

Derecho público de la competencia y sectores regulados

Public law of competition and regulated sectors

Tania García Sedano^{1*}

Resumen

El Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante Ley de Defensa de la Competencia, en su párrafo I reza: “Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía”. El presente artículo ofrece un análisis del contexto jurídico en el que se incardina.

Palabras clave

Regulación, competencia, sectores regulados, derecho público.

Abstract

The Preamble of Law 15/2007, of July 3, on the Defense of Competition, hereinafter the Law on the Defense of Competition, in the paragraph I says: “Within the policies of supply, the defense of competition complements other actions of regulation in the economic activity and it is an instrument of first order to promote the productivity of the factors and the general competitiveness of the economy”. This article offers an analysis of the legal context in which it is incardinated.

Keywords

Regulation, competence, regulated sectors, public law.

Recibido / received: 21/12/2017. Aceptado / accepted: 15/02/2018.

¹Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE.

*Autor para correspondencia / corresponding author: Tania García Sedano (taniagarciasedano@yahoo.es).



Foto: Shutterstock.

Introducción

La Constitución española, en su artículo 38, reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

El funcionamiento eficiente de los mercados y la existencia de una competencia efectiva son principios básicos de la economía de mercado, la cual impulsa y promueve la productividad de los factores y la competitividad general de la economía en beneficio de los consumidores. Estos principios son también fundamentales en el diseño y definición de las políticas regulatorias de las actividades económicas.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado respecto de la creciente importancia de la defensa de la competencia que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica. La defensa de la competencia complementa otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

Regulación y competencia

Como es evidente y explícita De la Cuétara, si hablamos de *regulación para la competencia*, es obvio que ambos elementos, *regulación y competencia*, contribuyen a la definición del concepto de análisis.

En los últimos años se ha popularizado una acepción de regulación que, de forma vaga e imprecisa, refiere la regulación como una intervención pública en mercados liberalizados y así hay quien pone el énfasis en el proceso de convergencia institucional, basado en la atribución de poderes regulatorios a comisiones independientes y especializadas. Por su parte, la competencia tiene por misión que la consecución de que los fines privados se transformen en virtudes públicas.

Así, regulación y la defensa de la competencia, aunque tienen objetivos e instrumentos diferentes, son complementarias. En ese sentido se pronuncia el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante Ley de Defensa de la Competencia, en su párrafo I reza: "*Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un*

instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía".

La óptima articulación de ambas políticas es fundamental para garantizar el principio de seguridad jurídica de cuantos operadores actúan en el mercado así como para la optimización de los resultados.

Regulación

La regulación tiene lugar en la práctica totalidad de los países y responde a diversos objetivos que no necesariamente tienen que coincidir con la defensa de la competencia, pero que han de ser protegidos.

La regulación se refiere a una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde ésta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor. En ese sentido, podría decirse que la regulación no se refiere a las normas generales de intervención en la economía, sino a aquella intervención del Estado que ejecuta la

Administración y que tiene como fin la consecución de un orden económico definido en la Constitución.

Ahora bien, el punto de partida es la identificación de la regulación como una actividad de la Administración que se desarrolla en lo fundamental mediante disposiciones y actos administrativos. En ese sentido, esta potestad administrativa se caracteriza en lo fundamental por una extraordinaria deslegalización.

Así, la regulación trata de prever y evitar comportamientos contrarios a la libre competencia desde una perspectiva *ex ante* y ello se consigue mediante la imposición de normas generales de obligado cumplimiento por parte de los operadores. En este sentido, la regulación tiene instrumentos más eficaces y amplios que la defensa de competencia que actúa, como veremos, *ex post*.

Hemos de añadir un elemento adicional consistente en que la regulación se aplicará, como resulta lógico, de forma asimétrica, por un operador con poder de mercado estará sujeto a obligaciones, mientras que el resto de competidores no. De este modo, la regulación actuará cuando exista poder de mercado significativo.

