

Via Laietana, 60 – 5a planta
08003 Barcelona
Tel 93 552 81 60
Fax 93 552 82 88
<http://acco.gencat.cat>
autoritat.competencia@gencat.cat

Replantando la normativa de competencia.

Este documento pretende plasmar el proyecto en el que se ha embarcado esta entidad. Vivimos nuevos tiempos, en los que la economía digital y la globalización han pasado de tener un rol secundario a tener un rol principal en nuestros mercados. Estos cambios sin embargo, a priori no se han visto reflejados en la normativa Antitrust a nivel europeo y estatal. Con este escrito se pretende abrir o continuar el debate sobre determinadas cuestiones respecto a la normativa de la competencia, para recabar la opinión de la comunidad intelectual y proponer soluciones si se encuentra necesario.

ÍNDICE

1- ¿Cuál es el propósito del derecho de la competencia? ¿Es el momento para un cambio de paradigma?	2
2- ¿Deberíamos permitir determinadas conductas hasta ahora sancionadas?	4
3- Actualización de las infracciones para capturar nuevas prácticas anticompetitivas.	9
4- Replantando las operaciones de concentración.	14
5- Medidas para una promoción de la competencia más efectiva.....	17
6- Mecanismos adecuados de disuasión.	19
7- ¿Una nueva forma de regular?.	22

1- ¿Cuál es el propósito del derecho de la competencia? ¿Es el momento para un cambio de paradigma?

La existencia de competencia efectiva entre empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado. La competencia empresarial disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de operadores o técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de aumentos y mejoras en la cantidad ofertada, variedad y calidad, de los productos. Esto, consiguientemente conlleva un incremento del bienestar conjunto social.

Nuevas corrientes han surgido desafiando la concepción tradicional al respecto del bienestar a proteger por el derecho de la competencia – el bienestar del consumidor – y planteando nuevos objetivos de la normativa. Como observaremos a lo largo de este documento, esta cuestión tiene gran relevancia pues al dar una respuesta a esta cuestión preliminar, esta respuesta afectará notablemente a todas las demás cuestiones planteadas en el texto.

a- ¿Cuál es el bienestar que protege el derecho de la competencia?

La teoría clásica económica establece que el bienestar a proteger por el derecho de la competencia debe estar medido por el excedente del consumidor y/o usuario. Maximizando este excedente, protegeremos el bienestar social. Sin embargo, en la actualidad existen nuevas voces que discrepan sobre esta premisa y argumentan que el bienestar a maximizar debería ser el general y no únicamente el del consumidor. Pretendemos adentrarnos en el debate preguntándonos si deberíamos regular pensando únicamente en la maximización del excedente del consumidor o en el correcto funcionamiento del mercado. ¿Son excluyentes ambas posturas?

b- ¿Puede el bienestar estar definido por otras variables?

En la misma línea, la utilidad del consumidor final tradicionalmente se ha cuantificado atendiendo a las principales variables que marca la teoría económica clásica: precio y cantidad. Variables que se entienden que deben ser lo más competitivas posibles para maximizarla. Sin embargo, nos preguntamos si deberían incluirse otros factores cualitativos a la hora de medir la utilidad del consumidor en el marco de la regulación de competencia. Si este es el caso, ¿cómo incorporar dichos avances en la normativa actual?

En especial queremos hacer hincapié en las siguientes nociones no recogidas en la normativa actual: ¿Es la pluralidad y la capacidad de elección del consumidor entre varios productos un valor en sí mismo?, ¿juega en el tiempo actual la tenencia de datos personales por parte de empresas como Google un valor semi-monetario?, si es así, ¿cómo adaptar la normativa a este cambio de paradigma?

c- ¿La competencia como garante de la redistribución igualitaria de los recursos?

En esta sección pretendemos plantearnos si es necesario que las leyes de defensa de la competencia tengan un sentido más amplio e incluir propósitos como el de redistribución de la riqueza en el mercado. Pretendemos analizar si la normativa de la competencia tiene un impacto positivo sobre la reducción de la desigualdad social. En caso de que lo tuviera, nos preguntamos si la normativa de la defensa de la competencia debería ser reformada para potenciarlo.

d- Noción de operador económico.

Bajo nuestro derecho, se considera que son sujetos de cara al derecho de la competencia los operadores económicos, o “*undertakings*” en inglés. Sin embargo, el avance de la economía colaborativa ha probado lo obsoleto que queda nuestro modelo, que no llega a abarcar aquellos casos donde la diferencia entre operador económico y personal laboral o persona física no está del todo clara. En un primer caso, tenemos la difícil categorización entre trabajador y operador económico en casos como los conductores de UBER o los ciclistas de *DELIVEROO*, por lo que parece que, a priori están desamparados por la normativa de competencia y por la normativa laboral.

Así mismo, dentro de esta cuestión queremos abordar las dudas que nos plantea la noción de “prosumer”, casos en el que en el mismo individuo confluyen las características de productor y consumidor, especialmente relevantes en el ámbito de la energía. Nos preguntamos si deberíamos de pasar a un enfoque que mida la capacidad de consumir del individuo para determinar su condición de consumidor (“*capability approach*”).

Por último, planteamos si la administración pública también debería considerarse en ocasiones como operador económico, y, en ese caso, cómo incluir este hecho dentro de la normativa de la competencia. En el caso de la administración pública, nos preguntamos también si los directivos de las administraciones públicas pueden ser sancionados por la normativa de competencia como personas físicas.

e- Efectos indirectos en la competencia: infraestructuras i fiscalidad.

¿Existen otras formas indirectas de distorsionar la competencia en los mercados? Entre ellas, resaltamos el potencial de distorsión de la competencia que pueden tener la fiscalidad o el uso de las infraestructuras estatales.

En el primer caso, planteamos que la fiscalidad puede llegar a distorsionar la competencia, dado que diferentes regímenes fiscales suponen cargas adicionales para unas empresas que otras no deban de soportar.

En el segundo sentido, cabe que nos preguntemos si, la administración, al decidir qué infraestructuras construir puede llegar a distorsionar la competencia. Por ejemplo, ¿podría ser considerado el construir carriles bicis una *pseudo* ayuda de estado que distorsione la competencia de los vehículos a motor?

2- ¿Deberíamos permitir determinadas conductas hasta ahora sancionadas?

En este apartado planteamos una serie de casos tradicionalmente sancionados por nuestra normativa, sobre los cuales pretendemos debatir su eventual permisibilidad.

a- ¿Sería posible admitir la colusión para salvar a las empresas de su extinción?

Los siguientes dos apartados se centrarán en plantear la posibilidad de que puedan existir cárteles que sean beneficiosos para la sociedad. Cárteles que o bien no tengan efectos, o bien que, su efecto pueda ser positivo socialmente dado que el beneficio social que estos aporten pueda compensar el coste económico social que produzcan.

