Cristina Alcaide Guindo

LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En este artículo se hace un rápido repaso a los regímenes de competencia desde la promulgación de la Sherman Act en Estados Unidos. Tanto la vieja normativa española como el sistema comunitario de competencia, que admite la coexistencia de reglas comunitarias y nacionales, se han inspirado de cerca en la Sherman Act. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 ha exigido la modificación del sistema español para dar entrada a las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, en 2004 se ha producido una modificación sustancial del reparto de competencias entre las autoridades comunitarias y las nacionales que debe producir un nuevo cambio en el sistema español: se prevé la creación de una Comisión de Defensa de la Competencia que aunará las funciones de instrucción, decisión y propuesta que actualmente se reparten entre el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Cabe esperar que esta unificación comporte una mayor actividad de promoción de la competencia en España, que ha sido escasa en estos últimos años.

Palabras clave: *política de defensa de la competencia, restricciones a la competencia, derecho de la competencia, España, UE.*
Clasificación JEL: *K21, L40, O52.*

1. Algunas ideas previas

La dimensión económica de la competencia

La competencia está basada en la libertad de decisión de los que participan en el mercado, tanto del productor como del consumidor, en un contexto en el que las reglas de juego están claras para todos y se cumplen. De dichas reglas y de su buen funcionamiento depende en gran parte que se pueda lograr una asignación eficiente de los recursos económicos, ya que, cuando estas reglas se cumplen, el mecanismo del mercado provoca que los recursos productivos tiendan a utilizarse para los usos que permitan la producción y comercialización de la mayor cantidad de bienes y servicios que los consumidores y usuarios prefieren relativamente.

En la lucha de los agentes económicos por la supervivencia y por el beneficio, la libre competencia genera incentivos para que unas empresas obtengan una ventaja competitiva sobre otras, mediante la reducción de sus costes y el aumento de la calidad o de la adecuación de los bienes y servicios que ofrece a los gustos de los consumidores.

La libre competencia incentiva la innovación, al promover la lucha de las empresas por obtener en el mercado una cuota, mediante la atención a las nuevas ne-

cesidades detectadas o incluso la propuesta al consumidor de nuevos bienes y servicios.

Para que la competencia funcione y produzca los beneficios expuestos, es preciso que se cumplan los principios de buen funcionamiento del mercado, es decir, que no se produzcan fallos del mercado.

La dimensión social de la competencia

En su informe de 1995 «La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas»[1], el Tribunal de Defensa de la Competencia ha desarrollado el concepto de lo que denomina «la dimensión social de la competencia». En ese capítulo del informe, el Tribunal razona por qué la competencia no solamente contribuye a incrementar la eficiencia económica, sino que también permite alcanzar una solución social más deseable que la existente cuando no se dan condiciones de competencia o existe monopolio.

Según el Tribunal de Defensa de la Competencia español:

- La competencia no implica desregulación sino que, más bien, para lograrla es necesario que los poderes públicos establezcan y vigilen el cumplimiento de unas reglas con el fin de velar por el interés público y por el propio funcionamiento de la competencia en los mercados.
- La competencia combate los privilegios injustificados
- La competencia incrementa los salarios reales
- La competencia facilita la aplicación de los mecanismos de solidaridad
- La competencia favorece la creación de empleo
- La competencia contribuye al sostenimiento del gasto público social.

La competencia no es sólo un concepto económico

Según la tesis mantenida por el profesor Manuel Ballbé Mallol en su trabajo *La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista*[2], el valor de la competencia proviene de un ámbito que sobrepasa a la economía y tiene su fundamento en la historia de la lucha por la democracia pluralista y el Estado de derecho constitucional, y se ha ido gestando históricamente como un principio político, constitucional y jurídico antes que económico.

Si esta tesis está en lo cierto, no tiene nada de raro que la legislación para la promoción de la competencia prácticamente comenzara en Estados Unidos y su gestación estuviera muy cerca del espíritu de los «padres fundadores». En efecto, la Constitución del Estado de Maryland de 1776 ya establecía en su artículo 29 que «los monopolios son detestables, contrarios al espíritu del gobierno libre y a los principios del comercio y que no tienen por qué ser soportados»[3]. Jefferson propuso que en las enmiendas sobre los derechos fundamentales a la Constitución federal se incluyera una prohibición de los monopolios. Madison asentía en una carta a Jefferson.

2. El inicio de las legislaciones de competencia

La legislación *antitrust* de Estados Unidos

Se suele afirmar que la Sherman Act de 1890 es la primera legislación nacional en defensa de la competencia y contra los monopolios, aunque fue precedida por el Código Penal francés de 1810 y por la ley de Canadá de 1889, y tuvo como antecedentes algunas legislaciones aprobadas en los Estados del oeste y del sur de Estados Unidos. Cuando se promulgó la ley Sherman, ocho Estados tenían ya en su Constitución una cláusula antimonopolios y 13 Estados ya tenían en vigor legislación *antitrust.*

[1] Puede ser consultado en el sitio web del Tribunal, *www.tdcompetencia.org*

[2] BALLBÉ MALLOL, M. (1998): *La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista. Anuario de la Competencia 1997,* Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, páginas 107 a 123.

