

Miguel Ángel Fernández Ordóñez^{*}
Amadeo Petitbó Juan^{**}
Gonzalo Solana González^{***}
Luis Berenguer Fuster^{****}
Joaquín García Bernaldo de Quirós^{*****}

LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE SUS PROTAGONISTAS

1992-1995. Los informes del Tribunal Miguel Ángel Fernández Ordóñez

No siempre lo que aparece en la prensa es lo más importante. A veces hay trabajos discretos de servidores públicos que no merecen la atención de los medios y que sin embargo son muy importantes para la transformación del país. Ahora, que los expertos en comunicación han avanzado tanto, los medios reproducen con más frecuencia los mitos elaborados en los gabinetes políticos o empresariales mientras que lo importante se escapa del debate público.

Pero no fue ese el caso de la etapa en la que me tocó presidir el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). Si uno va a la hemeroteca verá que la expresión «los Informes del Tribunal» aparecía sin cesar, y sus re-

comendaciones se situaron dentro de los debates más importantes sobre la política económica de aquel tiempo. La influencia de los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia fue inmensa. Partidos políticos que no habían mencionado nunca la palabra «competencia» en sus programas, la introdujeron en los que redactaron para las siguientes elecciones. Los grupos de interés y algunos ministerios crearon comisiones o publicaron informes voluminosos que defendían lo contrario de lo que proponía el Tribunal, y se organizaron numerosas conferencias y seminarios sobre la necesidad de liberalizar y desregular los sectores estudiados en los informes.

No es que el Tribunal de Defensa de la Competencia en aquella época no hubiera continuado ejerciendo las labores tradicionales del Tribunal como las de perseguir acuerdos y abusos o informar concentraciones. Lo hizo, y le tocó tratar casos muy interesantes. El interesado en estas cuestiones recordará casos importantes como el de la fijación de comisiones por los siete grandes bancos españoles en que se aplicó por primera vez de forma conjunta el derecho español y el europeo, la recomendación de precios de los concesionarios de

* Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992-1995.

** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995-2000.

*** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 2000-2005.

**** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 2005-2007 y Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia, 2007-2011.

***** Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia, 2011-2013.

automóviles en la que por primera vez se impuso una multa al presidente de la asociación, o el caso de las ITV en el que se examinaron las consecuencias contra la competencia de una decisión pública. También se trataron interesantes casos de abusos como el de la Liga de Fútbol y algunos otros de Telefónica y colegios profesionales. En concentraciones las más interesantes fueron las de: Ebro, Arbora/Ausonia, El Caserío o la de la SER con Antena 3.

Pero, lo verdaderamente singular de la etapa 1992-1994 fue la tarea de «predicar la competencia», labor que en el mundo anglosajón se denomina *advocacy of competition*, y que se realizó a través de los famosos «Informes del TDC». Las profesiones colegiadas, las telecomunicaciones, los transportes y en general todos aquellos sectores de servicios cuya liberalización tenía algún retraso en relación a nuestros socios europeos, fueron sometidos a los análisis y recomendaciones del Tribunal.

Se ha dicho alguna vez que quienes nos sucedieron no fueron tan activos en esta tarea de predicar la competencia. Debo decir que no estoy de acuerdo, porque el TDC continuó realizando esta tarea. Es verdad que sus informes no tuvieron la trascendencia de los elaborados en esa primera etapa, pero ello no se debe a una peor o menor actividad del TDC sino a que quienes estuvimos en el Tribunal en los años 1992-1994 tuvimos mucha suerte, y de esa suerte me propongo hablar en esta breve nota.

El éxito mediático de los informes y su indudable importancia en la transformación de la política económica del país se debió, como siempre que interviene la fortuna, a que, en aquel momento, una serie de factores convergieron en una agraciada conjunción de esas que fascinan a los astrólogos.

Por un lado se contó con un Ministerio de Economía que, a diferencia de otros episodios que hemos vivido en los que el poder ejecutivo tiene celos, o desconfía, o priva de poderes e incluso desprecia a los órganos independientes, se dio cuenta de la importancia que tienen para un buen funcionamiento de la democracia y

de la economía de mercado. Aquel Ministerio respetó al Tribunal y lo utilizó sabiamente, encargándole la elaboración de los informes.

Por otro lado las posibilidades de mejorar el funcionamiento de la economía española y por tanto de aumentar la tasa de crecimiento y de empleo, si se liberalizaban los sectores de los que se ocupó el Tribunal, eran muy grandes. Ahora se nos ocurren muchas trabas a la competencia que habría que suprimir de la legislación actual, pero las ganancias en crecimiento, empleo y bienestar que sin duda se conseguirían serían muy pequeñas si las comparamos con las que se produjeron, por dar un ejemplo, al liberalizar las telecomunicaciones. Y es que la introducción en 1994 de una licencia de móvil adicional a la que tenía Telefónica, que fue una de las consecuencias más exitosas de la presión que ejerció el TDC con sus informes, tuvo unos efectos espectaculares. En solo unos meses la cifra de usuarios de móvil duplicó el número que había conseguido Telefónica durante la década que había ofrecido la telefonía móvil bajo monopolio. Nada parecido sucedería ahora, cualquier avance en la liberalización no podría tener la trascendencia que tuvo entonces la liberalización de las telecomunicaciones que se inició en el año 1994 y felizmente se reforzó en los años siguientes.

Otro factor de suerte fue el favorable entorno europeo. La Comisión Europea, con algún retraso sobre Estados Unidos cuyas liberalizaciones habían empezado en tiempos del presidente Carter, había emprendido una política de liberalización en industrias de redes como las telecomunicaciones o los transportes. La tarea no fue entonces conseguir que España avanzara en la liberalización más que otros países europeos sino que simplemente bastaba con lograr que lo hiciera al mismo ritmo que los demás. El problema español era que algunos sectores del Gobierno y de la oposición defendían mantener las regulaciones monopólicas. Algunos miembros del Ejecutivo iban a los Consejos Sectoriales comunitarios con el objetivo de conseguir que se retrasara al máximo la liberalización en España. Los ministros volvían orgullosos de Bruselas mostran-

do como trofeos las cláusulas de aplazamientos de la liberalización aplicables a nuestro país. Por ello la tarea de los Informes del Tribunal fue tan fácil como la de convencer de los beneficios de aceptar los calendarios de liberalización que los Consejos Europeos establecieron para la mayoría de los países.

Finalmente hay que hablar de la suerte de que el Tribunal contara como componentes del mismo con unos servidores públicos que, pese a no haberse dedicado nunca a esta función de promover la liberalización, la cumplieron de una forma totalmente eficaz y eficiente.

Debo decir que nunca imaginé que mis colegas pudieran hacer el trabajo de la forma en que lo hicieron. No por falta de capacidad profesional, pues estaba demostrada tanto por sus currícula como por el trabajo realizado en el Tribunal, sino porque esa experiencia estaba basada más en la defensa de la competencia que en la de promover la liberalización. Me equivoqué totalmente, fue un feliz descubrimiento comprobar cómo aquellos que se ocupan de la defensa de la competencia, y que por tanto son expertos en descubrir los obstáculos de la competencia que introducen las empresas y otros agentes económicos, son los que mejor que nadie pueden detectar en las normas aquellos obstáculos que los grupos de interés han conseguido situar en las regulaciones públicas. El máximo deseo de cualquier vendedor es tener un monopolio. Como apuntó Adam Smith, la tendencia natural, humana, es abusar de una posición de dominio, llegar a acuerdos de precios o disminuir la competencia comprando al competidor. Pero esto es perseguido hoy por el propio Estado, y si le descubren no solo se le acaba el invento sino que incluso puede ser sancionado por ello. Sin embargo, si se consigue incluir en la regulación unas normas que tengan un efecto equivalente al de esas prácticas, se está en el mejor de los mundos, puesto que no solo el Estado

deja de perseguirle por ello sino que incluso la Administración pone a su disposición los medios —funcionarios y jueces— para acabar con los competidores.

