

## TIEMPOS DE CAMBIO PARA LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

LUIS BERENGUER FUSTER

Presidente de la Comisión Nacional de Competencia

### 1. INTRODUCCIÓN

En septiembre 2009 se cumplirán dos años de la entrada en vigor de la nueva Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y hay quien opina que en este tiempo se ha producido una auténtica revolución en el mundo de la competencia en España. Si tal afirmación posiblemente puede resultar exagerada, resulta incontestable que los cambios producidos en este periodo han sido más que significativos.

Es cierto que hay quien pueda pensar que éste es un periodo excesivamente corto para poder realizar una evaluación completa de las mejoras y dificultades que el nuevo texto normativo ha traído consigo para la defensa de la competencia en nuestro país. Pero nadie puede afirmar que no sea el momento de comentar algunos de los cambios más importantes introducidos por la nueva Ley, analizar los efectos producidos por su aplicación y reflexionar sobre las áreas en las que ir avanzando a futuro con la intención de introducir las mejoras necesarias para situar nuestro sistema de competencia dentro de los más eficaces entre los países de nuestro entorno.

En términos generales, lo que más destaca de la nueva Ley es que ha supuesto un tremendo revulsivo para nuestro sistema de defensa de la competencia. La más que conveniente integración del SDC y el TDC en dos órganos independientes dentro de una misma institución, el impulso dado a la política de *advocacy* como pilar fundamental del trabajo de toda institución que promueva la competencia, la adopción de nuevos instrumentos para la persecución de las infracciones más graves, el nuevo procedimiento y competencias en materia de control de concen-

traciones o la búsqueda de una actuación más responsable y transparente de cara a los ciudadanos, son algunos de los elementos dinamizadores del nuevo sistema de defensa de la competencia en España.

La Ley ha dotado a la nueva Comisión Nacional de Competencia (CNC) de instrumentos más amplios y eficaces para lograr que los mercados funcionen correctamente y los consumidores se beneficien de ello, objetivo primordial de su trabajo, y creemos que todo ello ha empezado a dar sus frutos.

Si hubiera que destacar un rasgo para describir los dos primeros años de funcionamiento de la CNC, éste sería el del esfuerzo realizado por todos quienes formamos parte de la nueva institución para su creación y para adaptarse al nuevo marco de aplicación de las normas de la competencia, a fin de extender, con los nuevos instrumentos, los principios de la competencia a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

A lo largo del presente artículo voy a tratar de realizar un repaso de los principales asuntos, logros y dificultades a los que nos hemos enfrentado durante estos dos años de aplicación de la nueva LDC. Para ello en primer lugar centraré la atención en los aspectos institucionales, incluyendo dentro de los mismos cuestiones tan importantes y tan diversas, aunque conectadas, como la organización, los recursos humanos, la transparencia o la eficacia de nuestra actuación.

En segundo lugar abordaré las cuestiones relativas a la persecución de las prácticas anticompetitivas y control de concentraciones, áreas en las que tradicionalmente se ha centrado la actividad de la Autoridad de Competencia. Posteriormente examinaré la política de promoción y cómo esta nueva (o retomada) e importante área de trabajo se ha ido desarrollando en los primeros años de andadura de la CNC.

El trabajo finalizará con unas conclusiones acerca de los retos que nos depara el futuro y de cómo empezar a afrontarlos para continuar mejorando.

## 2. ASPECTOS INSTITUCIONALES

El objetivo más inmediato tras la aprobación de la Ley 15/2007 fue la creación de una nueva institución sólida y bien organizada, dotada de medios modernos y un personal altamente cualificado. Para ello, uno de los primeros pasos fue la aprobación del Estatuto de la CNC que establece la nueva estructura de la Comisión.

La integración del Tribunal y el Servicio constituía si duda un importante reto para dos instituciones que, si bien hermanas, habían andado su camino de forma separada durante más de 40 años. La fuerte complementariedad de ambas aconsejaba su fusión gradual, al igual que se había hecho en otros países, conscientes de que la creación de una única autoridad podía traer innumerables ventajas en aspectos como el reforzamiento de la independencia y la autoridad moral de la

CNC, la agilización y racionalización de los procedimientos administrativos o la de contar con un organismo de referencia de defensa de la competencia dotado de los instrumentos adecuados para realizar su trabajo y transmitirlo a la sociedad española.

La integración se ha ido acometiendo progresivamente de forma natural y mediante la dotación a nivel interno de los instrumentos organizativos necesarios (comités, canales de información, sistemas integrados de tecnologías de la información) para que el trabajo de la nueva institución se enriquezca con la aportación de todos los que la conforman.

A parte de la fusión, el primer gran cambio organizativo tuvo lugar con la creación de una nueva Dirección de Promoción y la reestructuración de la Dirección de Investigación. Ésta quedó organizada en subdirecciones especializadas por sectores y encargadas de la instrucción tanto de expedientes sancionadores como de concentraciones. La especialización sectorial ha supuesto sin duda un avance respecto de la situación anterior en tanto que un buen conocimiento del funcionamiento de los mercados es esencial para la adopción de decisiones acertadas tanto en el marco de las conductas como en el de las fusiones. El cambio, no obstante, exigió que los instructores pasasen a manejar indistintamente dos procedimientos diferentes, lo que se ha ido consiguiendo de forma progresiva. Además, se añadió una nueva Subdirección de cárteles y clemencia, que tuvo que adaptarse rápidamente para cumplir con los objetivos esperados de este nuevo e importante instrumento.