[3] Citado por CASES, L. (1995): *Derecho administrativo de Defensa de la Competencia,* Madrid, página 454.

Bajo la Sherman Act, se declaraban ilegales las conductas que restringen el comercio. Sin embargo, como suele ocurrir, los comienzos de su aplicación fueron lentos, porque la ley no aclaraba qué actividades estaban prohibidas ni se establecía en ella un órgano específicamente competente para investigar y aplicar las nuevas reglas. Por eso, la nueva legislación pudo aplicarse efectivamente a partir de que en 1914 se promulgaron otras dos Leyes: la Clayton Act, que especificaba qué actividades estaban prohibidas con arreglo a la legislación *antitrust* y la Federal Trade Commission Act que creaba la Federal Trade Commission como órgano encargado de la investigación y aplicación de estas normas.

Al principio de su aplicación, los casos se referían fundamentalmente a asuntos internos, pero siempre es posible deslocalizar las empresas para evitar caer bajo una normativa interna, por lo que EE UU acudió a la «doctrina de la extraterritorialidad», según la cual es posible aplicar normas antitrust internas a empresas extranjeras cuando cometen prácticas anticompetitivas con efectos adversos sobre los consumidores domésticos.

El paquete legislativo *antitrust* de EE UU se completó en 1950, al promulgarse la Celler Antimerger Act que prohibió la fusión de empresas con fines monopolísticos.

Tras la II Guerra Mundial, EE UU mostró un gran interés en expandir por otros países la promulgación de legislación *antitrust.*

El caso de Alemania tras la II Guerra Mundial

Por ejemplo, en Alemania a partir del fin de la Primera Guerra Mundial proliferaron enormemente los cárteles, de manera que en 1933 prácticamente no había competencia en la mayoría de losmercados y, el 15 de julio de 1933, los nazis promulgaron una ley de formación de cárteles obligatorios. Según palabras de Wolfgang Kartte, que fue durante muchos años el presidente del BundesKartellAmt alemán, «la economía deja de estar al servicio de la satisfacción libre de las necesidades humanas y es utilizada para implantar un imperio en menosprecio del hombre y de la libertad»[4].

Los aliados, y en particular Estados Unidos, estaban convencidos de la necesidad de fragmentar el poder económico de Alemania con el fin de lograr impedir sus veleidades imperialistas. Por ello, en el acuerdo de Postdam de 1945 se preveía la descentralización de la economía alemana y, bajo la presión de EE UU, el 1 de enero de 1958 entró en vigor la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Ley contra las Restricciones de la Competencia.

Durante muchos años del siglo XX, Alemania ha sido el modelo de legislación nacional de competencia en Europa.

La defensa de la competencia en las Comunidades

Mientras tanto, en Europa, de la mano de EE UU, el Tratado de Roma constituía la competencia como una de las bases de la Comunidad Económica Europea. Entre las medidas que habían de adoptarse para lograr los objetivos del mercado común, el artículo 3 del Tratado de Roma prevé «Crear un sistema de garantías contra el falseamiento de la libre competencia en el Mercado Común». Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (que en la actualidad se corresponden con los artículos 81 y 82 del Tratado CE), que se dedican respectivamente a prohibir las ententes anticompetitivas y los abusos de posición de dominio, se inspiran muy directamente en los artículos 1 y 2 de la Sherman Act. Y de la misma forma que en EE UU coexisten leyes estatales y normativa federal para la defensa de la competencia, en los países miembros de las Comunidades también coexiste una normativa comunitaria y normativas nacionales con aplicación supranacional, nacional y, en algunos casos como en Alemania y recientemente en España, regional.

---

[4] KARTTE, W. (1990): *Leyes sobre la competencia. Materiales sobre política y sociedad en la RF Alemana,* citado por CASES, LI., *op. cit.,* página 658.

En su artículo 87.2, el Tratado de Roma prevé la coexistencia de la normativa comunitaria y las normativas nacionales y establece que el Consejo definirá las relaciones que deben guiar las relaciones entre ambos ordenamientos. El elemento determinante para que resulte de aplicación la normativa europea o la nacional (ya sea por los órganos comunitarios o por los nacionales) ha sido la afectación o no de las prácticas al mercado comunitario.

Nos encontramos con el problema de si, cuando hay afectación comunitaria, se deben aplicar ambos ordenamientos o solamente el ordenamiento comunitario, porque los dos conjuntos de normas no son necesariamente equivalentes en todos los casos de tipificación de conductas restrictivas de la competencia. Una parte minoritaria de la doctrina ha defendido que, en caso de afectación del mercado comunitario, solamente corresponde la aplicación de la normativa comunitaria («Teoría de la barrera única»), mientras que una gran parte de la doctrina se ha inclinado por la llamada «teoría de la doble barrera», según la cual ambas normativas resultan de aplicación existiendo, por tanto, dos barreras legales, una de orden jurídico interno y otra de orden jurídico comunitario. Naturalmente, con esta solución cabe que para una conducta concreta, se den dos tratamientos distintos: Si el ordenamiento nacional es más benevolente, cabe que las autoridades nacionales den su visto bueno a conductas o estructuras que después reciban el varapalo de las autoridades comunitarias y, lo que es todavía más difícil de resolver, cabe que en sede nacional se prohíban conductas que desde la perspectiva comunitaria no deben perseguirse, no por la falta de afectación del mercado comunitario, sino por una evaluación más positiva de sus consecuencias para las condiciones de competencia.