El contenido de esta actividad está integrado por la orientación de la actividad de las entidades reguladas mediante la imposición de obligaciones jurídicas.

Un elemento propio de la actividad económica es la exigencia de alteridad para su desarrollo; se precisa la existencia de un ente regulador y un regulado. La alteridad es evidente cuando la actividad de la Administración se ejerce sobre operadores privados en competencia en el mercado.

La regulación será siempre necesaria en determinados mercados pero debe ser solo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero nunca lo sustituye.

Un rasgo característico de la actividad administradora reguladora es la continuidad. La intervención se produce de forma continuada en el tiempo. Otro de los rasgos más característicos de esta técnica es el extraordinario margen de discrecionalidad otorgado a la Administración.

Los reguladores realizan un seguimiento constante de los mercados e intervienen con frecuencia en los mismos, mientras que las autoridades de competencia únicamente actúan en casos concretos en momentos determinados.

El ámbito de la regulación es más amplio que el de la defensa de la competencia, ya que podrá actuar cuando exista un significativo poder de mercado; la normativa de defensa de la competencia actuará, únicamente, cuando exista una infracción.

Esta técnica tiene por objetivos destacables: la protección del consumidor o usuario, la seguridad en el suministro de productos estratégicos, como el agua y la electricidad, la consecución de fines constitucionalmente establecidos como la protección del medio ambiente y, en algunos casos, el velar por el funcionamiento competitivo de los correspondientes mercados.

Este modelo de intervención pública tiene una consecuencia institucional: el nacimiento de las Administraciones independientes. En nuestro país, la Ley 3/2013, de 4 de junio, crea de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La creación de mercados regulados

Es importante destacar que la apertura a la competencia en determinados sectores no supone *per se* la existencia de mercados libres, sino de mercados regulados. Sectores como la energía, el transporte, las telecomunicaciones y el sistema financiero estarán siempre regulados.

La importancia social de esas actividades, la asimetría de posiciones, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente y las limitaciones técnicas, entre otros factores así lo exigen. Así, la competencia y la regulación no son antitéticas, sino complementarias.

Competencia

La política de competencia se puede definir como un conjunto de reglas y acciones emanadas del Estado, cuyo objetivo es asegurar la participación y el ingreso de nuevas empresas a los mercados de bienes y servicios y la permanencia de aquellas que producen con eficiencia.

El Tribunal Constitucional, desde sentencia de fecha 30 de noviembre de 1982 ha definido la defensa de la competencia como aquella que comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado.

El ámbito de actuación de la política de competencia se desarrolla, fundamentalmente, en dos campos: por una parte, el control coercitivo de los comportamientos abusivos de los agentes económicos, lo que constituye su faceta más conocida y debatida, y, por otra, el control y la contención del poder estatal cuando este favorece la actividad de los monopolios y las prácticas restrictivas del comercio. Esto implica hacer una aplicación efectiva de la legislación, pero también alinear su contenido al funcionamiento real de los mercados para lograr su máxima eficacia.

La competencia no implica desregulación, sino que, más bien, para su consecución se hace preciso que los poderes públicos establezcan y vigilen el cumplimiento de unas reglas con el fin de velar por el interés público y por el propio funcionamiento de la misma en los mercados.

El derecho de la competencia, frente a lo que hemos sostenido en relación con la regulación, tiene por objeto sancionar conductas prohibidas por la ley, interviniendo *ex post*. Las normas de defensa de la competencia no protegen la competencia como un bien absoluto, sino que protegen el juego competitivo en cuanto que resulta beneficioso para el interés general.

En ese sentido, una de las características esenciales de la defensa de la competencia es su carácter general u horizontal de aplicación a todos los sectores de la economía, con la salvedad de aquellos ámbitos en los que exista una exención legalmente establecida.

La intervención en este caso será de carácter indirecto por cuanto las autoridades públicas se limitan a imponer obligaciones jurídicas a los operadores presentes en el mercado. En ese sentido, las normas de defensa

de la competencia son prohibitivas en cuanto que imponen obligaciones de no hacer, prohíben comportamientos pero no crean obligaciones positivas de hacer.

