

HACIA UNA RED DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Joan Carles COSTAS I TERRONES *

Director General de Defensa de la Competencia
de la Generalitat de Catalunya

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las Competencias del Estado en materia de defensa de la competencia (en adelante, LCCDC), ha dado una nueva forma al sistema de defensa de la competencia en España, mediante la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias de ejecución de una parte de las funciones hasta ahora desempeñadas por los órganos estatales de defensa de la competencia. La LCCDC da cumplimiento a la Sentencia (en adelante, la Sentencia) del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de diciembre, relativa a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que despertó fuertes críticas respecto a su fundamentación jurídica y, muy en especial, respecto a los efectos que sobre el sistema de defensa de la competencia podía ocasionar.

Con posterioridad, el Decreto 222/2002 de la Generalitat de Catalunya ha creado los órganos de defensa de la competencia en esta Comunidad.

Recientemente, el Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (en adelante, el Reglamento), ha dado fin a un largo proceso de discusión sobre el papel que deben desempeñar las distintas autoridades administrativas y judiciales de competencia existentes en la Unión Europea, al tiempo que ha supuesto un cambio trascendente en la aplicación del Tratado al pasar de un sistema de control administrativo previo a otro basado en un control posterior.

En su conjunto constituye un cambio profundo para todos, que se hace notar aún con mayor intensidad en España, y que debe suponer, a pesar de su complejidad, un avance sustantivo en la competitividad de las diversas economías y del bienestar de los ciudadanos.

* Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales.

El objetivo de este trabajo consiste en intentar una primera aproximación al papel que los órganos autonómicos de competencia pueden (y deben) desempeñar en el nuevo modelo. En este sentido se realiza un examen de las previsiones de la LCCDC y de algunos aspectos que su aplicación sugiere.

El trabajo más pretende plantear cuestiones que resolverlas, en especial dada la clara naturaleza política de la función y de la forma en que se articulan las instituciones encargadas de efectuarla.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Antes de iniciar el análisis parece conveniente detenerse brevemente en el examen de la realidad sobre la que ha operado y previsiblemente van a operar los órganos de defensa de la competencia en España.

a) *La defensa de la competencia es una materia abierta a discusión en todos sus aspectos en mucha mayor medida de lo que es habitual respecto al papel del Estado en el ámbito económico.*

No es frecuente que la Administración Pública deba tener en cuenta en su actuación diaria conceptos económicos tan abstractos y con tantas posibilidades de interpretación económica y jurídica, como los de competencia suficiente (*workable*) mercado relevante, posición de dominio colectivo, precios depredatorios..., etc., o en la evaluación de determinadas conductas de la empresa, sean o no aceptables de acuerdo con su posición en el mercado. Tampoco es habitual que la Administración Pública realice supuestos respecto a la posible conducta futura de un mercado o de una empresa sin más guía que la doctrina y la jurisprudencia que, en definitiva, resultan siempre escasas debido no sólo al cambio constante de las condiciones de la economía y de los avances del pensamiento jurídico y económico, sino también a las diferencias en las situaciones de hecho. No es extraño, pues, que se produjera un cierto grado de preocupación y temor respecto a los efectos de la Sentencia, si bien hoy ya se puede considerar que, cuando menos, se han disipado.

En suma, una función de difícil realización, pero absolutamente indispensable en las economías de mercado.

b) *La Ley 1/2002 hace su aparición en un momento en que las formas de actuación de la Comisión Europea se hallan en proceso de profunda transformación.*

El Reglamento ha introducido modificaciones de gran trascendencia mientras por su parte la política de autorización de concentraciones está siendo cuestionada, tanto desde el punto de vista de la política industrial, es decir de su conveniencia respecto al tamaño de las empresas europeas en tanto que competidoras en una economía globalizada, como del rigor de la motivación de las decisiones que desde la consideración *ex ante*

de la conveniencia de una concentración se ha estado efectuando (Sentencias Airtours/First Choice, Schneider/Leyrand, Tetra Laval/Sidel).

c) *La actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) y del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) ha recibido una excelente calificación por parte de la OCDE (2000, pp. 41-47), en especial en lo que se refiere a su papel de abogado de la competencia.*

d) *El SDC ha atendido respecto a prácticas restrictivas de la competencia en el período 1997-2001 una media anual de 158 casos, medida por la entrada de expedientes.*

De estos casos, aproximadamente el 4 por 100 corresponde a actuaciones de oficio, el 78 por 100 a denuncias y el restante 18 por 100 a autorizaciones singulares. Por lo que se refiere a concentraciones, durante el año 2001, se sitúan en 76 de los cuales se remiten al Tribunal seis casos.

Naturalmente, éstas no son todas las funciones que efectúa el SDC, pero sí parecen las más relevantes en nuestro contexto.

e) *En repetidas ocasiones, por diversas personas o entidades y en un lapso de tiempo de varios años, se ha puesto de manifiesto la escasez de medios sobre la que operan los órganos estatales de defensa de la competencia.*

Recientemente se ha producido una mejora en los medios humanos y materiales, pero está pendiente de comprobación su suficiencia. Por lo que se refiere al TDC las Memorias anuales son la mejor referencia posible.