En este apartado pretendemos explorar los casos en los que las conductas colusorias tengan como único objetivo salvar a empresas de su extinción en contextos de crisis económicas. En estos casos, hay quien considera que la alternativa a la conducta colusoria es especialmente gravosa para la sociedad, pues es el cártel es lo que está manteniendo a las empresas en el mercado, así, salvando a las personas de perder sus empleos y preservando la variedad. Sin embargo, este es un planteamiento arriesgado, ya que medir dicho impacto en la utilidad del consumidor es complicado y este cambiará si el análisis se efectúa a corto, a medio o a largo plazo.

En el mismo sentido, nos preguntamos si se podrían admitir conductas colusorias que tengan como objetivo compensar desequilibrios negociales. Por ejemplo, en el caso de los agricultores que intentan sobrevivir contra los abusos de las grandes superficies.

b- Tragedia de los comunes.

En este apartado nos preguntamos si se deberían aceptar cárteles cuyo objetivo sea evitar la tragedia de los bienes comunes. En el que, si los individuos maximizan su bienestar individual y compiten ferozmente, ciertos recursos o bienes se usarán constantemente hasta que se agoten.

c- ¿Deberíamos reformular los regímenes de propiedad intelectual a la vista del funcionamiento de los mercados?

La relación entre el derecho de competencia y los regímenes de propiedad intelectual es significativa. Para que las compañías se mantengan competitivas, deben innovar. El sistema de patentes se diseña con el fin de proteger e incentivar estas innovaciones, garantizando a las empresas el monopolio temporal sobre su invención.

Al respecto, abrimos debate sobre varias cuestiones. La principal es si, desde competencia, se debería controlar la duración de las patentes, al tener estas consecuencias notables en el funcionamiento de los mercados. Ahondando más en la cuestión, nos preguntamos si la duración de las patentes se debería graduar en función de la inversión inicial producida y el interés público afectado.

Paralelamente, nos preguntamos si el propio régimen de patentes es el mejor para promover la innovación. Si bien tradicionalmente las patentes han sido consideradas

como incentivos a la innovación, se ha empezado a estudiar como también pueden tener un efecto negativo en la prevención de descubrimientos. Por ello nos, preguntamos hasta qué punto este *trade-off* es beneficioso y si la solución al respecto pasa por la normativa de competencia.

d- Redefiniendo la concepción de servicio público para potenciar la competencia en el sector público

La administración pública, al proveer los servicios públicos, juega un rol importante en la dinámica de los mercados. Por imperativo social, en la provisión de servicios públicos a menudo se distorsiona la competencia con el fin de que estos sean accesibles para todos los ciudadanos. En este apartado planteamos varias cuestiones con el fin de intentar llegar al modelo más eficiente de servicio público en términos de economía de la competencia.

En primer lugar, nos replanteamos la noción de servicio público y proponemos la posibilidad de que esta definición sea dinámica en vez de estática. Planteamos que la noción de servicio público pueda depender de la hora, persona y lugar. Encontrando fórmulas personalizadas, dinámicas y geo-localizadas de la determinación de servicio público, conseguiremos que su distorsión en la competencia de mercado sea lo mínima posible y únicamente se produzca cuando sea estrictamente necesaria. Gracias a los avances tecnológicos, lo que antes era indiferenciable ahora se puede llegar a discriminar. Por ello, la normativa puede llegar a adaptarse al individuo y ser más eficiente. De la misma manera, nos replanteamos las condiciones por las que una administración puede ofrecer nuevos servicios públicos o subvencionar servicios privados de tal manera que no se distorsione la competencia.

En segundo lugar, nos replanteamos el propio funcionamiento de los servicios públicos. Actualmente tal y como están configurados, estos no compiten entre ellos. Como ejemplo, escuelas y hospitales públicos compiten entre ellos tan solo en términos de reputación. Esto, si bien tiene claras ventajas sociales (entre otros, se mitiga la cantidad de niños en exclusión social y se favorece una sanidad de calidad accesible para toda la sociedad) puede conllevar considerables pérdidas de eficiencia y propiciar el inmovilismo en la mejora del servicio. Planteamos la posibilidad de introducir un grado de competencia más alto en el funcionamiento de los servicios públicos, favoreciendo nuevos incentivos gracias a la competencia entre ellos y manteniendo intactos los bienes sociales jurídicamente protegidos. De esta manera, gracias a este mayor grado de competencia se alentaría en la administración pública la innovación, el desempeño profesional y la calidad del servicio del sector.

e- ¿Debemos ampliar la definición de *Public utility* e *Infraestructura esencial*?

La era de la economía digital conlleva nuevos retos regulatorios. Hay quien aboga que, entre ellos está la redefinición de qué se considera como "*Public utility*" e *Infraestructura esencial* en la industria digital. Empresas como Google o Amazon tienen una gran incidencia en el mercado de bienes o servicios. En algunas industrias incluso, hay quien argumenta que estas plataformas son claves (caso Google Shopping y venta on-line) así como quizá Amazon para la distribución online. Ante tal nivel de dependencia, nos

preguntamos cuáles deben ser las consecuencias regulatorias y la posición de las autoridades de competencia al respecto.

Así mismo, nos preguntamos: (i) cuál debería ser la cuota de mercado a considerar para aplicar las nociones de *public utility* e *infraestructura esencial*, (ii) si esta cuota de mercado debe cambiar con el sector que se considere, (iii) si pudiese existir el concepto sin una posición de dominio del operador en el mercado y, (iv) si pudiesen existir grados de esencialidad en la noción de infraestructura esencial.

En el caso de los datos personales ampliamente recabados y monopolizados por los gigantes tecnológicos para su uso en *big data*, nos planteamos la posibilidad de que se pueda exigir el acceso a estas bases de datos en casos tasados relacionados con el interés público, la innovación y el interés de investigación.

En el mismo sentido pretendemos replantear cuando una empresa se debe considerar como “*public utility*”. En este sentido, nos preguntamos si internet es una *public utility*, y si las redes construidas a su servicio como el buscador google u otros también pueden o deben considerarse como tal. En caso afirmativo, pretendemos explorar como afecta ello a la regulación y a la actuación de las autoridades de competencia.

**f- ¿Deben las autoridades de competencia pronunciarse sobre los estándares?
¿En qué industrias?**

Los estándares regulatorios son especificaciones técnicas voluntarias desarrolladas por la industria, que definen los requisitos para productos, procesos de producción, servicios o métodos de prueba en un mercado en concreto. La Comisión Europea los permite ya que garantizan la interoperabilidad en el mercado, la seguridad, reducen costes y facilitan la integración en la cadena de valor de las empresas.

Sin embargo, cabe advertir que, durante las discusiones en el contexto del establecimiento de estándares se puede brindar una oportunidad para reducir o eliminar la competencia. Por ello, las empresas que quieran establecer el estándar deben seguir unos principios básicos que marca la CE al respecto como el consenso, la apertura, la transparencia y la no discriminación. Esta cuestión resulta especialmente relevante de cara a las economías de red y economías colaborativas.