Igualmente se ha creado la nueva unidad de Asesoría Económica encargada de la introducción de técnicas de análisis económico avanzado en las investigaciones y estudios de la CNC, como medio para reforzar las argumentaciones económicas. Con el nombramiento en noviembre 2008 del Economista Jefe y de su equipo se inicia una nueva etapa en la que, en sintonía con las autoridades de competencia más avanzadas de nuestro entorno, las decisiones estarán reforzadas por las aportaciones de un análisis económico riguroso. La integración de los economistas en el trabajo de la CNC es importante para mejorar la calidad del mismo, al tiempo que exige de la organización esfuerzos para integrar las diferentes formas de pensar y dar cabida en los procedimientos a esta nueva voz, cuya opinión debe ser escuchada para reforzar nuestras decisiones.

Desde el punto de vista de los recursos humanos, tras la aprobación del Estatuto se produjo una reclasificación de puestos de trabajo que permitió incrementar nuestra dotación de personal en los niveles de mayor cualificación profesional. Es preciso contar con un sistema interno de incentivos y de aprendizaje continuo capaz de atraer y mantener a los mejores profesionales, pues el capital humano es la herramienta más valiosa con la que contamos para llevar a cabo las tareas que nos hemos fijado.

Con carácter general, el personal de la CNC es joven (el 40% tiene menos de 40 años), con una edad predominante situada entre los 30 y 39 años, mayo-

ritariamente femenino (el 67% de mujeres frente al 33% de hombres) y con alta cualificación (el 35% de los funcionarios lo son de Cuerpos Superiores frente al 13% de la AGE). Si consideramos, además, los efectivos que tienen Titulación Superior, llegaríamos casi al 60% de la plantilla.

Es nuestro deseo, y en ello se ha estado trabajando de manera intensa durante estos dos primeros años, mantener un alto nivel de formación en materia de competencia y promover la cultura del aprendizaje continuo. Para ello se envía a los nuevos funcionarios a cursos especializados en los que toman contacto con la materia, y se organizan mensualmente charlas y seminarios internos tanto en el ámbito jurídico como económico en temas de competencia. Se ha invitado de forma periódica a académicos y altas personalidades del mundo de la competencia, tanto nacionales como internacionales, a dar conferencias abiertas al público con la finalidad de que pudieran ser aprovechadas por todos los que trabajamos en esta materia. Estamos asimismo en contacto con varias universidades, puesto que consideramos que el contacto con el mundo académico nos permitirá a medio plazo contar con estudios que mejoren la calidad de nuestras actuaciones.

Además de la formación, es necesaria una política de recursos humanos que garantice la permanencia del personal, para lo que es preciso conseguir unas retribuciones acordes a su esfuerzo y capacidades. Sólo con gente bien formada y con experiencia podremos ir avanzando para convertirnos en una autoridad de referencia.

Por otro lado es importante que la sociedad nos conozca y valore nuestro trabajo pues ella es la destinataria final del mismo. Para ello, la CNC inició en 2008 una activa política de comunicación a fin de cumplir con el compromiso de transparencia de la nueva institución. Ésta ha ido concretándose a lo largo de varias líneas de actuación.

En primer lugar, se ha efectuado una labor constante de relación con los medios de comunicación, dado su papel fundamental a la hora de trasladar a la sociedad las propuestas e iniciativas de la CNC. Es fundamental que la sociedad perciba los beneficios que la cultura de la competencia aporta a empresas, consumidores e instituciones públicas. Esta labor se ha concretado en una intensa presencia y contacto con los medios a través de entrevistas y notas de prensa sobre la actividad de la Comisión, acorde también con la política de transparencia que perseguimos en esta nueva etapa.

En segundo lugar, se ha mejorado la tradicional atención al ciudadano, lo que ha supuesto un incremento significativo del número de peticiones de información. En 2008 se alcanzó la cifra de 299 consultas, muchas de ellas de consumidores o personas interesadas en la temática de la defensa de la competencia.

Asimismo, se ha hecho un esfuerzo considerable por mejorar los sistemas de información de cara al público y concretamente las comunicaciones a través de Internet. En mayo de 2009 se estrenó la nueva página web de la CNC, que, con un diseño más atractivo y un interfaz más cómodo, pone a disposición de ciudadanos y expertos una herramienta útil para poder conocer y seguir periódicamente el trabajo de la CNC.

Este conjunto de nuevas iniciativas y mejoras de instrumentos ya existentes tiene como fin último incrementar la calidad de nuestro trabajo. La nueva Ley nos ha dotado de un marco adecuado para incrementar la eficacia de nuestra actuación y en estos dos años hemos aprovechado el nuevo marco para adoptar las medidas legales y organizativas que nos permitan asentar los cimientos de una autoridad de competencia puntera por la calidad de sus decisiones, la formación de su personal, la agilidad de los procedimientos y el servicio a los ciudadanos.