Además, el trabajo se hizo con una eficiencia extraordinaria puesto que los recursos del Tribunal, tanto presupuestarios como de personal, eran mínimos. Al abandonar mi presidencia bromeaba diciendo que gracias a mi gestión se había triplicado el número de titulados que ayudaban al Tribunal en su trabajo. Y era verdad: había pasado de ser una persona a ser tres personas. En los 40 años de mi vida profesional no he visto nunca a la Administración hacer algo tan importante contando con tan pocos recursos. Y es que ese fue uno de esos casos en que las cosas sucedieron como nos gustaría que sucedieran siempre: que las buenas ideas se acabaron imponiendo, a pesar de que quienes estaban enfrente defendiendo intereses empresariales o corporativos y empleando ingentes recursos de todo tipo en la defensa de sus posiciones, acabaron perdiendo.

La historia no se repite y hay que celebrarlo pues la vida sería más aburrida si hubiera que copiar todo lo que hicieron nuestros antecesores. Ya nadie podrá ahora hacer nada parecido en las telecomunicaciones o en el transporte aéreo que produzca una transformación tan importante como la que se produjo en su día en estos sectores. Pero sí se puede aprender algo de aquella experiencia; y es que, si hay Gobiernos que son favorables al mercado (y esto es cosa distinta de ser favorables a las empresas), siempre se pueden encontrar nuevas áreas en las que se puede progresar en la liberalización o mejorar la regulación. Y si, como sucedió en aquel caso y es usual en los países mas desarrollados, se respetan, se nombran y se utilizan adecuadamente los órganos independientes, se puede avanzar con mayor rapidez en el diseño y aplicación de las mejores políticas económicas.

1995-2000. Cinco años intensos

Amadeo Petitbó Juan

Con fecha 9 de febrero de, el Consejero delegado de una importante empresa catalana dirigió una carta a uno de los subsecretarios —censor de las publicaciones de su ministerio, al mismo tiempo— de la época. Tras encabezar la misiva con un contundente «Distinguido amigo», le agradeció la «preparación» de una entrevista con el ministro unos días antes. En dicha carta, el remitente recordaba al subsecretario «la urgencia de sensibilizar al Tribunal de la (sic) Defensa de la Competencia de los razonamientos de...» en relación con una operación de concentración. A todo ello añadía: «Como estos días son decisivos para que el Tribunal eleve su dictamen al Gobierno...te agradeceremos que pudieras hacer llegar al Tribunal el interés que el Ministerio tiene en mantener en España la producción de Productos de...de alta tecnología y calidad de..., en competencia con las Multinacionales establecidas en el Mercado Común Europeo. Actualmente no hay barreras de entrada y el Mercado Español no se encuentra aislado del resto del Mercado Común.».

No puedo saber el recorrido de la solicitud desde el despacho del destinatario de la carta. Lo que sí sé, y está debidamente acreditado, es que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) consideró que la operación de concentración tendría como consecuencia efectos relevantes sobre el mercado pero que, dada la apertura del mercado español a la competencia de otros productos fabricados por nuevos competidores que actuarían como elementos compensatorios de la eventual restricción de la competencia, la operación —como no podía ser de otra forma— debía ser considerada adecuada si bien sometida a determinadas condiciones que, posteriormente, fueron consideradas pertinentes por el Consejo de Ministros. En todo caso, siempre queda abierta la cuestión de qué saben las autoridades acerca del futuro de los mercados.

Quiero señalar con este ejemplo que en aquellos tiempos —hace más de 20 años— muchos empresa-

rios consideraban que los asuntos relacionados con la competencia podían ser analizados y defendidos en los despachos de los ministerios y que desde las moquetas del poder las peticiones discurrirían por caminos diáfanos hasta las autoridades de defensa de la competencia, que podrían tomarlas en consideración. Como se pudo comprobar, se trataba de un intento vano pues no es fácil influir sobre la voluntad de un órgano colegiado —como el TDC— que incluía entre sus virtudes, y como referencia general, la independencia. Un análisis de sus decisiones permite cualificar el alcance de dicha afirmación. Además, el voto particular, ejercido con rigor y honestidad, es un arma poderosa que refuerza la libertad de criterio. Aquel tipo de misivas, por contrarias al espíritu de la competencia, deberían hacerse públicas.

El proceso

El día 7 de abril de 1995, Miguel Ángel Fernández Ordóñez cesó, por renuncia, como Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia para pasar a presidir la recién creada Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. Por algunas razones, nunca explicadas, el Tribunal estuvo sin presidente hasta el mes de septiembre del mismo año, ocupando la presidencia en funciones, con acierto y eficacia, quien a la sazón era su vicepresidente, Ricardo Alonso Soto, Catedrático de Derecho Mercantil. Recuerdo que en el mes de mayo de 1995 cesó, por renuncia, uno de los vocales quedando el Tribunal, con solo cinco vocales, además del vicepresidente en funciones de presidente. Este hecho supuso que el Tribunal contara con el número mínimo de miembros imprescindible para su constitución válida. En esta situación de precariedad institucional, más allá de las cuestiones de fondo, en el ministerio se discutió, sin prisas, si era mejor un presidente con perfil político o con perfil técnico. Las opiniones estaban divididas pero, tras una larga espera, se impuso el criterio del perfil técnico.

Mi nombramiento fue algo totalmente inesperado para mí. Estando en uno de los jurados de las becas

de La Caixa, recibí una llamada telefónica comunicándome que mi persona era considerada idónea para ocupar el cargo de presidente del TDC, algo que yo nunca había pensado aunque tenía conocimiento de otros nombres como posibles candidatos, alguno de los cuales se había ofrecido al ministro. Se me daba muy poco tiempo para dar una respuesta pero acepté inmediatamente la propuesta porque me parece lógico que cuando se lleva la pesada carga de los años, las cosas están suficientemente pensadas; cosa distinta es tomar la iniciativa. En todo caso, quiero dejar claro que yo tenía otro candidato y, en consecuencia, había defendido su nombre. Inmediatamente renuncié a mi puesto como vocal del tribunal y al día siguiente comprobé, con temor, que Mariano Guindal —que todo lo sabía— daba por hecho mi nombramiento en las páginas de La Vanguardia. Lo consideré una indiscreción innecesaria inspirada, en todo caso, por la amistad y por la profesionalidad de un excelente periodista. Pero una indiscreción temeraria.

Efectivamente, por sendos Reales Decretos 1532 y 1533, de 15 de septiembre de 1995, el Consejo de Ministros, «previa deliberación» y a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda (D. Pedro Solbes), dispuso mi cese por «renuncia por pase a otro destino» como Vocal del TDC y mi nombramiento como Presidente. Algo que siempre he agradecido aunque sabía que, en un contexto cartelizado y sometido a demasiadas normas reguladoras ineficientes, la tarea no sería sencilla.

Como el lenguaje de los gestos es relevante, consideré oportuno no tomar posesión de mi puesto en un acto público en las dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda. La posición del ministro era, justamente, la contraria. La consecuencia fue la no convocatoria del habitual acto público que, en general, se traduce en un acto social a mayor honra y gloria del nombrado y, posiblemente, de quien tiene el poder de proponer. Algo que, en mi caso, no tenía mayor importancia. Pero sí la tenía el gesto de independencia que no excluía ni el respeto al ministro ni la gratitud.

Tras la toma de posesión administrativa, los primeros momentos no fueron fáciles. Por ejemplo, debo mencionar cierta incompreensión por parte de algún sector de la prensa que se había sentido afectado negativamente por alguna decisión del Tribunal, al menos discutible. Afortunadamente, todo pudo aclararse desde la perspectiva de la legislación sobre la defensa de la competencia y de la libertad de mercado. Pero no fue sencillo.

Una cuestión adicional que parece inherente a las reacciones de algunos miembros de los partidos políticos tras una victoria electoral. No es infrecuente que haya opiniones favorables a cambiar todo lo establecido por el partido perdedor, incluidos los responsables de órganos independientes, como era mi caso. Las insinuaciones existieron pero fueron atajadas por la firme convicción del Presidente del Gobierno —Don José María Aznar— de que los órganos independientes deben ser respetados —por su independencia— y que lo relevante es el trabajo bien hecho y la lealtad —que no fidelidad— institucional. Posición que merece todo tipo de parabienes por ser reflejo de seriedad política y respeto a los principios esenciales de funcionamiento del Estado de derecho. En todo caso, la cuestión que queda abierta es la estrategia seguida en los nombramientos. El principio de las cuotas y de las amistades no es, necesariamente, el mejor.