No es, por tanto, extraño que la actuación de oficio del SDC sea relativamente reducida y que actúe priorizando los casos más importantes.

f) *El conjunto sugiere la eventual existencia de eventuales incumplimientos legales de los que el SDC no tiene conocimiento.*

Probablemente, de existir, éstos son casos menores; menores para el conjunto de la economía, pero muy poco menores para las empresas y las personas que los padecen (o disfrutan).

g) *Todo ello permite extraer ya una primera conclusión preliminar y tentativa.*

Por una vía extraña, indirecta, los recursos del conjunto de órganos de defensa de la competencia en España van a verse incrementados a un nivel hoy desconocido, pero con toda probabilidad elevado, y estará dirigido, por una parte, a descargar de los casos de menor importancia administrativa a los órganos estatales y, por otra, a aquellos que, debido a los costes generados por la distancia geográfica, no llegaban a constituir casos.

3. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

La mayor parte de las críticas que suscitó la Sentencia se basaron en la eventual disparidad de criterios que ante casos análogos pudieran mantener los órganos autonómicos, lo que supondría, o podría suponer, una quiebra del principio de unidad de mercado. Realmente pocos ejemplos de eventuales disparidades de criterio se ofrecieron en la discusión posterior a la Sentencia, pero sí es posible afirmar que parecen haber influido de forma notable en la redacción del art. 1 de la Ley 1/2002, relativo a la delimitación competencial entre administraciones, esto es, los puntos de conexión.

La delimitación se inicia en el apartado 1 con la atribución al Estado de los procedimientos relativos a las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la LCD, cuando alteran o pueden alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, una redacción en línea con la Sentencia.

A continuación, el apartado 2 establece que se puede producir la alteración anterior:

«Cuando pueda afectar a la unidad del mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

«Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.»

En su conjunto, la relación de posibilidades en la que una conducta pueda ser considerada supraautonómica y, por tanto, ser competencia de los órganos estatales parece caracterizada por un buen grado de indefinición.

Por lo que se refiere al apartado a) es preciso destacar que se trata de una relación abierta (*«entre otras causas»*), lo cual no propicia la seguridad jurídica. Por otra parte, cabe señalar que no se establecen los criterios para conocer qué dimensión del mercado, cuota de empresa, alcance de la restricción, etc., darán como consecuencia la competencia estatal. Además es posible señalar una coincidencia sorprendente; los cuatro criterios son prácticamente una copia literal de una parte del art. 10 de

la LDC, en concreto de los apartados *a)*, *b)*, *c)* y *d)* del apartado 2 que establece la graduación de las multas sancionadoras a imponer por el TDC. La coincidencia, en sí misma, no reviste ninguna importancia; sin embargo, despierta el temor de que pueda ser invocada en el sentido de que una infracción, en la que se cumplen todas las condiciones para la competencia autonómica, debido a su eventual importancia medida por estos criterios se transforme en competencia estatal. La hipótesis es poco fundamentada, pero podría no resultar inverosímil.

Especial relevancia podría revestir la interpretación de los efectos sobre consumidores y usuarios. En último extremo, todas las conductas económicas tienen repercusión sobre otras conductas económicas. Esto es especialmente importante en el caso de empresas que suministran bienes o servicios a otras empresas, lo que en principio hace suponer que los efectos de la conducta se difunden a los distintos mercados en los que actúan unas u otras; valga como ejemplo las negativas de suministro en el sector eléctrico o los acuerdos relativos a precios mínimos de los colegios profesionales. Se debe esperar que se seguirá una línea interpretativa análoga a la que de la República Federal Alemana, en la que se entiende que se debe atender a las repercusiones directas más que a las indirectas (CASES, 1995, p. 688), siendo las indirectas aquellas que repercuten sobre un sujeto sólo porque previamente han repercutido sobre otro.

Es preciso mencionar que esta interpretación es la que parece mantener el SDC, que ya ha puesto en conocimiento de la Generalitat de Catalunya casos entre empresas, entendiendo que son competencia de ésta.

En lo que hace referencia al apartado *b)*, «reglas adicionales» en la Exposición de Motivos de la Ley, únicamente señalar que se hace difícil encontrar entre las resoluciones del TDC algún caso que, siendo de ámbito autonómico, pudiera contener una conducta con las graves consecuencias que se describen en este apartado; incluso se hace difícil hallar una conducta de estas consecuencias en el conjunto de resoluciones del TDC, lo que probablemente significa que su resolución, de producirse, se realizara a través de otras instancias del ordenamiento jurídico distintas a las que contempla la LDC.

Teniendo en consideración la notable fuerza expansiva que puede tener una delimitación de competencias estatales como la realizada, se ha sugerido la posibilidad de que se produzca un vaciamiento de las competencias autonómicas. En mi opinión, este enfoque, al implicar un enfrentamiento entre administraciones que únicamente puede resolverse ante el Tribunal Constitucional, parece un enfoque erróneo. Realmente ha existido un elevado número de cuestiones competenciales en el modelado del Estado de las Autonomías, pero es preciso observar que éstas se han producido en su mayor parte en el ámbito legislativo. La experiencia en otras materias, las relativas a competencias de ejecución, llevan a afirmar que, en términos generales, el acuerdo en la interpretación

de los puntos de conexión ha sido la tónica general y el desacuerdo la excepción. El problema de existir, y todos deseamos que no se produzca, se concretaría en la posibilidad, básicamente en las actuaciones por denuncia, de que un operador económico intentara alegar falta de competencia de la administración actuante con la intención de diferir la actuación del órgano competente. Como se observará a continuación, la propia Ley ha introducido mecanismos que dificultan notablemente esta posibilidad.

4. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Ley 1/2002 no es ajena a la posibilidad de conflictos que pudieran surgir de la imprecisión de los puntos de conexión y establece un mecanismo que pudiera parecer un tanto complejo, pero que probablemente sea muy adecuado para resolver las eventuales discrepancias.