A este respecto parece conveniente empezar a reflexionar sobre la realización de un ejercicio de evaluación de la actividades desarrolladas por la CNC que permita identificar las áreas donde las mejoras son posibles —que siempre son muchas— y mantener el espíritu que nos permita acometerlas. Somos conscientes de la dificultad que comporta esta tarea, pero la consideramos necesaria y a ella hemos de empeñarnos.

### 3. PERSECUCIÓN DE PRÁCTICAS PROHIBIDAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES

Con ocasión de la entrada en vigor de la nueva Ley, la Comisión Nacional de la Competencia se fijó una serie de objetivos que fueron recogidos en el documento denominado Plan de Lanzamiento 2008-2009. El segundo objetivo del Plan —el primero era hacer de la CNC una institución sólida— perseguía asegurar el máximo cumplimiento de la LDC, luchando eficazmente contra las prácticas más dañinas, poniendo en práctica los nuevos instrumentos para el control de concentraciones y desarrollando el nuevo régimen sancionador.

Pues bien, desde la entrada en vigor de la nueva Ley y hasta marzo de 2009 se han incoado, en el ámbito de las conductas prohibidas, treinta y ocho expedientes sancionadores, de los cuales veinte han sido investigados de oficio a iniciativa de la CNC y dieciocho por denuncia.

El incremento del número de expedientes sancionadores iniciados por propia iniciativa, en comparación con años anteriores es un signo claro del refuerzo de la labor inspectora de la CNC e indica un cambio en la dirección correcta en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

El trabajo de oficio fue casi inexistente en los primeros años de la década (uno en 2001, dos en 2002 y ninguno en 2003)<sup>1</sup>, a partir de 2004 se registró un aumento de de los expedientes abiertos a instancia de la autoridad (8 en 2004, 10 en 2005 y 4 en 2006). Veinte investigaciones iniciadas de oficio en menos de 2 años (septiembre 2007-marzo 2009) indican el reforzamiento de esta tendencia que, no obstante, no será fácil de mantener en el futuro, al menos a este ritmo.

<sup>1</sup> Ver Anuario de la Competencia 2006, p. 482.

Pero no sólo importa la cantidad sino también la calidad de los casos incoados. En este sentido, la distribución de los casos en función del tipo de práctica perseguida (acuerdo o abuso) también refleja un importante cambio de orientación respecto al *enforcement* en el pasado en tanto que de los 38 expedientes incoados, 33 lo fueron por los artículos 1 u 81 y sólo 1 por el artículo 2 u 82 (en los 4 casos restantes se mezclan ambos artículos, más el 3 de la LDC).

Ello refleja la considerable importancia que han ganado los expedientes contra acuerdos (principalmente horizontales pero también verticales) en el nuevo modelo inaugurado por la LDC y la pérdida de importancia relativa de la lucha contra las conductas abusivas. Esto es coherente con una política de defensa de la competencia que quiere priorizar la lucha contra los cárteles –por ser las prácticas más claramente dañinas– y ser más cautelosa –aunque no menos firme– en el tratamiento de los abusos, todo ello en línea con las nuevas corrientes introducidas en el ámbito europeo para la interpretación del artículo 82 del Tratado,

La mayor actividad de la nueva Autoridad en el ámbito de las conductas restrictivas, reflejada en el fuerte aumento del trabajo de oficio contra acuerdos de cártel, ha de atribuirse en buena parte a la introducción en la Ley 15/2007 del programa de clemencia, y a las mejoras en el sistema de inspección, introducidas con la aprobación de la nueva Ley.

Desde su entrada en vigor en febrero de 2008, el programa de clemencia ha resultado muy positivo tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas –de exención del pago de la multa o de reducción de su importe–, como por las prácticas descubiertas tras el examen y valoración de dichas solicitudes.

Aunque no es posible facilitar estadísticas en relación con la aplicación de este programa, hay que resaltar que el 16% de los expedientes incoados en 2008 tuvo su origen en una solicitud de clemencia, lo que pone de manifiesto su importancia en el ámbito de la lucha contra los acuerdos más perjudiciales.

A las cinco solicitudes recibidas el primer día de aplicación se han ido sumando otras peticiones posteriores, con la consiguiente apertura de nuevos casos y un aumento del número de inspecciones a empresas realizadas por la CNC.

Es un hecho, por tanto, que esta herramienta ha supuesto un claro revulsivo en la detección de cárteles en nuestro país, en línea con uno de los objetivos fundamentales de la Ley 15/2007.

Dado el tiempo necesario para la correcta instrucción y resolución de los expedientes sancionadores, en el momento de la redacción de este artículo todavía no había decisiones de la CNC en las que se haya resuelto alguno de los casos surgidos en aplicación del programa, por lo que habrá que esperar a ese momento para poder cualificar su utilidad, efectividad y alcance en la importante tarea de la lucha contra los acuerdos de cártel en España.

Durante 2008 la CNC se ha centrado asimismo en asumir y poner en práctica los nuevos poderes que en el ámbito de las inspecciones y la investigación de prácticas anticompetitivas le otorgaba la nueva Ley. Desde enero de 2008 se han

llevado a cabo 49 inspecciones en locales de empresas (frente a 16 empresas inspeccionadas en 2007), dando lugar a la apertura de 12 expedientes sancionadores con cerca de 60 empresas afectadas.