La pregunta que surge al respecto es si estos estándares deben permitirse siempre por las autoridades de competencia o si los deberíamos hacer dependientes del sector en concreto. De la misma manera planteamos si la actuación de las autoridades de competencia debería ser preceptiva para cada estándar para que estuviesen bajo un control más exhaustivo.

g- ¿Debemos seguir sancionando las conductas por objeto?

El avance en las técnicas cuantitativas económicas cada vez nos permite saber con mayor precisión cuál ha sido el efecto de un cártel en el mercado de referencia. Por ello, nos preguntamos si sigue teniendo utilidad el artículo 1 de la LDC que sanciona las conductas por objeto sin tener en cuenta si estos acuerdos anticompetitivos han tenido un efecto real en el mercado o si, aún producidos dichos acuerdos no se llegaron a llevar a cabo por los participantes del cártel. A colación de esta cuestión, nos preguntamos

también si pueden las posibles eficiencias de una colusión compensar los costes que comporte para la sociedad.

h- ¿Deberíamos permitir que las empresas discriminen a los consumidores por precios?

El debate que nos planteamos en esta cuestión parte del debate sobre cuál es el beneficio que el derecho de la competencia pretende maximizar. Si bien es cierto que la discriminación de consumidores hace que estos vean arrebatados todo su excedente del consumidor en favor de la empresa, esta misma discriminación permite que todo tipo de consumidores (aquellos con menor y mayor renta) puedan acceder al producto en cuestión. Por ello, respecto a determinados productos (quizás de necesidad básica) nos preguntamos si puede llegar a ser eficiente esta discriminación de consumidores para evitar el posible daño a la sociedad que supondría que parte de los usuarios no tuviesen acceso a determinados bienes.

Entendemos que la respuesta, negativa o afirmativa dependerá en gran medida a la respuesta que se dé a cuál debe ser el beneficio que se maximice por el derecho de la competencia. Si entendemos que debe ser el beneficio de los consumidores, esta práctica no debe permitirse bajo cualquier circunstancia. Sin embargo, si este beneficio es el general, posiblemente bajo algunos casos tasados debería permitirse. Por ello nos preguntamos en primer lugar, la posibilidad de permitir esta práctica. En segundo lugar, si la LDC ya se ha pronunciado al respecto y, si no lo hubiese hecho como debería reformarse la ley para recoger este supuesto.

i- ¿Es hora de eliminar el art. 3 LDC?

El artículo 3 de la LDC sanciona una conducta no sancionada por otro tipo de normativa de competencia en el mundo. Este artículo sanciona aquellos “*actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”. Este ilícito, no sólo ha sido ampliamente inaplicado en nuestro derecho, sino que además tiene muchos detractores en la doctrina. En este sentido planteamos la posibilidad de que se elimine este precepto de la ley, dada su posible redundancia o inaplicabilidad real.

j- ¿Una nueva concepción de las restricciones verticales?

La fijación vertical de precios ha venido considerándose históricamente como una restricción a la competencia especialmente grave. En consecuencia, generalmente las restricciones verticales se consideran sancionables independientemente de otras consideraciones que puedan minimizar el posible efecto anticompetitivo que produzca. No obstante, han existido tanto resoluciones de la CNMC como voces en la doctrina que han discrepado de esta postura tradicional y han matizado que la fijación vertical de precios, cuando esta no pueda afectar de manera significativa a la competencia, debería ser lícita. Por ello, se plantea que establecer estas conductas como especialmente graves per se sin tomar en consideración otros factores como la aptitud para afectar significativamente la competencia pueda no ser conveniente.

En esta misma línea, nos podríamos preguntar qué sucederá si finalmente se determinase que los conductores de UBER son operadores independientes y, por ende,

se entendiese que UBER fija los precios del servicio de sus conductores. Nos preguntamos si esta situación es sancionable en cualquier escenario o sólo si consideramos que UBER tiene una elevada cuota de mercado y por tanto su conducta puede afectar significativamente la competencia. Nótese, que en este ejemplo y bajo el planteamiento expuesto, en caso de entender que UBER tuviere una cuota de mercado baja, implicaría que los usuarios tendrían a su alcance en el resto del mercado cierta competencia en precios y calidad, sin necesitar que UBER generase competencia entre los conductores que prestan servicios a través de dicha aplicación.

3- Actualización de las infracciones para capturar nuevas prácticas anticompetitivas.

Existen prácticas anticompetitivas todavía no sancionables directamente por la normativa de competencia, sino por un posible análisis jurisprudencial de la normativa. Por ello, en esta sección planteamos una serie de casos con efectos anticompetitivos y la posibilidad de que la normativa incluya novedades para su sanción directa.

a- ¿Cómo combatir el seguimiento automático de precios derivado del incremento de transparencia en los mercados?

Gracias a la economía digital, la transparencia en los mercados ha aumentado considerablemente. Ello ha conllevado palpables beneficios para el consumidor, pero también ha creado un clima empresarial que favorece las conductas paralelas y los pactos tácitos de precios. Planteamos cuál debe ser el rol de la regulación y autoridades de competencia para combatir este tipo de prácticas. Si bien no podemos revertir la transparencia del mercado recientemente ganada, debemos buscar nuevas medidas regulatorias que eviten este tipo de conductas.

En este sentido, una posibilidad puede ser el hacer la competencia “lenta” o “*slow competitor*”. La teoría de juegos aplicada a este caso nos dice que, si el momentum en el que se tiene ventaja competitiva por bajar el precio es ínfimo, todos los productores anticiparán el descenso de precios feroz y, con tal de no perder ese margen de beneficios, no se producirá una bajada de precios inicial. Por ello, esta teoría propone alargar este momentum en el mercado digital. De tal manera que, cuando un productor baje el precio, los demás productores no puedan bajar el precio en el siguiente espacio temporal t . Así, existirían beneficios reales de bajar el precio y la velocidad inmediata que suponen los mercados digitales únicamente jugaría en beneficio del consumidor, no del productor dado que no se podrían anticipar movimientos. Si bien esta posibilidad es una teoría muy intervencionista, pueden existir otras soluciones al dilema que supone el incremento de transparencia en los mercados. Invitamos a la comunidad científica a investigar al respecto.

b- La asimetría informativa de los consumidores respecto al uso de softwares de obsolescencia programada.

El derecho de la competencia, entre otros, defiende el poder de elección de los consumidores entre productos. Así, los consumidores eligen entre varios productos basándose en cualidades esenciales como precio y calidad. Creemos que los consumidores deben poder elegir entre los productos con toda la información disponible al respecto (tanto cuantitativa como cualitativa), ya sea durabilidad, calidad u origen del producto.

En un mundo donde cada vez la tecnología está más presente en nuestras vidas, nos preguntamos si dentro de los elementos de calidad de estos productos se debe incluir su durabilidad. En concreto, planteamos el efecto anticompetitivo que pueda tener el uso de softwares de obsolescencia programada, considerando la asimetría informativa de los consumidores respecto a su uso por parte de las empresas tecnológicas.

