

La voz de la mujer ante los retos actuales del Derecho de la Competencia



Coordinadora

Alba Urresola Clavero

La voz de la mujer ante los retos actuales del Derecho de la Competencia

Coordinadora

Alba Urresola Clavero

© De los autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Febrero 2022

Depósito Legal: M-5373-2022

ISBN versión impresa: 978-84-123699-3-9

ISBN versión electrónica: 978-84-123699-4-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

¿Existe y tiene relevancia la perspectiva de género en el enfoque del diseño y aplicación del derecho de la competencia? Es una cuestión sobre la que apenas se ha reflexionado ni en el derecho de la competencia ni en otros ámbitos asociados a las normas jurídicas que rigen las relaciones entre empresas. Una respuesta apresurada a la anterior pregunta puede inducir a pensar que los comportamientos en los mercados de las personas físicas y jurídicas se rigen por factores que nada tienen que ver con la variable género porque el mercado atiende exclusivamente a factores económicos.

Sin embargo, trabajos como los que se recogen en este libro, evidencian que la perspectiva de género en el diseño, valoración y aplicación de las normas de competencia es un factor relevante que no solo sirve para contemplar y analizar una conducta anti-competitiva de forma más inclusiva por incorporar el punto de vista de más de la mitad de la población, lo que de por sí es una razón más que suficiente para considerarla, sino que, además, contribuye a una aplicación más eficaz del derecho de la competencia puesto que el diseño, análisis y prueba de las conductas anticompetitivas se hará de una manera más ajustada a la realidad, dado que más de la mitad de la población mundial es mujer y sus decisiones en el mercado tienen un impacto muy elevado. Desconocer la perspectiva de género en tales comportamientos supone alejarse de la realidad y por tanto no acertar en el diagnóstico y análisis de la cuestión, por estar sesgado o carecer precisamente de una perspectiva con la que decide más de la mitad de la población mundial.

Desde la premisa anterior, los trabajos que se publican en este libro y que son fruto de las reflexiones de un curso de verano en la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, titulado «La voz de la mujer ante los retos actuales del derecho de la competencia», las autoras reflexionan sobre temas actuales del derecho de la competencia, como qué debe entenderse por una regulación eficiente, cuándo y cómo debe regularse en algunos mercados para salvaguardar el interés general, así como el papel que para ello puede desempeñar la colaboración público-privada. O bien sobre la irrupción de empresas tecnológicas en los mercados y las propuestas de regulación de las

mismas, exponiendo ejemplos en los que se evidencia la relevancia de la variable género en el análisis.

Las autoras son además mujeres que tienen en común conocer en profundidad el derecho de la competencia, en el que han trabajado y trabajan desde distintos ángulos, lo que sin duda contribuye a enriquecer el libro por contemplarse todos ellos. Efectivamente, tenemos la suerte de contar con trabajos de mujeres con destacados puestos en Autoridades de competencia o instituciones tanto de nivel internacional y comunitario, como estatal y autonómico; así como con profesoras universitarias con relevantes publicaciones en derecho de la competencia.

Es por tanto un placer para los dos presentar este libro que deriva de una colaboración de varios años ya entre la Autoridad Vasca de la Competencia y la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea. El objetivo de la misma es la promoción de la competencia y difusión de sus beneficios para la sociedad, tanto para la persona consumidora como para que nuestro tejido socioeconómico sea más competitivo y genere más riqueza y oportunidades para todas y todos.

Alba Urresola Clavero
Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia
Aitor Zurimendi Isla
Catedrático de Derecho Mercantil (UPV/EHU)

La regulación eficiente como complemento para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados¹

Alba URRESOLA CLAVERO

Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia

Regulación y competencia se presentan a menudo como opciones contrapuestas; sin embargo, una regulación eficiente es un instrumento eficaz que incide en aportar una competencia justa y equilibrio en los mercados. Así, el mito de los mercados que se regulan a sí mismos se ha desvanecido, aunque eso no significa que las funciones de regulación puedan siempre realizarse exitosamente con los instrumentos clásicos.

