

GÉNESIS Y RETOS DEL NUEVO SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER

Presidente TDC *

Carlos PASCUAL

Director General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En los momentos de redactar este trabajo, el Congreso de los Diputados acaba de aprobar, por práctica unanimidad, el texto definitivo de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, que antes de la conclusión de la redacción se ha convertido en la Ley 15/2007, al haberse publicado en el *BOE* del 4 de julio, Ley que ha de entrar en vigor el 1 de septiembre de 2007. Y por ello es un momento adecuado para recordar que la nueva Ley es el resultado final de un proceso de reforma que se extiende en el tiempo prácticamente desde los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Ley de 1989, es decir desde inicios de los años noventa¹. Precisamente esa sucesión continuada de modificaciones parciales de la norma de defensa de la competencia comenzaba a evidenciar la necesidad de abordar un proceso de reforma global. Esta reforma ha respondido a un número amplio de estímulos tanto internos como externos.

Los impulsos externos tienen varios orígenes. Por un lado, la aparición de nuevos modelos empresariales hace necesario reflexionar sobre cómo evaluar, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, los nuevos comportamientos estratégicos de las empresas, sin introducir obstáculos a la innovación y al progreso.

* Las opiniones mantenidas en el presente artículo son de carácter estrictamente personal y no comprometen, ni tan siquiera indirectamente, al TDC.

¹ Las numerosas modificaciones sobre temas puntuales, de mayor o menor calado, en casi ningún caso han afectado sustancialmente las bases del modelo. Entre ellas destacan las llevadas a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre; el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio; la Ley 9/2001, de 4 de junio; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Quizás la introducción de la notificación obligatoria de las operaciones de concentración empresarial que cumplan los requisitos establecidos por el art. 14 de la Ley de 1989, puede considerarse la reforma con mayores efectos sustanciales sobre el modelo español.

Al mismo tiempo, la experiencia compartida de más de 90 países aplicando legislaciones de defensa de la competencia e introduciendo nuevos instrumentos jurídicos de gran eficacia en la lucha contra ciertas conductas anticompetitivas, está permitiendo identificar aquellos modelos institucionales que garantizan un mejor cumplimiento de los objetivos de eficacia, eficiencia e independencia. Esta variada experiencia internacional ofrece lecciones de gran interés para identificar el modelo de éxito que a su vez se adapte mejor a las especificidades y tradiciones de la Administración Pública española.

También desde un punto de vista general es interesante recordar lo que señalaba el documento aprobado por el Consejo Europeo el 6 de julio de 1998 titulado «Orientaciones generales para las políticas comunitarias de los Estados miembros y de la Comunidad» en el que se reconocía «la necesidad de simplificar y descentralizar la aplicación de las normas de defensa de la competencia para aumentar su eficacia y reducir los costes que supone para las empresas. Los Estados miembros también deberían contribuir a lograr una aplicación más eficaz de estas normas modificando su legislación para permitir la aplicación efectiva de aquéllas por parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia»². Se trata de un llamamiento general a favor de una modernización de las normas nacionales de competencia en línea con el proceso de modernización que estaba a punto de iniciarse a nivel comunitario, y que culminó con la aprobación del Reglamento 1/2003.

Igualmente, y con referencias concretas al caso español, documentos del FMI, de la OCDE y de la Comisión Europea, contenían recomendaciones específicas respecto a la necesidad de modificar la legislación y el sistema de defensa de la competencia con el objetivo de dotarle de mayores niveles de independencia y mayores instrumentos y recursos que garantizaran una lucha eficaz contra las conductas anticompetitivas.

Dentro de España, este proceso de reforma también ha sido animado por diversos analistas y expertos en Derecho de la competencia e incluso cabe encontrar iniciativas gubernamentales en este sentido, si bien bastante embrionarias, en la segunda mitad de los noventa. Así, el Consejo de Ministros aprobó el 21 de febrero de 1997 un Plan de Liberalización para la economía española en el que se incluía una propuesta de reforma del modelo español de defensa de la competencia para lo que se constituyó una Comisión de Expertos formada por diversos miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia³.

Esta Comisión elaboró un informe titulado «Bases de la reforma del sistema de defensa de la competencia español» en el que se incluían reflexio-

² Este documento puede encontrarse en el *Boletín UE* 7/8-1998, «Orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad». El documento está accesible en la siguiente página de Internet: <http://europa.eu/bulletin/es/9807/p203001.htm>.

³ En concreto, formaban parte de esa Comisión: Ricardo Alonso Soto, Julio Pascual y Vicente, Juan Zabía de la Mata, Cristina Alcalde Guindo e Inmaculada Gutiérrez Carrizo.

nes generales respecto a la necesidad y los objetivos de la reforma y recomendaciones concretas que, por ejemplo, ya incluían el paso hacia un modelo de institución única⁴ con una naturaleza jurídica muy parecida a la de la nueva Comisión Nacional de la Competencia. El informe final incluía otras propuestas de reforma que también han tenido eco en la nueva Ley como, por ejemplo, una mejor regulación de las conductas *de minimis*, un impulso a la figura de la terminación convencional o un mejor control de las ayudas públicas.

Pero las conclusiones de este documento sólo fueron parcialmente tenidas en cuenta. A tal fin, se tramitó una reforma parcial de la Ley de Defensa de la Competencia, que culminó en la aprobación de la Ley de 28 de diciembre de 1999. Esta reforma, si bien introducía algunas mejoras para corregir algunas de las deficiencias detectadas en el sistema español de la competencia, desoía las recomendaciones encaminadas a la creación de una autoridad única y dejaba inalterado el esquema institucional de la Ley, es decir el sistema de autoridad doble con la existencia del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, con ocasión de la tramitación parlamentaria de esta Ley, se presentó por parte del Grupo Parlamentario Socialista una enmienda a la totalidad con texto alternativo⁵, en donde se contenían algunas propuestas que fueron posteriormente incorporadas al Proyecto que culminó en la Ley de 2007, tales como:

- la desaparición del sistema de doble autoridad y la unificación del Servicio y el Tribunal,
- la legitimación de la autoridad de la competencia para interponer recurso contencioso-administrativo contra las normas reglamentarias y actos administrativos que contuvieran restricciones a la competencia, y
- la aprobación de los expedientes de control de concentraciones por la autoridad de competencia, con una competencia residual para el Gobierno cuando la concentración fuera indispensable para la consecución de un objetivo de interés general o sus efectos en la competencia fueran superados por ventajas reales para la economía general.

Tras la aprobación de la Ley de 1999, el debate siguió presente. Por vía de ejemplo la Fundación Alternativas⁶ encargó la elaboración de varios informes en los que se hacía hincapié en la necesidad de emprender una reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia, cuyo contenido vino a poner de manifiesto el contenido del debate sobre la necesidad de reforma del sistema mediante algunas propuestas tales como las de:

⁴ Al que incluso se le asignaba un nombre: Instituto de Defensa de la Competencia.

⁵ *Boletín del Congreso de los Diputados* de 14 de octubre de 1999, Serie A. Núm. 175-8.

⁶ *Sistema de defensa de la competencia*, Luis BERENGUER, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 54/2004.

- adoptar un sistema institucional de un único órgano en el que se diferenciarian las fases de instrucción y resolución garantizando su necesaria separación,
- reforzar la independencia de la autoridad encargada de la competencia,
- incentivar la realización de estudios e informes en materia de competencia,
- garantizar un mayor control de la actividad administrativa por parte de la autoridad de competencia,
- emprender algunas reformas en el sistema de concentraciones en aras a lograr un modelo más flexible y eficaz,
- mejorar el sistema de control de ayudas públicas, y
- diseñar mecanismos que facilitarían la coordinación con los reguladores sectoriales y con los organismos autonómicos de competencia.