Los medios

Tras los primeros escollos, afortunadamente superados por el dominio del sentido común y el respeto institucional, faltaba superar el más relevante para la actividad cotidiana: la escasez de medios para llevar a cabo una ingente tarea consistente en asegurar que, en un contexto económico fuertemente cartelizado y dominado por multitud de regulaciones ineficientes, los mercados operaran de acuerdo con los principios de la libre y leal competencia en beneficio de los consumidores, de los operadores económicos eficientes y, en general, del conjunto de la economía.

El entorno donde se lleva a cabo la actividad es relevante. En aquel caso, la sede del TDC continuaba siendo la misma desde el año 1965: escasa e inadecuada. La actividad se había incrementado significativamente y los 782 m² del edificio resultaban insuficientes, especialmente si se considera que, deduciendo el espacio destinado a sala de audiencias, biblioteca y archivo, la superficie útil para despachos se limitaba a 384 m². En esta superficie convivían 31 funcionarios, incluidos los vocales, más el personal laboral. No era mucho comparado con otros órganos de la Administración. Pero no impedía llevar a cabo la tarea encomendada con eficacia y puntualidad. No hubo retrasos en las Resoluciones.

El presupuesto no era boyante: 35.800.000 pesetas asignadas al capítulo 2, y 4.400.000 pesetas para el capítulo 6, inferior al del año 1994 casi en un 30 por 100. Se demostraba, en consecuencia, el gran espacio que tenía el Gobierno para reducir el gasto público. Recomendando al lector un ejercicio sencillo: divida el gasto total por el número de expedientes tramitados. Con toda seguridad se asombrará cuando conozca el gasto medio por expediente. Especialmente si se compara con el gasto medio de expedientes similares desarrollados por otros órganos de la Administración.

El TDC era, pues, una organización minúscula. Los combates argumentales con las grandes corporaciones, los gremios y los grandes despachos eran combates desiguales. No podía hablarse de igualdad de armas. Era necesario, en consecuencia, mantener un mecanismo que permitiera ganar reputación ante la sociedad y, sobre todo, ante las empresas eficientes y ante los consumidores. Los análisis económico y jurídico y el sentido común eran los mejores aliados.

El TDC no contaba con un director de comunicación prudente pues no tenía recursos para cubrir su coste. Lo que, en principio, parecía un inconveniente se transformó en su punto fuerte. La prudencia habitual fue sustituida por la contundencia argumental y la fuerza de la razón. Así fue como el TDC reforzó su reputación ante la sociedad.

Los Vocales del TDC y su Presidente no podían pronunciarse acerca de los expedientes en trámite. El TDC hablaba a través de sus resoluciones y de alguna indiscreción interesada. En todo caso, nada impedía que sus miembros participaran en debates acerca de los asuntos tratados en sus informes y de sus argumentos acerca de la necesidad de proceder a remover multitud de estorbos —que diría Jovellanos— que permitían que determinados operadores económicos obtuvieran beneficios extraordinarios durante periodos de tiempo extensos, más allá de los justificados por su eficiencia y buen hacer.

Actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia

Con este panorama como referencia, era necesario dar a conocer a la sociedad el pensamiento y la labor del Tribunal. Y, en particular, desarrollar una intensa actividad dirigida a promover las modificaciones normativas necesarias con el fin de reducir el impacto negativo de un sinfín de normas reguladoras ineficientes. Con este objetivo, el Tribunal participó en multitud de foros en defensa de sus planteamientos, con una clara vocación divulgadora. El resultado final fue que, dada la continua presencia en los medios de comunicación de las actividades y opiniones del Tribunal, su conocimiento por parte de la sociedad fue general. Sus opiniones, como norma, eran bienvenidas pero, también, criticadas por quienes veían denunciados sus privilegios injustificados. Pero su misión genuina era pronunciarse en relación con los casos sometidos a su consideración.

El TDC tuvo una actividad intensa desde el punto de vista doctrinal. La creatividad fue muy alta y la discusión —casi permanente en los primeros años del mandato— enriquecedora. El proceso de aprendizaje colectivo fue rápido pues el Tribunal contaba con expertos de primer nivel. Personalmente, puedo decir que soy un economista que aprendió mucho de los juristas.

a) Operaciones de concentración

El TDC tuvo que resolver casos particularmente complejos en relación con las operaciones de concentración. Con el paso de los años soy partidario del control *ex-post* y de eliminar el intervencionismo que supone el control *ex-ante* pues no tenemos tantas dotes de predicción para adivinar, con precisión, qué sucederá en el futuro.

Un ejemplo de complejidad se pone de relieve al considerar el camino que condujo a la resolución recaída sobre la notificación voluntaria de operación de concentración entre Telefónica de España SA y Canal Plus SA. Dicha operación fue la reacción a la denuncia ante las autoridades de defensa de la competencia presentada por Antena 3 Televisión SA, por acuerdo restrictivo de la competencia y abuso de posición de dominio por parte de las citadas empresas, consistente en la firma de un «Acuerdo estratégico» para operar conjuntamente en el sector de las telecomunicaciones por cable.

Operaciones de esta naturaleza no son de resolución fácil. Ni las discusiones en la sede de la organización son intelectualmente pacíficas. En el caso mencionado, además, el asunto era particularmente complejo por la posibilidad de que la operación fuera considerada de dimensión comunitaria, en cuyo caso la autoridad competente sería la Comisión Europea. Llegado el momento decisivo, el Tribunal, por mayoría, recomendó al Gobierno que «no se pronunciará sobre la operación... hasta tanto no recaiga una decisión formal de la Comisión Europea sobre la dimensión comunitaria o nacional de la operación». La decisión mayoritaria del Tribunal fue acompañada de tres votos particulares, expresión de lo complejo que era el asunto.

Este caso, nada sencillo, coincidió casi con mi nombramiento. En consecuencia, fue enormemente alocucionador. Marcó una hoja de ruta. Si me he extendido en la explicación es, tan solo, para poner de relieve la riqueza intelectual de la tarea encomendada al TDC y la dimensión del trabajo realizado.

Además, por su relevancia en el contexto del acuerdo, pueden mencionarse otras decisiones relativas a operaciones de concentración de particular interés: Ura/Legrand; Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, SA/Sociedad General Azucarera de España, SA; Parmalat SpA/Clesa, SA; Gas Natural/Endesa; Heineken/Cruz Campo o Banco Santander/Banco Central Hispano.

La lectura de los dictámenes del TDC en materia de operaciones de concentración pone de relieve el espíritu escasamente intervencionista y su confianza en los mecanismos del mercado.

b) Resoluciones

No menos relevantes fueron las resoluciones contra acuerdos entre empresas que, eliminando la competencia entre ellas, pretendían instaurar un régimen de monopolio conjunto en el mercado en su propio provecho y en perjuicio de sus clientes, fueran empresas o consumidores. En ocasiones, con la intervención de los sindicatos. En algunos casos se trataba de cárteles relevantes, descubiertos sin necesidad de chivatos ni programas de clemencia. Ejemplos de resoluciones del período considerado, mencionadas por su título, que no responde necesariamente con la empresa infractora, son: Pan de Barcelona, Cosméticos en farmacias, Industria lácteas, Desmotadoras de algodón, Vacunas antigripales, Alimentos infantiles, Industria del azúcar o Transporte aéreo regular, por citar tan solo algunos casos.

También deben mencionarse las Resoluciones recaídas sobre conductas de abuso de posición de dominio. Se trata de conductas llevadas a cabo por empresas que han alcanzado una posición de dominio en el mercado relevante que explotan en su propio beneficio y en perjuicio de sus clientes. Como ejemplos de la época pueden citarse los siguientes: Airtel/Telefónica, BT/Telefónica, Tabacos de Canarias o Funerarias de Madrid.