Estos datos ponen de manifiesto la importancia de las inspecciones en el descubrimiento de sectores posiblemente cartelizados de nuestra economía.

A pesar de que la puesta en práctica de estos nuevos poderes ha generado un cierto debate acerca de los límites a los que la CNC y sus funcionarios han de someterse a hora de realizar las inspecciones, siempre hemos puesto el máximo cuidado en el respeto de los derechos de defensa de los inspeccionados.

La profesionalización y formación de los inspectores de competencia, especialmente en materia de tecnologías de la información, es ahora la pieza fundamental a la que la CNC está dedicando amplios recursos, tanto en tiempo como en inversiones en aplicaciones y equipos especializados.

Todos estos esfuerzos persiguen el mismo objetivo: centrar nuestra actividad en la persecución de las prácticas restrictivas con un mayor impacto sobre los consumidores, que es donde podemos resultar más útiles para la sociedad.

Esto requiere asimismo la eliminación de papeleo innecesario que sobrecarga a las empresas más allá de lo requerido por la legislación y el reforzamiento de los mecanismos de resolución de conflictos que permiten reestablecer la condiciones de competencia sin necesidad de prolongar indebidamente los procesos. En este contexto, las decisiones que ponen fin a ciertos procedimientos mediante la adopción de compromisos por las partes en expedientes sancionadores y de concentración están siendo cada vez más utilizadas como medio para solucionar problemas de fondo y ahorrar recursos y tiempo a la administración y las empresas.

El trabajo de las autoridades de competencia autonómicas ha contribuido asimismo a reforzar la aplicación de la Ley, acercando los casos a la autoridad más próxima y permitiendo a la CNC centrar su actuación en asuntos de ámbito nacional. Ello ha requerido un esfuerzo de colaboración y coordinación a todos los niveles que está funcionando bien.

Con la plena incorporación en este último periodo (2008-2009) de las CCAA de Andalucía, Canarias y Castilla-La Mancha (2009) y el progresivo afianzamiento de las ya existentes, se está produciendo un incremento del número de expedientes objeto de tramitación por la Ley 1/2002 (de 53 en 2007 a 123 en mayo de 2009).

En todo este tiempo, y a pesar del notable aumento de expedientes, desde la vigencia de la Ley 15/2007 sólo se ha convocado una vez a la Junta de Conflictos, habiendo recibido las CCAA el 82% de los casos, lo que indica la determinación de las autoridades de competencia autonómicas a la hora de decidir acerca de los expedientes que afectan al ámbito de sus respectivas comunidades.

Otro aspecto a destacar es el uso cada vez más frecuente de los mecanismos de coordinación y colaboración que la propia Ley 1/2002 establece.

Así, con el fin de procurar el mayor grado de coordinación y máxima eficacia en la aplicación de la normativa de competencia, se han estado manteniendo reuniones regulares con los representantes de las CCAA, tanto bilaterales como generales, siempre que las circunstancias lo han aconsejado.

Además, con el fin de mejorar la coordinación en el Consejo de Defensa de la Competencia de diciembre 2007, se decidió la constitución de cuatro grupos de trabajo para analizar los siguientes temas: criterios de asignación de casos entre la CNC y las CCAA, reforma de la REC, coordinación y seguimiento de la guía para la elaboración de la memoria sobre competencia en proyectos normativos, y distribución comercial.

Por último se ha continuado con la labor de formación (inspecciones, tramitación de expedientes...) prestada por la CNC a los funcionarios de las autoridades de las CCAA, así como con la función de apoyo a todas aquellas CCAA que lo han solicitado. Son de destacar, por su especialidad y novedad, los cursos tecnológicos de inspecciones que se están impartiendo a los funcionarios de las CCAA.

En otro orden de cosas, la nueva Ley introdujo la competencia de los jueces de lo mercantil para la aplicación de los artículos 1 y 2 LDC, en línea con lo previsto en la normativa comunitaria, articulando mecanismos de cooperación entre la Administración y los Tribunales para lograr una aplicación uniforme y coherente de la legislación de competencia.

Durante estos dos primeros años la cooperación entre órganos judiciales y la CNC ha funcionado bien. Los intercambios y remisiones de información legalmente previstos entre la CNC y los órganos judiciales se han efectuado sin dificultades significativas y han permitido detectar la existencia de algunos procedimientos paralelos. En estos casos, la CNC informa de sus actuaciones, por propia iniciativa, al órgano judicial, para prevenir, en lo posible, actuaciones contradictorias. En lo que respecta a la actuación de la CNC como *amicus curiae*, por el momento se ha limitado al envío de observaciones escritas, habitualmente a instancias del órgano judicial, no habiéndose presentado todavía observaciones orales. Paulatinamente se observa un incremento de la información procedente de los Juzgados de primera instancia, habiéndose recibido, sin embargo, escasa documentación sobre los recursos de apelación ante las Audiencias Provinciales. La actual situación de crisis ha incrementado el trabajo de los Juzgados de lo Mercantil en materia concursal, lo que posiblemente afecte en el futuro a su capacidad para abordar casos de competencia.