En síntesis, este procedimiento consiste en la comunicación desde las Comunidades Autónomas al SDC y viceversa ¹ de todas las denuncias, solicitudes de autorización singular y conductas detectadas de oficio en la que establecerá el órgano que se considere competente. De no existir acuerdo, para lo que existe un período de veinte días, se convocará a la Junta Consultiva en materia de conflictos que emitirá un informe no vinculante en un plazo de quince días. En definitiva, poco más de un mes para llegar al acuerdo respecto a la administración competente. En cualquier caso, la administración que se considere competente podrá, en el plazo de diez días, iniciar el procedimiento, lo que, en caso de considerarse competentes ambas, daría origen al conflicto de competencias regulado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a los eventuales conflictos horizontales, basta con señalar que el mecanismo es análogo y que se trataría de una situación extraña que muy probablemente sería de competencia estatal.

No cabe duda de que las imprecisiones anteriormente señaladas pueden dar origen a un cierto grado de conflictividad; sin embargo, la brevedad de los plazos señalados son un buen incentivo a que no se produzcan conductas de prolongación del procedimiento que supondrían un importante obstáculo, dada la relativa brevedad de plazos para la instrucción.

¹ La información a remitir no es exactamente la misma. Es el caso de las CCAA «notificarán al Servicio de la Defensa de la Competencia todas las denuncias...». Cuando informa el SDC lo hace mediante «nota sucinta». Se deberá esperar al desarrollo del sistema para observar las diferencias entre una y otra información.

5. LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN

Al tiempo que regula el procedimiento de resolución de conflictos, la Ley 1/2002 establece un conjunto de mecanismos de coordinación y colaboración. El primero de ellos es la posibilidad de establecer convenios de colaboración entre órganos del Estado y de las CCAA para la instrucción y resolución de los procedimientos que sean competencia de estos órganos. La redacción de este artículo es totalmente abierta y permite tanto que sean los órganos estatales los que desempeñen total o parcialmente las funciones de las CCAA como que sean los órganos de éstas los que puedan realizarlas cuando la proximidad geográfica aconseje que sean estos órganos los que instruyan.

Este amplio abanico de posibilidades parece muy acertado toda vez que es perfectamente posible, como lo están entendiendo algunas CCAA, el establecimiento de un órgano propio, el que instruye las conductas, mientras que sea el TDC el que finalmente resuelva. Es preciso considerar que la falta de experiencia unida a la escasez y coste de las personas que tienen esta experiencia, haga transitoriamente muy difícil la asunción inmediata de todas las competencias.

Naturalmente los convenios para la ejecución por parte de los órganos de las comunidades no es fácil que se produzcan en un primer momento, debido precisamente a esa inicial falta de experiencia. Es posible que incluso a un plazo medio, algunas comunidades no puedan o no deseen establecerlos. Sin embargo, es más que probable que las de mayor tamaño, Andalucía, Catalunya, Madrid o Valencia, por ejemplo, hayan alcanzado ya el grado de conocimiento y práctica necesaria para colaborar incluso en los procedimientos que sean competencia de la Comisión Europea.

El segundo mecanismo de colaboración es la previsión convenida en el apartado 4.º del art. 5 por el que tanto el SDC como el TDC recabarán de los órganos autonómicos informe no vinculante, a emitir en el plazo de diez días hábiles, en relación a las conductas que incidan de forma significativa en el territorio de la Comunidad Autónoma.

También el redactado de este apartado es muy abierto y ha dado origen, respecto a las operaciones de concentración (GARCÍA-PALENCIA, 2002, p. 22), a una fuerte crítica respecto a sus efectos: *«Sería conveniente que esta Ley fuera desarrollada por disposiciones reglamentarias que garantizaran la unidad del mercado nacional y la igualdad para el ejercicio de las condiciones básicas y evitar así, que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan emitir informes en los que hagan valoraciones dispares de una misma operación, o en los que se intente una defensa de eventuales campeones regionales, lo que sólo podría inducir a confusión a las autoridades estatales encargadas de investigar el caso»*.

En esta ocasión parece que la crítica es injustificada tanto para los órganos autonómicos como los estatales, ya que implica que los informes

se van a efectuar a favor de los «campeones regionales», al tiempo que supone que los órganos estatales son susceptibles de alcanzar un estado de confusión ante los informes, un estado capaz de alterar la unidad de mercado.

Es probable que sea bueno que en el seno de los órganos de colaboración se definan los aspectos de mayor interés que deben contener los informes. Sin embargo, la premura del plazo —diez días hábiles— no hace probable que los órganos de las CCAA puedan efectuar un informe en profundidad de todos los aspectos de la concentración, sino señalar exclusivamente, caso de tener la información, aquellas consecuencias de la concentración que pudieran tener un efecto más relevante en su territorio o distinto al previsible en el conjunto del Estado.

Por otra parte, cabe recordar que la competencia para aprobar las operaciones de concentración es del Consejo de Ministros.

Por lo que se refiere a conductas anticompetitivas y autorizaciones singulares, el informe, aun dentro de la escasez del tiempo, puede tener mayor relevancia, pues en algunas ocasiones puede permitir a los órganos autonómicos la descripción de casos análogos, con incidencia en un territorio distinto al descrito en la denuncia.

El Consejo de Defensa de la Competencia es el tercer instrumento de «*colaboración, coordinación e información entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia*». Si bien su objetivo fundamental, promover la aplicación uniforme, es un poco escaso, ya que esta aplicación está garantizada en la forma ya descrita, entre sus funciones se hallan otras de mayor envergadura:

— Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia.

— Informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias en que las CCAA tienen competencia de ejecución.