Los órganos de competencia tienen una importante función didáctica. Así, están legitimados para recomendar modificaciones, por ejemplo, en el ámbito normativo o regulatorio, derivadas del análisis en profundidad de los mercados.

A diferencia de la capacidad del regulador para determinar cómo deben actuar los operadores, la autoridad de competencia en principio no tiene entre sus funciones la de definir cuál debe ser la estructura de los mercados ni fijar las condiciones en que deben prestarse los servicios.

Por otro lado, es preciso referir que la Ley de Defensa de la Competencia establece dos supuestos en que los que las Administraciones públicas no quedarán sujetas a sus preceptos. En primer lugar, cuando lleven a cabo conductas que sean consecuencia de la aplicación de una ley; y en segundo lugar, cuando la Administración ejerza sus potestades administrativas y las empresas públicas o poderes públicos actúen con dicha cobertura legal. En ese sentido, es preciso recordar que las autoridades públicas dictan normas reguladoras de diversas actividades económicas.

Diferentes objetivos

Desde una perspectiva teórica, la regulación sectorial tiene su justificación en la existencia de fallos de mercado y tiene como finalidad esencial el control de situaciones en las que el juego de la oferta y la demanda no consiguen su objetivo, esto es, una asignación más eficiente de los recursos y la óptima satisfacción del interés general. Estas situaciones pueden resultar de un poder excesivo que derive de una situación de monopolio natural, el ejercicio de control sobre ganancias inesperadas y corrección de externalidades, es decir, todos aquellos elementos o conceptos que, influyendo en los costes de la actividad, no están directamente relacionados con la misma.

En contraposición al carácter complejo de los objetivos de la regulación, una de las principales características de la política de competencia radica

en la relativa sencillez de sus objetivos.

En la práctica las autoridades de la competencia persiguen diversos objetivos. Uno de ellos, aunque no es el más importante, es la protección de los consumidores. Otro sería la defensa del proceso competitivo. En la práctica significaría el establecimiento de medidas tendentes a impedir aumentos de la concentración de mercado, de tal forma que con la consecución de un marco óptimo las empresas puedan adoptar sus decisiones con libertad. Asimismo, trataría, en todo caso, de minimizar la injerencia en la libertad de adopción de decisiones empresariales, optando, por la posibilidad que otorgue mayor libertad al juego del mercado.

De este modo, la política de defensa de la competencia se funda en que el proceso competitivo constituye el principal acicate para la existencia de disciplina entre los operadores para la consecución de la eficiencia productiva y asignativa.

Diferentes instrumentos

La regulación sectorial para la consecución de sus objetivos se sirve de cuatro tipos de instrumentos:

-Regulación del acceso: a través de esta herramienta se pretende garantizar que la existencia de un operador incumbente verticalmente integrado y que controla las infraestructuras no impide la entrada de nuevos operadores. Este instrumento conlleva la imposición de obligaciones de acceso equitativas, transparentes y no discriminatorias.

-Regulación económica: fijando los precios para garantizar que se aproximan a los costes de prestación de cada uno de los servicios y, en un contexto de posibles subvenciones cruzadas entre las distintas actividades por parte del incumbente, evitando las barreras a la entrada de nuevos competidores derivadas de la fijación de precios por servicios mayoristas superiores a los cobrados por los servicios minoristas.

-Regulación técnica: a través del establecimiento de estándares que garanticen la calidad de los servicios.

-Regulación de competencia: velando por que no se produzcan conductas empresariales colectivas y, sobre todo, unilaterales, que puedan anular los efectos de la regulación.