En síntesis, puede afirmarse que la cooperación entre órganos jurisdiccionales y administrativos prevista en la LDC y en la legislación procesal está funcionando correctamente y con pleno respeto a la independencia judicial y a la debida separación entre las funciones administrativas y jurisdiccionales.

La integración ha traído consigo también cambios en el procedimiento de tramitación de los expedientes sancionadores. La nueva LDC establece una regulación del procedimiento sancionador acorde con la configuración actual de la CNC y aunque en muchos aspectos coincide con la anterior, también aporta algunas novedades.

Así por ejemplo, la prueba pasa a desarrollarse fundamentalmente durante la fase de instrucción, lo que implica que no deben reservarse pruebas para su realización durante la fase de resolución<sup>2</sup>.

Ésta, pasa a ser una fase que, como regla general, queda limitada al estudio y valoración de la prueba y actuaciones practicadas para posteriormente someter a deliberación y fallo de las cuestiones planteadas en el expediente sancionador y, fundamentalmente, determinar si concurre o no responsabilidad administrativa en los presuntos infractores. Desde esta perspectiva, en la fase resolutoria la práctica de pruebas y realización de actuaciones complementarias es excepcional y únicamente procede cuando el Consejo de la CNC las considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la existencia de responsabilidad administrativa.

Por otro lado y a diferencia de lo que ocurría en la Ley 16/1989, la nueva LDC elimina el trámite de conclusiones y limita la celebración de la vista a aquellos supuestos en los que el Consejo estime necesarias aclaraciones de las partes para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente.

Tampoco contempla la nueva LDC la figura de las diligencias para mejor proveer, cuya función deberá ser suplida por las pruebas y actuaciones complementarias a que hacen referencia los artículos 51 de la LDC y 36 del Reglamento.

Por lo que respecta al acceso al expediente durante la fase de resolución, procederá si en dicha fase se ha practicado por el Consejo actuación adicional a las realizadas en fase de instrucción. De lo contrario, el acceso al expediente queda limitado, puesto que los interesados ya han tenido acceso en la fase precedente a la documentación que lo integra.

En cuanto a los expedientes de control de las operaciones de concentración empresarial, resulta necesario resaltar que la Ley 15/2007 ha reforzado notablemente la independencia en la toma de las decisiones en estos expedientes, eliminando la intervención del Gobierno en las autorizaciones y manteniendo solo una cláusula residual que permite elevar al Consejo de Ministros determinadas decisiones contrarias a la operación cuando se aleguen razones de interés general distintas a la competencia. Naturalmente, esa facultad que el artículo 10.4 de la Ley concede al Gobierno debe tener un carácter excepcional y solamente ser utilizada para casos extraordinarios y no puede ni debe convertirse en un sistema habitual de terminación de los expedientes de concentración. Esta cláusula no ha sido hasta el momento utilizada por el Gobierno aunque habrá que sopesar cuál es el uso que en el futuro se hace de la misma.

Desde la entrada en vigor de la Ley y hasta el 31 de mayo de 2009 se han notificado 155 expedientes de control de concentraciones. De ese total, casi 150 han sido resueltos en primera fase y 5 en segunda fase, existiendo notificaciones

<sup>2</sup> Ya que tal y como establece el artículo 36 RDC, el Consejo puede "rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido".

pendientes de decisión y remisiones a la Comisión Europea, en aplicación del artículo 22 del Reglamento comunitario 139/2004.

Desde el punto de vista valorativo cabe señalar que el estándar alcanzado en 2007 por el sistema de control de concentraciones español se situaba ya en unos niveles altos en términos tanto de agilidad en la tramitación de las notificaciones como de análisis de las mismas, de modo que las modificaciones introducidas en la nueva Ley –además del ya señalado refuerzo de la independencia de la CNC en esta materia– se concentraron en aspectos operativos que perseguían reducir las cargas tanto de los notificantes como de la CNC, sin hacer peligrar el objetivo final de garantizar unas estructuras de mercado competitivas.

En este sentido, la nueva regulación y el nuevo procedimiento en materia de concentraciones han permitido reducir el plazo para la tramitación de los expedientes. Los plazos de resolución en primera fase se están cumpliendo estrictamente, incluso llegándose a autorizar operaciones en un plazo inferior al fijado legalmente de un mes. Además las prenotificaciones han demostrado ser un eficaz instrumento para facilitar la vida a las empresas, aunque no siempre se lleven a cabo.

Otra de las mejoras que ha introducido la nueva LDC (artículo 59 de la LDC y 69 del RDC) en el procedimiento de control de concentraciones es la posibilidad de que las partes notificantes presenten compromisos, tanto en primera como en segunda fase para resolver los posibles problemas de competencia derivados de la operación. Con la antigua Ley esto no era posible, ya que era el Consejo de Ministros el que decidía, en su caso, sobre la imposición de condiciones en aquellas operaciones que pasaban a segunda fase.

