

LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE LA NUEVA ECONOMÍA Y LA DESCENTRALIZACIÓN DE SUS FUNCIONES

Amadeo PETITBÒ JUAN

Universidad de Alcalá de Henares

Alexander SCHAUB, Director General de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DGCE), ha afirmado ¹ que el año 2001 se ha caracterizado por la actividad de la Comisión contra los cárteles. Los elementos que permiten destacar dicho año en relación con los precedentes han sido el número de decisiones adoptadas, la importancia de las conductas sancionadas y la suma de las sanciones impuestas. Sin embargo, sobre todas estas cuestiones, dicho año destaca «porque marca los primeros resultados positivos de los esfuerzos realizados por la DGCE, después de algunos años, para intensificar su lucha contra los cárteles».

En la actual situación económica, caracterizada por la globalización y por el hecho de que la competencia alcanza una nueva dimensión, debe subrayarse que para la DGCE la persecución de los acuerdos secretos de los cárteles constituye uno de los elementos centrales de la política de defensa de la competencia, dado que dichos acuerdos constituyen, como se ha dicho reiteradamente, uno de los ataques más contundentes a los principios de la libre y leal competencia que deben guiar el funcionamiento económico de las modernas economías de mercado y una de las restricciones más graves a la competencia.

No cabe duda de que las restricciones a la competencia y la defensa de la competencia cobran una nueva dimensión en mercados globalizados. En efecto, el alcance de los acuerdos entre empresas puede extenderse en mercados globales alcanzando dimensiones sin precedentes ² y la estructura de los mercados y las estrategias empresariales

¹ A. SCHAUB, «La lutte contre les Cartels atteint sa vitesse de croisière en 2001», *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, febrero 2002.

² Ver, por ejemplo, J. M. GRIFFIN, «An Inside View of an International Cartel at Work», *The 3rd Nordic Competition Policy Conference*, 11-12 de septiembre de 2000. J. M. GRIFFIN es *Deputy Assistant Attorney General, us Department of Justice, USA*.

adquieren nuevos contornos que han exigido una adaptación del análisis económico tradicional. Al mismo tiempo, como señala la citada DGDCCE³, la modernización de las normas de la competencia exige una simplificación de los procedimientos y un planteamiento más económico del análisis de los casos. Y, concretamente, al referirse a los acuerdos verticales y horizontales sostiene que el conjunto de normas aprobadas «también responde a la intención de adecuar mejor los análisis de competencia a los razonamientos económicos, de facilitar a los operadores económicos la comprensión en los problemas y conceptos de competencia y de descargar a las empresas de una serie de obligaciones administrativas engañosas».

Con estos elementos de referencia, el presente trabajo analizará tres cuestiones, a saber: la primera se referirá a la nueva economía y el Derecho de la competencia; la segunda, a la necesaria modernización del Derecho de la competencia y su aplicación; y, por último, la tercera se referirá a la descentralización de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en España y las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). El trabajo terminará con unas conclusiones.

1. NUEVA ECONOMÍA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA⁴

En aquellas actividades en las que la inversión en propiedad intelectual y el efecto red son particularmente relevantes, la competencia entre empresas muestra unas características absolutamente distintas a las correspondientes a la economía tradicional. Ahora, el proceso schumpeteriano de «destrucción creadora»⁵ fomentado por la aplicación del cambio tecnológico a los procesos de producción y distribución y la correspondiente competencia dinámica que le acompaña alcanzan una relevancia especial que exige nuevas interpretaciones e imaginación en la aplicación del Derecho de la competencia⁶. En consecuencia, conceptos

³ COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de la Competencia, *La política de la competencia de la Comunidad europea. XXX Informe sobre la política de la competencia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2001.

⁴ Este apartado se basa en A. PETITBÒ, «La larga marcha hacia la competencia», en *Círculo de Empresarios*, 2001; «El papel de España en una Unión Europea ampliada», *Círculo de Empresarios*, 2001.