En efecto, las leyes y normas constituyen herramientas esenciales en manos de los gobiernos para promover el bienestar de la ciudadanía y el desarrollo económico. Y esto es así porque la regulación afecta directamente a muchas áreas de la actividad económica y en general, de la vida cotidiana. Los gobiernos y los legisladores tienen una especial responsabilidad a la hora de abordar cómo se regula ya que se puede hacer por exceso, pero también por defecto. Y, como en otros ámbitos, los extremos no aportan beneficios.

Cuando la normativa es pobre, poco coherente o está poco trabajada, puede crear dificultades para establecer un negocio o llevar a cabo una nueva actividad. Al contrario, con una regulación demasiado prolija y complicada, surgen problemas de justificación, comprensión o proporcionalidad, con el consiguiente freno al desarrollo económico.

Por tanto, la regulación es una fuente esencial para generar competitividad, evitar abusos y promover el crecimiento económico. Lo cierto es que la regulación impacta tanto en la competencia como en la competitividad, dos términos que a menudo se

1. Este artículo sintetiza la exposición realizada el día 18 de junio de 2021 como parte del Curso de Verano de la UPV «La voz de la mujer ante los retos actuales del derecho de la competencia».

utilizan indebidamente como sinónimos y que, sin embargo, son conceptos diferenciados, aunque complementarios, ya que sin competencia en el mercado no es posible que las empresas sean competitivas. La OCDE definió en el año 2014 la competitividad como «a measure of a country's advantage or disadvantage in selling its products in international markets»; mientras que el World Economic Forum se refirió en 2017 a la competitividad como «the set of institutions, policies, and factors that determine the level of productivity of a country. The level of productivity, in turn, sets the level of prosperity that can be reached by an economy».

Por una parte, una buena regulación mejora la competitividad mediante propuestas normativas que no obstaculizan la competencia, sino que funcionan como elemento tractor o promotor de la competencia en el mercado. Pero al mismo tiempo, la regulación puede ser fuente de barreras u obstáculos creando externalidades negativas que afectan a la competencia en el mercado. Por ejemplo, una regulación puede entorpecer o ser una barrera de acceso de competidores a un mercado, teniendo el efecto anticompetitivo de blindar la posición de las empresas que ya están operando en ese concreto mercado. En este sentido, la regulación juega contra la igualdad de oportunidades, lo que limita la competencia y, en última instancia, la posibilidad de elección del consumidor.

Este impacto negativo de la regulación ha sido objeto de trabajo en distintos foros internacionales. En octubre de 2009, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación que pedía a los gobiernos identificar las políticas públicas existentes o propuestas que restringen indebidamente la competencia y revisarlas adoptando alternativas más favorables a la competencia. Esta Recomendación fue revisada en 2019 de cara a fomentar la implantación de mecanismos institucionales para llevar a cabo evaluaciones del impacto que la regulación tiene en la competencia efectiva. Por ello, la OCDE desarrolló en 2019 una herramienta para valorar el impacto de la normativa de competencia en la regulación: Competition Assessment Toolkit², una guía no vinculante pero que ofrece pautas muy útiles en la labor de garantizar una regulación eficiente, labor que las autoridades de competencia tienen encomendada, entre sus funciones de promoción, como elemento clave para mantener el equilibrio en los mercados y garantizar la igualdad de condiciones.

1. LA UNIÓN EUROPEA COMO MODELO DE REGULACIÓN EFICIENTE

La Unión Europea ha sido, sin duda, punta de lanza en materia de regulación eficiente que es y ha sido en sí mismo un objetivo en las políticas europeas. La Unión Europea lleva trabajando desde el año 2002 para promover medidas que faciliten la regulación eficiente tanto a nivel europeo como en los Estados miembro. El enfoque de buena regulación de la Comisión Europea es uno de los más avanzados en el mundo según los estudios elaborados en 2018 y 2021 por la OCDE «Regulatory Policy Outlook».