En este punto quiero mencionar, con el debido respeto, que mi interpretación de los hechos, en ocasio-

nes, no ha coincidido con la del órgano jurisdiccional que revisa las decisiones del TDC. Por su relevancia quiero destacar el caso Tabacos de Canarias en el que, a mi juicio, quedaba perfectamente acreditado el abuso por parte de Tabacalera, aunque dicho abuso no fuese reconocido por la Sala del Tribunal Supremo debido al uso excesivamente mecánico de la doctrina comunitaria. Pero estos eran los gajes del oficio.

c) Informes

Poco antes de mi nombramiento, el Tribunal publicó el informe: *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*. Uno de los objetivos del documento era poner de manifiesto que «la competencia no solo contribuye a incrementar la eficiencia económica, sino también permite alcanzar una solución más deseable desde el punto de vista social que la que se logra mediante las situaciones de monopolio o de restricciones a la competencia». Y, en particular, se quiso explicar la dimensión social de la competencia.

El informe puede calificarse como relevante. Seguía la tradición del anterior (*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*) que contribuyó a estremecer la «vida tranquila» de no pocos monopolistas y administradores públicos.

El informe hacía un balance de las políticas de introducción de competencia aplicadas desde la publicación del informe anterior (servicios profesionales, telecomunicaciones, suelo, transporte, energía eléctrica, monopolios locales y servicios de instalación y mantenimiento), se valoraban algunas de las reformas acometidas en actividades sobre las que el TDC no había realizado propuestas y, por último, se presentaban nuevas recomendaciones de liberalización e introducción de competencia en cinco nuevos mercados: banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cinematografía y oficinas de farmacia. A estos informes les seguirían otros como: *El precio fijo de los libros*, amén de multitud de pronunciamientos

sobre propuestas de modificación normativa que, en algunos casos, como el del mercado del tabaco, no fueron recibidos con parabienes por los proponentes de la nueva regulación.

Recuerdo la intensidad argumental y emocional de algunos debates públicos relacionados con los informes. El más efervescente tuvo lugar con los farmacéuticos que, en Barcelona, se aproximaron a la agresión física en la sede del Colegio de Abogados. Pero el hecho no revistió mayor importancia pues, como es sabido, el combate contra los privilegios nunca es pacífico, como señaló Adam Smith en su *Riqueza de las Naciones*: «El miembro del Parlamento que apoya las propuestas para fortalecer dicho monopolio puede estar seguro de adquirir no solo la reputación de ser un experto en economía política sino también popularidad e influencia entre una clase de personas cuyo número y riqueza les proporcionan una enorme importancia. Por el contrario, si se les opone, y aún más si tiene suficiente poder como para desbaratar sus planes, entonces ni la honradez más acrisolada, ni el rango más prominente, ni los más grandes servicios a la comunidad podrán protegerlo de las agresiones y los ataques más infames, los insultos a su persona y en ocasiones hasta los verdaderos peligros derivados de la ira insolente de monopolistas furiosos y frustrados». En la época en que fueran escritas estas palabras no había autoridad de defensa de la competencia.

La actividad de fomento y promoción de la competencia, más allá de lo dispuesto en sede colegiada, cubría prácticamente, todo el calendario útil. Con ello, el TDC era conocido, respetado y solicitado para emitir opinión. Las resoluciones por abusos de posición de dominio y por acuerdos entre empresas —dependientes de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia— eran el complemento de una actividad técnicamente instruida y socialmente reconocida.

La prudencia aconseja detenerse en este punto y no desvelar ahora lo que debe ser juzgado más adelante, justo antes del olvido. Muchas actitudes deben permanecer en el recuerdo permanente.

Balance

¿Un balance? Una etapa creativa en el contexto de unos equipos intelectualmente efervescentes —en su conjunto— mayoritariamente libres y guiados por el objetivo de contribuir a mejorar la eficiencia de la economía española y el bienestar de sus ciudadanos a través de la eliminación de los privilegios injustificados.

Solo falta una mayor utilización del análisis económico, el abandono del análisis limitado a las conductas

por objeto —expresión de la pereza administrativa— y su sustitución por el análisis de las conductas sobre la base de sus consecuencias y de la aplicación de los principios del análisis económico. Y, por último, sustituir el análisis *ex-ante* de las operaciones de concentración por un análisis *ex-post*.

Terminado mi mandato —reducido en un año por modificación de la Ley Reguladora— se me ofreció seguir. Es bueno tener la mente clara y saber retirarse a tiempo. Lo que me ha sucedido después también ha sido muy relevante.

2000-2005. Cincuenta años de la Ley de Defensa de la Competencia: avances y retos

Gonzalo Solana González

En los 50 años transcurridos desde que en España se implantase la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, la economía española ha registrado profundas transformaciones.

Muchos han sido los factores que han contribuido a estos cambios. En el plano político, la implantación de la democracia y la adaptación de nuestras normas e instituciones a los estándares europeos. En el ámbito económico destacan las medidas adoptadas en los Pactos de la Moncloa, que facilitaron la corrección de acusados desequilibrios existentes, y los esfuerzos realizados para la plena integración y participación de nuestro país en la construcción de la Unión Económica y Monetaria europea.

En los avances registrados han jugado un papel determinante tanto los efectos derivados de la apertura de la economía española, y la consecuente internacionalización de la actividad, como la introducción de mayor competencia efectiva en los mercados internos.

En este tránsito, la legislación de la defensa de la competencia ha desempeñado un papel importante adquiriendo una trascendencia creciente, tanto en lo que se refiere a los medios disponibles para su aplicación como en el reconocimiento de la sociedad a su función. De hecho se ha convertido en una parte esencial de la política económica actual, en la que las actuaciones por el lado de la oferta son cada día más relevantes ante la creciente globalización de las relaciones económicas a nivel mundial.

La razón de ser de la Defensa de la Competencia

Con el transcurso de los años la legislación de la defensa de la competencia ha ido evolucionando, adaptándose a los cambios del entorno económico e institucional, dotando a las autoridades de más y mejores medios, pero mantenimiento invariable su razón

de ser: garantizar la libertad de empresa y contribuir a que un mejor funcionamiento de la economía se traslade a los ciudadanos en términos de un mayor bienestar económico.

A este respecto conviene recordar lo establecido tanto en el preámbulo de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia como en la exposición de motivos de su antecesora, la Ley 16/89.

Así, el preámbulo de la normativa en vigor comienza destacando que «el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma de los poderes públicos...La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes...Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado».

Por su parte, en la Exposición de Motivos de Ley 16/89 se señalaba que «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa... La defensa de la competencia ha de concebirse como un mandato de los poderes públicos que entroncan directamente con el artículo 38 de la Constitución».

En estos dos textos se concretan con una claridad meridiana la razón de ser de la defensa de la competencia y se establece su marco de actuación.

En primer lugar, queda claro que su razón de ser es proteger el ejercicio de uno de los derechos constitucionales básicos recogidos en el Título II de la Constitución Española relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos, en este caso la libertad de empresa. «La

competencia,... constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de libertad de empresa».

En segundo lugar, se entiende que la defensa de la competencia es una intervención de los poderes públicos para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, pero que esta intervención debe ser medida y justificada al señalarse que «resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir innecesariamente en la toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado».

Por último, queda claramente de manifiesto la importancia que para la economía de mercado tiene la competencia, pues introduce más eficiencia en el sistema económico, permite disponer de más productos y servicios y en mejores condiciones, tanto de precios como de calidad y servicio y, en definitiva, es un elemento fundamental para una mejora del bienestar del conjunto de la sociedad.

Retos de la Defensa de la Competencia en España

A pesar de que la sociedad reconoce mayoritariamente la importancia y la trascendencia de la competencia y de que el conocimiento de la legislación de la defensa de la competencia es creciente, se constata que esta materia es todavía bastante controvertida.

Aunque es entendible que los operadores económicos que son sancionados o que deben cumplir trámites ante las autoridades de defensa de la competencia puedan discrepar de las decisiones o quejarse por los costes en que tiene que incurrir, es preocupante que entre muchos empresarios prevalezca la idea de que la Ley de Defensa de la Competencia es una «ley contra las empresas», cuando, como se ha explicado con anterioridad, su razón de ser es la contraria.