Como el Consejo no ha desempeñado la función prevista en el artículo 87.2 del Tratado de Roma para delimitar la vigencia de los ordenamientos comunitario y nacional y el campo de actuación de las autoridades comunitarias y las nacionales, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que ha establecido los límites entre el ordenamiento comunitario y los nacionales. El Tribunal de Justicia ha aceptado la aplicación simultánea del derecho comunitario y del derecho nacional, pero no ha aceptado las consecuencias más graves de la teoría de la doble barrera: el Tribunal ha dejado claro que la aplicación simultánea de ambos ordenamientos tiene que tener en cuenta en todo momento la primacía del derecho comunitario: «esta aplicación paralela del sistema nacional no puede ser admitida si perjudica la aplicación uniforme, en todo el mercado común, de las reglas comunitarias en materia de acuerdos y del pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de estas reglas»[5].

Las autoridades nacionales pueden aplicar las normas comunitarias de competencia, pero, hasta hace muy poco tiempo, con una restricción importante: no podían conceder autorización a los acuerdos en aplicación del artículo 85.3 del Tratado de Roma. Ello fue así a raíz de la aprobación del Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 (ahora 81) y 86 (ahora 82) del Tratado, reglamento ahora derogado, que en su artículo 9.1 establecía que la Comisión tenía competencia exclusiva para declarar inaplicables las disposiciones de prohibición del artículo 85.1 del Tratado de Roma.

Respecto a la coexistencia de sanciones, el Tribunal acepta ésta, pero pone de manifiesto la necesidad, por motivos de equidad, de tener en cuenta la sanción anterior a la hora de determinar el importe de una segunda sanción por la aplicación a los mismos hechos de una normativa distinta.

A partir de los preceptos del Tratado de Roma, es preciso destacar la importancia, para la aplicación de las reglas de competencia comunitarias en materia de conductas restrictivas de la competencia, de la vigencia del Reglamento 17, que imponía la obligación de notificación de todos los acuerdos entre empresas que pudieran tener efectos anticompetitivos en el mercado comu-

[5] STJCE as.14/68 de 13/2/1969 Walt Wilhelm. Fundamento 4.

nitario, con el objeto de que la Comisión pudiera conceder una declaración negativa o una exención de la prohibición a la vista de las condiciones y las consecuencias del acuerdo en el mercado, para la competencia, para el desarrollo y para los consumidores.

Hasta hace muy poco tiempo cuando, con la entrada en vigor del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, se ha pasado a un sistema de verificación *ex post* de las conductas, la normativa comunitaria había evolucionado mucho más en materia de control de concentraciones que en materia de conductas (ententes anticompetitivas y abusos de posición de dominio).

El control de las concentraciones económicas comenzó basándose en la posibilidad de aplicar el artículo 86 del Tratado de Roma cuando los procesos de concentración reforzaran o crearan posiciones de dominio en el/los mercado/s relevante/s afectados por la operación de concentración.

Con posterioridad, se adoptó una legislación específica para establecer un régimen de control de concentraciones basado en la obligación de notificar las operaciones de concentración que superaran unos ciertos umbrales. El artículo 4.1 del Reglamento CEE 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, prescribe la obligación de notificación a la Comisión de las operaciones de dimensión comunitaria en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje o de la adquisición de una participación de control, a partir de cuando se produzca el primero de los acontecimientos citados

El caso español: la Ley 110/1963

Algo similar a lo ocurrido en Alemania, aunque no tan pronunciado, ocurrió en España. Durante la dictadura de Primo de Rivera se constituyeron una serie de monopolios, que no fueron combatidos en la primera época de Franco. Con los inicios de la flexibilización de la autarquía, en los Acuerdos de las bases militares entre España y EE UU de 1953, el Gobierno español se comprometía a «desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan un carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional»[6].

ICE era una publicación pionera en los temas económicos en aquellos momentos y publicó en enero de 1963 un número sobre la «Lucha contra el Monopolio». En él colaboraron, entre otros, el profesor Eberhard Gunther, Fernando García Martín (que escribió sobre «Limitaciones generales a la implantación de la competencia en España») y Ramón Tamames, que dedicó su trabajo a «Empresas y grupos dominantes en la economía española».

Las limitaciones generales para la implantación de la competencia que se ponían de manifiesto eran las siguientes: limitaciones a la importación; protección arancelaria excesiva y sin discriminación; discriminaciones crediticias; rigideces laborales; anomalías en la aplicación de las disposiciones fiscales; ausencia de definición clara de las inversiones del sector público; deficiencias de la educación y la formación profesional e imperfecciones en la realización de la política de flexibilidad.

En cumplimiento del compromiso adquirido con EE UU y gracias a su asistencia técnica, se promulgó la Ley 110/1963, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, que fue la primera legislación española en defensa de la competencia: aunque según algunos autores hubo ciertos antecedentes a la misma, la opinión oficial era que se trataba de una normativa sin precedentes en el ordenamiento jurídico español y así se declara en la Exposición de Motivos de la Ley.