Con todo y ser de gran importancia las funciones, en especial la última, se podría haber atendido algún aspecto distinto en el campo del intercambio de información y documentación. Naturalmente son posibilidades que quedan abiertas al convenio, pero que hubieran podido ser efectuadas con mayor eficacia por el órgano de colaboración establecido por la ley. Sin embargo, como se observará posteriormente, existe la voluntad de crear un sistema de información que puede servir con absoluta eficacia a estos fines.

6. LAS COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS

Hasta este momento se han analizado las competencias de los órganos estatales, la resolución de conflictos y los órganos de colaboración. Por

exclusión es fácil deducir que de acuerdo con la LCCDC las competencias de los órganos autonómicos pueden alcanzar la ejecución de los arts. 1, 4, 6 y 7 de la LDC con las restricciones que han sido examinadas en el apartado dedicado a los puntos de conexión.

La Ley no ha atribuido a las CCAA competencias en materia de concentraciones ni de ayudas públicas. En lo que se refiere a concentraciones, la Sentencia del Tribunal Constitucional no hizo referencia expresa a ellas, si bien es preciso señalar que en ningún caso la letra o el espíritu de la Sentencia se hubiera opuesto a ello.

La atribución de competencia en el caso de ayudas públicas, tampoco contemplada en la STC, es mucho menos explicable si se atiende al contenido real que hubiera tenido.

La competencia ejecutiva a atribuir a las CCAA es la que pertenece al TDC de acuerdo con el art. 19 de la LDC. Esta competencia alcanza al análisis e informe de los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación a las condiciones de competencia.

Por su parte, el Consejo de Ministros a la vista del informe puede proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de los criterios. En consecuencia, la actuación del Consejo de Ministros, salvo en lo que respecta a la Administración Central, es de propuesta. No es, por tanto, extraño que la actuación conocida del TDC haya sido muy escasa hasta el día de hoy.

La competencia de análisis de las ayudas, hubiera alcanzado a las de la propia Comunidad Autónoma y a las de otros entes territoriales de la Comunidad. Por lo que se refiere a la primera, en la eventual labor de abogado de la competencia de los órganos autonómicos es perfectamente posible que la afronten, lo que implica que se ha imposibilitado la función de análisis y recomendación respecto a los restantes entes territoriales. Todo ello sin perjuicio del art. 51 bis de la LDC que establece la obligación de que cuando otras Administraciones Públicas, lo que incluye a las CCAA, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos contrarios a la LDC, se limitarán a dar traslado de las mismas al SDC, un precepto que no puede considerarse derogado respecto a las ayudas.

Una de las funciones atribuidas a los órganos de defensa de la competencia que atraen mayor interés es la denominada «abogar por la competencia» (*advocacy of competition*). La definición de este concepto no es sencilla, pero recientemente la *International Competition Network* (2002) ha ofrecido la siguiente:

«Abogar por la competencia se refiere a aquellas actividades de la autoridad de competencia relativas a la promoción de un medio ambiente competitivo para las actividades económicas mediante mecanismos distintos a la aplicación de la ley, especialmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y del incremento del conocimiento público de los beneficios de la competencia».

El papel que ha ejercido en este sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido de extrema importancia en diversas ocasiones como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1995, pp. 19-20):

«Los resultados de los informes han sido sorprendentes si se piensa en la escasez de sus recursos y en que el único del que dispone para esta función es el de su palabra».

«Observé que los miembros del TDC, que jamás habían hecho otra cosa que aplicar la ley y que no sólo no habían hecho nunca propuestas... eran sorprendentemente capaces de discutir todos los "trucos" en contra de la competencia que se esconden en cualquier legislación de los sectores más diversos...».

Se debe ahora recordar que realmente la aplicación de normas de defensa de la competencia se inicia en España en fechas tan recientes como el año 1989, es decir, seis años antes de que se redactara la cita anterior.

Con posterioridad es la OCDE la que confirma la opinión de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ:

«Desde 1992, el Tribunal ha efectuado una de 150 recomendaciones a fin de revisar o derogar legislación anticompetitiva. Aproximadamente dos tercios de sus recomendaciones fueron aceptados, en todo o en parte» (OCDE, 2000, p. 47).

Tal vez sea ahora el momento de recordar que en ocasiones se ha afirmado que las Comunidades Autónomas han tenido tendencia a actuar, mediante su legislación, restringiendo la competencia. De ser así, no es posible más que celebrar que se creen en las CCAA órganos con capacidad para mantener relaciones con otras entidades gubernamentales y especializadas en la defensa de la competencia.

En este sentido es posible observar que el Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Catalunya, ha establecido entre las funciones del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, *«la de emitir informes, ya sea de oficio o a instancias del Gobierno de la Generalidad, sobre la actividad normativa y administrativa, y su afectación a la competencia, así como investigaciones y análisis de los sectores económicos y de los mercados en términos de libre competencia».*

La redacción que esta función ha tenido en el Decreto 222/2002 es semejante a la recogida en el art. 2.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se refiere al TDC, pero con más amplitud tanto respecto a las actividades sujetas a informe como a la posibilidad de realizar análisis de los sectores económicos. Es más que probable que las CCAA que hoy todavía no han establecido un órgano de competencia tengan en cuenta esta función de abogados de la competencia e inicien sus actividades en este sentido.