⁵ J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar (1942), 1968. Sostuvo SCHUMPETER que la apertura de nuevos mercados (extranjeros o internos) y el desarrollo de la organización empresarial muestran un proceso de «mutación industrial» que revoluciona incesantemente las viejas estructuras creando continuamente unas estructuras distintas. Este proceso de «destrucción creadora» es la realidad esencial del capitalismo. Por ello, de acuerdo con SCHUMPETER, las empresas deben adaptarse a este proceso si desean sobrevivir.

⁶ Ver, por ejemplo, L. DE GUINDOS, «La política española de competencia en el nuevo entorno económico internacional», en Ll. CASES (dr.), *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2001.

como mercado relevante ⁷, predación, posición de dominio, contratos anudados, contestabilidad o el significado real de la cuota de mercado deben ser interpretados de forma distinta. O lo que es lo mismo, las referencias del pasado deben ser reinterpretadas a la luz de los fenómenos característicos del presente. Ahora, con la nueva economía como referencia, el objetivo empresarial más relevante es el liderazgo. La cuota de mercado ya no es función exclusiva de los precios relativos sino, fundamentalmente, de la capacidad de innovación. La competencia entre las empresas de la nueva economía es dinámica y el precio sólo es una de sus referencias. El punto fuerte de las empresas de la nueva economía se apoya en la capacidad de creación de nuevos bienes y servicios que sean más baratos, de mejor calidad y que permitan resolver los nuevos problemas que se planteen con mayor rapidez. Un hecho relevante distingue las empresas de la economía tradicional y de la nueva economía: en la nueva economía el ganador puede obtener beneficios particularmente elevados a corto plazo pero puede ser expulsado del mercado rápidamente por un competidor sagaz que acierte a la hora de ofrecer el bien o servicio que responda mejor a la demanda de los clientes.

Los elementos dinámicos de la competencia ocupan un lugar destacado en las empresas de la nueva economía cuyas características distintivas imponen un cambio en los análisis tradicionales. Ahora, la literatura económica empieza a producir trabajos destacados. Como casi siempre ha sucedido, detrás de dichos trabajos hay un problema importante. El caso Microsoft ha servido, entre otras cuestiones, para desvelar la capacidad interpretativa de la nueva economía industrial. Como han señalado D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE en uno de estos trabajos ⁸, las actividades en la competencia dinámica en los mercados pertinentes tienen alguna de las características siguientes: *a)* combinan costes marginales reducidos con elevados costes fijos; *b)* son más intensivas que las actividades de la vieja economía; *c)* muchas empresas de alta tecnología tienen efecto red dado que sus resultados son función del número de consumidores de la red. En este caso se trata de una competencia «por el mercado» más que de una competencia «en el mercado»; *d)* la competencia en algunas empresas de alta tecnología responde a un conjunto de competiciones cuyo objetivo es desarrollar un nuevo bien o servicio

⁷ Ver, por ejemplo, I. HERGUERA y A. PETITBÒ, «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia», en LI. CASES (dir.), 2001, cit. También puede consultarse F. DíEZ, «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre definición del mercado relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EEUU», en LI. CASES (dir.), 2001, cit., o C. ALCAIDE, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», en LI. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, 1998.

⁸ D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, Working Paper, 8268 (<http://www.nber.org/papers/w8268>), National Bureau Economic Research, mayo 2001. Véase también, por la similitud del análisis y las coincidencias en algunas cuestiones, E. CAÑIZARES, D. FERNÁNDEZ, A. J. PADILLA y A. RAMOS, *Competència i innovació en la nova economia*, Papers d'Economia Industrial, Generalitat de Catalunya, Departament d'Indústria, Comerç i Turisme, 2001.

que desplace a otro bien o servicio preexistente mediante la incorporación de una innovación drástica (*Winner-Take-All Races*), y e) debido a la competencia y a razones tecnológicas las inversiones conllevan un riesgo elevado pero las empresas líderes son muy rentables, al menos a corto plazo.