La Ley contemplaba dos supuestos genéricos de prácticas restrictivas: la colusoria y el abuso de las empresas con dominio de mercado. Excluía de su aplicación las situaciones de restricción de la competencia expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas

[6] Citado por CASES, LI., *op. cit.,* página 281.

en virtud de disposición legal y las prácticas de empresarios agrícolas siempre que no llevaran aneja la obligación de aplicar un precio determinado. En los casos de abuso de posición de dominio, la prohibición se aplicaba incluso a las prácticas realizadas al amparo de una posición de dominio establecida por disposición legal. La Ley preveía la declaración por el Tribunal de práctica exceptuable, que tenía que publicarse en el BOE e inscribirse en el Registro de Prácticas restrictivas de la Competencia.

La Ley establecía la posible imposición de multas por diversos motivos: por infracciones de tipo formal, tales como la omisión del deber de registro en las prácticas exceptuables y por falta de inscripción de las operaciones de concentración por encima del umbral, el Tribunal podía imponer multas de 5.000 a 100.000 pesetas. La desobediencia de las intimaciones del Tribunal podía ser castigada por la jurisdicción ordinaria y, en el caso de persistencia de la infracción, el Gobierno podía imponer multa continuada de 1.000 a 50.000 pesetas por cada día en que persistiera la infracción.

El Consejo de Ministros también podía imponer una multa por prácticas declaradas prohibidas, teniendo en cuenta el perjuicio causado a la economía nacional, que no fuera superior al 10 por 100 del valor de lo facturado por las ventas durante el período de duración de la práctica prohibida o, en los casos en que no se pudiera aplicar la regla del volumen de ventas, hasta un 30 por 100 del valor de las mercancías o servicios afectados por la práctica.

No se establecía ningún obstáculo legal a las concentraciones de empresas. En la Exposición de Motivos de la Ley se manifiesta que «no se atenta contra la concentración económica, deseable por tantos conceptos, donde más del 90 por 100 de las empresas cuentan con cinco o menos empleados, debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas». Solamente impone un deber de inscripción de las fusiones, en los casos de cuota de mercado nacional igual o superior al 30 por 100, para que se cuente con medios de información suficientes para la vigilancia de posibles abusos de posición de dominio.

Las «sentencias» de las Secciones del Tribunal podían recurrirse en súplica ante el Pleno, pero las sentencias del Pleno no admitían recurso. Por el contrario, se establecía la vía contencioso-administrativa para la revisión de las sanciones.

Los comienzos de la aplicación de la nueva ley fueron muy tímidos, y se tardó muchos años en proponer por primera vez al Consejo de Ministros la imposición de multa por conductas contrarias a la competencia.

En los primeros tiempos, en las solicitudes de declaración de práctica exceptuable denegadas, el Tribunal a veces hacía referencia a la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria podría castigar la continuación de la práctica declarada prohibida, por ejemplo en la sentencia de la Sección segunda de 17 de octubre de 1966 (Distribuidora de corchos de trituración) confirmada por sentencia del Pleno de 8 de marzo de 1967.

Posteriormente, el Tribunal comenzó a hacer uso del apercibimiento sobre la posibilidad de imponer multas continuadas en el caso de que no cesaran las prácticas declaradas prohibidas. Así lo hizo la sentencia de la Sección segunda de 25 de abril de 1968 en el caso de «Gases industriales».

En la sentencia de la Sección primera de 31 de enero de 1968 («Aceite») por la unificación del precio de los aceites de oliva envasados en la provincia de Santander se propuso que, si el Consejo de Ministros lo estimara procedente, impusiera a las mencionadas empresas una sanción económica. Dicha sentencia fue confirmada por la del Pleno del Tribunal de 29 de marzo de 1968.

3. La Constitución de 1978, el ingreso de España en las Comunidades y la modificación de la legislación de competencia

Aunque en la Constitución española no se cita ni una sola vez la defensa de la competencia, al menos como consecuencia del derecho a la protección judicial efectiva era preciso modificar la normativa de defensa de la com-

petencia para introducir la posibilidad de recurso contra las «sentencias» del Tribunal de Defensa de la Competencia. Así se hizo, mediante la modificación del Reglamento del Tribunal por Real Decreto 2574/1982. La aplicación del principio constitucional de la libertad de empresa aconsejaba, sin embargo, una modificación legislativa de mayor calado. Pero ésta no se produjo hasta bastante después del ingreso de España en las Comunidades, aunque la Ley 47/1985, de 28 de diciembre, ya reconocía la necesidad de adaptar la Ley 110/1963.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), persigue «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado».

Se considera la defensa de la competencia como una función pública, y su aplicación se entrega a órganos administrativos ya existentes, el Servicio de Defensa de la Competencia encargado de la instrucción y del Registro y el Tribunal de Defensa de la Competencia encargado de la resolución y, en el caso de las concentraciones, de la elevación de sus propuestas al Consejo de Ministros. Las decisiones que pongan fin al procedimiento o produzcan indefensión son susceptibles de revisión judicial.