La defensa de la competencia suele actuar en tres líneas principales:

-Lucha contra conductas empresariales restrictivas de la competencia: en este sentido, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, prohíbe determinadas actuaciones u omisiones cuya realización se reputa lesiva de esa libre competencia. En particular, se prohíben las conductas colusorias (art. 1), el abuso de posición dominante (art. 2) y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3). Se detallan en los propios preceptos las conductas concretas que se subsumen en tales nociones. En relación con estas prácticas prohibidas, la ley regula un régimen sancionador (arts. Del 61 al 70) y el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas (arts. Del 49 al 54).

Control de concentraciones empresariales, como medio para evitar *ex ante* cambios en la estructura competitiva de los mercados que puedan resultar en un deterioro de la competencia efectiva. Es indudable que las concentraciones económicas constituyen una manifestación de la libertad de empresa (art. 38 CE), de manera que, en principio, la adquisición de empresas competidoras o la fusión entre empresas competidoras debe entenderse libre. No obstante, la necesidad de ordenar las condiciones de competencia en el mercado ha hecho que desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, se establezca un sistema de control de las fusiones empresariales que puedan tener un impacto negativo en la libre competencia. Se trata, así, de evitar o corregir la excesiva concentración del mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia. Por eso, el procedimiento de control de las concentraciones económicas se aplica solo a las que tengan una especial intensidad, de modo que las que no alcancen los umbrales señalados en el art. 8.1 LDC resultan autorizadas sin necesidad de someterse a ningún procedimiento de control administrativo de competencia.

Influencia sobre la actuación del sector público, ya sea mediante la mera recomendación, *advocacy*, o mediante el control de decisiones empresariales a través de la autorización previa de ayudas públicas.

Interacción entre la regulación sectorial y la defensa de la competencia

Una de las características de la política económica de las últimas décadas ha sido la transformación del papel del Estado en la organización de los grandes servicios públicos, dentro del proceso de neoliberalismo o neoregulación. La apertura de grandes servicios (carburantes, electricidad, abastecimiento de gas, correo, teléfono, transporte aéreo) no ha consistido únicamente en un proceso liberalizador, sino que se ha visto acompañada de un nuevo modelo de regulación para la competencia.

Este proceso es de inspiración norteamericana y se desarrolló por primera vez en Europa en el proceso de liberalización y privatizaciones emprendida en Gran Bretaña durante la década de 1980.

Regulaciones

La regulación sectorial produce importantes efectos, positivos y negativos, sobre la competencia. Esta incidencia se genera a través de diferentes tipos de decisiones como el establecimiento de estándares, la concesión de licencias, las restricciones al empaquetamiento y, sobre todo, la regulación del acceso.

En el lado opuesto se encuentra la regulación de competencia en los mercados que, obviamente, es una de las áreas relevantes de interacción. Entre estas dos situaciones opuestas se ubicarían otros dos tipos de regulación que pueden generar efectos tanto sobre la estructura como sobre el funcionamiento competitivo de los mercados, aunque no sea este su principal objetivo.

Así, la regulación económica produce efectos directos sobre la competencia entre los operadores. *De facto*, uno de los objetivos de la regulación de precios puede ser precisamente aproximarlos a los costes de prestación y, de este modo, eludir la posible aparición de conductas por parte de un operador ya establecido que impidan la entrada de nuevos agentes o expulsen a los competidores.

En cuanto a la regulación del acceso, constituye asimismo uno de los ámbitos fundamentales de interacción de ambas normas. El establecimiento de condiciones para un acceso equi-

tativo, transparente y no discriminatorio de los operadores al mercado o, en su caso, a las infraestructuras esenciales no replicables que existan en el mismo, tiene una clara incidencia sobre la competencia.

Por ello, la negación del acceso a recursos esenciales cuando existen obligaciones concretas prescritas por la correspondiente normativa sectorial puede llegar a constituir tanto una infracción de la normativa correspondiente como un abuso de posición de dominio sancionable por las autoridades de defensa de la competencia. Así, no son infrecuentes las denuncias simultáneas a los respectivos órganos especializados por este tipo de conductas.

De hecho, son frecuentes las denuncias simultáneas a los respectivos órganos especializados por este tipo de conductas.