Es difícil establecer con exactitud cuáles son los motivos que explican esta percepción pero entre ellos habría que revisar la influencia de cómo se transmite

a la sociedad las actuaciones de las autoridades competentes. A este respecto, en los últimos tiempos el mensaje principal que se ha trasladado es el relativo a la imposición de elevadas multas, lo que ha dejado en un segundo plano la justificación de la intervención en defensa del interés general y de las medidas que se derivan de las resoluciones.

También sería preciso valorar hasta qué punto afecta negativamente a la imagen de la defensa de la competencia el que sus actuaciones sean exclusivamente, o al menos principalmente, de carácter represivo y desde la Administración, bien sea en las actuaciones contra conductas restrictivas de la competencia o en el control de concentraciones

La defensa de la competencia debe ser un objetivo de toda la sociedad y hay que establecer mecanismos de mayor participación de la sociedad civil. De hecho, en muchos países de nuestro entorno las actuaciones de las autoridades se complementan de una manera mucho más activa con iniciativas de institutos, fundaciones, centros universitarios u otros entes que participan en la defensa de la competencia mediante iniciativas dirigidas a explicar mejor la legislación, a promover acciones que faciliten una mayor competencia o a revisar la situación de la competencia en mercados de productos o servicios básicos. En definitiva, a complementar la faceta represiva que se aplica desde la Administración con una participación más activa desde la sociedad civil, con la divulgación y concienciación de las ventajas de la libre competencia.

En este sentido, es preciso que organismos empresariales intermedios se involucren más en la defensa de la competencia y contribuyan a un mejor conocimiento de la legislación existente, sobre todo entre las empresas de menor dimensión, dada la elevada participación de las mismas en el tejido empresarial español. Las empresas españolas y todos los operadores económicos tienen que interiorizar en sus decisiones diarias las implicaciones de la legislación de defensa de la competencia de la misma manera que lo hacen con otras materias, como la laboral, fiscal, financiera,...

Es cierto que la defensa de la competencia es una materia relativamente reciente, comparada con otras que afectan a la actividad empresarial, y que presenta una cierta complejidad pero ello no exime de su cumplimiento.

Por otro lado, es especialmente importante que las intervenciones públicas estén debidamente justificadas y sean proporcionales a los objetivos que explican su razón de ser.

En este sentido, es fundamental la fundamentación jurídica de las resoluciones. Uno de los principales activos que ha acumulado la defensa de la competencia en España es que ha razonado extensamente sus decisiones, lo que ha contribuido a garantizar los derechos de las partes afectadas y ha creado una doctrina u orientación sobre sus interpretaciones. La absoluta separación que existía entre el órgano de investigación y resolución con el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia favorecía que el análisis de las decisiones en dos órganos claramente diferenciados fuese amplio y se complementara, sobre todo al existir un organismo dedicado exclusivamente a la resolución. El cambio organizativo derivado de la Ley 15/2007 con la creación de la Comisión Nacional de la Competencia y su continuidad en la actual Comisión Nacional de Mercados y Competencia puede dificultar la continuidad de este modelo, por lo que es pertinente hacer los mayores esfuerzos para justificar lo máximo posible estas intervenciones.

Por otra parte, es preciso garantizar a las partes afectadas una capacidad de defensa suficiente y equilibrada en un expediente, y que el uso por parte de la Dirección de Competencia de la información reservada sea limitada a sus fines, es decir, comprobar que existen indicios suficientes de infracción de la ley para decidir si es pertinente incoar un expediente.

Mención especial requiere la introducción de la figura de la clemencia en nuestra legislación. Sin duda, este instrumento ha permitido enfrentarse y actuar con eficiencia contra los cárteles, una práctica muy dañi-

na para la competencia contra la que no se disponía de medios suficientes para luchar contra ella. Pero su aplicación presenta algunos aspectos preocupantes. En primer lugar, puede ser utilizada, en el sentido textual de la palabra, por determinadas empresas que han formado parte de estos acuerdos prohibidos con fines espurios, muy alejados del interés general, y que son contrarias a los fines que sigue la defensa de la competencia. En segundo lugar, puede llevar a que las autoridades se centren casi en exclusiva en estas prácticas tan perjudiciales y se relaje la actuación contra abusos de posición de dominio y otras conductas anticompetitivas.

Por último, una referencia a la política de sanciones. Las sanciones han de ser acordes a lo establecido en la legislación, de la suficiente cuantía para que desestimen el incumplimiento de la legislación pero sin que provoquen la desaparición de competidores en el mercado. El objetivo fundamental de la defensa de la competencia es evitar un deterioro de las condiciones de competencia efectiva en los mercados.

Un balance muy satisfactorio

Transcurridos 50 años desde la entrada en vigor de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia el balance de la aplicación de la defensa de la competencia en España es muy satisfactorio.

Las sucesivas modificaciones legislativas sin lugar a dudas han mejorado las condiciones para una mejor y más efectiva aplicación de la defensa de la competencia en España y para que haya una mayor y mejor cultura de la libre competencia en nuestro país. Y de ello tenemos que felicitarnos.

Por ello, aunque quedan retos por afrontar, hay que valorar muy positivamente la aplicación de la defensa de la competencia en España y animar a los actuales responsables a que sigan trabajando para que la defensa de la competencia sea respetada en España, mediante una aplicación rigurosa y fundamentada de la legislación.

2005-2011. Un sexenio inolvidable y la transición del Tribunal de Defensa de la Competencia a la Comisión Nacional de la Competencia

Luis Berenguer Fuster

El 30 de septiembre de 2005 fui nombrado Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, y ya en mi toma de posesión anuncié lo que era un secreto a voces: iba a ser el último Presidente del Tribunal. No descubría secreto alguno porque —¡por fin!— se había abierto un proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia que implicaba un profundo cambio institucional pedido desde hace tiempo por muchas voces, entre las cuales se contaba la mía.

El sistema español de defensa de la competencia tenía un esquema institucional diseñado en 1963 y mantenido en la Ley de 1989, pero que no se sostenía en 2005; un sistema dual basado en la existencia de dos autoridades: Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. El consenso mayoritario de los especialistas abogaba por la unificación de ambos organismos e incluso en 1997 se creó una comisión técnica que sugirió cambios, pero que no fueron introducidos en lo que acabó siendo una mera reforma cosmética de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) realizada por la Ley 52/1999. Pero en 2004 la creación de una única autoridad de la competencia que viera reforzada su independencia había llegado a ser una petición ampliamente mayoritaria, y el Ministerio de Economía y Hacienda había abierto un positivo proceso de debate mediante la publicación de un Libro Blanco, proceso que fue impulsado y dirigido por la entonces Directora General de la Competencia, Nadia Calviño.

Como resultas del debate, se presentó el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que terminó convirtiéndose en la Ley 15/2007, aún vigente en sus aspectos fundamentales, que creó la institución única, la Comisión Nacional de la Competencia. El proceso de elaboración de esa Ley estuvo, al igual que el debate abierto como consecuencia del Libro Blanco, presidido por el respaldo técnico de los especialistas y el consenso político, lo

cual en aquellos momentos se consideraba indispensable para la consolidación, y permanencia, del nuevo sistema. Buena prueba de esa afirmación la constituye su aprobación por unanimidad en el Parlamento así como las múltiples opiniones favorables que se publicaron en todos los medios especializados.

La nueva Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2007 y por mor de lo dispuesto en la correspondiente disposición transitoria, pasé a convertirme en el primer Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia. No era fácil la tarea que teníamos ante nosotros, pero creo que, a pesar de las dificultades y con la ayuda de un excepcional grupo de funcionarios y personal que se empeñaron en ello, con un cierto espíritu de cruzada, pudimos conseguir el objetivo que no consistía ni más ni menos que convertir la Autoridad española de la competencia en una institución prestigiosa tanto dentro de Europa como a nivel mundial.