Aplicación de las normas de competencia de la LDC

Existen cuatro tipos de expedientes ante los órganos administrativos de defensa de la competencia:

1. Sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: ententes (artículo 1), abuso de posición de dominio (artículo 6 de la LDC) y competencia desleal cuando afecte al interés público porque perturbe los mecanismos de funcionamiento del mercado (artículo 7 de la LDC).
2. Autorizaciones singulares (artículo 3 de la LDC) para acuerdos entre competidores que puedan ser rescatados de la prohibición general.
3. Expedientes de control de concentraciones, «en la medida en que es susceptible de afectar a una competencia efectiva en el mercado y ser fundamento de futuros abusos».
4. Posteriormente a la promulgación de la LDC, se ha encargado al Tribunal la elaboración de dictámenes en los expedientes de creación o ampliación de grandes superficies comerciales (artículo 6.2 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista).
5. La LDC también incorpora preceptos en relación con las ayudas públicas, pero que han carecido de consecuencias efectivas.

Por lo que se refiere a las conductas prohibidas, la Ley puede asimismo ser aplicada por los tribunales ordinarios a petición de parte, cuando ésta reclame la defensa de sus intereses. La convivencia de ambas vías, con perspectivas y en defensa de intereses diferentes (los órganos administrativos defienden el interés público, mientras los tribunales civiles actúan a petición de parte, defendiendo sus intereses privados) puede dar lugar a conclusiones divergentes, de modo que es preciso que los órganos decisores compartan la información y que haya la mayor colaboración entre ambas autoridades.

También existen conductas anticompetitivas tipificadas como delitos por el Código Penal. El artículo 55 de la Ley prevé la prejudicialidad del proceso penal en los casos en que exista una causa penal y se haya incoado un expediente administrativo por los mismos hechos.

Expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia

El artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. En ese mismo artículo la Ley da una lista de acuerdos prohibidos, que no es en absoluto exhaustiva, sino que pretende especificar qué tipos de acuerdos en particular están prohibidos.

El artículo 6 prohíbe el abuso de posición dominante y el abuso de una situación de dependencia económica.

El abuso de posición dominante puede consistir en las siguientes conductas: imposición de precios u otras condiciones comerciales; limitación de la producción, distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los consumidores o de las empresas; negativa injustificada a vender productos o a prestar servicios; aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos; ruptura de una relación comercial sin previo aviso y sin antelación; y obtener o intentar obtener condiciones no pactadas bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales. La prohibición se aplica igualmente a los casos de posición de dominio de una o varias empresas que haya sido establecido por disposición legal.

El artículo 7 de la LDC se refiere al falseamiento de la competencia por actos desleales: el TDC conocerá de los actos de competencia desleal (sujetos fundamentalmente a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) siempre y cuando el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y esa grave distorsión afecte al interés público.

Las conductas prohibidas se combaten mediante la instrucción y resolución de un expediente sancionador: la fase de instrucción se lleva a cabo en el Servicio de Defensa de la Competencia y la fase de resolución en el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El expediente sancionador se instruye en el Servicio de Defensa de la Competencia, sea de oficio o mediando denuncia de parte interesada. El expediente se instruye de forma contradictoria, con todas las garantías previstas en el procedimiento administrativo sancionador y el Servicio cuenta con potentes herramientas de investigación, a veces siendo necesaria la presentación de la correspondiente orden judicial.

Cuando el Servicio tiene terminada la investigación de los hechos y tras la práctica de la prueba que considera necesaria una vez escuchadas las peticiones de las partes, redacta el Pliego de concreción de Hechos susceptibles de infracción, que comunica a las partes en el expediente para alegaciones. Tras las alegaciones, redacta el informe para el Tribunal en el que se contiene su calificación de los hechos y, en su caso, la propuesta de imposición de sanciones.

Durante el procedimiento sancionador, cabe la adopción de medidas cautelares, tales como la orden de cesación, la imposición de condiciones y la imposición de fianza, que el artículo 45 establece como instrumento para asegurar la eficacia de la resolución final.

La declaración de conductas prohibidas puede comportar la imposición de sanciones por parte del Tribunal (artículo 13): la sanción en la LDC puede llegar hasta 150 millones de pesetas, que se puede aumentar hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal. Además se puede imponer una multa de hasta 5 millones de pesetas a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido y no hayan salvado su voto.

Para determinar la cuantía de las multas, el Tribunal cuenta con una serie de criterios establecidos por la Ley. En las resoluciones del Tribunal se justifica el importe de la multa impuesta o la decisión de no imponerla.

La mayor multa impuesta por el Tribunal lo ha sido a Telefónica en 2004 por abuso de posición de dominio consistente en poner trabas a la preasignación de otros operadores. La multa impuesta fue de 57 millones de €, y ha sido recurrida.

Cuando la sanción por aplicación de la LDC coexista con otra sanción anterior por los mismos hechos impuesta en aplicación de la legislación comunitaria de competencia, el Tribunal deberá tomar en consideración este hecho a la hora de determinar el importe de la sanción.

La acción para exigir el cumplimiento de las sanciones prescribe a los tres años.

Desde la entrada en vigor de la LDC hasta fin de 2003 se han tramitado ante el Tribunal 554 expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia.