El sistema de control de concentraciones también ha sido objeto de propuestas de reformas⁷. Las directrices defendidas contenían algunas propuestas, que en cierta medida han podido influir en el texto definitivamente aprobado en la nueva Ley, tales como las de:

- concentrar en un único órgano el análisis de las operaciones de concentración empresarial,
- adoptar el criterio de modificación de control a efectos de determinar la existencia de una concentración,
- introducir un sistema de participación de las Comunidades Autónomas y los reguladores sectoriales en este tipo de expedientes,
- mantener la obligación de suspensión pero «mejorando el filtro» para aquellas operaciones que carecieran de problemas,
- establecer procedimientos que agilizarían la tramitación de expedientes, e
- incluir un sistema de negociación de remedios.

2. EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Si a los cambios legislativos, a las propuestas tanto internas como externas y a las enseñanzas prácticas de nuestro entorno añadimos las lecciones que se pueden extraer de los diecisiete años de aplicación de la Ley española de Defensa de la Competencia, es indudable que había llegado el momento de abordar con garantías una reforma integral del modelo.

Como consecuencia de este movimiento a favor de la reforma del sistema, desde el Ministerio de Economía y Hacienda se puso en marcha en 2004 la discusión de la nueva Ley ampliando el debate para escuchar la opi-

⁷ *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*, José María JIMÉNEZ LAIGLESIA, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 56/2004.

nión de todos los sectores interesados en realizar aportaciones al respecto. Ese proceso de discusión, que ha merecido una generalizada aprobación, culminó en enero de 2005, con la publicación del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

No se trata ahora de reflexionar sobre la indudable importancia de ese documento y las aportaciones realizadas al mismo, que sirvieron de base para la redacción del Proyecto de Ley, sino simplemente de insistir en lo acertado del sistema de elaboración elegido, que promovió un amplio debate y se tradujo en la publicación de numerosos artículos en revistas especializadas y en la celebración de un buen número de jornadas y seminarios en los que se expusieron diversos criterios acerca de los extremos de la reforma. Y fundamentalmente cabe señalar que el resultado del debate, tanto en las respuestas al proceso de información pública como en los trabajos publicados o en las intervenciones en los seminarios, puede resumirse en una afirmación: se expresaron opiniones diferentes sobre el contenido de la reforma, pero nadie puso en duda la oportunidad, incluso la necesidad, de tal reforma.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DEL MODELO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA IMPLANTADO EN 1989

Todas estas afirmaciones podrían dar lugar a una interpretación, que desde este momento ha de ser calificada como errónea, según la cual el funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia podría haber sido insatisfactorio. Nada más alejado de la realidad. Aun con evidentes limitaciones, buena parte de ellas motivadas por la insuficiencia de medios materiales y personales, las autoridades encargadas de la defensa de la competencia han jugado un papel considerable en la evolución de la economía española en las últimas dos décadas y, en buena medida, han contribuido a identificar adecuadamente sus fortalezas y debilidades en distintos sectores de actividad económica.

Respecto a la evolución de la defensa de la competencia en estos últimos años, la valoración global debe ser necesariamente positiva en base a diversos argumentos. En primer lugar, es necesario reconocer el relevante papel que la defensa de la competencia ha desempeñado en el proceso de apertura, desregulación y liberalización de la economía española.

La Ley de 1989, como la mayoría de Leyes de competencia, ha dotado a las autoridades españolas de diversos instrumentos para velar por el mantenimiento de las condiciones de competencia en los mercados, entre los que destacan la posibilidad de sancionar las conductas prohibidas por la Ley, analizar las operaciones de concentración empresarial que superen los umbrales establecidos a tal efecto y elaborar un abanico amplio de informes relacionados con esta materia.

Cada uno de estos instrumentos posee características propias y su fin es satisfacer objetivos diferentes. Las autoridades españolas de competencia han ido adaptando sus actuaciones a estos distintos instrumentos y a las cambiantes necesidades de la economía desde comienzos de los años noventa.

En una primera etapa las actuaciones más relevantes del Tribunal se centraron en el diseño de las líneas maestras a seguir en los procesos de liberalización que se comenzaban a acometer a fin de garantizar que dichos procesos se encaminaran correctamente hacia la creación de estructuras de mercado basadas en los principios de la libre competencia.

A este respecto, el informe elaborado por el Tribunal en 1993 con el título *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* tuvo especial trascendencia porque, además de sentar las bases doctrinales que explican el traslado de los beneficios de la libre competencia al conjunto de la sociedad⁸, abordaba directamente el diseño de recomendaciones concretas para emprender procesos exitosos de liberalización en sectores tales como los de telecomunicaciones⁹, suelo o transporte.

Estas recetas liberalizadoras se han venido completando en años posteriores mediante la elaboración en 1995 del Informe titulado *La competencia en España: balance y nuevas propuestas* y algunos otros informes de carácter sectorial como el dedicado al sector del libro de 1997, a la legislación autonómica de distribución comercial de 2003, a la situación del mercado de servicios de inspección técnica de vehículos (ITV) de 2004 o a la regulación de las importaciones de cemento de 2006¹⁰.

La lectura detenida de estos informes permite identificar numerosas recomendaciones concretas que se han venido traduciendo, con el paso de los años, en pilares importantes de los procesos de liberalización y desregulación acometidos en la gran mayoría de sectores de la economía española desde mediados de la década pasada.

A esta etapa, que podríamos llamar de «impulso» a los procesos de liberalización de la economía española, ha sucedido otra en la que las actua-

⁸ La siguiente frase condensa el argumento principal que subyace en el Informe: «aquellos países que sometieron su industria a la libertad durante la Revolución Industrial son hoy los que gozan de empresas multinacionales capaces de competir internacionalmente, mientras que aquellos países que protegieron su industria y la abrigaron de la competencia se encontraron con industrias incapaces de competir en los mercados internacionales. La política de proteger hoy para competir mañana resultó nefasta para esos países.»

⁹ En el caso del sector de las telecomunicaciones se incluían algunas recomendaciones que luego se han convertido en presupuestos básicos de la regulación, como la necesidad de separar los organismos reguladores de los agentes regulados; de mantener el servicio universal; de diseñar un sistema de tarifas que, al mismo tiempo que garantiza la rentabilidad del antiguo monopolio, permita la llegada de nuevos operadores; o de mantener un ritmo de liberalización congruente con las directivas comunitarias.

¹⁰ En el momento de escribir estas líneas se encuentran en elaboración otros estudios de estas características relativos a sectores como el libro, el cine, las profesiones liberales o el transporte aéreo.

ciones de las autoridades de defensa de la competencia se han centrado fundamentalmente en dos aspectos: *a)* la persecución de conductas prohibidas, en particular en aquellos sectores que estaban siendo objeto de procesos de liberalización que, tradicionalmente, habían estado controlados por monopolios públicos y en los que las dificultades a la entrada de nuevos competidores eran relevantes, y *b)* la contribución a la ordenación del mapa empresarial que estaba surgiendo del proceso de reestructuración de la economía española, por medio del análisis de las operaciones de concentración.

