“Central governance or subsidiarity: a property rights approach to federalism”*, European Economic review, 46.

NADAL, M. y ROCA, J. (2003), *“La descentralización de la política de defensa de la competencia en España: situación y perspectivas”*, Instituto de la Empresa Familiar.

NEVEN, D. y RÓLLER, L., *“The allocation of jurisdiction in international antitrust”*, European Economic Review, 44.

OATES, W. (1972), *Fiscal Fderalism*. Harcourt Brace Jovanich, New York.