A este respecto, planteamos la posibilidad de que las autoridades de competencia y la regulación de competencia obliguen a las empresas a comunicar el hecho de que un aparato electrónico tenga un software de obsolescencia programada. Finalmente nos preguntamos si sería necesario que la ley imponga la publicación de todo tipo de características cualitativas de los productos.

c- ¿Deberían ser el fraude y la corrupción conductas sancionables por la normativa de competencia?

El fraude y la corrupción son dos de los mayores distorsionantes de la competencia en los mercados. Sin embargo, hoy por hoy no son conductas claramente sancionables por la normativa de competencia. A este respecto nos preguntamos varias cuestiones. En primer lugar, nos preguntamos si cualquier fraude respecto a licitaciones públicas debería ser sancionable bajo el derecho de la competencia. Paralelamente, nos planteamos bajo qué conducta ilícita de la LDC debería encuadrarse el fraude o corrupción como conducta anticompetitiva (si bajo el artículo 1 o el artículo 2 LDC).

A su vez nos preguntamos si los casos de corrupción política deberían ser sancionables mediante la LDC por distorsionar la competencia ya sea respecto a otros partidos o ya sea dando facilidades públicas ilegales a otras empresas que las posicionen en situación de ventaja competitiva respecto a sus iguales.

d- ¿Son anticompetitivas las cláusulas de paridad estrechas?

Desde hace casi una década, la aparición de plataformas virtuales que revenden productos o servicios de otros operadores (como las plataformas de viajes de Booking o Expedia), han despertado un debate sobre los efectos anticompetitivos de las cláusulas de paridad. Existen dos tipos de cláusulas de paridad: las amplias (aquellas que prohíben al operador que revende su producto en la plataforma a vender a precio más barato en cualquier otro canal que no sea la plataforma que impone la cláusula) y las estrechas (aquellas que tan sólo prohíben al operador vender su producto más barato en su propia página web que en la plataforma que impone la cláusula). Existe el debate sobre si este tipo de cláusulas resultan anticompetitivas¹. Aunque parece que existe cierto consenso en que las cláusulas de paridad amplias sí resultan anticompetitivas, este acuerdo no se da en el caso de las cláusulas estrechas. Por un lado autoridades como la alemana defienden que estas son también anticompetitivas. Por otro, autoridades como la inglesa entienden que este tipo de cláusulas son necesarias para el mercado de plataformas online como el de *Booking* y no las consideran distorsionantes de la competencia.

e- ¿Debería permitirse la competencia en inputs?

Hasta ahora, el mercado de los inputs de las empresas en una determinada industria no ha sido objeto de un análisis detallado por parte de las autoridades de competencia. Nos planteamos qué acuerdos respecto al mercado laboral y capital de una industria pueden llegar a considerarse anticompetitivos por distorsionar la competencia en los mercados y cómo deben las autoridades de competencia reaccionar ante este tipo de conductas.

¹ Objeto del estudio de la European Competition Network el pasado febrero 2017.

En este sentido, parece que en EEUU, la FTC está efectuando un cambio de paradigma y comienza a sancionar acuerdos de *No Poaching* considerándolos como anticompetitivos en el mercado laboral.

De manera ilustrativa, pondremos el siguiente ejemplo: imaginemos un acuerdo entre dos compañías, donde ambas necesitan los mejores ingenieros. De esta manera, acuerdan no ofrecer salarios por encima de un límite salarial anual (lo que tendría unos efectos similares a los denominados acuerdos de “*No Poaching*”). Dicha restricción a la competencia por inputs humanos puede ser beneficiosa al reducir los costes de producción y, con ello, conseguirse unos menores costes de venta al público (con el consiguiente bienestar para el consumidor o usuario final). En este caso, ¿deben las autoridades de competencia procurar sólo por el bienestar del consumidor y usuario (y por tanto permitir este tipo de conductas) o, por el contrario, deben ser sancionadas al ser una limitación “per se” de la competencia en el mercado?

f- Replantando los mercados de reparación y reventa.

Las empresas al imponer su propia red de distribución de reventa o de reparación restringen verticalmente la competencia. Sin embargo, en mercados como el del automóvil, la Comisión Europea permite estas restricciones. En mercados como el tecnológico observamos un caso parecido, en el que la reparación de sus productos solo puede efectuarse por técnicos aprobados por la empresa. Paralelamente, nos preocupan las limitaciones territoriales que imponen determinadas garantías, por las que el consumidor tan sólo puede acceder al mercado de reparación en el mismo país en el que se efectúa la compra. Por ello, nos planteamos los límites que pueden tener los mercados de reparación y reventa, sus posibles efectos anticompetitivos, en qué mercados deberían permitirse las restricciones citadas y cuáles deberían ser los criterios para ello.

g- Analizando el uso marcario como forma de reparto de mercado.

Recientemente ha habido un auge de casos en los que las autoridades de competencia se han interesado por las prácticas empresariales consistentes en repartos de mercado o discriminación de precios mediante derecho marcario. Destacan, entre otros, el caso Schweppes, el caso de las prescripciones off-label entre Roche y Novartis y el caso de AB InBev (todavía en fase de instrucción).

Si bien todos estos casos tienen grandes diferencias entre sí, comparten la misma cuestión de fondo: ¿dónde comienza y termina la facultad de una compañía a usar su derecho al uso de marca para impedir o fomentar determinados productos en un mercado de referencia? A este respecto, la Comisión Europea se ha pronunciado de manera clara: este derecho acaba en el momento en que se está previniendo de los beneficios del Mercado Común a los consumidores europeos, la capacidad de elección de producto y precios competitivos.

En este sentido, nos preguntamos, ¿puede una empresa discriminar de esta manera precios y productos de tal manera que maximice beneficios en cada Estado Miembro de la UE?

h- Volviendo a poner el foco en la innovación predatoria.

En la última década, la innovación y el descubrimiento de nuevo conocimiento en el mercado de la alta tecnología se ha acelerado exponencialmente. Si bien esta revolución tecnológica se ha producido gracias a start-ups como *Facebook* o *Google*, estas hoy se han convertido en gigantes tecnológicos que impiden mediante innovación predatoria a otras start-ups seguir desarrollando nueva tecnología. Actualmente, este fenómeno se produce con mayor intensidad, por lo que es necesario poner el foco en esta conducta no correctamente tipificada en la ley y cuya jurisprudencia tanto europea como estadounidense no es clara. Debemos plantear cómo proteger las nuevas start-ups que luchan en la carrera tecnológica contra las grandes empresas para que la innovación en este terreno siga floreciendo.

i- Una nueva concepción del abuso de posición dominante.

Planteamos si una nueva forma de entender el abuso de posición dominante sería posible. A este respecto nos preguntamos si la posición de dominio de una empresa susceptible de violar el art. 102 TFUE o el art. 2 LDC debería estar únicamente determinada por el porcentaje de mercado que representa, o si bien pueden existir otras situaciones en las que, sin existir esta posición de dominio, por las circunstancias del mercado se debería entender como que ha existido un abuso de posición dominante (como la situación de asimetría informativa en un mercado con consumidores vulnerables). Nos planteamos si una empresa, con una menor cuota de mercado puede llegar a abusar del consumidor al tener una posición relativa de poder hacia él gracias a la información asimétrica. En este caso en concreto, si entendemos que esta conducta puede ser anticompetitiva, nos preguntamos si debería adaptarse la regulación para recoger la ilicitud de esta conducta y cómo hacerlo.

j- Acuerdos “Pay for delay”.