En el primer caso, el principal objetivo de las actuaciones de las autoridades de competencia ha sido asegurar que los procesos de liberalización y desregulación con origen en situaciones de monopolios públicos pudieran culminar en estructuras de mercado basadas en la libre competencia en las que pudieran participar sin obstáculos todos aquellos competidores que lo desearan y el mercado admitiera. En el segundo caso, el análisis de las operaciones de concentración empresarial, se ha orientado a garantizar que, respetando las libres decisiones estratégicas de las empresas para ganar el tamaño necesario para competir en el nuevo escenario marcado por la globalización, no se distorsionara la situación de competencia en el mercado español. Es decir, que la creación de grandes multinacionales de nuestro país no mermara la calidad de los servicios y productos ofrecidos a los consumidores españoles.

De esta forma, los principales sectores de la actividad económica de nuestra economía han sido objeto de análisis detallado por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta última década, bien desde la óptica del control de concentraciones o desde la de la persecución de conductas prohibidas. Entre ellos destacan sectores como telecomunicaciones, servicios postales, banca, seguros, alimentación y bebidas, transporte, energía, medios de comunicación o colegios profesionales.

Otro motivo por el que la valoración global del modelo de defensa de la competencia que viene funcionando en nuestro país desde comienzos de los años noventa debe ser positiva es el elevado nivel de ratificación de las actuaciones de las autoridades administrativas por parte de los órganos judiciales.

Desde el 1 de enero de 1992 hasta el 22 de junio de 2007 el Tribunal de Defensa de la Competencia había resuelto 1.519 expedientes relativos a conductas anticompetitivas. De éstos, 304 se referían a expedientes sancionadores, 32 a expedientes relativos a medidas cautelares, 515 a autorizaciones singulares, y 668 a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia que ponían fin al procedimiento o causaban indefensión a las partes interesadas.

Un buen número de decisiones del Tribunal, cerca de un 30 %, han sido recurridas ante la Audiencia Nacional y, en su caso, ante el Tribunal Supremo como posibilita el art. 49 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales sólo han revisado las decisiones del Tribunal en 50 ocasiones de un total de 456 casos. Es decir, en un 89 % de los casos los órganos jurisdiccionales han confirmado las decisiones del Tribunal que habían sido recurridas.

La mayoría de revisiones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se refieren a los expedientes sancionadores (es decir, aquellos en los que se declaran infracciones a las normas de la competencia y se imponen las correspondientes multas). En el periodo analizado el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto 304 expedientes de este tipo. Tres cuartas partes de los mismos, esto es 225 expedientes, han sido recurridos ante los órganos jurisdiccionales que han revisado la decisión del Tribunal en 40 ocasiones. Estas cifras indican que las resoluciones del Tribunal recurridas que declaraban infracción a las normas de la competencia, e imponían las correspondientes sanciones, han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en un 82 % de los casos. De las 40 ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales revisaron decisiones del Tribunal en expedientes sancionadores, en 25 casos se anuló la sanción impuesta por el Tribunal y en otros 11 casos la sanción fue reducida.

NIVELES DE CONFIRMACIÓN DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA EN VÍA JUDICIAL

(1 de enero de 1992 a 22 de junio de 2007)

<i>Tipo de expediente</i>	<i>Decisiones TDC (núm.)</i>	<i>Decisiones recurridas</i>	<i>Confirmadas en vía judicial</i>	<i>Revisadas en vía judicial</i>
Sancionadores	304	225	185	40
Autorizaciones singulares	515	31	31	0
Recursos contra actos del Servicio	668	185	178	7
Medidas cautelares	32	15	12	3
TOTAL	1.519	456	406	50

Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia.

Se trata, en definitiva, de cifras suficientemente elocuentes para afirmar con contundencia que los órganos judiciales han refrendado la actuación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

Por último, esta valoración global positiva de la evolución de la defensa de la competencia en España en esta última década y media se debe relacionar necesariamente con el nivel de madurez que esta materia ha alcanzado en nuestra sociedad. Hay muchos síntomas que corroboran la progresiva extensión del reconocimiento de la sociedad española al papel

jugado por la defensa de la competencia en el progreso económico, pero quizás algunos de ellos deberían ser puestos de manifiesto. Uno de los síntomas posiblemente más intangible pero, al mismo tiempo, más relevante es el que tiene que ver con la propia actitud de los agentes económicos respecto a sus responsabilidades y obligaciones en esta materia.

En este sentido, hace no demasiado tiempo era habitual escuchar declaraciones públicas de directivos de empresas alardeando «de lo bien que se lleva su empresa con sus competidores» o «de que los problemas del sector se solucionan reuniéndonos y repartiendo la parte del mercado que le corresponde a cada uno». Se consideraba normal la convivencia pacífica entre los distintos agentes de un mismo sector y la competencia se identificaba con un elemento de distorsión que daba pie a comportamientos comerciales agresivos, incompatibles con la «vida tranquila» a la que aspiraban numerosos directivos y empresarios.

Sin embargo, hoy día no es tan sencillo encontrar comentarios de ese tipo. Eso no quiere decir, por supuesto, que no existan situaciones de colusión entre competidores, pero lo más importante es que la percepción ha cambiado notablemente. Mientras hace un par de décadas lo normal era aspirar y alardear de esa «vida tranquila», hoy día prevalecen los criterios de competencia en los mercados. Y la sociedad, además de la Ley, sanciona el comportamiento colusorio como contrario al bienestar general y, por tanto, éste no sólo se ve penalizado según las normas vigentes sino también socialmente rechazado.

Podríamos decir que con la defensa de la competencia ha acontecido algo similar a lo ocurrido con las cuestiones fiscales y tributarias en décadas anteriores. Es indudable que se ha incrementado notablemente la responsabilidad y el grado de cumplimiento de la sociedad (tanto en lo relativo a las personas físicas como las jurídicas) con sus obligaciones fiscales. Del mismo modo, aunque por supuesto aún queda camino por recorrer, la defensa de la competencia ha ido ganando terreno en valoración y respeto y, entre todos, deseamos que el nuevo modelo que está en vigor desde el 1 de septiembre contribuya positivamente a recorrer ese camino con éxito.

Al hilo de esta mayor conciencia social favorable a la defensa de la competencia aparece el segundo de los síntomas definitorios de su nivel de madurez. En las pasadas elecciones generales españolas los dos partidos políticos mayoritarios incluyeron en sus respectivos programas la necesidad de potenciar el sistema de defensa de la competencia a través de reformas legislativas y de fortalecer las instituciones encargadas de aplicar la Ley.

Esta realidad pone de manifiesto que el debate en la arena política puede surgir respecto a la manera de fortalecer el sistema pero no sobre su necesidad. Esta situación, especialmente llamativa en el caso de los dos partidos citados, se extiende al resto del arco parlamentario español dado que ningún otro partido se manifestó en su momento en contra de la puesta en

marcha del proceso de reforzamiento del modelo tras la publicación del Libro Blanco para la reforma por parte del Ministerio de Economía y Hacienda. El elevado grado de consenso parlamentario se ha mantenido durante toda la tramitación de la reforma, alcanzando la tramitación para la aprobación de la nueva Ley tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, lo que confirma la apuesta generalizada de nuestros representantes políticos por fortalecer el modelo español de defensa de la competencia y, al mismo tiempo, el reconocimiento del papel que ésta juega para la competitividad de la economía española y, por ende, el bienestar de la sociedad.

Esta amplia aceptación viene también confirmada por las decisiones de algunas Comunidades Autónomas gobernadas por partidos políticos distintos a los dos principales a nivel estatal (como, por ejemplo, los casos de Euskadi y Cataluña)¹¹ de crear instituciones de defensa de la competencia de ámbito autonómico en virtud de las competencias reconocidas por la Ley 1/2002.