De todo ello surge una pregunta clave: en un contexto caracterizado porque los conceptos de dimensión mínima óptima y otros empleados habitualmente en el análisis microeconómico alcanzan un nuevo significado, y la innovación acelera la obsolescencia de algunos bienes y servicios y fomenta la competencia en precios al tiempo que se desarrollan las economías de red, ¿cuál debe ser la actitud y la conducta de las autoridades responsables de la defensa de la competencia para evitar los comportamientos empresariales con aptitud para impedir la competencia y reducir el bienestar del conjunto de la sociedad sin introducir obstáculos a las actividades competitivas y a la competencia?

Cuando la nueva economía otorga al riesgo empresarial una importancia excepcional y la política de defensa de la competencia está situada en un lugar destacado en las agendas de los gobiernos, las cuestiones citadas son particularmente importantes por lo que, dada su relevancia, orientarán el trabajo de los economistas, los juristas y los políticos durante los próximos años. El ejemplo de la adaptación de las normas de defensa de la competencia es elocuente. Por ello resulta perfectamente comprensible que autores como R. E. LITAN y W. NISKANEN⁹, tras analizar el impacto económico de las nuevas tecnologías, sostengan que «las autoridades antimonopolistas tendrán que admitir que en algunos mercados digitales haya, durante una temporada, un monopolio o una situación muy cercana al monopolio» y que «el propósito de las autoridades antimonopolistas no debe ser castigar a los vencedores de los mercados; en su lugar, deben garantizar que los nuevos competidores tengan la oportunidad de entrar en dichos mercados y de ofrecer mejores tecnologías [que a su vez] puedan convertirse en monopolios nuevos, aunque temporales».

2. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRINCIPIOS Y EVIDENCIA¹⁰

Además de los cambios que se registran continuamente en las estructuras empresariales y sectoriales no debe olvidarse que la competencia es poderosa y dinámica. Cuando los operadores económicos compiten, la supervivencia de las empresas exige que su actividad se lleve a cabo con el mayor grado de eficiencia posible¹¹. Pero la propia competencia

⁹ R. E. LITAN y W. NISKANEN, *El horizonte digital. Manual de directrices para la era digital*, Brookings Institution Press y Cato Institute, Washington DC, 1998.

¹⁰ Este apartado se basa en A. PETITBÔ, cit., 2001.

¹¹ La eficiencia exige libertad y los principales ingredientes de la libertad económica son: la elección personal, la protección de la propiedad privada y la libertad de intercambio. Ver J. A.

modifica continuamente la estructura de los mercados y las estrategias empresariales. Las relaciones interempresariales continuamente se adaptan a las condiciones cambiantes del mercado en un continuo juego de acciones y reacciones retroalimentadas dirigido por la imaginación creativa de las decisiones empresariales. Dicha imaginación, agudizada por la propia competencia, es la clave del progreso. Nada aleja más a los pueblos del progreso económico que la «vida tranquila»¹² de sus dirigentes. Por ello, la competencia debe ser estimulada continuamente y las irracionales peticiones de los operadores económicos solicitando protecciones injustificadas no deberían ser atendidas¹³.

Ahora, la interacción estratégica constituye un hecho relevante en muchos mercados de bienes y servicios. Las empresas no organizan su actividad como si fueran átomos independientes¹⁴. Por el contrario, consideran tan importantes sus propias estrategias como las conductas de sus rivales y, en especial, las reacciones de sus competidores. A diferencia del pasado, los comportamientos estratégicos tienen lugar en mercados en los que el número de operadores económicos relevantes es reducido¹⁵.

GWARTNEY, R. LAWSON, W. PASH y Ch. SKIPTON, *La libertad económica en el mundo. Informe anual 2001*, Círculo de Empresarios, 2001.

¹² Ver. J. HICKS, *Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly*, vol. 3, Econometrica, 1935.

¹³ Un ejemplo clásico es el comentado en la sátira de BASTIAT contenida en su «Petición de los fabricantes de velas», donde explicaba que, ante una situación de crisis económica, dichos fabricantes se dirigieron al gobierno francés en demanda de una ley que ordenase el cierre de cualquier abertura en las casas con el fin de evitar la competencia del sol. Esta reacción recuerda la de un candidato a presidir el Colegio de Farmacéuticos de Madrid, quien, en su programa electoral, establecía, como cuestión relevante, su compromiso de combatir con firmeza cualquier intento de liberalización de los comercios farmacéuticos.