Expedientes de autorización singular

El sistema comunitario —de prohibición general de todos los acuerdos horizontales y de los acuerdos verticales que puedan provocar distorsiones de la competencia en el mercado, con la posibilidad de ampararse en los denominados reglamentos de exención por categorías y la obligación, para el resto, de solicitud de declaración negativa o de autorización para aquellos que cumplieran determinados requisitos y pudieran ser rescatados de esta prohibición general— tuvo que ser trasplantada al sistema español de defensa de la competencia.

De forma paralela al sistema comunitario, el artículo 2 de la LDC prevé la posibilidad de autorizar (de forma individual o por categorías) las conductas declaradas prohibidas por el artículo 1, cuando contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y de servicios, o a promover el progreso técnico o económico siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar adecuadamente en sus ventajas; no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de esos objetivos; y no permitan a las empresas partícipes eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

También podrán autorizarse, siempre que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público las conductas del artículo 1 que:

a) Defiendan y promuevan las exportaciones siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y sean compatibles con las obligaciones de los Convenios internacionales ratificados por España, o

b) eleven suficientemente el nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o

c) por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

El procedimiento establecido se contiene en el Real Decreto 157/1992, de 23 de febrero. Desde la entrada en vigor del sistema de Defensa de la Competencia de la LDC hasta fin de 2003 se han tramitado 340 expedientes de autorización singular.

Sin embargo, el régimen comunitario se ha modificado sustancialmente. El sistema de autorización previa contenido en el Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 (ahora 81) y 86 (ahora 82) del Tratado ha sido derogado por el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Desde su puesta en aplicación el 1 de mayo de 2004, desaparece el sistema de solicitud previa obligatoria de declaración negativa/autorización a las autoridades comunitarias y las autoridades nacionales de competencia son competentes para la concesión de autorizaciones con arreglo al artículo 81.3 del Tratado CE.

La normativa española se ha adaptado a esta gran modificación normativa y procedimental de las reglas comunitarias mediante la aprobación del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia (BOE 23 diciembre).

Expedientes de control de concentraciones

La LDC establece por primera vez un sistema de control de concentraciones, que ha sufrido modificaciones durante su vigencia. Con arreglo a la LDC original, toda operación o proyecto de concentración podrá ser remitido por el Ministro de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe cuando se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000 millones de pesetas. Esto se hace en los casos en que el Servicio estima que existen indicios de que una operación de concentración puede empeorar las condiciones de competencia efectiva en el mercado o mercados afectados.

Al comienzo de la vigencia del sistema de la LDC, la notificación de las operaciones de concentración era voluntaria, y se regía por el Real Decreto 1080/1992

Posteriormente, para hacer el sistema español más coherente con el comunitario, se pasó a un sistema de notificación obligatoria por encima de los umbrales, obligación impuesta por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, que además estableció la suspensión de las operaciones de concentración hasta su aprobación tácita o expresa; el procedimiento se rige por lo previsto en el Real Decreto 443/2001.

Actualmente es obligatoria la notificación previa para todas aquellas operaciones de concentración por debajo de los umbrales de notificación comunitarios que:

a) Como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o,

b) El volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de algo más de 240 millones de euros (el equivalente a 40.000 millones de pesetas), siempre que al menos dos de los partícipes realicen en España individualmente un volumen de ventas superior a algo más de 60 millones de euros (el equivalente a 10.000 millones de pesetas).

Durante los años de vigencia del sistema de la LDC hasta fin de 2003 se han dictaminado por el TDC 83 expedientes de concentración económica. Normalmente, la decisión del Consejo de Ministros suele ser coincidente con la propuesta del Tribunal.

Informes sobre apertura y ampliación de grandes superficies comerciales

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictamina sobre las solicitudes de apertura o ampliación de las grandes superficies comerciales para evaluar su impacto desde la perspectiva de la competencia. Desde 1996 hasta 2003 se tramitaron 754 expedientes de grandes superficies comerciales.

La participación de las Comunidades Autónomas en el sistema de defensa de la competencia

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad de dos Comunidades Autónomas contra la LDC y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c) de la LDC.

Las consecuencias del fallo fueron la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la LDC y su desarrollo reglamentario. Las competencias de las Comunidades Autónomas se restringen al ámbito ejecutivo y siempre que no perjudiquen a la unidad de mercado y a la planificación económica, siendo del Estado la competencia legislativa y la de las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional. Las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el «comercio interior» y, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, por ende, con la «defensa de la competencia».

La Ley 1/2002, modificada por la Ley 62/2003, establece los mecanismos de coordinación entre las Comunidades Autónomas y el Estado en materia de defensa de la competencia. Se crean dos órganos:

- La Junta Consultiva, que emite un informe no vinculante para tratar de solucionar los conflictos de competencia entre los órganos estatales y los autonómicos. Si las partes no lo aceptan, el Tribunal Constitucional decidirá a qué administración corresponde el procedimiento.
- El Consejo de Defensa de la Competencia, compuesto por representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas, encargado de centralizar la informa-

ción, de realizar estudios sobre los criterios conducentes a la apropiada coordinación en la aplicación de la ley y de informar las disposiciones sobre estas materias.