De esta creciente relevancia se hacen eco también otros ámbitos de la sociedad como el universitario. El interés del mundo académico por la defensa de la competencia, habitual en la mayor parte de países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Reino Unido o EE. UU.), en España era prácticamente inexistente. En contraste, ahora es cada vez más frecuente encontrar departamentos especializados de Universidades o escuelas de negocios que organizan cursos, desarrollan investigaciones o informes y promueven eventos que se ocupan de estos asuntos¹².

En todo caso, un análisis riguroso del funcionamiento del modelo y de la evolución del papel que la defensa de la competencia ha jugado en la sociedad debe necesariamente tratar de identificar también las debilidades que se han puesto de manifiesto con la experiencia acumulada desde 1989 y detallar los retos a los que se enfrenta.

4. EL FUTURO TRAS LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Suelen apuntarse como retos de todo cambio legal el cumplimiento de aquellos objetivos que propiciaron su reglamentación, por lo que en este caso bastaría con regresar a las líneas del Libro Blanco para la Reforma del

¹¹ En el caso de Cataluña, las autoridades de defensa de la competencia se crearon durante la etapa de Gobierno liderado por la formación política Convergència i Unió.

¹² A modo de ejemplo cabe citar iniciativas como el Observatorio de Competencia del Instituto de Empresa, la Cátedra de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación ICO y la Universidad Antonio de Nebrija o las del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, de la Universidad de Barcelona o de la Universidad de Vigo que han surgido en estos últimos años creando una base de profesores y catedráticos universitarios dedicados a estudiar en profundidad estas cuestiones.

Sistema Español de Defensa de la Competencia o a la propia exposición de motivos de la Ley para identificar dichos objetivos. Pero tras una pausada reflexión, estimamos que cabría agrupar los retos a los que se enfrenta el sistema en torno a los siguientes cuatro epígrafes: 1) modernizar y profesionalizar las instituciones; 2) orientar la actuación de las autoridades públicas a la persecución de las prácticas más graves sobre el bienestar; 3) coordinar adecuadamente a todos los agentes que están llamados a aplicar la defensa de la competencia; y 4) aumentar la promoción de la competencia en todas las esferas de la sociedad, especialmente en el ámbito público.

Junto a los retos futuros y en línea precisamente al primero de ellos —la modernización y profesionalización de las instituciones—, plantaremos también la necesidad de definir alguna fórmula a través de indicadores cuantitativos y cualitativos que permita con el transcurso del tiempo juzgar lo acertado de la gestión y facilitar, igualmente, la identificación de aquellas debilidades, legales o no, que deban corregirse.

A. MODERNIZAR Y PROFESIONALIZAR LAS INSTITUCIONES

Buena parte de las implicaciones que comporta este reto vienen determinadas por el nuevo marco normativo. Se podría afirmar que el principal elemento de profesionalización lo constituye la ganancia en independencia que conlleva la integración del Servicio y el Tribunal en la nueva Comisión Nacional de la Competencia (CNC). De este modo, toda la actividad instructora y la adopción de todas las decisiones, tanto en el ámbito de las conductas restrictivas como en el control de concentraciones, se desarrollará bajo una única dirección estratégica, completamente independiente del poder político. Dicha dirección estratégica deberá, por tanto, ser capaz de movilizar los recursos e instrumentos a su servicio para estar a la altura de las nuevas exigencias.

La Ley incorpora importantes elementos reforzados de transparencia y control de la actividad de la nueva Comisión¹³, como la publicidad de todas sus resoluciones, recomendaciones e informes, y la elaboración de una memoria anual de actuaciones y una programación de actividades. Pero, además, un ejercicio deseable en este sentido y que alinearía la actuación de la futura CNC con la práctica de otras autoridades y, lo que resulta aún más deseable, con el mundo empresarial, consistiría en plasmar los objetivos de la Comisión en un plan estratégico, que estableciese, en la medida de lo posible, qué resultados se consideran satisfactorios a corto y medio plazo, facilitando el control público de esta institución como órgano independiente. Evidentemente, resultará complicado establecer indicadores fiables y robustos sobre el impacto cualitativo de la acción de defensa de la competencia en los mercados, como ocurre con otras muchas políticas públicas,

¹³ Así, la nueva Ley dedica toda una sección, arts. 27 y 28, a los mecanismos de transparencia y responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia.

pero es cierto que empiezan a aparecer prometedores métodos de evaluación que persiguen estos fines, de manera paralela al creciente empleo de técnicas cuantitativas en la defensa de la competencia¹⁴.

Precisamente otro elemento de profesionalización lo constituyen la incorporación y uso activo de técnicas de investigación más modernas en las distintas fases del procedimiento de control de las prácticas anticompetitivas —detección, procesamiento y sanción—, lo que también resulta extensible para el control de concentraciones. Se trata, fundamentalmente, de aumentar la utilización de todas las nuevas herramientas que el análisis económico, tanto lógico como empírico, está incorporando en los procesos *antitrust* en los principales sistemas de referencia. No se debe pasar por alto que el propio ejercicio de reforma de la Ley responde a este planteamiento, que se inicia en los EE.UU. y que la Comisión Europea ha venido impulsando e incorporando a las distintas figuras del Derecho de la Competencia. Es cierto que, por ejemplo, el uso de las técnicas empíricas no puede convertirse en un fin en sí mismo, ya que sólo en determinadas circunstancias y sólo con una gran disponibilidad de datos éstas constituyen un elemento claramente determinante como medio de prueba. No obstante, sí cabe afirmar que existe en la actual práctica de las autoridades y tribunales españoles un escaso uso de razonamientos, más o menos, complejos derivados de la teoría económica. Mientras, cabría apuntar que el tratamiento de los casos sigue estando dominado por la aplicación debidamente extrapolada de la doctrina y jurisprudencia pasada a los casos enjuiciados.

No se trata de pasar directamente a lo que se conoce como regla de razón pura, sino de aplicar los tests y reglas de decisión dimanantes del nuevo enfoque económico a la realidad concreta de cada caso, dándole a ésta y a la evidencia económica aportada más importancia, si cabe, que a los precedentes. Se trata, en definitiva, de ir adoptando enfoques basados en presunciones refutables y reglas de razón estructurada.

En la consecución de este objetivo las autoridades públicas contarán con el inestimable empuje de los agentes privados, aunque también deberán dar por sí solas determinados pasos, como la incorporación de unidades y recursos especializados capaces de asimilar y orientar dichos razonamientos. También deberán comenzar a realizar un uso extensivo de las nuevas técnicas en la fase de detección, explorando todo un mundo de posibilidades que las tecnologías de la información ponen a su disposición y que ya vienen utilizándose en otros campos de ejercicio de autoridad pública, como el tributario o el del mercado de valores.

Por último, cabe apuntar a otra meta adicional dentro de este reto, pero cuya responsabilidad recae en este caso sobre los poderes políticos. Se trata de lograr que los nuevos mecanismos previstos para reforzar la independencia y, sobre todo, la legitimación de la CNC, la obligatoria audiencia par-

¹⁴ De hecho, algunas autoridades, Comisión Europea y OFT, están empezando a dedicar recursos en exclusiva para determinar cuál es el impacto de sus decisiones.

lamentaria de los nuevos miembros de la CNC, sea ejercida con responsabilidad y profesionalidad. La Ley establece el control parlamentario de los miembros de la CNC mediante una comparecencia que debe versar sobre los conocimientos técnicos y la ausencia de conflictos de interés de los comparecientes. Si las comparecencias se desarrollan bajo dichos parámetros adquirirán un gran potencial y dotarán a la CNC de una mayor legitimación.