7. UNIDAD DE MERCADO, APLICACIÓN UNIFORME Y ÓRGANOS AUTONÓMICOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES

La gran preocupación y temor que produjo la STC respecto a la unidad del mercado tenía inicialmente poco fundamento desde el examen de la experiencia, es decir, de las resoluciones del TDC, ya que difícilmente podría entenderse amenazada por eventuales resoluciones de los órganos autonómicos sobre casos como floristerías, funerarias, pequeñas empresas de distribución eléctrica, seguros médicos y otros de previsible alcance autonómico, en ocasiones exclusivamente local. La Ley 1/2002 ha confirmado el examen inicial y ha dejado a salvo esta unidad mediante el rigor de los puntos de conexión. En resumen, no ha provocado ni provocará una revolución o una catástrofe en el sistema de defensa de la competencia español.

Por lo que se refiere a la aplicación uniforme, una preocupación análoga, es posible que la LCCDC no la haya alcanzado simplemente porque no es posible hacerlo, como demuestran las últimas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, la existencia de sentencias divergentes en multitud de ámbitos del Derecho o simplemente los votos particulares en las resoluciones del TDC. La cuestión probablemente es la que ha señalado el comisario MONTI (2002, p. 23) en relación a las propuestas del Libro Blanco: *«La descentralización a favor de las autoridades y los tribunales nacionales lleva consigo cierto riesgo de aplicación incoherente de las normas. Sin embargo, las ventajas en las que se refiere a una aplicación más eficaz de las normas superarán considerablemente a las desventajas. La Comisión espera que cualquier problema de aplicación incoherente será de naturaleza transitoria y que estos problemas se puedan resolver por medios de control adecuados. No debe olvidarse tampoco que el riesgo de incoherencia en un sentido más amplio existe ya hoy, dados la coexistencia y aplicación consecuyente de la ley comunitaria y de quince leyes sobre competencias distintas en la actualidad».*

Por otra parte, es posible observar que la falta de uniformidad, si se produjera, será una consecuencia en especial de las imprecisiones de la legislación, como, por ejemplo, la presente en la LDC en relación con las sanciones. Lo más probable es que el resultado final sea el que ha señalado el Presidente del *Bundeskarterllamt* Ullrich BÖGE (2002) en referencia al sistema alemán, al afirmar que *«la independencia de los órganos de los Laänder respecto al Bundeskarterllamt no necesariamente produce resultados divergentes, sino más bien una potenciación fructífera del sistema debido a los diferentes enfoques».*

8. LA RED ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En una intervención pública reciente el Secretario de Estado de Economía D. Luis de Guindos expresaba su deseo de crear una red interna

de autoridades de competencia. Creo que es un deseo ampliamente compartido por todos, ya que debiera redundar en un mejor funcionamiento de los órganos de competencia y, por tanto, de la economía española y de su competitividad.

El punto de partida para la constitución de la red es la necesidad sentida de que existan mecanismos de coordinación que propicien la aplicación consistente de la LDC por parte de los órganos de defensa de la competencia y poco más, ya que no existe en la LCCDC referencia alguna a mecanismos de coordinación distintos a los hasta ahora analizados.

La expresión «red de competencia» ha sido examinada en el contexto de las discusiones previas a la aprobación del Reglamento y ha originado una abundante literatura relativa a los diversos aspectos que pueden caracterizar la red europea. Sin ninguna duda, la creación de esta red europea debe afrontar obstáculos que la red española de defensa de la competencia (REDC) no tiene ni siquiera que plantearse: la definición de autoridad mejor situada, la diversidad de legislaciones estatales, la posibilidad de que la comisión asuma un caso ya iniciado por una autoridad estatal, e incluso las diferentes culturas de competencia que existen entre los actuales miembros de la UE tanto entre sí como de los miembros futuros. Sin embargo, sí es preciso observar que algunos de los aspectos que han surgido en las discusiones pueden ser perfectamente ilustrativos de las dificultades que puede hallar la constitución y funcionamiento de la REDC.

a) *Existen diferentes tipos de redes en el ámbito de la ejecución de políticas públicas y su fundamento es la necesidad funcional de los actores de cooperar para conseguir sus fines* (WILKS, p. 4). Es decir, se trata de conseguir un beneficio recíproco.

Es muy pronto para hablar de 18 autoridades de competencia en España, pero es precisamente el momento en que se plantea su existencia, el de definir en qué consiste ese interés propio de los órganos. Sin duda, lo que se debe perseguir es la aplicación global consistente en el ámbito de actuación de cada una de ellas, un objetivo que ya viene definido e incrementado por la Ley. Por tanto, la red ha de ser algo distinto al mecanismo de aplicación de los puntos de conexión, suficientemente regulado, y constituir un lugar de intercambio de experiencias y de consulta de las propias dificultades que, no se debe olvidar, constituirá el elemento central del inicio de la actuación de los órganos de competencia autonómicos.

Por otra parte, la articulación deberá tener en cuenta esos puntos de conexión precisamente para que, en ningún caso, sea preciso acudir a los mecanismos de resolución de conflictos por inexistencia de los mismos.

b) *«Una red es más que un proceso de adición» [...] «15 autoridades nacionales de competencia no son automáticamente una red» [...] «Necesitan*

una estructura, reglas para la cooperación eficiente y una estrategia para la resolución de conflictos» (STURM, p. 6).