Pero, para ello, la primera tarea consistía en fusionar los dos anteriores organismos encargados de la competencia: Tribunal y Servicio. Debo confesar que ésa constituyó mi principal preocupación. Ambos organismos habían venido funcionando no solo de forma separada sino con frecuencia enfrentada desde su creación. Pero de esas dos partes había que crear un todo, y así hubo de hacerse mediante la participación en la elaboración de normas de desarrollo (Reglamento y Estatuto) y, también cuando fue necesario, con cierta dosis de mano izquierda. La aportación en tal tarea de los dos primeros Directores de Investigación, Carlos Pascual y Clara Guzmán, fue fundamental para conseguir ese objetivo, ya que si no nos considerábamos todos parte de un todo, difícilmente podríamos ofrecer ni una imagen frente al exterior ni un trabajo que mereciera el reconocimiento intelectual de todo el colectivo dedicado al mundo de la competencia. Es cierto que hubo que resolver problemas que no estaban previstos en la Ley, e incluso que la solución dada en la misma podría convertirse en una fuente de conflictos entre la Dirección de Investigación y el Consejo. Fue preciso, por lo tanto, arbitrar fórmulas flexibles e imaginativas que implicaran que donde podría haber un nido de

conflictos, se sustituyera el conflicto por la colaboración entre todos en aras del prestigio y buen funcionamiento de la CNC. Y en ese orden de cosas la adecuación de la estructura orgánica a las necesidades de una moderna autoridad constituía un elemento esencial; y las medidas adoptadas en el Estatuto, como por ejemplo superar la división que antes existía entre las Subdirecciones (tanto en el Servicio como en el Tribunal), que implicaban el establecimiento de estructuras estancas entre la persecución de conductas y la tramitación de los expedientes de concentración empresarial, para, en su lugar, crear subdirecciones sectoriales, según el modelo de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, resultó fundamental.

Pero eran más cosas las que había que adaptar para el despegue de la nueva Autoridad, y para ello se aprobó el Plan de Lanzamiento 2008-2009, en el que, entre otros extremos, se adquiría un profundo compromiso a favor de la transparencia. Concluido, creo que exitosamente, ese Plan, se aprobó un Plan de Actuación para el período 2012-2015. El cumplimiento de ambos ha regido la vida de la CNC hasta su conversión en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Pero, al tiempo, era necesario centrarse en la persecución de las conductas más dañinas para la competencia. Con anterioridad algunos malvados aseguraban que el TDC se dedicaba a sancionar a los kioskeros, a los panaderos y a las autoescuelas, y no le faltaba razón a quien tal cosa afirmaba. Es cierto que el TDC intervino en otros muchos expedientes en sectores de mayor impacto en la economía nacional (telecomunicaciones, energía, sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, etcétera) sobre todo en sus últimos tiempos, pero no es menos cierto que el hecho de que la práctica totalidad de los expedientes se abrieran como consecuencia de denuncias de los interesados, impedía elegir prioridades y una dedicación a la persecución de las conductas y sectores donde más daño se producía al funcionamiento del mercado. La verdad es que, aunque en los últimos años el porcentaje se había incrementado,

eran pocos los expedientes que se iniciaban de oficio, y prácticamente inexistentes las inspecciones que se realizaban. Y naturalmente, así poco efecto disuasorio, particularmente de los cárteles que desarrollaban su dañina tarea en el secreto, podrían tener las actuaciones. Por lo tanto la primera medida consistió en arbitrar los sistemas para impulsar un programa de inspecciones y, aunque los medios personales y materiales eran reducidos, mal que les pese a algunos raro era el mes en el que no se practicaba una nueva inspección.

Bien es cierto que la tarea quedaba facilitada por la aplicación del programa de clemencia, a partir de febrero de 2008. En los debates del Libro Blanco y luego del Proyecto de Ley no fueron pocas las voces que manifestaron sus dudas sobre su aplicación. Se consideraba que ese mecanismo, de inspiración anglosajona y que había sido introducido en la política comunitaria de la competencia en el año 1996, no iba a surtir efecto por ser incompatible con nuestra mentalidad propia de la Europa del sur y nuestra tradición católico-romana. Justo es confesar que esas opiniones hicieron mella en quienes confiábamos que no fuera así y empezamos a tener dudas, dudas que quedaron despejadas cuando desde el día en el que el Consejo de Ministros anunció su aprobación hasta el día en el que comenzaron a admitirse las peticiones, hubo quien hizo cola en las puertas de la CNC y el primer día de su vigencia hubo una cola de hasta ocho operadores que pretendieron acogerse al programa de clemencia. Desde luego quien se pasó más de cuatro días haciendo cola en las puertas de la CNC para ser el primero en registrar su petición tuvo su recompensa porque se ahorró el importe de la multa que le hubiera correspondido, ya que hubo otro aspirante a acogerse al programa de clemencia por el mismo cártel que fue menos diligente por lo que, en lugar de recibir la exención, hubo de contentarse con la reducción del importe de la multa.

Si analizamos lo sucedido en los primeros años de implantación del programa de clemencia nadie puede dudar del éxito del mismo. Indudablemente los cárteles constituyen la conducta más dañina para la competencia por cuanto que suponen, como nos decía el desapare-

cido maestro Garrigues, la sustitución de la lucha por el cliente, que resulta esencial en una economía de mercado, por la lucha contra el cliente. Y, además, implican la alteración de las condiciones de mercado. Y a pesar de las revisiones jurisdiccionales, algunas de ellas difícilmente comprensibles, constituye una opinión generalizada en el sector que los efectos beneficiosos de las sanciones impuestas, particularmente a los cárteles, para el funcionamiento del mercado y para el abaratamiento de los precios, han sido considerables.

Pero para que tenga efecto el programa de clemencia, y al tiempo para que las actuaciones sancionadoras de la Autoridad de la Competencia tengan efecto disuasorio, era preciso incrementar, y en buena medida racionalizar, y hacer previsible el importe de la multa. Para que los presuntos infractores pudieran saber, de antemano, a lo que se arriesgaban si optaban por saltarse las reglas del mercado e infringir las normas de la competencia. Es cierto que en nuestra legislación de procedimiento administrativo de carácter general, la Ley 32/1992, ya había establecido el criterio según el cual el importe de la multa en cualquier expediente sancionador debería alcanzar, como mínimo, el del importe del beneficio ilícito obtenido, pero en sus resoluciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia no llegaba a calcular tal beneficio. Creímos en su momento, en línea con la Comisión Europea, que establecer unos criterios que permitieran cuantificar el importe de la multa a imponer previamente, calculando el beneficio ilícito, y hacerlo previsible, no solo redundaría en el efecto disuasorio de las sanciones, sino que incrementaría la seguridad jurídica, así como la predecibilidad de las mismas. A tales efectos se elaboró una Comunicación de Multas que establecía los criterios que iban a regir cuando la CNC impusiera sanciones por conductas anticompetitivas. Hubo que recordar al elaborarla que con esa actuación se limitaba la discrecionalidad de la CNC, porque en cuanto que se limitaban los amplios criterios que la Ley 15/2007 permitía para la imposición de sanciones, suponía una limitación de la discrecionalidad. Naturalmente esa limitación obligaba exclusivamente a la CNC y no a los órganos jurisdiccionales del orden

contencioso administrativo que, en la revisión de las resoluciones sancionadoras, no siempre han aceptado estos criterios, si bien y en honor a la verdad, sin explicar suficiente y convincentemente cuáles eran los criterios sustitutivos que aplicaban.

Pero una de las actividades más novedosas que permitía la nueva Ley y, sobre todo la normativa de su desarrollo, se refiere al ámbito de la promoción de la competencia. Bien es cierto que con vigencia de la Ley de 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó unos informes de regulación y a favor de la introducción de competencia mediante el cambio de la regulación, que terminaron convirtiéndose en unos documentos de culto a los que con frecuencia deberíamos referirnos, pero esta actividad había disminuido en los últimos tiempos, indudablemente debido a las limitaciones introducidas en la reforma de la legislación de la competencia introducidas por la Ley 52/1999, pero aun así, y con la creación del nuevo organismo, el legislador se percató de la importancia de esta actividad y el impacto positivo que podría tener para introducir competencia en los sectores, al tiempo que para modificar la legislación obsoleta, o bien para evitar que la nueva regulación que se propusiera, contuviera limitaciones innecesarias o desproporcionadas al funcionamiento competitivo del mercado. Conscientes de ese compromiso, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia, que desempeñaría las importantes funciones que en ese campo permitía la legislación.