B. ORIENTAR LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES HACIA LAS PRÁCTICAS MÁS DAÑINAS

Uno de los mecanismos reforzados por la Ley y que representa una oportunidad para mejorar la atención de las autoridades hacia las prácticas más dañinas lo configura el nuevo régimen de conductas de menor importancia y el mayor margen de discrecionalidad del que las autoridades pueden dotarse para asignar sus recursos hacia aquellas actuaciones que consideren prioritarias, que naturalmente deberían ser aquellas con un mayor impacto sobre el interés público.

La interacción de estos dos elementos puede contribuir a conseguir una acción más focalizada, sin que pueda argumentarse que ello redunde en un abandono de los deberes para con aquellos perjudicados por ofensas que no se consideren relevantes. Para evitar esta desprotección la Ley facilita la acción de otros actores, jueces y autoridades autonómicas, que permitirán contar con una red de acción más amplia y tupida, cuyo marco de actuación se abordará en el siguiente apartado. En efecto, la nueva delimitación de las conductas prohibidas en la que se excluyen aquellas que por su escasa dimensión (no necesariamente cuantitativa) no sean capaces de afectar significativamente a la competencia, abre un nuevo panorama para la acción investigadora con el inestimable escrutinio y tutelaje de la doctrina y jurisprudencia que emane de la interpretación de este nuevo artículo.

No puede esconderse que la idiosincrasia de nuestro sistema legal y el hecho de no poder contar con conceptos como «la falta de interés comunitario» empleado por la Comisión harán complicada la utilización de este instrumento. Por ello, resulta imprescindible que las autoridades lo complementen empleando su margen de discrecionalidad razonablemente, por supuesto siempre dentro de los límites que marca el ordenamiento. Pero para que las autoridades sean capaces de poder priorizar y asignar eficientemente sus recursos han de comenzar explicitando precisamente sus prioridades, imitando la práctica de otras autoridades de competencia, lo que evitará que la discrecionalidad se interprete como una actuación arbitraria.

Obviamente, el resultado de la política de defensa de la competencia se debe medir a través de su capacidad para combatir las prácticas más dañinas para el bienestar de los consumidores y una de las que indiscutiblemente es potencialmente más perjudicial es la de los cárteles horizontales. Es de sobra conocido que este tipo de prácticas son raramente denunciadas

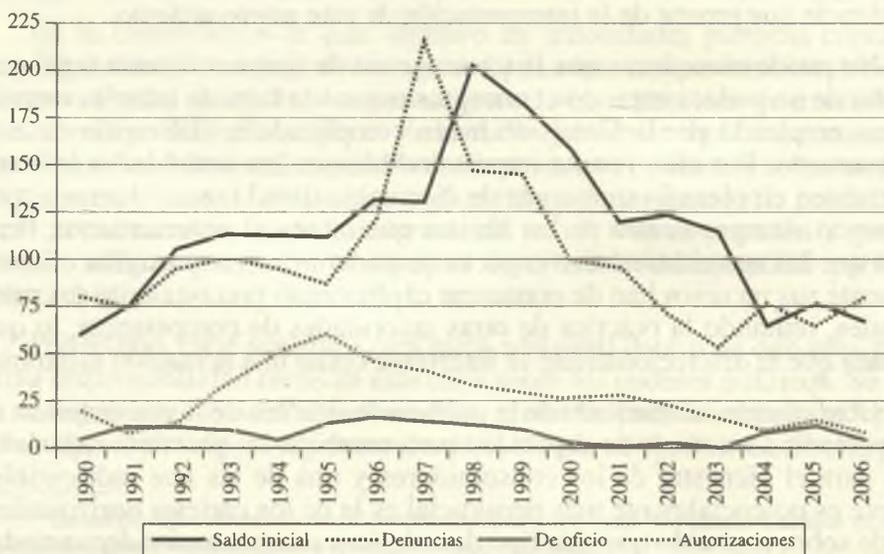
y suelen mantenerse en secreto, debiendo dotarse las autoridades de mecanismos de detección y prueba de las mismas. También suele argumentarse que la defensa de la competencia no debe erigirse como un instrumento de defensa de los competidores más débiles, pues frecuentemente se confunde la protección de la defensa de la competencia en el mercado con la defensa de los operadores contra la intensa competencia.

Pues bien, la mera contemplación de la actividad de las autoridades españolas en la última década y media permite constatar que ésta, precisamente, no se ha centrado en la lucha contra los cárteles y que, como consecuencia de ello, la búsqueda de soluciones para lograr una lucha más eficaz contra este tipo de prácticas se ha convertido en uno de los elementos más relevantes durante el proceso de elaboración de la nueva Ley.

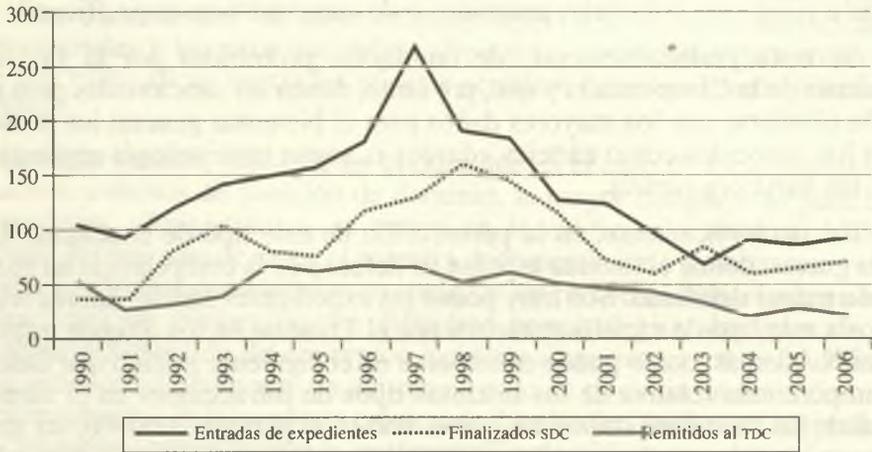
Son dos los principales rasgos característicos de la actuación de las autoridades a este respecto: 1) se mueven o actúan mayoritariamente a instancia de parte a través de denuncia, siendo pocos los expedientes iniciados de oficio, dedicando muchos recursos a rechazar quejas de competidores, y 2) son muy escasos los cárteles «duros» desmontados, dominando la actividad sancionadora los expedientes por infracciones de abuso de posición de dominio y otras infracciones no unilaterales.

Así, los dos siguientes gráficos ponen de manifiesto cómo en el número de expedientes iniciados predominan las denuncias y cómo la mayor parte de dichas denuncias terminan siendo cerradas por el Servicio. Es decir, la actuación investigadora viene promovida fundamentalmente por los competidores a través de quejas que, probablemente, escondan reproches de competidores menos eficientes y reflejen un desconocimiento de los objetivos de la defensa de la competencia, ya que en su mayoría son desestimadas.