La REDC también necesita una estructura y unas reglas que deberán ser definidas por sus miembros. La cooperación forzosa no es el paradigma de la eficiencia. Esto implica indiscutiblemente un papel protagonista del Servicio de Defensa de la Competencia, pero que, en ningún caso, debe suponer una primacía jerárquica, por otra parte, contraria a la Ley 1/2002, sino más bien la influencia que da el liderazgo en cualquier organización.

c) *El tiempo de reflexión sobre el contenido de la Ley que ha habido desde su promulgación, además de serenar los ánimos, ha contribuido a que se observaran algunos de los problemas que pueden presentarse.*

No se trata de que se otorgue validez universal a la Ley de Murphy, sino simplemente recordar que existen otras partes interesadas en los procedimientos contemplados en la LDC. Como ha señalado FORRESTER, *«la labor de un abogado consiste en perseguir un resultado favorable al cliente cualquiera que sea la estructura institucional. Los abogados reaccionaron ante la curiosa estructura de aplicación de la legislación de competencia... durante los años ochenta y noventa, explotando las oportunidades para el beneficio de sus clientes. En la medida en que pudiera intuitivamente observarse alguna ventaja legal, real o teórica, por el hecho de efectuar una notificación, los abogados hicieron esas notificaciones».*

Desde esta perspectiva, que ha sido compartida por muchos interesados, parece necesario tener en cuenta algunos aspectos del funcionamiento de la red que pudieran incidir en dificultades de aplicación de la normativa.

Una primera consideración, tal vez de reducida importancia, es la posibilidad de que en el análisis previo del ámbito territorial en el que se produce una conducta sea determinado de forma inadecuada y examinada por los órganos de una Comunidad Autónoma. Una vez firme el acto, otro órgano de competencia procede a examinar la misma conducta e inicia un nuevo expediente sancionador. La cuestión se centra en si sería posible invocar por parte del operador económico el principio *non bis in idem* por identidad de sujetos, hechos y fundamentos de la conducta. Si se acepta la existencia de la identidad anterior, en ningún caso la sanción podrá haber tenido en cuenta la totalidad de las consecuencias de la conducta, pues se refiere exclusivamente a los efectos en el ámbito de la propia CA. Sin embargo, la aceptación de que no existe identidad de hechos por diferencia en el ámbito geográfico llevaría a la conclusión de que una conducta puede ser examinada por tantos órganos como territorios existan en el momento en que la conducta se produzca, lo que es absolutamente contrario a la Ley 1/2002. Como consecuencia, el camino a recorrer pasaría por los arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, un camino a todas luces inconveniente.

d) *Uno de los aspectos que puede introducir mayor disparidad de resultados es la aplicación de sanciones.*

Esto es así debido a la falta de concreción de los criterios que contienen los arts. 10, 11, 32 y 33 de la LDC. Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, la revisión de las resoluciones del TDC no aporta nueva luz a los contenidos literales del art. 10.2 de la LDC. La combinación de seis criterios no cuantificados es absolutamente discrecional y por abundante que fuera su aplicación explícita, que no lo es, sería enormemente difícil conseguir un resultado, no ya uniforme, sino simplemente análogo cuando su aplicación se efectúe por diversas personas u órganos. Sin ningún género de dudas, se hace necesario un instrumento semejante a la directriz para el cálculo de las multas establecida para las decisiones de la Comisión.

Por lo que se refiere a las multas coercitivas el problema es, si cabe, más difícil. Se estructuran en los arts. 11, 32 y 33 con un importe que puede llegar hasta los 3.005 € diarios. Las sanciones contempladas en el art. 11 se producen con posterioridad al conocimiento del caso por el TDC, por lo que éste tiene información suficiente para suponer cuál será el comportamiento de la empresa ante cada nivel de sanción. Sin embargo, las sanciones que impone el SDC, o su equivalente en la Comunidad Autónoma, se producen por incumplimiento del deber de colaboración, es decir, en un contexto de desconocimiento de la situación del presunto infractor.

Naturalmente esto no es siempre así, pues es posible que exista información fácilmente obtenible acerca de estas empresas, por ejemplo, en el Registro Mercantil. Sin embargo, los casos a atender por los órganos autonómicos se pueden desarrollar inicialmente en un contexto de desconocimiento absoluto, sobre todo cuando se investiguen conductas relativas a pequeñas empresas, lo que obligará a estos órganos a ser extremadamente cautos o bien a afrontar el riesgo de una sanción desproporcionada.

Sin duda existen otras visiones respecto a lo señalado. La inexistencia de una «directriz» tiene como efecto la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma pueda desarrollar una política de sanciones propia. En defensa de una posición semejante se ha pronunciado Gianfranco ROCA (2003, p. 15), al afirmar que *«cada asunto tiene características propias y, como su nombre indica, una “política” no se puede aplicar mecánicamente [...] para ser eficaz una política de disuasión debe protegerse de establecer una tarificación de las infracciones: un cierto grado de “imprevisibilidad” permite impedir a las empresas a ceder a la tentación de un simple balance “coste-beneficio” de una infracción a la ley».*

Es una posición que es difícil compartir porque comporta un alto grado de inseguridad jurídica al tiempo que el objetivo de que el análisis coste-beneficio sea negativo es perfectamente alcanzable mediante otras formas.

e) *Otro aspecto que puede plantear dificultades en la interpretación y ejecución de la Ley es el primer párrafo del art. 5.tres: «Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas».*

De la literalidad de este párrafo se observa que no existe obligación de comparecencia por parte del SDC, es decir, su comparecencia es voluntaria. De aquí se sigue que esta posibilidad deberá ser manifestada de forma expresa. Sin embargo, la Ley no indica en qué momento deberá ser ejercida la opción, y éste es un aspecto importante habida cuenta de que de acuerdo con las normas del procedimiento administrativo común, únicamente los que comparecen en calidad de interesados tienen derecho a conocer el acto que pone fin al mismo y poseen legitimidad para recurrirlo. El problema quedará resuelto mediante la comparecencia en todos y cada unos de los casos.