¹⁴ Los mercados oligopolísticos raramente están representados exclusivamente por un número reducido de empresas de gran dimensión. Es mucho más frecuente que el núcleo reducido de grandes empresas compita entre sí y con un amplio número de empresas de menor dimensión que también compiten entre sí, pero cuya competencia es de una naturaleza diferente. Sin embargo, el hecho característico de dichos mercados es la interacción de las conductas de las empresas dominantes. Por ello, el problema fundamental es identificar las empresas cuyas relaciones estratégicas son decisivas para explicar las conductas y los resultados de los mercados. Ello supone determinar con precisión qué empresas forman parte de la arena oligopolística y qué empresas forman parte de la constelación de empresas presentes en el mercado relevante determinado.

¹⁵ Y. DREAZEN, G. IP y N. KULISH (*The Wall Street Journal*, edición España, 26 de febrero de 2002) escribieron que «por donde se mire, hay fuerzas poderosas que están llevando a las industrias de Estados Unidos a integrarse en oligopolios y los obstáculos son cada vez menos importantes». Los efectos de los oligopolios dependen del grado de competencia entre las empresas, de ahí la importancia de las autoridades encargadas de defender y promover la competencia. Como señalan los citados periodistas, «un oligopolio, cuando unos pocos vendedores ofrecen productos similares, no siempre es algo indeseado o inevitable. El oligopolio puede generar eficiencias que le permiten a las empresas ofrecer mejores productos a los consumidores a precios más bajos y liderar estándares en toda la industria que le facilitan más la vida a los consumidores... Pero un oligopolio puede permitir que las grandes empresas obtengan beneficios excesivos a expensas de los consumidores y del progreso económico. Puede destruir la competencia que es vital para evitar que las empresas aumenten los precios muy por encima de los costes o que obliga a las empresas a cambiar». En relación con estas cuestiones X. VIVES (1999) ha señalado que «el "problema del oligopolio" ha resultado ser uno de los más recalitrantes del pensamiento económico», ver A. BOSCH, *Precios y oligopolio*, Fundación ICO, 2001.

Tal situación se explica, entre otras cuestiones, por la progresiva segmentación de los mercados debida a distintas causas entre las que pueden señalarse los costes de transporte, las regulaciones, la ausencia de arbitraje, la existencia de economías de escala, de alcance o de red o la presencia de barreras de entrada (naturales, legales o estratégicas). Incluso la propia dinámica del entorno empresarial¹⁶ contribuye a fomentar las operaciones de concentración empresarial y los acuerdos de participación o cooperación, por ejemplo, cuyo efecto más inmediato es la reducción del número de competidores y, probablemente, también de la competencia.

Los cambios en la estructura y conducta empresariales características de cada etapa de desarrollo de las economías deben contar con el marco jurídico adecuado. Dicho marco no debe entorpecer la actividad competitiva de las empresas. Al contrario, debe impulsar la eficiencia empresarial defendiendo, al mismo tiempo, la competencia. Si hace años el enfoque académico del análisis de los mercados centraba su atención en la estructura y, particularmente, en los coeficientes de concentración, hoy el análisis considera que la conducta y las estrategias empresariales son los elementos determinantes de las estructuras y de los resultados empresariales¹⁷.

Este cambio de enfoque incide en las interpretaciones tradicionales de cuestiones como las operaciones de concentración o las relaciones verticales¹⁸ que alcanzan una nueva dimensión cuando el contexto en que las empresas llevan a cabo sus actividades está globalizado o se trata de industrias de red, por ejemplo.

Ante situaciones como las descritas, las autoridades encargadas de velar por el comportamiento competitivo de las empresas debe adaptar el marco jurídico condicionante para que éste no se convierta en un freno al desarrollo de la actividad empresarial. El único límite que debe ser impuesto es el de la defensa de la libre y leal competencia entre operadores económicos. Sin embargo, en tales circunstancias, la tentación reguladora es fuerte y el riesgo de incurrir en el error de imponer medidas de regulación ineficientes es elevada. Por ejemplo, R. E. LITAN y W. A.