ENTRADA DE EXPEDIENTES



ESTADÍSTICAS DE EXPEDIENTES EN MATERIA DE ACUERDOS
Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS



Desde 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto alrededor de sesenta expedientes relacionados con acuerdos horizontales prohibidos por el art. 1 de la Ley de 1989. Podría argumentarse que en sí misma la cifra no muestra una debilidad especial si se tiene en cuenta el tamaño de nuestro mercado en relación con el de otros países europeos. Sin embargo, la mayoría de expedientes se refieren a conductas localizadas en un ámbito geográfico provincial o autonómico¹⁵ o, incluso, menor¹⁶. En otros casos, se trata de recomendaciones colectivas para la fijación de precios o condiciones comerciales iguales emanadas de acuerdos tomados en el marco de una asociación empresarial¹⁷. Existen también expedientes que se

¹⁵ Las Resoluciones de 19 de diciembre de 2001 relativa al Expediente 506/00, Transporte Mercancía Vizcaya, en la que el Tribunal impuso multas que totalizaron casi 1,3 millones de euros a un grupo de empresas de transporte ubicadas en el puerto de Bilbao por la fijación de precios y condiciones comerciales homogéneas; de 4 de junio de 2001 relativa al Expediente 492/00, Hormigón Gerona, en la que el Tribunal multó con 450.000 euros a un grupo de empresas fabricantes de hormigón que homogeneizaron sus políticas de precios para la zona de Gerona; o de 31 de octubre de 2000 relativa al Expediente 475/99, Prensa Vizcaya, en la que se sancionó a la Asociación Provincial de Editores y Distribuidores de Prensa y Publicaciones de Vizcaya con una multa de 150.253 euros por adoptar acuerdos anticompetitivos tendentes a controlar el mercado minorista de venta de prensa diaria en Vizcaya.

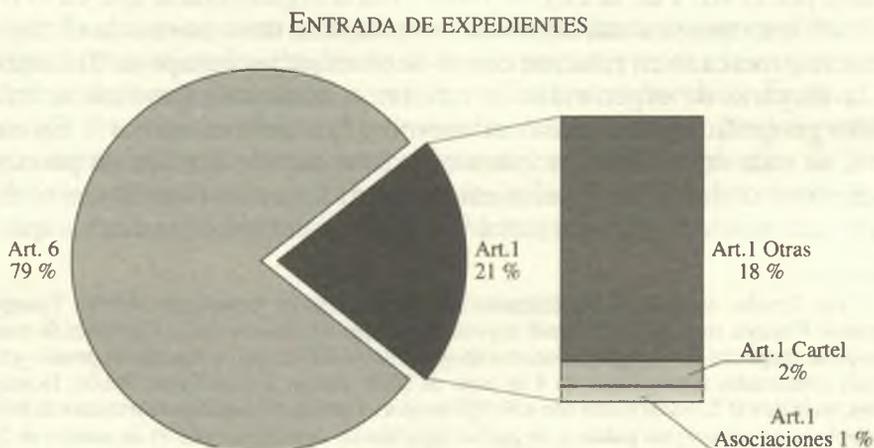
¹⁶ Las Resoluciones de 4 de marzo de 2003 (Expediente 532/02, Autoescuelas Costlada); de 21 de septiembre de 2000 (Expediente 474/99, Lonja Pescado Vigo); de 23 de mayo de 2000 (Expediente 462/99, Autoescuelas Tenerife); de 9 de marzo de 2000 (Expediente 461/99, Autoescuelas Alcalá); de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos); de 29 de diciembre de 1998 (Expediente 422/98, Arquitectos Andalucía); o de 14 de abril de 1998 (Expediente 374/96, Aparejadores Valencia y Alicante).

¹⁷ Las Resoluciones de 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA), en la que se sancionó a la Unión Española de Entidades Aseguradoras con una multa de 480.809 euros por adoptar una recomendación colectiva de subida de la prima del seguro de automóvil dirigida a todas las empresas que formaban parte de la Asociación; o de 3 de junio de 1997 (Expediente 352/94, Industrias lácteas), en la que el Tribunal sancionó con multas globales de 7,1 millones de euros a un grupo de empresas fabricantes de productos lácteos por adoptar una política común de precios a través de una recomendación colectiva hecha desde la Federación Nacional de Industrias Lácteas.

refieren a acuerdos entre competidores para presentar ofertas homogéneas a concursos públicos¹⁸. En la misma línea se encuentran resoluciones relativas a conductas colusorias puntuales o de características específicas¹⁹.

Se trata, indudablemente, de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas pero no debe olvidarse que los mayores daños para el bienestar general los provocan los conocidos como cárteles «duros» o, según terminología anglosajona, los *hardcore cartels*.

Es, paradójicamente, en la persecución de este tipo de conductas, las más graves, donde el sistema español de defensa de la competencia ha mostrado mayor debilidad. Son muy pocos los expedientes sancionadores relativos a este tipo de cárteles resueltos por el Tribunal en los últimos quince años²⁰. Además, como puede constatarse en el siguiente gráfico que ilustra la importancia relativa de los distintos tipos de infracciones en el monto total de las sanciones impuestas por el TDC en el periodo 2004-06, las sanciones impuestas a los cárteles duros constituyen una mínima parte del total. Esto contrasta notoriamente con los montantes impuestos en los últimos años, por ejemplo, por la Comisión Europea.



Fuente: Elaboración propia.

¹⁸ Las Resoluciones de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99, Agencias de Viaje), en la que el Tribunal impuso sanciones que totalizaron 4,5 millones de euros a un grupo de agencias de viaje que habían acordado presentar ofertas iguales a un concurso del INSERSO; o de 30 de septiembre de 1998 (Expediente 395/97, Vacunas antigripales), en la que el Tribunal impuso sanciones por un monto total de 722.266 euros a un grupo de empresas fabricantes de vacunas antigripales por acordar la fijación de los mismos precios en sus ofertas a un concurso convocado por el Sistema Andaluz de Salud.

¹⁹ La Resolución de 29 de noviembre de 1999 (Expediente 432/98, Líneas Aéreas) en la que se sancionó a un grupo de líneas aéreas con una multa global de 841.416 euros por la suscripción de Acuerdos Interlínea restrictivos de la competencia.

²⁰ Entre los escasos ejemplos al respecto encontramos las Resoluciones de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas azucareras con multas globales de casi 8,8 millones de euros por concertar el precio de venta del azúcar para usos industriales; la de 11 de diciembre de 1998 (Expediente 409/97, Sandoz), en la que se sancionó a un

No es fácil encontrar explicación a esta escasa intervención en la lucha contra este tipo de conductas. Probablemente no hay una única razón pero no cabe duda de que las características específicas de estas actuaciones empresariales y los retos que deben afrontar las autoridades para emprender una lucha eficaz contra las mismas permiten detectar algunas pistas de utilidad.

En este sentido, conviene no olvidar que en el caso de los expedientes relativos a abusos de posición de dominio, la mayor complejidad para las autoridades administrativas se centra en la calificación jurídica de los hechos. En este tipo de casos el acceso a documentación y pruebas que verifiquen los hechos denunciados no suele ser un problema importante en las actuaciones de instrucción. La dificultad principal gira alrededor de la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada. Los hechos suelen ser aceptados por las partes, reduciéndose la confrontación de pareceres a determinar su calificación jurídica precisa.

Sin embargo, la situación es distinta en el caso de la persecución de cárteles. En estos casos, la experiencia internacional demuestra que es necesario conjugar adecuadamente la mezcla de, al menos, cuatro instrumentos claves para alcanzar altos niveles de eficacia en la lucha contra este tipo de conductas.