Ámbitos de interacción

Existen ámbitos de interacción y posible conflicto entre la regulación sectorial y la defensa de la competencia. Así, es posible la presencia de conductas que puedan vulnerar tanto la normativa de competencia como la sectorial y, asimismo, pueden existir supuestos en los que la regulación sectorial, persiguiendo alguno de sus objetivos, legitime determinados comportamientos empresariales que, en determinadas circunstancias, puedan ser calificados como restrictivos de la competencia. No obstante, en la mayoría de los supuestos, la regulación sectorial y la de defensa de la competencia se complementarán y reforzarán recíprocamente.

Bibliografía

- Calviño Santamaría N. 'Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo', en *Revista Ice*, septiembre-octubre 2006, nº 832.
- Casés Pallarés L. *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*. Marcial Pons, Madrid. 1995.
- Ciriano Vela CD. *Principio de legalidad e intervención económica*. Atelier, Barcelona. 2000.
- De la Cuétara Martínez JM. 'El nuevo modelo de regulación para la competencia', en *AFDUAM* 3, 1999.
- Esteve Pardo J. 'El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público' en Muñoz Machado S. (Coord) *Derecho de la Regulación Económica: I. Fundamentos e Instituciones de la regulación*. Iustel, Madrid. 2009.
- Esteve Pardo J. 'Origen, principios y técnicas

de la regulación de sectores económicos de interés general', en *La regulación económica en especial la regulación bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano Lusitano de Derecho Administrativo. Iustel, Madrid. 2012.

- Fernando Pablo MM. *Derecho general de las Telecomunicaciones*. Colex, Madrid. 1998.
- Font Galán JI. (Coord.) *Estudios de Derecho de la Competencia*. Marcial Pons, Universidad de Córdoba, Madrid, Córdoba. 2005.
- Guarnido A, Jaén M, Amate I. *La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*. Universidad de Almería, Almería. 2007.
- Laguna de Paz JC. 'Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación', en *REDA* nº 145, 2010.
- López de Castro García-Morato L. 'La apertura de la competencia en las leyes de liberalización y neoregulación' en López de Castro García-Morato L y Ariño Ortiz G. *La competencia en sectores regulados: Regulación empresarial y mercado de empresas*. Comares, Granada. 2003.
- López de Castro García-Morato L. 'El nuevo servicio público' en López de Castro García-Morato. *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada. 2001.
- Magide Herrero M. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. INAP, Madrid. 2000.
- Menéndez Rexach E. *La protección del interés general y la protección de las normas de defensa de la competencia*. Cuadernos de Derecho Judicial nº 7. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1996.
- Miranda Londoño A y Márquez Escobar CP. 'Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación' en *Revista Universitat*. Universidad Javeriana. Noviembre de 2004.
- Montero Pascual JJ. *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la Competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013.
- Motta M. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge. 2004.
- Noam EM. 'Assessing the Impacts of Divestiture and Deregulation in Telecommunications', *Southern Economic Journal*. 1993.
- O Hesse M. 'Regulación del sector eléctrico: objetivos y principios', en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* nº 4. 1991.
- Padilla J, Requejo A. 'Los límites de la intervención regulatoria en política de competencia', en Calviño (Dir) *1989-2007 Una reflexión sobre política de competencia*. Circulo de Empresarios, Madrid. 2008.
- Pascual Vicente J. 'Mercado, competencia y Unión Europea', en Martín Lage S. (Coord) *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid. 2014.
- Rivero Ortega R. *Derecho Administrativo Económico*. Marcial Pons, Madrid. 2009.
- Soriano García JE. *Derecho público de la competencia*. Marcial Pons, Madrid. 1998
- Steiner F. The Market Response to Restructuring: A Behavioral Model. *Journal of Regulatory Economics*, vol. 25, nº 1. 2004.
- Troncoso Riegada. 'Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público', en *REDC*, nº 57.1999.
- Veleiro Reboredo B. *Mercado y competencia*. El Derecho, Madrid. 2010