Estos acuerdos, que se han dado especialmente en el sector farmacéutico, han sido sancionados en ambos lados del atlántico por ser anticompetitivos (véase *Actavis case* y *Lundbeck case*). Mediante estos acuerdos, un fabricante genérico reconoce la patente de la compañía originadora y acuerda abstenerse de comercializar su producto genérico por un período específico de tiempo. A cambio, la compañía genérica recibe algún tipo de compensación. En este apartado, nos preguntamos si la ley recoge de manera suficiente como sancionar estos acuerdos y cómo debería formularse para ello.

k- Recomendaciones bajo la normativa de competencia.

En nuestra economía, las elecciones de los consumidores no siempre vienen determinadas por las variables de precio y cantidad, sino que, en un gran número de ocasiones esta elección viene encorsetada por una recomendación. Esta recomendación puede llegar a ser vinculante (por ejemplo, la recomendación de un profesor respecto a un libro de texto de la ESO) o no vinculante (como las recomendaciones de plataformas de valoración digitales). Planteamos si estas recomendaciones pueden alterar la competencia.

En el primer caso expuesto la posible conducta anticompetitiva puede resultar más evidente. En concreto planteamos si los incentivos que reciben los médicos y profesores por parte de farmacéuticas y editoriales para recomendar un medicamento o libro de texto pueden distorsionar la competencia. ¿Deben las autoridades de competencia interesarse en cómo se efectúan este tipo de decisiones y cuál es el rol de editoriales o farmacéuticas en la recomendación final del profesional al consumidor?

En el segundo caso expuesto, la posible conducta anticompetitiva es más sutil. La nueva economía digital ha permitido que los consumidores valoren los bienes y servicios y que su consumo se vea influenciado por estas recomendaciones. En este sentido, nos preguntamos hasta qué punto existe dirigismo en las recomendaciones de las plataformas de valoración digital. En concreto nos preguntamos si las valoraciones “falsas” o “disruptivas” en estas plataformas pueden considerarse anticompetitivas y si las recomendaciones de los personajes públicos desde sus perfiles digitales pueden resultar anticompetitivas.

I- Conflictos de interés en las plataformas de venta digital.

Algunas plataformas digitales integran verticalmente servicios, al actuar en ciertos casos como productores y plataforma de venta (por ejemplo, Amazon al ser productor y distribuidor). Esto puede acarrear conflictos de interés anticompetitivos que cabe combatir. Por ejemplo, en el caso planteado de Amazon, ha salido a la luz nueva información que apuntaría a la posible existencia de un algoritmo en la plataforma. Este algoritmo haría que los precios de Amazon como productor sean siempre ligeramente más baratos que el resto de productores de tal manera que el consumidor se vea siempre incentivado a comprar al propio Amazon en vez de a otros productores.

Este tipo de conflictos de interés pueden llegar a darse en todo tipo de plataformas en las que la compañía que actúe como plataforma también actúe como productor. Nos preguntamos cuál debe ser el enfoque más adecuado para combatir este tipo de conductas, si bien deberíamos esperar a que se descubran estos casos posiblemente anticompetitivos y sancionar dicho algoritmo o bien deberíamos prohibir este tipo de duplicidad de roles en el que las plataformas digitales actúen como productor y distribuidor.

4- Replantando las operaciones de concentración.

La política de control de concentraciones tiene por objetivo anticipar los efectos que derivarán de la operación analizada, ponderando el beneficio social (eficiencias) derivado de la concentración en contraposición con el detrimento en el beneficio social que supone la reducción del número de operadores en el mercado. En esta sección pretendemos abrir y continuar el debate sobre cómo efectuar este análisis y sugerimos la conveniencia de visitar los elementos que configuran el análisis de las operaciones de concentración.

a- Dimensiones a analizar en el marco del control de concentraciones

Nos planteamos si en el análisis de las operaciones de concentración podrían tomarse también en consideración otros aspectos que puedan incidir en el bienestar social. Por ejemplo los posibles beneficios sociales que pueda comportar la concentración entre los que destacamos las inversiones en el propio territorio, el compromiso de la tributación de los impuestos en el territorio y la creación de empleo en el territorio.

b- Investigando nuevos índices que capturen el riesgo de colusión en un mercado.

En competencia, para poder ver si un mercado está concentrado y, por tanto hay riesgo de abuso de posición de dominio utilizamos el *Índice de Herfindahl e Hirschman* (HHI). Si bien este índice captura de manera adecuada el riesgo de abuso de posición de dominio en un mercado (de cara a prácticas sancionadas bajo los artículos 2 LDC y 102 TFUE), nos encontramos sin índices o medidas adecuadas que puedan medir el riesgo de colusión de un mercado. El HHI se presenta como insuficiente para abordar esta tarea. Por ello, proponemos la investigación de nuevos índices que capturen adecuadamente el riesgo de colusión de un mercado en relación con su estructura para hacer frente a esta problemática. Paralelamente, nos preguntamos si en este sentido, en el caso de las participaciones cruzadas, el MHHI puede llegar a ser un indicador de este riesgo de colusión.

c- Participaciones cruzadas en competidores y MHHI.

La presencia de grandes fondos con posiciones importantes en competidores naturales dentro de un mismo sector se ha incrementado exponencialmente durante los últimos 20 años. Nuevos casos y literatura han demostrado que no sólo se pueden generar prácticas anticompetitivas mediante el control directo en las empresas, sino que un control financiero pasivo puede llegar a generar prácticas anticompetitivas. En este sentido, se pretende investigar si son necesarios nuevos mecanismos de regulación para hacer frente a esta problemática, y cuáles deberían ser.

Así mismo, nos planteamos cuál debe ser el instrumento a utilizar para capturar el riesgo anticompetitivo de estas prácticas. A este respecto investigadores han propuesto el uso del HHI Modificado (MHHI) consistente en dos partes, el HHI, que mide la concentración de la industria y el MHHI delta que captura la concentración en propiedad común. Se pretende investigar si pudiesen existir otros índices más adecuados para capturar este

efecto, dado que el MHHI puede llegar a sobre-alertar el efecto de las participaciones cruzadas. El MHHI parece omitir las situaciones en las que estas participaciones cruzadas no tienen un poder real de influencia en la toma de decisiones debido a la propia estructura de las empresas (son otros accionistas quienes tienen el control de la empresa y no quien el accionista minoritario). Por ello, para corregir este riesgo se plantea la investigación de un *Modified-Modified HHI*.

d- ¿Es necesaria una armonización entre los mínimos del análisis de operaciones de concentración y las conductas anticompetitivas sancionables?