Una de las razones de su éxito es precisamente la evolución que ha sufrido en el tiempo y que ha permitido implementar mejoras y medir los resultados de esta política. En efecto, el enfoque de la Comisión Europea ha evolucionado a lo largo de los años.

2. OCDE 2019, Competition Assessment Toolkit, <http://www.oecd.org/competition/toolkit>

En el período 2007–2012, la actividad fue especialmente intensa y se encaminó hacia la reducción de las excesivas cargas administrativas en la regulación.

Sin embargo, la Comisión constató que un enfoque basado exclusivamente en la reducción de costes podía acarrear otras implicaciones negativas. Por ello, en 2012 lanzó el Programa REFIT que focalizaba sus acciones en la búsqueda de un equilibrio entre los costes y los beneficios derivados de la evaluación de la normativa. Así, el programa REFIT tuvo como resultado un buen número de iniciativas de ahorro, como el trabajo en el ámbito del reciclaje y residuos, que se ha estimado que pudo suponer un ahorro anual de 1,3 billones de euros o la creación de una ventanilla única para el IVA que supuso un ahorro de costes para las empresas de 2,3 billones de euros anuales.

En tiempos de pandemia, la buena regulación cobra aún más relevancia y se erige en un elemento crucial para generar nuevas inversiones y con ello, incentivar el crecimiento económico y la innovación tras el parón económico derivado del COVID. Este constituye uno de los objetivos de la última Comunicación de la Comisión Europea en la materia: «Better Regulation: joining forces to make better laws». Esta Comunicación de 29 de abril de 2021 se dirige a la mejora de la regulación como un elemento esencial en la reconstrucción europea tras pandemia, momento en el que es más importante que nunca legislar de la manera más eficiente y eficaz posible.

Eficiencia y efectividad son dos condiciones básicas que debe cumplir una buena regulación. Por una parte, una regulación eficiente es aquella que obtiene el máximo beneficio neto para la sociedad. Así, una regulación eficiente debe aportar la mínima distorsión en la actividad económica, además de ser proporcionada con el nivel estimado de riesgo y con los costes-beneficios asociados. La regulación eficiente redundará en incrementar el bienestar social, debiendo suponer un coste mínimo para las entidades que deben cumplirla.

Por su parte, la efectividad regulatoria se refleja en la medida en que la regulación alcanza los objetivos establecidos o los resultados deseados y a su vez, se puede medir en base a unas pautas:

- Los grupos de interés han sido consultados y/o han realizado aportaciones.
- La regulación es clara, coherente, comprensible y accesible para sus destinatarios.
- Las entidades afectadas por la regulación pueden cumplir con la misma a costes razonables.
- La regulación está justificada.
- Los objetivos de la regulación no pueden ser obtenidos a través de mecanismos alternativos que lleven a una mejora del bienestar social.
- La regulación es susceptible de ser monitorizada y aplicada.

En definitiva, los esfuerzos que propone la Comisión Europea en 2021 se dirigen a simplificar la burocracia y reducir las cargas apoyándose en la sostenibilidad y la digitalización, siendo fundamental la cooperación entre las instituciones de la UE, los Estados miembros y otras partes interesadas: interlocutores sociales, empresas y sociedad civil.

Para contribuir a hacer frente a los retos actuales y futuros, la Comisión propone una serie de medidas: En primer lugar, la eliminación de obstáculos y de burocracia innecesaria ya que estos frenan las inversiones y la construcción de infraestructuras.

También se propone la simplificación de las consultas públicas con el fin de hacerlas más accesibles y participativas. Además, la Comisión plantea la introducción de un nuevo principio en materia de buena regulación: «una más, una menos», de cara a reducir al mínimo la carga para los ciudadanos y las empresas, prestando especial atención a las implicaciones y los costes del cumplimiento de la legislación, especialmente para las pequeñas y medianas empresas. Este principio garantiza que cualquier carga introducida recientemente se compense mediante la eliminación de una carga equivalente en el mismo ámbito político.