¹⁶ Reducción de la tasa de beneficio como consecuencia de la acentuación de la competencia, del progreso tecnológico o de la incertidumbre, por ejemplo.

¹⁷ El análisis de la competencia en un mercado determinado exige considerar, simultáneamente, el número de operadores en el mercado, la dimensión del mercado y las cuotas de mercado correspondientes a cada operador. Asimismo, es necesario tomar en consideración el grado de apertura del mercado, la magnitud del comercio internacional, la naturaleza de la competencia, el poder financiero de las distintas empresas que compiten en el mercado relevante, la evolución del mercado y de las cuotas de mercado en los últimos años, las barreras de entrada y de salida (escasez de *inputs*, regulación, economías de escala y de alcance, costes hundidos, efectos de la integración vertical, exceso de capacidad, diferenciación, lealtad a las marcas, etc.), las estrategias empresariales, las posibilidades de sustitución, el poder de negociación de compradores y vendedores, entre otras cuestiones generales.

¹⁸ Ver, por ejemplo, A. PETITBÒ, «Las restricciones verticales de la competencia», en Ll. CASES (dir.), cit., 1998.

NISKANEN¹⁹ advierten, sobre la base de la experiencia, que «toda nueva tecnología, cualquier bien o servicio nuevo, cualquier nueva y audaz competencia amenaza el valor neto y la vida fácil de toda empresa involucrada. Además, siempre hay alguien en la Administración buscando alguna nueva razón para regular. Las nuevas tecnologías de la era digital prometen una tercera revolución industrial, pero suponen el mismo tipo de amenaza para algunos intereses y la posibilidad de una ola de regulación totalmente nueva».

El funcionamiento eficiente del mercado requiere normas eficientes que se apliquen con rigor y con celeridad. También exige que los órganos encargados de la defensa de la competencia persigan con tenacidad las conductas contrarias a la misma, no sólo como consecuencia de denuncias de terceros, sino también promoviendo la apertura de expedientes e informes. Pero en relación con estas cuestiones surgen, al menos, dos problemas relevantes. El primero, relacionado con la rapidez y la eficacia de la Administración en el proceso de elaboración de normas y de regulación de los mercados. La cuestión es particularmente significativa cuando se trata de problemas relacionados con la revolución digital y las nuevas tecnologías. El caso Microsoft constituye una buena referencia sobre estas cuestiones.

El segundo, relacionado con el hecho de que tanto la Administración como los órganos de defensa de la competencia y los Tribunales encargados de resolver los recursos contra sus decisiones no cuentan, con su estructura actual, con información suficiente para resolver expedientes de particular complejidad. Este hecho conlleva el riesgo de cometer errores²⁰ o de generar costes innecesarios.

Los países europeos, paso a paso, se han dado cuenta de las ventajas netas del mercado como mecanismo de asignación de los recursos²¹. En consecuencia, durante los últimos años tanto la Comisión Europea (CE) como los Estados miembros han hecho considerables esfuerzos para huir de una tradición intervencionista y limitadora de la competencia que ha frenado los estímulos competitivos de las empresas y, en consecuencia, la competitividad de Europa en relación con Estados Unidos. Se ha privatizado, desregulado, liberalizado y se ha fomentado la introducción de competencia en multitud de sectores, mercados y actividades. Al mismo tiempo, se ha modernizado, paso a paso, la aplicación del Derecho de

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ El riesgo de cometer errores no es privativo de las Administraciones Públicas. También las empresas privadas los cometen como consecuencia del conocimiento imperfecto de los mercados y de las tecnologías. Las telecomunicaciones constituyen un buen ejemplo.