El primero de ellos es la adopción de programas de exención y reducción de las sanciones, conocidos como de clemencia o *leniency*, por los que aquellos que delaten o ayuden a desmontar un cártel reciben inmunidad o reducción de las sanciones a las que, en su caso, estarían sujetos. Este instrumento permite introducir un elemento de inestabilidad al interior de los cárteles y, de esta forma, dificultar, en primer lugar, su formación y, en segundo lugar, su mantenimiento en el tiempo. De la misma forma, estos programas facilitan enormemente la tarea de la autoridad en términos de acceso a pruebas definitivas que permitan llevar a cabo investigaciones sorpresa o, incluso, declarar la infracción.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del proceso de consulta de la Ley, este mecanismo, que hasta ahora ha estado ausente en nuestra tradición legal²¹, se ha revelado como una herramienta muy potente en la lucha contra los cárteles en otras jurisdicciones y ha permitido desmontar un gran número de acuerdos muy nocivos para la economía y los consumidores. En la actualidad son muy escasos los países europeos que no cuentan con un

grupo de empresas fabricantes de productos dietéticos con multas globales de 751.866 euros por la fijación coordinada de los precios de venta al público de alimentos dietéticos infantiles; o la de 10 de junio de 1997 (Expediente 370/96, Desmotadoras de algodón), en la que las sanciones globales a un grupo de empresas desmotadoras de algodón por acordar precios alcanzaron más de un millón de euros.

²¹ Para algunos comentaristas resulta incluso reprochable la práctica de eximir de la sanción a actores que no dejan de ser infractores.

sistema de clemencia e incluso aquellos con una tradición jurídica similar a la nuestra, como Italia, Francia o Portugal, ya lo han adoptado.

El segundo instrumento determinante es que la autoridad pueda contar con adecuados poderes de investigación. En este sentido, la nueva Ley extiende estos poderes a los domicilios de los trabajadores teniendo en cuenta que, como se ha demostrado en muchas ocasiones, los directivos de las empresas llevan pruebas incriminatorias, relativas a estas conductas, a sus propias casas.

En tercer lugar, es importante que la Comisión Nacional de la Competencia disponga de los recursos humanos necesarios para llevar a cabo actuaciones de oficio e investigaciones por sorpresa que faciliten la búsqueda de los documentos necesarios para probar este tipo de infracciones.

Y, por último, los anteriores elementos deben completarse con una apuesta de la autoridad de competencia por graduar proporcionalmente las sanciones aplicadas a este tipo de conductas para que constituyan una amenaza creíble que persuada a los agentes económicos a solicitar los beneficios del programa de clemencia, consecuentemente con el daño provocado por estas conductas en el bienestar de la sociedad.

Todos estos elementos han sido considerados adecuadamente por el legislador y la nueva Ley dota a la Comisión Nacional de Competencia de los instrumentos pertinentes y, por ello, debemos ser optimistas respecto a los niveles futuros de eficacia en la lucha contra los cárteles²².

C. ADECUADA ORQUESTACIÓN DE TODOS LOS AGENTES QUE APLICARÁN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Uno de los rasgos ya visibles en nuestro sistema de defensa de la competencia, pero que se intensificará en el futuro, lo constituye el creciente protagonismo que empiezan a adquirir otras instituciones que aplican la norma, al margen de las autoridades estatales de defensa de la competencia. No resulta desproporcionado exigir que dicha multiplicidad de actores intervenga de forma armónica, lo que conlleva evitar decisiones o actuaciones divergentes y asegurar que cada uno aprovecha sus potencialidades, cubriendo la parcela de juego que está llamado a desempeñar. Dicho así y conociendo el importante margen de apreciación inherente a la defensa de la competencia como disciplina, parecería una tarea hartamente compleja. Pero es cierto que tampoco cabe magnificar este problema, aunque entendemos que más que un problema o fuente de conflictos, este reto debe vislumbrarse como una gran oportunidad para lograr una mayor «potencia de acción», gracias a la acción en paralelo de las distintas instituciones.

²² El hecho de que el legislador finalmente optase por diferir la entrada en vigor de este mecanismo a la aprobación de su reglamento de desarrollo muestra la importancia de contar con un diseño completo de funcionamiento para garantizar su eficacia.

Una de las críticas más frecuentes que ha recibido la Ley es que ésta no recoge mecanismos precisos de coordinación y no impide la aparición de actuaciones incoherentes. Sin embargo, resultaría complicado, si no imposible, evitar a priori, mediante un instrumento normativo, la posible existencia de actuaciones contradictorias, a no ser que dicho instrumento normativo estableciese una jerarquía entre las diferentes instituciones y sus decisiones. No obstante, la naturaleza de *primus inter pares* de las diferentes autoridades administrativas de defensa de la competencia, autonómicas y estatales, y la fuerte independencia que caracteriza a nuestro sistema judicial, impide el establecimiento de cualquier mecanismo de jerarquía legal, como los que contiene el Reglamento 1/2003 en relación con la obligación de los jueces nacionales de evitar decisiones contradictorias con las decisiones de la Comisión Europea o la posibilidad de ésta de retirar un caso concreto de la competencia de las autoridades nacionales.

Descartados pues los mecanismos de acción uniforme forzosa, la misma debe alcanzarse a través de instrumentos de coordinación y cooperación voluntaria. Es cierto que la jurisprudencia comunitaria y nacional irán determinando los aspectos sustantivos, al aplicar todos, en definitiva, el mismo conjunto de normas. Pero más que evitar una divergencia en el medio y largo plazo sobre los aspectos sustantivos, el aspecto que resulta más preocupante es lograr una acción eficiente en el corto plazo y minimizar la duplicidad de acciones con el consiguiente derroche de recursos públicos, evitando el denominado *forum shopping*, a través del cual son las partes las que determinan qué institución interviene y no la que se encuentre mejor situada o cuente con los instrumentos más eficaces.

Esta coordinación de acción puede ser más factible de lograr entre las autoridades administrativas de defensa de la competencia y entre éstas y los reguladores sectoriales, siendo menos sencilla de alcanzar con los órganos judiciales, aunque tampoco resulta tan necesaria, ya que éstos protegen intereses distintos al interés público defendido por autoridades de competencia y reguladores. En cualquier caso, la aplicación del criterio de autoridad mejor situada no puede olvidar que primero deben resolverse los aspectos de jurisdicción, puesto que el modelo elegido por la Ley 1/2002, que a su vez deriva de las indicaciones del Tribunal Constitucional, es un modelo de competencias excluyentes y no compartidas, a diferencia de lo que ocurre entre la Comisión Europea y los Estados miembros para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

En cualquier caso y a pesar de los problemas legales e institucionales, hay un importante margen para la coordinación y la búsqueda de sinergias, que redunden en criterios predecibles y transparentes para los operadores y en un mejor aprovechamiento de los recursos públicos dedicados a la defensa del mercado. Asimismo, parece sensato reconocer que las instituciones están obligadas a dedicar esfuerzos a esta tarea, como contrapartida de la mayor supervisión a que someterán a los operadores.

D. IMPULSAR DECIDIDAMENTE LAS ACTIVIDADES ASOCIADAS A LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

La actividad tradicional de las autoridades de defensa de la competencia consiste en la aplicación de los procedimientos de control de conductas prohibidas y de concentraciones, lo que se viene denominando como *enforcement*. Esta tarea viene consumiendo la mayoría de los recursos y debe seguir recibiendo una atención especial. Sin embargo, en los últimos años se ha ido consolidando un consenso acerca de la importancia de complementar la actividad de *enforcement* tradicional con la denominada promoción de la competencia o labor de *advocacy* en terminología inglesa. Dentro del *advocacy* suelen, a su vez, distinguirse dos planos de acción: por un lado, el control de la actividad, no mercantil, del sector público en la medida que afecta a las condiciones de competencia en el mercado y, por otro, el análisis de los mercados.