¿Existe una necesidad de armonizar la normativa sancionable entre las conductas colusorias y las operaciones de concentración? Por ejemplo, un acuerdo de reparto de mercado o de precios mínimos entre dos empresas relativamente pequeñas se sancionaría bajo el artículo 1 LDC, pero si estas dos empresas decidiesen fusionarse, esta hipotética fusión muy probablemente sería aceptada. Es decir, es frecuente que se sancionen conductas puntuales que, si fueran estructurales y permanentes en el tiempo a través de una operación de concentración no recibirían crítica alguna por parte de las mismas autoridades de competencia. Parece como si la conducta puntual tuviera menor impacto que una estructural y permanente. Quizá ello responde a que el legislador implícitamente considera que con la concentración siempre concurren ciertas eficiencias. No obstante, ello nos genera algunas dudas ya que las eficiencias habría que probarlas y, lo que sí que es evidente, es que toda concentración implica una reducción del nivel de competencia.

e- Concentraciones económicas en las que el manejo de datos es esencial: ¿Nueva regulación?

En la nueva economía digital los gigantes tecnológicos no sólo ostentan poder de mercado gracias a sus ganancias monetarias o al porcentaje de mercado bajo su control, sino que también el control de los datos personales que manejan es causa de situación de dominancia respecto a sus competidores. En nuestra economía global actual, estos datos tienen un precio y se puede comerciar con ellos.

Actualmente no se tiene en cuenta el valor económico y cuantitativo de nuestros datos personales a la hora de evaluar las concentraciones económicas entre empresas que tengan como fuente de lucro principal el comercio de datos. Planteamos la posibilidad de incluir este hecho (independientemente de la cuota de mercado y facturación) como aspecto a valorar por las autoridades de competencia a la hora de permitir una concentración en el mercado.

En segundo lugar, nos preguntamos cuál debe considerarse como mercado afectado bajo una concentración de este tipo. Los datos personales que acumularán ambas empresas pueden ser usados en gran variedad de mercados, ya no sólo para mejorar estrategias de marketing sino para infinitos usos en el sector. Mientras que en las fusiones con sustrato material (fusión de dos fábricas de zapatos), el mercado afectado por la operación resulta evidente (producción de zapatos), las operaciones basadas en información pueden tener ámbitos de afectación imprevisibles. Por ejemplo, la fusión entre una empresa de servicios y una empresa eléctrica -que conoce los consumos

eléctricos de los domicilios- puede afectar al ámbito de los seguros, al ámbito de la asistencia a la tercera edad (ya que puede ver la inactividad inusual eléctrica del domicilio), al ámbito de la publicidad (ya que sabrá qué electrodomésticos gastan más o si tiene o no vehículo eléctrico), entre otros muchos mercados.

En estas operaciones de concentración intensivas en el volumen de datos resultaría también conveniente que las entidades que se pretendan fusionar circunscriban el ámbito material en el que debe enmarcarse la operación, de tal manera que el uso de los datos quede limitado a un mercado en concreto por parte de las empresas. Esta aproximación es coincidente con la que ya existe en el ámbito de la protección de datos en el que las empresas tienen que informar del uso a los datos recabados.

f- ¿Deberíamos invertir la carga de la prueba en el análisis de concentraciones?

En el régimen actual de control de concentraciones, las partes que pretendan efectuar una concentración afectada por la normativa de competencia deberán notificarla a la autoridad de competencia competente. Tras un examen de la cuestión, la Autoridad decidirá si autorizar dicha fusión o adquisición, probando en caso negativo que esta es dañina para el interés general.

Pretendemos explorar la posibilidad de invertir la carga de la prueba al respecto de la eficiencia de concentraciones. De esta manera, que sean las empresas que deseen esta concentración quienes deban probar que es eficiente y positiva para el interés general. Existiendo así, una presunción *iuris tantum* desde las autoridades de competencia consistente en que las fusiones conllevan un daño directo para el consumidor. Esto se debe a que las eficiencias de una concentración pueden no siempre superar el daño cierto para el consumidor indicado y son mejor conocidas por quienes la protagonizan que por la autoridad de competencia.

Únicamente añadir que de conformidad con lo indicado en el apartado anterior, las entidades que se pretenden fusionar no sólo deberán probar las eficiencias sino también concretar de forma vinculante el ámbito material en el que debe enmarcarse dicha operación de concentración.

5- Medidas para una promoción de la competencia más efectiva.

La acción de promoción por parte de las autoridades de competencia es una rama de actividad que también merece su debate y reconsideración en este trabajo en aras de mejorar su eficiencia y efectividad en beneficio de sociedad y consumidores. Por ello, planteamos las siguientes cuestiones estructurales al respecto para su debate.

a- ¿Deberíamos reconfigurar la intervención de las autoridades de competencia en la nueva legislación emitida por entes legislativos y gubernamentales?

Las autoridades de competencia tienen entre sus funciones el control de la regulación nacional en términos de competencia y están facultadas para la emisión de informes de regulación. No obstante, existen algunas limitaciones en relación a la efectividad de estos informes. Esto se debe a que, si bien los órganos públicos que emiten regulación deben pedir un informe a la autoridad de competencia cuando consideren que la normativa incide en la concurrencia en el mercado, este deber de comunicación se cumple de forma muy esporádica.

Por ello, se plantea la posibilidad de la intervención de las autoridades de competencia sea preceptiva con carácter previo a la aprobación de la normativa. De esta manera, configurar los informes de competencia a semejanza de otros informes preceptivos (como, por ejemplo, el informe del impacto de género). Así, las autoridades de competencia podrán conocer del conjunto de iniciativas de regulación y podrán determinar si su actuación deviene o no necesaria.

De este modo, la actuación de las autoridades de competencia a este respecto tendría un mayor impacto que en la actualidad, pues actualmente la mayoría de informes de regulación tan sólo se pueden efectuar *ex-post* a iniciativa propia de la Autoridad por lo que no tienen un impacto real sobre la legislación ya aprobada, pues resulta extremadamente complicado que se modifique una regulación al poco tiempo de su aprobación. La ineffectividad de los informes regulatorios conlleva el sufrimiento de un daño regulatorio en el conjunto de la sociedad ante la aprobación de regulación anticompetitiva. Daño que podría haber sido evitado si las autoridades de competencia hubieran podido intervenir *ex-ante* ante tal regulación anticompetitiva.

Asimismo, se explorarán las implicaciones derivadas de dichos informes. La posibilidad de que en algún supuesto específico estos informes puedan llegar a ser vinculantes para el legislador. Por ejemplo, se plantea la posibilidad de incluir la exigencia de respuesta por parte de los organismos públicos cuando la autoridad de competencia ha emitido una valoración y se decide proceder en sentido contrario a la misma, a semejanza de jurisdicciones como el Reino Unido.

b- ¿Debemos cambiar la metodología que valora la regulación competitivamente?

La metodología de análisis de la regulación por parte de las autoridades de competencia consiste en estudiar principalmente los siguientes tres elementos: (i) la necesidad; (ii) la proporcionalidad; y (iii) la mínima distorsión del mercado. Nos planteamos si estas variables son las adecuadas.