²¹ Ver, por ejemplo, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Key Issues Paper on the 2002 Broad Economic Policy Guidelines*, The European Council (Barcelona, 15-16 de marzo de 2002), Bruselas, 5 de marzo de 2002. En dicho documento se sostiene que las medidas dirigidas a liberalizar, abrir, integrar y promover la competencia en los mercados europeos de bienes y servicios contribuyen a mejorar la utilización de los recursos, la producción la renta y el bienestar. Y añade que «este convencimiento es compartido por todos los Estados miembros de la UE y constituye el espíritu incluido en la agenda de reformas aprobada en la Cumbre de Lisboa».

la competencia. Unas empresas han aceptado competitivamente las nuevas referencias pero otras no han sabido romper con el pasado y han caído en la tentación de alcanzar acuerdos de cártel, han desaparecido del mercado o han acudido con talante pedigüeño a las Administraciones Públicas en busca de la ayuda compensadora de su incapacidad de adaptación o de su ineficiencia.

Algunos ejemplos pueden servir como referencia que ilustre la progresiva modificación de las normas inducidas por los cambios en las condiciones del entorno económico ²².

En abril del año 1999 la CE publicó el *Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de Aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE*. Se trataba de un documento necesario dados los cambios registrados en la CE y la voluntad de la Comisión de centrarse en la lucha contra los cárteles y las infracciones graves y en el fomento de estructuras de mercado plenamente competitivas. Con este marco de referencia, la simplificación de los procedimientos, la descentralización del Derecho de la competencia atribuyendo más funciones a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia y la dedicación de la CE a los asuntos más relevantes que presenten interés comunitario está plenamente justificada.

Otro ejemplo de modernización de la normativa comunitaria relacionada con la defensa de la competencia se refiere a la consideración de las relaciones verticales entre operadores económicos ²³. Por regla general, la evidencia empírica revela que se trata de restricciones que la empresa vendedora impone a la empresa compradora ²⁴. El análisis de los casos considerados por las autoridades de defensa de la competencia y las correspondientes reflexiones realizadas al amparo de los nuevos desarrollos de la moderna economía industrial ²⁵ y de una realidad caracterizada por la progresiva integración económica, así como el hecho de que las tradiciones norteamericana y europea en relación con el análisis de las restricciones verticales no fueran coincidentes ha promovido el desarrollo de un núcleo de opinión favorable a la modificación de las viejas ideas y reglamentos. Baste destacar como referencia que en Estados Unidos las conductas relacionadas con las restricciones verticales han sido analizadas desde la perspectiva del impacto real sobre la competencia

²² Ver, por ejemplo, J. F. PONS, «La politique européenne de la concurrence en 2002: maturité et modernisation», enero 2002; M. MONTI, «Policy modernization of EU Competition Rules Launch of the Competition Act 1998», London, 2 de marzo de 2000. Ambos documentos pueden consultarse en <http://europa.eu.int/comm/competition>. Para el caso español ver *Informe de Progreso sobre las Reformas en los Mercados de Bienes y Servicios y de Capitales. España*, diciembre 2001.

²³ Condiciones que una empresa situada en un determinado punto de la cadena de relaciones interempresariales impone a otra empresa situada en un punto distinto.

²⁴ Ver, por ejemplo, A. ΠΕΡΙΤΣΩ, *op. cit.*, 1998.

²⁵ Debe destacarse que el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria de la Comisión de las Comunidades Europeas* [COM (96) 721], de 22 de enero de 1997, sigue los planteamientos teóricos expuestos en P. REY y F. CABALLERO, *The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints*, Economic Papers, 119, 1996.

persiguiendo solamente aquellas conductas cuyos efectos sobre la competencia superasen los límites «razonables»²⁶, mientras que la CE sostenía que las restricciones verticales eran contrarias a la competencia *per se* y, por lo tanto, susceptibles de ser perseguidas por el anterior art. 85.1 del Tratado de Roma.

El primer día del año 2000 entró en vigor el Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81²⁷ del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas²⁸. El Reglamento, complementado por unas Líneas Directrices, al estilo de las *Guidelines* norteamericanas, derogó los anteriores Reglamentos de exención por categorías de compra exclusiva, distribución exclusiva y franquicia, otorgando una exención de la prohibición prevista en el art. 81.1 del TCE a favor de los acuerdos suscritos entre distintos operadores verticalmente integrados en relación con las condiciones de compra, venta, reventa o prestación de servicios.