El nuevo reparto de funciones entre las autoridades nacionales y las comunitarias

El régimen centralizado en la Comisión Europea para la concesión de declaraciones negativas y de autorizaciones singulares para los acuerdos entre empresas constituía una gran carga de trabajo para los servicios de la Comisión, y unos costes enormes para las empresas y, con las sucesivas ampliaciones de la Comunidad, llegó a ser totalmente ineficiente. Por otra parte, como las competencias de las autoridades nacionales eran asimétricas, durante muchos años reclamaron la competencia para poder conceder autorizaciones cuando los acuerdos entre empresas afectaran fundamentalmente a su mercado. Finalmente, ha triunfado la razón y el Reglamento 17 ha sido derogado y sustituido por el Reglamento 1/2003 del Consejo.

A partir de su entrada en aplicación, el 1 de mayo de 2004, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros no son solamente competentes para aplicar las prohibiciones comunitarias de conductas restrictivas de la competencia, sino también para la autorización de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas cuando se cumplan los requisitos establecidos por la norma comunitaria para la excepción de la prohibición. La legislación nacional y su aplicación deben ser compatibles con las comunitarias, y el Reglamento prevé la creación de una red de autoridades públicas que apliquen la normativa comunitaria de competencia en estrecha colaboración.

Por otra parte, el Reglamento CE 1/2003 establece un nuevo sistema de exención legal directamente aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que cumplan los requisitos exigidos por la normativa comunitaria para la exención de la prohibición, de manera que se sustituye el procedimiento de notificación obligatoria previa por un sistema de verificación *a posteriori.*

Estas dos modificaciones sustanciales del régimen comunitario de defensa de la competencia ha exigido la modificación de la normativa nacional, que se ha llevado a cabo mediante la adaptación de la LDC y de la Ley 1/2002 efectuadas por los artículos 95 y 96 de la Ley 62/2003 de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 2004, y la aprobación del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

4. La labor de promoción de la competencia en España

Las autoridades de competencia no solamente deben velar por que se cumplan las reglas de competencia en el mercado, tomando como dadas las regulaciones existentes, y poner los remedios adecuados cuando se detecten conductas o formación de estructuras contrarias a ley y perjudiciales para la competencia practicable. Es habitual que el mandato de los órganos de defensa de la competencia contenga también un apartado de facultades para que promocionen la competencia mediante la elaboración de dictámenes e informes sobre las condiciones de competencia mejorables y para que realicen una labor de iniciación del debate para la promoción de la competencia y de divulgación a favor de la misma.

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989 contenía en su artículo 26 un apartado muy interesante de facultades consultivas y de emisión de informes, que desgraciadamente fue modificado por el Real Decreto-Ley 52/1999, de 28 de diciembre; el Real Decreto-Ley dejó claro en su artículo 13, que modifica el artículo 26 de la LDC, que el Tribunal puede ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios, pero las competencias de informe

de oficio se limitan a los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifique o derogue la Ley de Defensa de la Competencia vigente, así como los proyectos de normas reglamentarias que lo desarrollen. En cambio, el artículo 31 k) de la Ley modificada encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia: «dirigir informes y/o recomendaciones sobre materias de defensa de la competencia a cualquiera de los Departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales, Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios».

A partir de ese momento, desapareció la brillante labor de promoción de la competencia que había desempeñado el Tribunal, especialmente entre 1992 y 1995, período en el que publicó tres importantes informes que provocaron un debate pro competencia muy serio en la sociedad española, a saber: «Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones» (1992), «Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» (1993) y «La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas» (1995). Posteriormente, en 1997, publicó el «Informe sobre el Precio Fijo de los libros»[7].

La experiencia ha demostrado el flaco favor a la sociedad española que se hizo con la modificación del reparto de competencias entre el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia en cuanto a la iniciativa de emisión de informes, a favor de la del Servicio y en detrimento de la del Tribunal. Es posible que se hiciera con buena intención, pensando que el Servicio, al estar más en contacto con las unidades de estudio de regulación de los sectores dependientes del Ministerio de Economía, estaría en mejores condiciones para detectar los sectores cuya regulación merecería la pena revisar y modificar para mejorar sus condiciones de competencia. Pero no se tuvo en cuenta que la carga de instrucción de expedientes era tarea suficiente para el Servicio ni tampoco su menor grado de independencia del poder político; lo cierto es que, desde que se modificó la Ley de Defensa de la Competencia en este sentido, el único informe que se ha conocido ha sido el del Tribunal de 2003 denominado: «Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la Distribución Comercial», que fue solicitado por el Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, pero no se han vuelto a producir informes que hayan producido un debate generalizado y hayan significado un revulsivo para la sociedad en general a favor de las condiciones de competencia. En la página *web* del Servicio[8] no se encuentra rastro alguno de los informes que haya podido realizar para la promoción de las condiciones de competencia en estos años en que le correspondía la iniciativa.