Puesto que las partes son las que mejor conocen los mercados en los que operan y las que han de demostrar que los compromisos que presentan eliminan los problemas de competencia, el nuevo sistema introduce ventajas indudables en la resolución de las fusiones. Además de agilizar el procedimiento, evita que todas las operaciones conflictivas tengan que pasar necesariamente a segunda fase, ahorrando costes y tiempo a los notificantes y a la Administración.

Desde la entrada en vigor de la LDC en septiembre de 2007, se han aprobado siete operaciones con compromisos, entre las que destaca por su complejidad la operación GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA, tanto por su componente de especialización sectorial como por sus repercusiones en todo el sector energético español.

En cuanto a los umbrales de notificación, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 5/2007) mantuvo el sistema de doble umbral (cuota de mercado o volumen de negocios), modificando únicamente el umbral de cuota de mercado –del 25 al 30%– respecto de la Ley del 89.

Seguimos pensando que, a pesar del debate existente sobre este extremo, el umbral de cuota de mercado es el instrumento más apropiado para filtrar las operaciones de concentración potencialmente dañinas pues aporta valiosa infor-

mación acerca del grado de concentración derivado de las operaciones y de los potenciales problemas para la competencia. Sin duda este criterio, al igual que otros, no está exento de problemas para las empresas en términos de definición de mercados relevantes, aunque se trata de un concepto conocido en la defensa de la competencia, y las empresas cuentan con instrumentos legales (consulta previa) para ayudarlas a solventar dichas dificultades.

El umbral de volumen de negocio en nuestro ordenamiento es muy superior al exigido en economías de tamaño similar a la nuestra —como Canadá— e incluso en economías mayores, como es el caso de Francia, por lo que el número de operaciones notificadas parece sensiblemente inferior al de otros ordenamientos y con ello las cargas soportadas por las empresas.

El análisis de los datos recientes —insuficientes todavía— revela que las operaciones notificadas únicamente por superar el umbral de volumen de negocios no suelen plantear problemas de competencia. Por el contrario, la mayor parte de las operaciones potencialmente problemáticas pertenecen al grupo de las que superan el umbral de la cuota de mercado o ésta y el del volumen de ventas conjuntamente.

#### 4. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Una de las novedades de mayor calado del trabajo de la nueva autoridad de competencia es la de la promoción de la competencia en sectores donde se encuentre restringida. Es quizás en este campo en el que mejor se puede apreciar la filosofía de trabajo que quiere impulsar la CNC y el cambio tan importante que se ha operado respecto a la situación anterior a la aprobación de la Ley 15/07.

Se trata de adoptar una posición claramente beligerante a favor de la competencia, en la que la Autoridad no se limita a juzgar conductas concretas sino a promover la competencia en todos los sectores y ámbitos de la actuación económica y respecto de todo tipo de actores, tanto privados como públicos. Para ello, se creó la Dirección de Promoción, encargada exclusivamente de estas actividades, que ha supuesto un importante revulsivo en este ámbito.

La función de promoción de la competencia es distinta, aunque complementaria, de la de investigación. La promoción de la competencia no se concreta en la apertura de expedientes a empresas sino en la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, de propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa, así como en la elaboración de informes sobre obstáculos a la competencia que resulten de la aplicación de normas legales. Se trata de complementar y reforzar las actuaciones coercitivas para promover cambios en los comportamientos de los agentes del mercado, sean éstos empresas o administraciones públicas, que favorezcan la competencia y beneficien a los consumidores.

La CNC ha sido especialmente activa en este área, tal y como ponen de manifiesto los cinco informes realizados en el primer año y medio de actividad, retomando la tradición iniciada a principios de los 90 con títulos ya míticos como el de “Remedios políticos que pueden favorecer la Libre Competencia en los servicios y atajar el daño creado por los monopolios”.

Desde el punto de vista sustantivo, en el ámbito de la promoción podemos distinguir dos grandes ejes de trabajo: uno relacionado con el seguimiento y análisis de las Administraciones Públicas, y otro centrado en el estudio de sectores.

En el capítulo de Administraciones Públicas una buena parte del trabajo de la CNC en estos dos años se ha centrado en la evaluación desde la óptica de la competencia de las actuaciones reguladoras de la actividad económica llevadas a cabo por distintas instancias del sector público. Esta evaluación de leyes y reglamentos tiene particular relevancia en la actual coyuntura, en la que, como consecuencia del proceso de transposición de la Directiva comunitaria de Servicios, España está realizando una revisión integral del marco normativo de un gran número de actividades de servicios.

La Directiva, además de impulsar una serie de medidas que pretenden la eliminación de las barreras que dificultan la libre circulación de servicios entre los países de la Unión Europea y la simplificación administrativa de los procedimientos, incorpora otras tantas que afectan de lleno a la competencia en los mercados. Se trata de aquéllas encaminadas a la eliminación de las barreras jurídicas y administrativas al libre establecimiento de los prestadores de servicios y a la eliminación de barreras a la libre prestación de servicios transfronterizos. Todas estas medidas sirven de complemento a otras destinadas a asegurar la calidad de los servicios. La CNC consideraba, como también se recogía en la exposición de motivos de la Ley Paraguas, que había que realizar una transposición ambiciosa de la Directiva. Sin embargo, y como consecuencia de la influencia de los grupos de presión, este ejercicio parece estar diluyéndose.