El primer elemento (la necesidad) tiene un alcance muy limitado pues únicamente constata la existencia de nexo causal entre la regulación y el objetivo perseguido. El segundo elemento (la proporcionalidad) es un elemento de difícil medida pues requiere contraponer los beneficios del objetivo con los costes de competencia que pueda tener dicha regulación. En otras palabras, requiere estimar adecuadamente los beneficios sociales, estimación que muy a menudo escapa del conocimiento de las autoridades de competencia.

Por último, creemos que debemos replantear el tercer requisito (la mínima distorsión del mercado). Las nuevas tecnologías posibilitan que la distorsión del mercado se pueda medir de manera dinámica, lo que es preferible a una concepción estática que no se adecua a las externalidades efectivamente generadas. Un ejemplo claro de esta visión es la prohibición a los alojamientos turísticos. No parece que las externalidades negativas ligadas a una sobreexplotación de los alojamientos turísticos se den durante todo el año, sino que se concentran durante los meses de verano. Siguiendo esta lógica, cualquier limitación que pretendiese mitigar estas externalidades negativas debería ser de aplicación únicamente en los meses en los que estas superan el límite de externalidad tolerable. Así, que la regulación que prohíbe los alojamientos turísticos estableciese una prohibición dinámica que variase con las externalidades negativas producidas por estos en el tiempo.

6- Mecanismos adecuados de disuasión.

En el siguiente apartado, propondremos el debate de nuevos mecanismos de disuasión que poder incorporar en nuestra normativa y su conveniencia y utilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

a- Responsabilidad directa de los directivos, privación de libertad.

El artículo 63.2 LDC faculta a las autoridades de competencia para sancionar con multas de hasta 60.000 euros a aquellos directivos responsables de las conductas anticompetitivas. Este artículo ha sido poco utilizado en la práctica y su eficacia disuasoria está todavía por demostrar. En la comunidad *antitrust* mundial se plantean otros mecanismos disuasorios como la criminalización de los ilícitos anticompetitivos con penas de prisión para aquellos directivos involucrados. Este es el enfoque que han seguido países anglosajones como EEUU o Reino Unido. Sin embargo, esta visión no se comparte ni en el seno de la UE ni en nuestra normativa actual. Por esto mismo, nos preguntamos si es el momento de actualizarla para recoger este tipo de mecanismos disuasorios. Paralelamente planteamos la posibilidad de que las infracciones del derecho de la competencia conformen un supuesto de responsabilidad societaria de administradores societarios involucrados en prácticas anticompetitivas.

b- Responsabilidad directa de la administración en diseños de contratación.

La maximización de la competencia es uno de los principales objetivos de la contratación pública. La consecución de dicho objetivo depende de la actuación por parte de la administración con lo que sus decisiones tienen una implicación directa en términos de competencia. En base a la actual normativa de defensa de la competencia resulta especialmente difícil sancionar a una administración cuando unilateralmente restringe la competencia (por ejemplo, diseñando unos pliegos con requisitos innecesarios que restringen el número de empresas potencialmente adjudicatarias).

Planteamos si sería conveniente poder reaccionar ante este tipo de conductas (que constituyen una evidente afectación en términos de competencia) con el fin de generar los incentivos adecuados a las administraciones públicas para que incorporen en su actuación la necesidad de maximizar la competencia. Es decir, que puedan ser sancionables por las autoridades de competencia las actuaciones anticompetitivas que escapen de las nuevas directrices impuestas en términos de competencia por la Ley de Contratos del Sector Público. En especial, abrimos el debate sobre la posibilidad de sancionar por competencia a las Administraciones Públicas en el diseño de pliegos anticompetitivos. De esta manera, la actuación de las autoridades de competencia alcanzaría más allá de la mera impugnación, lo cual únicamente retrotrae las actuaciones, por lo que no sanciona (ni desincentiva) dicha conducta anticompetitiva.

c- Aplicabilidad de las medidas cautelares en el derecho de la competencia.

Actualmente, la aplicación de medidas cautelares por las autoridades de competencia se da de manera muy excepcional. Esto se debe a que la regulación que habilita su práctica restringe extremadamente su aplicabilidad. Sin embargo, consideramos que

podría ser beneficioso tanto para la sociedad como para las empresas perjudicadas por ilícitos anticompetitivos que las medidas cautelares pudiesen aplicarse con mayor libertad por las autoridades de competencia y no únicamente en casos extremos. Para efectuar este cambio de paradigma, debemos permitir una interpretación más laxa de los requisitos (1) *periculum in mora* y (2) *fumus boni iuris*. En especial planteamos la posibilidad de reinterpretar el *periculum in mora* con el fin de hacer efectivas las medidas cautelares en el derecho de la competencia.

d- Repensando las demandas por daños de ilícitos anticompetitivos: ¿Deberían las autoridades de competencia tener un papel más importante?

Desde la trasposición de la directiva de daños por ilícitos de competencia en nuestro ordenamiento judicial, este tipo de demandas están en auge. Sin embargo, la gran problemática de estas demandas es cómo probar el daño sufrido por el demandante a causa de las cartelistas. Así, los juicios de esta nueva especialidad se convierten en batallas de peritos en las que se intenta convencer al juez de cuál es la metodología del cálculo correcta. Por ello planteamos cuál debe ser la metodología más adecuada, si esta cambia a la sazón de cada tipo de cártel, y cuáles deberían ser los determinantes para el uso de una u otra metodología. Si existiesen estos determinantes, proponemos si deberían estos ser preceptivos para el caso de daños concreto.

Más allá de existir la guía de la Comisión Europea al respecto de cómo debe ser el cálculo de los daños por ilícitos de competencia, esta guía no es vinculante. Por ello, queremos investigar si debería la norma imponer una metodología del cálculo del daño. Alternativamente, si consideramos que es imposible una metodología del cálculo única para todos los casos, nos preguntamos si deberían ser las autoridades de competencia las que, mediante informes preceptivos al juzgado o incluso dentro de los propios expedientes sancionadores, propongan una metodología del cálculo vinculante caso a caso.

Así mismo, nos preguntamos si puede ser un juez únicamente quien valore este tipo de casos. Dado la complejidad económica que conlleva valorar cuál es el método cuantitativo adecuado que hay que tener en cuenta de cara a decidir que haya o no haya daño en el caso en cuestión, nos preguntamos si esta decisión debe recaer únicamente en un juez, persona que únicamente tiene formación jurídica, no económica. Por ello, nos preguntamos si se debería imponer un perito económico por parte de la administración que tuviese formación económico-cuantitativa, que actuase junto al juez en esta valoración o, si bien, esta función se debería efectuar desde las autoridades de competencia. Igualmente, nos preguntamos si sería conveniente o posible que estos casos se llevasen a arbitraje para la solución de dichas controversias.

Paralelamente, dado que tener acceso al expediente sancionador es vital para el cálculo del daño por parte de las demandantes (cabe considerar que existe una asimetría de información, dado que las demandadas sí tendrán esta información mientras que no las demandantes), nos preguntamos si la ley debería imponer el acceso al expediente sancionador por parte de las demandadas de manera automática (respetando los deberes de confidencialidad) y que este hecho no dependiese de la voluntad del juez.