5. El futuro del sistema de defensa de la competencia español

Como ya se ha indicado, las reglas de competencia comunitarias se han modificado profundamente con la derogación del Reglamento 17 por el Reglamento 1/2003, y el establecimiento de un nuevo reparto de funciones entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia es una razón más que suficiente para que se modifique de nuevo la legislación de competencia española, con el fin de armonizarla con la normativa europea y que los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales puedan cumplir con sus funciones. Sin embargo, no es el único motivo, y ni siquiera el más importante, para la reforma que se ha anunciado en el «Libro Blanco para la reforma del Sistema de Defensa de la Competencia»[9] publicado el 20 de enero de 2005.

Según la voluntad declarada en el mismo, la reforma deberá basarse en cinco principios: seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad frente a

[7] Pueden ser consultados en el sitio *web* del Tribunal, *www.tdcompetencia.org*.

[8] *www.mineco.es/dgdc/sdc/*.

[9] Se puede ver en: *www.mineco.es/dgdc/sdc/*.

la sociedad, eficacia y coherencia. Se pretende lograr que se cuente con los instrumentos y la estructura institucional óptimos para proteger la competencia efectiva en los mercados y, con ello, la eficiencia en la asignación de los recursos, la productividad y el bienestar general.

Para reforzar la eficacia de las actuaciones y lograr la articulación completa de las actuaciones en los distintos planos, el Libro Blanco propone la creación de un órgano único que se denominará Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y asumirá las funciones del Servicio y del Tribunal, pero no propone ninguna medida concreta en relación con las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas.

En el campo de la persecución de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, el nuevo sistema que se introduzca deberá asegurar la defensa de los derechos de los administrados en los expedientes sancionadores, para lo cual será preciso establecer una separación suficiente entre la fase de instrucción y la fase de decisión.

En el campo de promoción de la competencia, al proponerse la unificación de las actuaciones de los dos órganos actuales se resuelve de un plumazo el problema que se arrastra desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 52/1999 en cuanto a cuál es el límite de la libertad del Tribunal para emitir informes sobre competencia a iniciativa propia, para no hurtar las facultades del Servicio, posible conflicto que se ha saldado con la negativa desaparición de las actuaciones de informe de oficio del Tribunal. Las mejoras de eficiencia en la ejecución de las tareas de instrucción, resolución y dictamen podrán proporcionar medios y capacidad de análisis a la nueva Comisión para que acometa nuevos informes para proponer la adopción de medidas en los sectores que estén más necesitados de que se establezcan nuevas condiciones de competencia. Nos encontramos en un momento histórico en el que todos los esfuerzos para dar ideas para mejorar las condiciones de competencia son pocos, en el entorno de globalización y pérdida de competitividad que nos condiciona.

Queda por desvelar cuál será el grado de independencia de la nueva Comisión respecto al poder político. Un elemento fundamental será el diseño normativo que decidan finalmente las Cortes, pero también será muy significativo cuál sea la personalidad del protagonista y de los actores principales que se elijan como presidente y consejeros del TDC para la representación del primer acto de esta nueva pieza. Confiemos en que se elija bien.

Referencias bibliográficas

[1] AMATO, G. (1997): *Antitrust and the Bounds of Power: Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market,* Hart Publishing, Oxford.

[2] ANUARIOS DE LA COMPETENCIA (1996 a 2003): Director: CASES PALLARÉS, LI.: Fundación ICO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid.

[3] BENEYTO, J. M. (dir.) y MAILLO, J. (coord.) (2005): *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España,* Editorial Bosch, Barcelona.

[4] CASES PALLARÉS, LI. (1995): *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia,* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid.

[5] EUROPEAN COMMISSION (2005): *EU Competition Policy and the Consumer: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer_en.pdf*.

[6] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (1997): «La Liberalización de los mercados de bienes y servicios», *Economistas,* número 75, página 180.

[7] HAYEK, F. A. (1968): «Competition as a discovery procedure», en *New Studies in Philosophy, Economics and the History of Ideas,* University of Chicago Press, Chicago.

[8] HAYEK, F. A. (1982): *Los Fundamentos de la Libertad,* 4.ª ed., Unión Editorial, Madrid.

[9] Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia 1992 a 2003: *www.tdcompetencia.org*

[10] KOEDIJK, K. y KREMERS, J. (1997): «Apertura de mercados, regulación y crecimiento en Europa», en A. COSTAS y G. BEL (eds.): *Los beneficios de la liberalización de los mercados de productos,* La Caixa Colección Estudios Económicos, número 11, *www.estudios.lacaixa.comunicacions.com/webes/estudis.nsf/wurl/sehomecos_esp.*

[11] Memorias del Tribunal de Defensa de la Competencia: *www.tdcompetencia.org*.

[12] PAREJO GÁMIR *et al.* (1995): *La política económica de las reformas estructurales,* Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

[13] SCHUMPETER, J. A. (1961): *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* 2.ª ed., Biblioteca de Ciencias Sociales, Aguilar Sociología, Madrid.

[14] STIGLER, G. J. (1980): «El proceso de regulación económica», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* número 557, páginas 101-111.

[15] VON MISES, L. (1966): *Human Action: A Treatise on Economics.* Edición española (1995): *La Acción Humana. Tratado de Economía,* Unión Editorial, Madrid.

[16] WELLS, W. (2002): *Antitrust and the Formation of the Postwar World,* Columbia University Press, Nueva York.