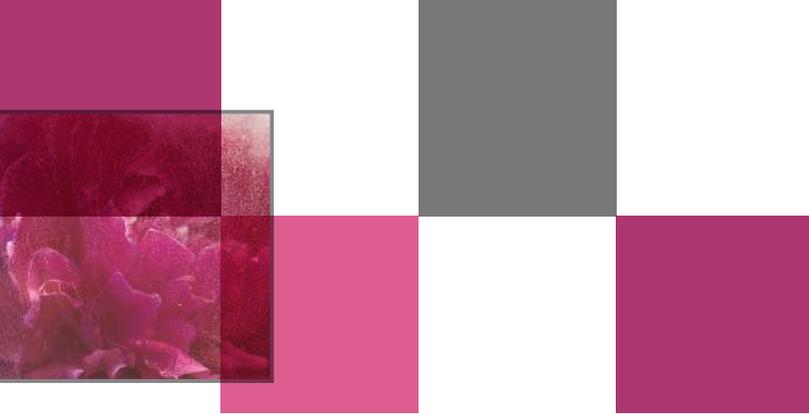
Asimismo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS) deben ser integrados en el proceso regulatorio con el fin de garantizar que las propuestas legislativas contribuyen a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. En este sentido y de acuerdo con las actuales prioridades de la Comisión, debe mejorarse la manera en que la regulación aborda y apoya los objetivos de sostenibilidad y transformación digital, integrando también la prospectiva estratégica en la formulación de las políticas para garantizar su adecuación al futuro.

Para lograr estos objetivos, la cooperación entre los legisladores europeos, los Estados miembro y los grupos de interés, es clave. La Comunicación propone en este sentido tener en cuenta tres pasos en el proceso de elaboración de las normas: En primer lugar, la valoración del impacto de las normas y eliminación de costes innecesarios, de acuerdo con el Acuerdo Interinstitucional on Better Law Making firmado el 13 de abril de 2016. En esta materia, se propone que los Estados miembro faciliten un feedback con las estimaciones en términos de beneficios y costes asociados a cada norma una vez se hayan implementado. Esto debe llevarse a cabo sin perder de vista la importancia de las PYME en la economía europea. Además, la Comunicación propone que la regulación sea evaluada y se constaten evidencias que puedan publicarse y, en tercer lugar, que la sociedad se involucre más intensamente en el proceso normativo.

2. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN MATERIA DE REGULACIÓN

Las autoridades de competencia cuentan con un importante rol en materia de regulación económica. Este papel de las autoridades de competencia en materia de regulación tiene **como razón principal** su carácter independiente y su especialización. Las autoridades de competencia son organismos de larga trayectoria, sin embargo, no siempre se comprenden bien sus funciones y objetivos. Para entender su naturaleza hay que comenzar explicando qué sentido tienen en una democracia las instituciones que representan una cierta imparcialidad, que regulan y garantizan determinados bienes públicos que, de otro modo, se verían politizados o monopolizados por poderes que no están especialmente interesados en el bien común.

Los organismos de competencia forman parte de ese grupo de entidades que velan por determinados asuntos y que lo hacen, no a pesar, sino gracias a que no obedecen a la lógica de la política electoral. Son organismos que se justifican porque garantizan la igualdad y protegen, en materia de regulación, el acceso igualitario a la actividad económica.



La perspectiva de género en el diseño, valoración y aplicación de las normas de competencia es un factor relevante. No solo sirve para contemplar y analizar una conducta anticompetitiva de forma más inclusiva por el hecho de incorporar el punto de vista de más de la mitad de la población, sino que, además, contribuye a una aplicación más eficaz del Derecho de la Competencia. Así, el diseño, análisis y prueba de las conductas anticompetitivas se hará de una manera más ajustada a la realidad, dado que más de la mitad de la población mundial son mujeres y sus decisiones en el mercado tienen un impacto muy elevado.

Desconocer la perspectiva de género en tales comportamientos supone alejarse de la realidad y, por tanto, no acertar en el diagnóstico y análisis de la cuestión, por estar sesgado o carecer precisamente de una perspectiva desde la que decide más de la mitad de la población mundial.