Por otro lado, nos preguntamos cómo proteger los programas de clemencia a la luz de este tipo de litigios. Si bien el primer clemente no responde ante el pago de los daños de manera solidaria, tal y como sí lo hacen el resto de empresas cartelistas, sí responde ante sus damnificados directos (compradores o usuarios directos) o indirectos en caso de que se produjese la quiebra de los demás cartelistas. De esta manera, parece que el incentivo de reducción total de la multa que suponía adherirse al programa de clemencia puede verse ensombrecido por el hecho de la posibilidad del pago de los daños por cártel, cantidad que puede llegar a ser mayor que la multa en sí. Por ello nos preguntamos si no debería de existir una exención total del clemente de cara a los daños para de esta manera preservar los incentivos a adherirse al programa de clemencia intactos.

Por último, como se ha avanzado, los siguientes adheridos al programa de clemencia (con importantes descuentos sobre la sanción también) responden solidariamente ante los daños solicitados. Por ello, en primer lugar nos preguntamos si esto tendrá un efecto hacia los incentivos que suponen los programas de clemencia. En segundo lugar, nos preguntamos si deberían solicitarse los daños de manera prorrateada de tal manera que los segundos y terceros clementes viesen intactos sus incentivos a adherirse al programa de clemencia.

e- ¿Hasta qué punto deberían de tenerse en cuenta los sistemas de *compliance* de las empresas en el cálculo de sanciones *antitrust*?

Este es un asunto en el que ni las jurisdicciones dentro de la propia UE se ponen de acuerdo. Los sistemas de *compliance* son sistemas por los que las empresas intentan evitar conductas ilegales, incluidas las conductas anticompetitivas. Su existencia y promoción es beneficiosa ya que reduce el número de conductas contrarias al derecho de la competencia. A este respecto, por un lado, tenemos jurisdicciones que consideran que estos sistemas deben ser atenuantes de la multa, como Francia. Por otro lado, tenemos sistemas que incluso llegan a plantear la existencia de estos sistemas como atenuantes o agravantes de la multa, como Reino Unido. Paralelamente la propia Comisión Europea reniega de ambas posturas y no tiene en cuenta este esfuerzo hecho por las empresas para el cálculo de las sanciones. Por ello, nos preguntamos cuál es la postura correcta a este respecto. Paralelamente nos preguntamos si los sistemas de *compliance* pueden redimir la responsabilidad de la empresa en determinados casos para que esta responsabilidad se transfiera a la persona física causante (y responsable) de la conducta anticompetitiva.

7- *¿Una nueva forma de regular?*

Más allá de las cuestiones más sustantivas del derecho de la competencia, pretendemos visitar los cauces procedimentales mediante los cuales aplicamos el derecho de la competencia, entre ellos, el cómo regulamos, cómo configuramos las autoridades de competencia, cómo resolvemos las disputas por derecho de la competencia y cómo fomentamos las denuncias a este respecto. Pretendemos abrir el debate a introducir innovaciones en estos aspectos para aumentar la eficiencia y efectividad de la aplicación del derecho de la competencia.

a- Una nueva forma de regular en atención a la diversidad y el dinamismo, con el debido respeto a la Seguridad Jurídica

Hasta ahora, la regulación y legislación para la defensa de la competencia se ha configurado como un instrumento estático y perdurable en el tiempo, con un amplio alcance material. Ello contribuye a su previsibilidad o seguridad jurídica sin embargo, ello conlleva un coste significativo pues la realidad es diversa y dinámica. Una norma estática puede no adaptarse a situaciones dinámicas en el tiempo, por ello abrimos el debate sobre cuál debería ser la forma más adecuada para regular el derecho de la competencia.

En concreto, planteamos la posibilidad de ser flexible en la norma en atención a las variables tiempo, espacio y sujeto (o ámbito). Asimismo, planteamos la posibilidad de que la norma pueda contener mecanismos de refuerzo progresivo del autoaprendizaje a partir de los resultados observados en la aplicación de la regulación. Todo ello siempre teniendo en cuenta la compatibilidad de esta propuesta con la preservación del principio de seguridad jurídica.

b- Regulando de manera más taxativa el diseño institucional de las autoridades de competencia.

En la actualidad, la ley española no recoge los principios sobre el diseño institucional de las autoridades de competencia. Si bien la normativa europea da más pautas al respecto (pautas que serán reforzadas con la propuesta de directiva ECN+), es cierto que los Estados Miembros tienen gran libertad para diseñar sus autoridades de competencia estatales, libertad aún más amplia en el caso del diseño de las autoridades de competencia autonómicas. Esta libertad no siempre se configura como beneficiosa para la sociedad, pues entre otros, permite que existan autoridades no completamente independientes del gobierno. Por ello, en este apartado pretendemos explorar la posibilidad de que la ley regule taxativamente (o de manera más extensa) los principios que debe seguir el diseño institucional de las autoridades de competencia.

Entre estos aspectos a determinar por la ley, proponemos como mínimo: (i) que la ley determine la necesaria total independencia de las autoridades de competencia respecto al gobierno; (ii) que el derecho de la competencia y la regulación de competencia sea materia exclusiva de estas autoridades; (iii) que se determinen y refuercen las competencias de las autoridades de competencia; y, (iv) que como parte de su independencia, las autoridades de Competencia deban hacer procesos de selección para su personal autónomos y específicos.

c- Posible arbitrabilidad de las disputas relacionadas con el derecho de la competencia: El rol de las autoridades de competencia.

Continuando con la línea anterior, pretendemos explorar la posibilidad de resolver las disputas relacionadas con el derecho de competencia mediante arbitraje y replantear cuáles deben ser estos límites. Así mismo, sería muy interesante introducir la posibilidad de que las autoridades de competencia desarrollen tareas arbitrales, para que estas determinadas disputas puedan ser arbitradas por las autoridades de competencia.

d- Otros aspectos procedimentales.

También serán objeto de un análisis detallado determinados aspectos procedimentales previstos en esta regulación, entre los que destacamos: (i) la posibilidad de desestimar denuncias de plano por parte de la Dirección General; (ii) el incorporar una infracción relativa a la vulneración del deber de secreto que tienen las partes en relación con el contenido del expediente; y, (iii) el valorar la mejor forma de interacción entre derecho penal y de la competencia dada su creciente interrelación (en especial en los casos de corrupción y malversación de caudales públicos).

e- Nuevos mecanismos para incentivar las denuncias.

Además del actual programa de clemencia, pretendemos explorar nuevos mecanismos para incentivar las denuncias por ilícitos de competencia. En concreto, abrimos el debate a incluir otro tipo de incentivos, que beneficien a denunciantes no involucrados en conductas anticompetitivas. En este sentido, planteamos explorar la posibilidad de recompensar aquellas demandas que prosperen y ampliar el marco de protección para los denunciantes.

Septiembre 2020