Por un lado se realizaron informes que analizaron el funcionamiento competitivo de los mercados, o, mejor dicho, las insuficiencias de dicho funcionamiento competitivo en determinados sectores, tales como el de los carburantes, la retransmisión de acontecimientos deportivos, las actuaciones de las sociedades de gestión de derechos de la propiedad intelectual, las restricciones a la competencia en la contratación pública, los colegios profesionales, etcétera, y se publicaron guías sobre la manera de elaborar una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia, o para el funcionamiento de las asociaciones empresariales, las cuales pudieron

servir de pautas para adecuar conductas y normas al funcionamiento competitivo del mercado .

El segundo campo de promoción de la competencia viene referido a los informes que, preceptivamente, se deberían elaborar con carácter previo a la elaboración de cualquier norma que contuviera restricciones a la competencia. En el período al que me vengo refiriendo, se elaboraron más de 70 informes sobre proyectos normativos, de los que me cabe afirmar, con cierta sensación de orgullo, que, aunque sea tarea costosa cuantificarlo, en un buen número de casos han surtido efecto y se ha evitado que se aprobara una normativa que creara barreras de entrada o bien permitiera restricciones a la competencia. Pero no sería justo dejar de reconocer algún sonoro fracaso como el obtenido cuando los argumentos referidos a las limitaciones al libre establecimiento de las superficies comerciales, o a ciertas restricciones a la competencia en el campo de los servicios profesionales no fueron asumidos por el proponente (o en la propia tramitación parlamentaria, que parece que es un terreno idóneo para el funcionamiento de los *lobbies*) durante el proceso de adaptación a la Directiva de Servicios, con los efectos perniciosos que, en definitiva, terminarán repercutiendo para los usuarios y consumidores.

Y no se puede olvidar la utilización del novedoso mecanismo de la legitimación activa introducido en el artículo 12.3 de la Ley de 2007, que permitía recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las normas que contuvieran restricciones innecesarias o desproporcionadas a la competencia. Gracias a este mecanismo se obtuvo una sentencia que anuló las anticompetitivas prórrogas a los concesionarios de autobuses concedidas por la Generalitat Valenciana.

No sería justo terminar estas páginas sin hacer referencia a la actividad internacional de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que creo que no se ha bajado del alto nivel que en esa materia dejaron mis predecesores, tanto en el Servicio como en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Actividad que se centró en tres dimensiones: la europea, la latinoamericana y la del resto del mundo. En la primera de ellas, la participación

en las reuniones de la European Competition Network (ECN) de la European Competition Authorities (ECA), así como en las reuniones de Directores Generales, resultó intensa; y ocasión tuvimos de celebrar en Madrid una reunión de la ECA, que engloba a las autoridades de competencia europeas. Igualmente, celebramos el Día Europeo de la Competencia en mayo de 2010, con asistencia del Vicepresidente Almunia y Presidentes de otras Autoridades europeas.

En el ámbito latinoamericano, se intensificó la labor emprendida, mediante la celebración anual de la Escuela Iberoamericana de la Competencia y el Foro Iberoamericano; la celebración de éste último se hizo coincidir con el Foro Latinoamericano de la OCDE, entrando en un proceso de buenas relaciones entre ambos del que pueden obtenerse sinergias. Al tiempo, se iniciaron seminarios para las autoridades latinoamericanas sobre temas de competencia en los centros de formación que la Agencia de Cooperación Internacional tiene en distintos puntos del Subcontinente Latinoamericano. Todo ello redundó en el estrechamiento de las relaciones entre las autoridades de competencia de nuestra misma lengua, lo cual creo que ha producido favorables resultados.

Por último nuestra actuación en la International Competition Network fue cada vez más importante, interviniendo activamente en los paneles y ponencias.

Indudablemente esos seis años fueron, para mí, inolvidables. El trabajo realizado para la puesta en marcha de un nuevo organismo y su proyección exterior creo que mereció la pena. Y así me lo hace pensar que la prestigiosa publicación *Global Competition Review* que califica anualmente la labor de las autoridades de la competencia mediante la asignación de estrellas, incrementara anualmente la calificación de la autoridad española, y, partiendo de una calificación media, se alcanzó, con la asignación de cuatro estrellas, a las más prestigiosas agencias mundiales. O como cuando nos dedicó la portada de uno de sus números, creo que en 2008, con la imagen de un toro bravo sobre la bandera española y el expresivo título *Spain sharpens his horns*, España afila sus cuernos.

2011-2013. La aportación de un juez Joaquín García Bernaldo de Quirós

La llegada

Todos sabemos cuándo hemos nacido a la vida, recordamos aspectos esenciales de ella en sus comienzos, novelamos nuestros recuerdos y, unos más y otros menos, en algún momento reflexionamos sobre nuestra existencia. Pero el porqué de nuestro nacimiento siempre es contado por otros. No estuvimos allí.

A finales del año 2011 parece ser que se decidió que era conveniente que un juez presidiera la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que ya era mucho más que un Tribunal de Defensa de la Competencia. Otros jueces más adecuados que yo no pudieron o no quisieron aceptar, y eso hizo que se contara conmigo. En algún momento otros dirán si fue una decisión acertada o no, a mí solo me corresponde reflejar como he entendido mi propia existencia como Presidente de esa magnífica y admirable Institución.

Durante la Segunda Guerra Mundial la flota del Mediterráneo británica tuvo que enfrentarse, con buques en su mayoría diseñados durante la Gran Guerra de primeros de siglo, contra la pujante, nueva y potente flota creada por el impulsivo Duce. Ante esta situación se le preguntó a un célebre almirante británico cómo veía la situación bélica. Y respondió, en expresión resumida por mí, que una flota se puede hacer en 30 años, pero una marina se hace en 300. En la mejor tradición nelsoniana, hizo más hincapié en la formación de las personas, su adiestramiento y su espíritu, que en los medios materiales novedosos, o al «impulso» mussoliniano, tan satíricamente descrito por Fellini en su autobiografía fílmica «Amarcord». Sabemos cómo acabó la contienda naval. El autoritarismo que busca solo señalar el poder poseído, con desprecio a la experiencia y profesionalidad del propio equipo que le es necesario, no es liderazgo y, además, suele acabar mal.

Cuando llegué a la CNC me encontré con una marina, no con una flota. Y mi primera obligación como

presidente era proteger y estimular su profesionalidad.

He tenido el placer de estar en la CNC cuando era ya una institución muy respetada, nacional e internacionalmente. Cumplía su finalidad con profesionalidad y criterio estable, fruto de un destilado de resoluciones y experiencias que, a su vez, eran el resultado de la cosecha de las aportaciones de muchos y buenos profesionales de la propia CNC, del Tribunal de Defensa de la Competencia, del Servicio de Defensa de la Competencia y de la Abogacía que colaboraba en la aplicación del Derecho de la Competencia. Mi principal preocupación era no malgastar ese valioso producto del esfuerzo y de la lealtad a la satisfacción del interés general. Creo que lo conseguimos. Ese equipo aceptó que jugara con ellos, y les estoy muy agradecido.

Cuando se percibió con claridad el deseo del legislador de integrar la CNC con los reguladores españoles, solo pedí al equipo de profesionales que mantuvieran el ritmo de trabajo y no decayera su espíritu de servicio. Solo lo pedí una vez, pero su profesionalidad hizo que durante dos años la CNC mantuviera su actividad, la incrementara y resolviera más que nunca.

Esa, para mí, es la demostración de la eficiencia, confiar y contar con los mejores.

El papel de la institución frente a la sociedad. La defensa del interés general

La experiencia de más de 20 años de juez me ha permitido saber juzgar las conductas de las personas. Nunca me ha gustado juzgar a las personas, pero mi obligación era juzgar sus conductas. Y eso es lo que pude aportar al brillante Consejo de la CNC que tuve el honor de presidir.

En la CNC nunca se juzgó, en el sentido moral, a los mercados, a las empresas o a los poderes públicos. Al aplicar la Ley, que era su obligación y razón de ser, estábamos cumpliendo con lo querido por el legislador. En primer lugar, con el del Estado español, pero

también con las obligaciones del Reino de España en la integración europea y como sujeto de obligaciones internacionales. Porque la vigilancia de la buena competencia por los mercados, y en el mercado, es aval de seriedad para una sociedad que pretende relacionarse internacionalmente. Y que necesita inversiones exteriores.