Por otra parte, la propia finalidad de la eventual comparecencia, procurar la aplicación uniforme, además de suscitar dudas respecto, como mínimo, al espíritu de la STC, que no se analizarán ahora, implica otras cuestiones, respecto a la forma y contenido. Esto es así debido a que supondrá valorar por parte del Servicio cada una de las actuaciones que se produzcan en el desarrollo del expediente. En suma, un precepto de difícil aplicación y que obligará a un cuidadoso análisis de los costes y beneficios de su realización.

f) *La colaboración en materia de información de la REDC precisa de un cuidadoso estudio basado, de una parte, en la necesidad de cada elemento de la red y, de otra parte, en la necesidad de confidencialidad.*

Por lo que se refiere a las necesidades es posible observar que pueden ser más amplias de lo que un examen inicial de los casos pudiera aparentar.

El caso presentado por BISHOP y WALTER (2002, p. 102) puede ser un ejemplo. Supongamos que una empresa tiene el 60 por 100 del mercado de cemento en una región de UK y se le acusa de abuso de posición de dominio. Antes de que sea posible afirmar que una participación del 60 por 100 implica poder de mercado es necesario saber si esa región constituye el mercado relevante o si éste es más amplio. Una manera de hacerlo es observar los mercados de otras regiones de UK. Si se observara que la empresa sistemáticamente establece mayores precios cuando tiene una participación alta que cuando esta participación es menor, se podría afirmar que existe poder de mercado.

Si trasladamos ahora el caso a una empresa que actúe en más de una Comunidad Autónoma se puede producir que el abuso de posición de dominio se realice en una o varias de estas Comunidades. Si son varias, la competencia es estatal, si únicamente en una de ellas se produce el abuso, la competencia es autonómica. Sin embargo, el órgano de la Comu-

nidad Autónoma precisa de la información relativa a otras CCAA. La forma de obtenerla puede establecerse de diversas formas, pero en todos los casos necesita de la cooperación de otras autoridades de competencia.

Avanzando en el ejemplo anterior, es perfectamente posible que se produzcan acuerdos de precios en un sector económico en una Comunidad, mientras que estos acuerdos no se produzcan en las restantes. Nuevamente, a efectos de comparar precios en las distintas comunidades, algo que puede ser realmente imprescindible tanto para la detección de acuerdos como para establecer el volumen de las sanciones, es precisa la colaboración de otras autoridades de competencia.

La conclusión que se desprende de los ejemplos anteriores es que el mejor lugar para una colaboración entre todos los órganos es en el seno de una red de personas con un fuerte compromiso con su función, algo relativamente fácil de conseguir en un sistema de nueva creación.

g) Como se ha señalado anteriormente, el art. 1.5 de la Ley 1/2002 atribuye al Estado la representación ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos Internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD, así como la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del TCE y de su derecho derivado de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25.c) de la LDC.

El nuevo Reglamento ha modificado la situación en la que se estableció la Ley, toda vez que atribuye a las autoridades nacionales de competencia la aplicación del art. 81.3 del TCE, al tiempo que ha establecido una primacía del Derecho europeo sobre el de los Estados (Considerando 8). A estas modificaciones no puede ser ajena la organización de la REDC, ya que en breve plazo se van a producir un conjunto de hechos que condicionan la aplicación de la LDC:

— El Real Decreto de desarrollo de la LDC en materia de exenciones por categoría sustituye los reglamentos comunitarios ya derogados en el ámbito europeo, pero vigentes en España, por una remisión directa a los reglamentos existentes en cada momento en la UE. Parece la técnica más adecuada al objeto de procurar seguridad jurídica a los operadores al tiempo que obliga a su aplicación por los órganos de la CCAA.

— La previsión contenida en el art. 29.2 del Reglamento autoriza a la autoridad de competencia del Estado miembro a retirar la cobertura de los Reglamentos de exención en el caso de que una aplicación concreta produzca efectos incompatibles con el apartado 3 del art. 81 del Tratado. Se puede producir el caso paradójico de que la autoridad mejor situada, la de la Comunidad Autónoma, pueda juzgar conforme a los Reglamentos CE una práctica o acuerdo concreto, pero no lo sea para declarar su incompatibilidad.

— La designación de la autoridad o autoridades competentes es, de acuerdo con el art. 35 del Reglamento, una competencia de los Estados miembros. La designación implicará la posibilidad de obtener información de otras autoridades europeas y la obligación de suministrar, de acuerdo con el art. 12 del Reglamento, lo que incluye la información confidencial.

9. EL DESARROLLO DE LA LEY 1/2002: SITUACIÓN ACTUAL

Desde el momento de su entrada en vigor la Ley 1/2002 ha amparado el establecimiento de los órganos autonómicos de Madrid y Cataluña. En lo referente a la Comunidad Autónoma de Madrid se ha optado por la inicial creación de un Servicio de Defensa de la Competencia adscrito a la Dirección General de Economía y Planificación dependiente de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica (Decreto 150/2002, de 29 de agosto) y aparentemente es voluntad del Gobierno de la Comunidad, la posterior puesta en funcionamiento de un órgano análogo al TDC.

En lo que respecta a Cataluña, el Decreto 222/2002 ha creado el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, organismo autónomo de carácter administrativo, y la Dirección General de Defensa de la Competencia, dependientes del Departamento de Economía y Finanzas con pocas variaciones organizativas respecto al modelo estatal.

El TCDC se compone de un presidente y hasta seis vocales, pudiéndose constituir válidamente con dos de los seis vocales. El origen de la indeterminación del número de vocales es posible atribuirlo a las dudas que se plantearon respecto al volumen de asuntos que debería atender, lo que ha dado como resultado el que hasta este momento se hayan nombrado el presidente y tres vocales.