Dos de los sectores de mayor relevancia afectados por la Directiva de Servicios son el de colegios profesionales y el de comercio. Y precisamente a ellos la CNC ha dedicado en estos dos años gran atención.

El “Informe sobre el sector de servicios y colegios profesionales” comenzó a elaborarse antes del 2007 y ha destacado por el creciente interés que ha generado en diversos ámbitos de la sociedad. La principal conclusión del Informe es que las diversas normas que regulan el acceso y el ejercicio a las profesiones deben evitar la introducción de reservas de actividad y restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas que impidan extraer todo su potencial para el crecimiento y el empleo. En su informe, la CNC aconseja romper con la unión automática de una profesión y un título. Sin perjuicio de que en algunos casos el interés general pueda justificar que una determinada profesión sólo sea ejercida por los poseedores de una titulación concreta, ese ha de ser un caso excepcional. También se defiende que la exigencia de titulación no se traduzca automáticamente en la exigencia de colegiación.

Otro de los sectores afectados de plano por la transposición de la Directiva de Servicios es el de la distribución comercial. La regulación del sector de la distribución comercial se concreta a nivel estatal en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. A pesar de incluir expresamente entre sus objetivos el mantenimiento de la libre competencia y la corrección de los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales, solo ha posibilitado un alto grado de intervencionismo que se ha materializado en sustanciales restricciones a la competencia.

La CNC ha mostrado su preocupación acerca de la regulación de la distribución comercial, poniendo de manifiesto los aspectos negativos que dificultan la competencia efectiva y detectando barreras y obstáculos que provocan distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas. En particular muchas de esas críticas han recaído en la actuación de ciertos Gobiernos autonómicos que han limitado indebidamente las autorizaciones para abrir nuevos centros.

La regulación del sector de la distribución comercial se ve afectada plenamente por la Directiva que obliga a la eliminación de todo tipo de autorizaciones como norma general y a mantener solo excepcionalmente los regímenes de autorización que cumplan los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

En particular el grueso de la necesaria reforma de las normas de distribución comercial se centra en lo que se ha estado denominando licencia comercial específica o segunda licencia, concedida por las administraciones autonómicas. Desde el punto de vista de la competencia, la obligación de contar con esta licencia comercial restringe la competencia al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. La CNC ha manifestado su postura en varios informes<sup>3</sup>, con escaso éxito hasta el momento, pues la reforma que se está negociando en el Congreso de la Ley de Comercio no ha recogido estas observaciones y además reconoce en su disposición adicional única la posibilidad de que se esté incumpliendo la normativa comunitaria al responsabilizar a las Administraciones competentes de las sanciones que se le impongan al Reino de España por tal incumplimiento. Esta disposición adicional supone un reconocimiento explícito de que se está incumpliendo el ejercicio de transposición de la Directiva de Servicios.

Siguiendo con la actividad de Promoción en el ámbito del sector público destaca la elaboración en esta primera etapa de andadura del estudio denominado "Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente" que posteriormente ha sido acompañada de la publicación de la "Guía para la elaboración de memorias de competencia", y cuya finalidad es facilitar a las Administraciones implicadas el proceso de elaboración

<sup>3</sup> Informe sobre la Reforma de la Ley de Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios y posteriormente informe preceptivo al Anteproyecto de Ley.

de las leyes y su correcta evaluación desde el punto de vista de su impacto sobre la competencia.

El propósito de este, a nuestro entender, importante trabajo es el de concienciar a los poderes públicos de que pueden y deben regular de forma eficiente desde el punto de vista de la competencia, evitando que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia. En el mismo se establecen los principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y capacidad de predicción.

Hay que destacar asimismo la publicación de primer Informe de Ayudas Públicas concedidas en España y referido al año 2008. El objetivo del Informe es contribuir al mejor conocimiento de los marcos comunitario y español que regulan las ayudas públicas, exponer los criterios que deben ser tenidos en cuenta en su evaluación y trasladar los beneficios que pueden derivarse de un buen diseño de las mismas, así como de su seguimiento y control.

La publicación de este informe constituye un primer paso que se irá complementando con otras actuaciones de seguimiento de las ayudas de Estado de mayor envergadura sujetas a la supervisión de las autoridades comunitarias, y de control de otras de índole menor que no tienen afección comunitaria.

Evidentemente, la tarea de formular propuestas para la reforma del ordenamiento no resulta fácil, especialmente cuando tales propuestas suponen reformas liberalizadoras que vienen a alterar el *statu quo*. Pero no resultaría lógico que tales resistencias al cambio impidieran o limitaran nuestra capacidad de hacer propuestas, que encuentra su razón de ser precisamente en el hecho de que cualquier apertura del mercado, cualquier eliminación de las restricciones que la regulación permite, ha de beneficiar al conjunto de los consumidores.

El segundo gran bloque de actuación en el ámbito de promoción de la competencia es el del análisis sectorial.

Los informes realizados por la CNC analizan sectores concretos de actividad e identifican obstáculos que dificultan el funcionamiento eficiente de los mercados con el objetivo de eliminarlos y lograr una economía más competitiva.