La contribución de la CNC a la satisfacción del interés general superior de España, como sociedad avanzada, era estimular la buena competencia y corregir las malas prácticas. Es un discurso común hablar de mejora en la posición del consumidor si se aplica con determinación la legislación *antitrust*. No lo niego, pero me parece una justificación insuficiente. El Derecho de Competencia no solo protege y regula relaciones privadas. Juega un importante papel en la arquitectura institucional de un Estado, y por eso cada vez más se observa y contempla como parte del derecho, que solo de forma académicamente reduccionista, se denomina público.

Porque se olvida a veces que la legislación *antitrust* protege a las empresas en mayor medida, si cabe, que a los consumidores. Aunque al final también redundan, de manera obvia, en ellos. No debemos olvidar que las buenas leyes nacen para servir a la sociedad. La legislación económica puede carecer de justificación moral si no satisface al interés general de la sociedad.

Durante la presidencia que desempeñé siempre insistí en el aspecto moral de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Y lo vinculaba, como lo hago ahora en estas reflexiones que la revista *Información Comercial Española* me permite hacer, con las reformas profundas que necesita nuestra sociedad. En efecto, ahora que se exigen reformas profundas, estructurales y duraderas, que permitan sentar las bases de una sociedad moderna y económicamente fuerte, no olvidemos que la convicción de competir lícitamente para garantizar el bienestar a nuestros ciudadanos y la fortaleza de nuestras mejores empresas no es compatible con prácticas abusivas e ilícitas. No puede ser tolerada por una sociedad que aspira a que

quien tenga el mérito, tenga su oportunidad. La mejora de nuestra sociedad, y quizá su gran reforma pendiente, es desterrar cualquier residuo de tolerancia frente al ventajista que defrauda a la propia sociedad que le permite realizar su actividad económica. Que la misma sociedad exija a los poderes públicos, con responsabilidad en ello, que no amparen y, además, persigan estas auténticas estafas sociales que minan nuestro futuro a cambio de rentas obtenidas con prácticas contrarias a la Ley. Ningún beneficio económico puede ser justificado si se ha hecho defraudando a la Ley. No es bueno para nuestra sociedad, ni para nuestro país, que se desconfíe de nuestra práctica económica.

Por eso la seriedad y rigor en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia que ha hecho la CNC, durante la etapa que la presidí, y por supuesto antes, ha sido en beneficio de nuestros empresarios incipientes en la actividad, que, por méritos propios, tenían el derecho a obtener beneficios racionales de su capacidad e inventiva, pero que otros operadores económicos rechazaban porque veían amenazadas sus rentas, en algunos casos, oligopólicas.

La CNC lo entendió así. Cumplió con rigor su obligación de reaccionar en defensa de la buena competencia. No siempre acertó, pero fue coherente con su mandato legal, y, sobre todo, ha entendido que se debía solo a la Ley, y, a través de su aplicación, a la sociedad.

En esta labor la CNC no solo se coordinó con la Comisión Europea y ejerció su responsabilidad respecto de la aplicación uniforme del Derecho de la Competencia según el Tratado, junto a la Doctrina y la Jurisprudencia que lo interpretan, sino que también tuvo una importante labor de colaboración recíproca con las Autoridades y Servicios Autonómicos de Defensa de la Competencia.

En efecto, algunas Comunidades Autónomas decidieron suprimir sus respectivas autoridades de competencia. Otras se encontraron en una situación financiera tan negativa que mermaron la actuación de sus autoridades. La CNC incrementó su labor de coordinación aceptando la resolución de expedientes

instruidos por la autoridades autonómicas suprimidas, y elaborando un protocolo procedimental para integrar en un órgano resolutorio estatal los expedientes instruidos por los servicios de investigación autonómicos. Fue un buen modelo de integración de órganos formalmente autonómicos en un órgano estatal resolutorio. Con la oportuna supresión de costes por duplicidades de órganos.

Por otra parte, y respecto de las Comunidades que conservaron sus órganos de resolución, ofrecimos nuestra colaboración para realizar, desde la CNC, cuantos proyectos de promoción de competencia de ámbito autonómico se consideren pertinentes por dichas autoridades. Propuesta que fue bien acogida al suponer, así se les indicó, que la CNC era órgano con sensibilidad autonómica desde su concepción integradora de la función estatal que le había sido encomendada.

La necesaria vía expansiva de la aplicación del Derecho de la Competencia

Quizás uno de los principales logros del nuevo sistema normativo insaturado por la Ley 15/2007 haya sido la inclusión de las Administraciones Públicas (AA PP) como receptor directo de los mensajes de competencia. Las AA PP no pueden permanecer neutrales en este ámbito, sino que tienen que promover activamente un entorno más competitivo, eliminando las trabas y las restricciones no justificadas para permitir que los agentes económicos intervengan en todos los sectores productivos. La captura del regulador es el crimen perfecto del Derecho de la Competencia. Y si se captura no solo al regulador sectorial, sino a la misma Administración Pública, estatal, autonómica o local, el daño puede ser de proporciones bíblicas.

En efecto tal y como señalábamos de manera reiterada en el Consejo de la CNC, las AA PP no pueden convertirse en colaborador necesario de prácticas contrarias a la competencia. Más frecuentemente de lo que nos hubiera gustado, hemos podido comprobar que las AA PP promueven, facilitan o intervienen en

prácticas de los operadores para repartirse el mercado o para fijar precios más altos, perjudicando así a toda la sociedad y muy especialmente a los consumidores.

Esa obligación de recordar, mediante la esencial labor de promoción del Derecho de Competencia, a todas las Administraciones Públicas que su sometimiento al principio de legalidad (ex arts. 9 y 103 de nuestra Constitución) incluye también la Legislación nacional sobre el Derecho de Competencia, y que si no lo cumplen siempre estará la poderosa legitimación activa de la CNC, ahora CNMC, para instar ante los Tribunales la recta y buena administración.

El coste de la no competencia. La inmoralidad de consentirlo

El análisis económico nos puede decir cuánto cuesta la falta de competencia en la sociedad. La respuesta jurídica tiene que decirnos si determinada conducta en relación con el Derecho de Competencia es justa.

Como jurista pregunté a mi gabinete cual podría ser el coste para la sociedad española de nuestra falta de adecuada respuesta ante las infracciones del Derecho de Competencia en nuestro país. Y muy resumidamente obtuvimos estos datos.

Según distintos estudios, la existencia de un cártel implica, de media, un incremento de los precios de los bienes y servicios cartelizados de entre el 20 por 100 y el 30 por 100. Nuestra experiencia con algunos de los últimos cárteles desmantelados, como el de los sobres de papel, mostró que el sobrecoste que imponen los cárteles puede ser incluso superior al 30 por 100. Si tomamos únicamente, a modo de ejemplo, las resoluciones de la CNC referidas a este tipo de conductas dictadas en 2012, constatamos que la presencia de estos cárteles podría haber supuesto, en una estimación conservadora teniendo en cuenta el número de cárteles detectados y desmantelados en relación con los existentes según los estudios económicos que fijan la tasa de su detección, una

reducción en el bienestar de los consumidores, por unos mayores precios y por la pérdida producida por la reducción de cantidades, de entre 1.100 y 1.200 millones de euros, solo en un año.

Y tenemos que recordar en este momento las palabras de nuestro Tribunal Supremo cuando dijo «la comisión de las infracciones concurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas» (STS de 23 de marzo de 2003 [RJ\2005\2613]), es decir, alertando sobre la infravaloración de las sanciones impuestas teniendo

en cuenta el daño social producido y el beneficio ilícito obtenido.

En la Comisión Nacional de la Competencia tuvimos que escuchar críticas, a veces desde el sector público, sobre nuestra política sancionadora y sus aparentes excesos.

Contesto ahora diciendo que la pregunta que la sociedad debe hacerse es: si el mal funcionamiento de una institución pública, por dejación de sus funciones o por incompetencia de sus miembros, puede suponer un costo de más de 1.000 millones de euros anuales.