Las condiciones para formar parte del Tribunal son también muy semejantes a los TDC, pues son designados por el Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Finanzas entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio por un período de cinco años renovables por una sola vez y con dedicación plena y absoluta.

Las funciones del presidente del Tribunal son análogas a las del presidente del TDC y además es el representante de la Generalitat en el Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia, designa a los representantes del TCDC que asistan a las sesiones de la Junta Consultiva en materia de conflictos y, como se ha señalado anteriormente, realiza informes sobre la actividad normativa y administrativa, así como investigaciones o análisis de sectores económicos y mercados, en términos de libre competencia.

Una novedad presente en el Decreto 222/2002 es la posibilidad de que el Presidente cree un organismo consultivo asesor, integrado por agentes sociales, representantes de instituciones económicas y expertos con la finalidad de ser asesorados respecto a determinados sectores económicos o materias concretas. Se pretende con este órgano asesor recoger la colaboración de la sociedad, a través de sus componentes mejor informados, respecto a líneas de actuación específicas.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Baleares, la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, en su Disposición Adicional quinta ha autorizado al Gobierno para

crear los órganos autonómicos de defensa de la competencia, incluyendo entre sus previsiones un mandato relativo al órgano equivalente al TDC, por el que éste deberá tener el carácter de organismo público con personalidad jurídica propia, autonomía de gestión y plena independencia.

La actividad iniciada por el equivalente al SDC en Cataluña, la DG de Defensa de la Competencia (DGDC), no parece excesiva, si bien se debe considerar que en el momento de escribir estas líneas, se han cumplido escasamente seis meses de la creación de los órganos. En trámite y aceptadas se hallan tres denuncias, que fueron remitidas por el SDC sin que existiera ningún problema respecto a la atribución de competencia, y diversas denuncias que se hallan en estudio. Entre ellas, es posible señalar que de forma coordinada entre el SDC y la DGDC, se está realizando una ampliación de la información contenida en una denuncia por entender que en ella no queda suficientemente especificado el alcance geográfico de la conducta denunciada.

No es posible evaluar todavía el nivel de actividad que tendrá la DGDC en el primer año de actuación, pero todo apunta a que se admitirá a trámite una cifra no muy distante a diez denuncias. Por lo que se refiere a la actuación de oficio no se ha iniciado todavía ningún expediente. Es difícil establecer una comparación con cifras anteriores, ya que debieran ser las relativas al SDC. A este efecto, únicamente es posible señalar que de acuerdo con un estudio del TDC para el período 1995-2002 sobre los casos que hubieran correspondido a Cataluña se indica que 13 lo fueron sobre prácticas prohibidas, 20 a recursos contra actos del SDC y 17 a autorizaciones singulares, de las cuales 4 eran contratos de distribución selectiva y el resto a creación o renovación de registros de morosos.

10. CONCLUSIONES

La forma de prestación de la función de defensa de la competencia se ha modificado como consecuencia de la jurisprudencia constitucional y ha dado origen a la Ley 1/2002, que posibilita, pero no obliga, a la creación de órganos autonómicos de defensa de la competencia.

La delimitación de competencias entre Estado y CCAA que se ha efectuado adolece de concreción, pero constituye una base suficiente para iniciar la andadura de los órganos autonómicos.

Se ha empezado a producir la creación de órganos de competencia de diverso alcance. Esto implica tanto el refuerzo de los medios humanos y materiales del sistema como mayor proximidad y menores costes para los operadores económicos. Además se ha hecho posible el establecimiento de órganos especializados que asuman la función de abogar por la competencia en los gobiernos de las CCAA.

Las formas de colaboración entre administraciones pudieran haber revestido en la Ley 1/2002 una mayor densidad. En cualquier caso se

ha iniciado la creación de una red de defensa de la competencia que dará la consistencia necesaria a las decisiones de los nuevos órganos al tiempo que será un instrumento de difusión de la cultura de competencia y de superación de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.) y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.) (2002), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, BENEYTO PÉREZ y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, pp. 15 a 26.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2002), *The Economics of EC Competition Law*, London, Sweet and Maxwell.
- BÖGE ULF (2002), *The Bundeskartellamt and the competition Authorities of the German Länder* (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).
- CASES PALLARÉS, L. (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Barcelona, Marcial Pons.
- CASES PALLARÉS, Ll. (dir.) (2002), *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO, Barcelona, Marcial Pons.
- EHLERMANN, C. D., y ANASTASIS, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing (in Preparation).
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (1995), *Ideario para una aplicación más eficiente del Derecho de la Competencia en España*, estudio preliminar de CASES (1995).
- FORRESTER, I. S. (2003), *Diversity and Consistency: Can they cohabit?*, EHLERMANN y ANASTASIS.
- GARCÍA-PALENCIA, R. (2002), *Análisis sobre la regulación de la competencia en un mercado globalizado. Conclusiones*, Barcelona, Instituto de la Empresa Familiar.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2002), *Advocacy anual competition policy*, Napoli (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).
- OCDE (2000), *Regulatory Reform i Spain*, Paris.
- ROCCA, G. (2003), *La politique de la Comision en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir* (http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_fr.pdf).
- STURM, R., *Networking in an Uncharted Territory: The relationship between the Members of the Network and Their National Governments*, EHLERMANN y ANASTASIS.
- WILKS, S., *Understanding Competition Policy Networks in Europe: A Political Science Perspective*, EHLERMANN y ANASTASIS.