Concretamente, se han publicado cuatro informes de gran relevancia en los sectores que les afectan: el informe sobre la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España; el informe de fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera realizado a solicitud del Ministerio de Fomento; el informe de competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España, y el ya referido sobre colegios profesionales.

En el momento de redactar estas líneas, la CNC se encuentra preparando nuevos estudios e informes sectoriales que previsiblemente verán la luz en un futuro próximo. Se ha presentado un informe sobre los procuradores de los tribunales, en el que se analiza si la actual normativa reguladora de su actividad introduce restricciones a la competencia y, en tal caso, si las mismas se adecuan a los principios de necesidad

y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, capacidad de predicción y transparencia. Se está elaborando otro sobre la distribución de carburantes cuyo objetivo es realizar un análisis del sector y de la estructura del mercado para ver si las características del mercado permiten comportamientos diferentes al esperado en condiciones de plena competencia. También se contempla un estudio sobre los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que analice la regulación de la gestión colectiva de esos derechos de propiedad intelectual, e identifique las condiciones del marco regulatorio que pudieran conducir a potenciales prácticas anticompetitivas en ese mercado.

Aunque es posible que el elevado ritmo de realización de informes no se mantenga en próximos ejercicios, es importante que junto con los nuevos se efectúe el seguimiento y valoración del impacto de los ya realizados sobre cada área de actividad concreta. Con ello se pretende mejorar la influencia de los informes de la CNC sobre la eficacia del funcionamiento de los mercados analizados.

Se trata en definitiva de poner parte de nuestros recursos al servicio de la promoción de una mayor competencia, informando las leyes y regulaciones que atentan injustificadamente contra la misma y realizando estudios de mercado que nos permitan tener un mejor conocimiento de su funcionamiento, a fin de ejercer una labor de concienciación de la sociedad y de propuesta a los organismos públicos que permita la progresiva mejora del funcionamiento de nuestros mercados.

## 5. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 15/2007 y la consiguiente creación de un nuevo órgano de defensa de la competencia ha supuesto un importante cambio –a mejor– del sistema de defensa de la competencia en nuestro país.

En los dos años transcurridos desde la entrada en vigor de la nueva Ley se han adoptado las medidas legales y organizativas necesarias para poner en marcha una institución que sirva al objetivo de mejorar la eficacia de nuestro sistema de defensa de la competencia.

Ello se ha pretendido lograr mediante un esquema organizativo basado en la especialización de un personal altamente cualificado en permanente formación; con la racionalización de los procedimientos administrativos y la participación en los mismos de un creciente número de expertos en diferentes disciplinas como medio para reforzar la solidez de las decisiones; con una política activa de promoción de la competencia en la que la CNC ha expuesto con claridad los argumentos a favor de una regulación adecuada a los objetivos de libertad económica favorables a los intereses de los consumidores y mediante el estudio de sectores y la propuesta de mejoras de su funcionamiento competitivo.

Aun estando satisfechos con el trabajo realizado hasta el momento, somos conscientes de que para que las mejoras puedan mantenerse en el tiempo es necesario

que seamos críticos con nuestra labor y que los defectos y los ámbitos susceptibles de mejora constituyan el objeto de nuestra labor futura.

En septiembre de 2009 vencerá el plazo de dos años que nos dimos para cumplir con los objetivos fijados en el Plan de lanzamiento para 2008-2009. Con esa ocasión estamos inmersos en un proceso de autoevaluación de nuestra labor y análisis de los logros y fracasos en cumplimiento de dichos objetivos. Dicho análisis será fundamental para fijar nuestros objetivos de los dos próximos años, al permitirnos conocer aquellos ámbitos en los que hemos avanzado y aquéllos en los que será necesario cambiar el enfoque o redoblar los esfuerzos.

En general, el grado de cumplimiento del Plan de actuaciones ha sido alto, lo cual no obsta para que haya áreas en las que habrá que seguir profundizando y otras en las que resulte conveniente fijarnos nuevos objetivos.

La creación de la CNC como organismo independiente nos permite, dentro de la legalidad, definir prioridades, fijar objetivos y diseñar estrategias para alcanzar los fines perseguidos. Esta libertad nos da un mayor margen de maniobra, a la vez que nos hace más responsables frente a nosotros mismos y, sobre todo, frente a la sociedad. Esta responsabilidad nos motiva y anima a actuar de un modo más activo y –a la vez– más crítico, lo que esperamos que redunde en una mejora de los resultados.

La preservación del alto grado de independencia alcanzado durante este tiempo junto con la capacidad de análisis independiente y de crítica constructiva ajena a cualquier interés diferente al de la defensa del correcto funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores debe ser otro de los objetivos continuamente perseguidos por la CNC. Para ello será necesario mantener el máximo rigor en nuestras decisiones e informes y perseguir la máxima solidez intelectual de nuestras aportaciones. Será el rigor de nuestro trabajo el que permita mantener nuestra independencia al margen de los vaivenes a los que en un futuro pueda verse sometida la institución.

En definitiva han sido dos años de grandes cambios e importantes novedades que confiamos que hayan servido para iniciar una nueva etapa en la defensa de la competencia en España caracterizada por la mejora continua y el servicio a la sociedad española.