Resulta obligado reconocer que las autoridades españolas de defensa de la competencia no han dedicado una gran cantidad de esfuerzos a estas tareas en los últimos años, algo que la nueva Ley trata de paliar dotando a la CNC y a las autoridades autonómicas de instrumentos nuevos, cuya correcta y eficaz utilización tienen un gran potencial. De este reto se ha hecho eco, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, que reconoce la importancia de los nuevos mecanismos de *advocacy* y anima a una intensa utilización²³: «10 [La] nueva Ley de Defensa de la Competencia tiene varios elementos positivos que deben ser completamente utilizados (...) Segundo, las funciones reforzadas de *advocacy* de la nueva Comisión es un instrumento potencialmente poderoso, que debe ser aplicado pro activa y contundentemente.»

El control o supervisión de la actividad no mercantil del sector público comprende, asimismo, dos vertientes. En primer lugar, el análisis, preferiblemente *ex ante*, de la normativa de cualquier rango con un impacto directo en las condiciones de competencia en el mercado. Esta actividad viene a enmarcarse en las políticas de *Better regulation*²⁴, que están recibiendo un fuerte impulso en el ámbito comunitario y también en el nacional. Evidentemente, el éxito en la capacidad de incidir sobre la actividad normativa de las Administraciones dependerá de las posibilidades que éstas ofrezcan a lo largo de su proceso normativo. Será más fácil si, siguiendo los principios de transparencia, someten sus proyectos a consulta pública o, incluso, a informe directo de los órganos de defensa de la competencia. Para desarrollar de forma creíble esta tarea la CNC y los órganos autonómicos en su respectivo territorio han recibido una poderosa arma al haber sido

²³ Traducción propia de: Fondo Monetario Internacional, *Spain's Article IV Consultation 2007, Preliminary Conclusions*, 26 de marzo de 2007, www.imf.org.

²⁴ Para una completa descripción conceptual de esta política y su proceso de evolución puede verse Balsa Pascual, C. (2006), «La Better Regulation», *Papeles de evaluación 1/2006*, Ministerio de Administraciones Públicas.

legitimados para impugnar cualquier acto de las Administraciones Públicas que pueda afectar a las condiciones de competencia en el mercado. Evidentemente, este instrumento debe usarse como último recurso y debe emplearse cautelosa pero concienzudamente, ya que de su éxito dependerá en buena medida la credibilidad de los órganos de defensa de la competencia en esta misión.

En segundo lugar, la supervisión de los poderes públicos debe contemplar el análisis de las ayudas públicas. Esta vertiente de la actuación, que también ha incorporado importantes novedades a través de la nueva Ley, debe partir del hecho de que el monopolio en cuanto al control de legalidad de las ayudas públicas reside en la Comisión Europea. Asumiendo esta limitación, existe un importante campo de actuación a través de instrumentos, como informes, comparaciones y recomendaciones de buenas prácticas, que deberá ser adecuadamente explotado.

El análisis de mercados es el segundo de los pilares que comprende una política moderna de *advocacy*. El objetivo de este instrumento consiste en identificar aquellas barreras de todo tipo que impiden un funcionamiento competitivo de los mercados. En ocasiones se argumenta que el *enforcement* tradicional de las conductas colusorias se enfrenta a una misión imposible a la hora de mejorar el funcionamiento de determinados mercados oligopolísticos, siendo ésta, por otra parte, la estructura más frecuente de los mercados en nuestras economías. En efecto, las prohibiciones tradicionales²⁵ no sirven para perseguir el resultado colusorio al que no se llega por contacto entre las partes, sino por el mero reconocimiento de la mutua interdependencia de los operadores, lo que suele denominarse como colusión tácita. Esta situación que es igual de dañina para los consumidores, en términos de resultados del mercado, queda fuera del alcance del poder sancionador de las autoridades de competencia, al no existir elemento o comportamiento punible al margen de ese reconocimiento solitario de la interdependencia mutua; comportamiento, por otra parte, perfectamente racional desde la óptica empresarial.

Este tipo de comportamientos y sus resultados sólo puede «atacarse» desde una acción sobre la estructura del mercado y las barreras a la entrada o salida del mismo, lo que incluye también acciones sobre la dimensión y forma de las empresas, por ejemplo, su grado de integración vertical. Pues bien, en este contexto, una activa práctica de análisis de los mercados permitiría a las autoridades de competencia realizar recomendaciones a los poderes públicos sobre cómo mejorar el comportamiento competitivo de los mercados y puede convertirse en una poderosa arma, así como en una fuente de detección de áreas para un *enforcement* más activo, si las conclu-

²⁵ Es un problema que afecta tanto al art. 81 del TCE y sus prohibiciones derivadas, a nivel europeo, como a la Section 1 de la Sherman Act en los EE.UU. Es cierto que a nivel nacional las distintas leyes de competencia han mantenido desde su predecesora de los años sesenta el concepto de prácticas concertadas o conscientemente paralelas, concepto al que podría atribuirse la capacidad de perseguir a los oligopolios tácitos.

siones de los estudios señalasen que los problemas no vienen exclusivamente por la existencia de barreras a la entrada o salida.

Es cierto que la nueva Ley no va muy lejos a la hora de atribuir poderes a la CNC en términos de análisis de mercados y no la equipara a otros sistemas más potentes en los que, como en el caso británico²⁶, las autoridades pueden acabar imponiendo remedios estructurales a las empresas si encuentran, tras un concienzudo estudio de mercado, que la dimensión o estructura de las mismas es la causa de su funcionamiento insatisfactorio. No obstante, sí que se ven reforzados los poderes de la CNC para el análisis de mercados, que supondrá sin lugar a dudas un importante reto a abordar.

5. CONCLUSIÓN

Se viene repitiendo que el traje que estrenará el sistema de defensa de la competencia español gracias a la entrada en vigor de la nueva Ley permitirá a éste modernizar su estructura legal e institucional, situándose ambas en un nivel comparable al de los países de nuestro entorno. Sin embargo, dicho ropaje no será condición suficiente para que la defensa de la competencia en su conjunto experimente un salto cualitativo hacia la modernización. Evidentemente, los actores públicos encargados de poner en marcha la nueva institución y el primer rodaje de la Ley seremos tributarios de un papel protagonista en esta responsabilidad. Pero para ello será también imprescindible que todos los otros agentes que, en mayor o menor medida, tengan que ver con la aplicación activa o pasiva de la Ley sean capaces de afrontar los retos que un sistema de defensa de la competencia de una economía moderna y competitiva plantea.

No cabe duda que la misma aprobación de la Ley constituye un primer paso importantísimo, reflejo del consenso existente en la sociedad acerca de la importancia de contar con una competencia vigorosa. El amplio respaldo recibido por la Ley, especialmente, en el ámbito parlamentario constituye una buena muestra de lo acertado de su diseño, sugiriendo probablemente que responde a las expectativas suscitadas. Pero dicho respaldo no aminora, sino todo lo contrario, potencia aún más si cabe, la especial responsabilidad de aquellos que debemos poner en marcha los nuevos instrumentos. El propósito de estas líneas ha sido identificar cuáles son los principales retos que afrontamos en esta tarea, de modo que el transcurso del tiempo permita evaluar su grado de cumplimiento.

²⁶ En el caso británico, tanto la OFT como los reguladores sectoriales pueden remitir, tras un estudio preliminar, un determinado mercado para el análisis de la *Competition Commission*. Esta autoridad, que cuenta con amplios poderes de investigación para estos casos, puede acabar imponiendo remedios estructurales que afectan a la estructura empresarial del mercado.