El Reglamento permitirá reinterpretar acuerdos tomados en el pasado y configurará los nuevos acuerdos desde una perspectiva distinta a la contemplada hasta ahora. Sin embargo, el Reglamento no prevé todas las situaciones posibles y, en consecuencia, no cierra todos los interrogantes. Por ello, la CE y el Tribunal de Justicia deberán llenar progresivamente los espacios vacíos con una doctrina y una jurisprudencia acordes con los criterios generales contenidos en el Reglamento²⁹.

Se ha avanzado y se pretende avanzar más. Las manifestaciones realizadas por las autoridades comunitarias en relación con la reconsideración de la aplicación del Derecho comunitario a las operaciones de concentración empresarial es una muestra de la retroalimentación entre los planteamientos de la nueva economía industrial y el Derecho de la competencia. Ante un mundo tan distinto como el correspondiente al que inspiró en su momento cada una de las normas que conforman el Derecho comunitario, el único camino racional posible es el de la adaptación del Derecho a esta nueva realidad que tiene en la globalización de los mercados y la denominada «nueva economía» unas referencias fundamentales.

También en España la regulación de la competencia ha registrado cambios relevantes en los últimos años. Por razones coyunturales se ha preferido una reforma por etapas³⁰ a una necesaria reconsideración glo-

²⁶ La firma de acuerdos que incluyan la fijación de precios, por ejemplo.

²⁷ Antes 85.

²⁸ DOCE, núm. L 336, de 29 de diciembre.

²⁹ Sobre el contenido del Reglamento y el enfoque que debe adoptarse en aquellas situaciones que no pueden beneficiarse de lo previsto en el mismo véase C. FERNÁNDEZ, «La política comunitaria de restricciones verticales», en LI. CASES (ed.), *op. cit.*, 2001.

³⁰ Real Decreto-ley 7/1996, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Ley 66/1997, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; Real Decreto 295/1998, relativo a la aplicación en España de las normas europeas de competencia; Real Decreto-ley 6/1999, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia;

bal de la legislación española de defensa de la competencia, en consonancia con lo subrayado en los apartados anteriores³¹. Y, como ocurre en estos casos, algunas cuestiones han mejorado, pero quedan cuestiones pendientes cuya relevancia no es desdeñable.

Sin hacer un análisis exhaustivo deseo subrayar cuatro aspectos que deberían ser objeto de consideración por los órganos de defensa de la competencia, a saber: *a)* la reducción de los plazos; *b)* la consideración de las ayudas públicas; *c)* el fomento de la competencia y de la eliminación de la regulación ineficiente, y, por último, *d)* la aplicación del análisis económico.

A. LA REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS

En el presente apartado se analiza la información suministrada por el TDC correspondiente a los expedientes sancionadores resueltos en el año 2001³². Se trata de considerar tan sólo un año como referencia con el fin de poner de relieve, en aras de la eficiencia en la aplicación del Derecho de la competencia, la necesaria reducción de los plazos de tramitación de los expedientes con el objeto de aumentar la eficacia de la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Ley 52/1999, de reforma de la legislación de la competencia; Real Decreto-ley 6/2000, que modifica la normativa sobre control de concentraciones; Ley 9/2001, relativa a las autorizaciones por categorías de acuerdos, control de concentraciones y duración de los mandatos del Presidente y Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia. En la Disposición Final segunda de dicha Ley se prevé la elaboración de un texto refundido en el plazo de un año que sintetice y armonice las distintas modificaciones que las normas citadas han ido introduciendo en la Ley. Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en lo referente al control de las concentraciones económicas. Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que se transforma la naturaleza jurídica del TDC, configurándolo como un «Organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos establecidos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que, sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico». Además, como resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989 —de difícil comprensión desde la perspectiva del análisis económico— estimó parcialmente tales recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Como consecuencia de dicho fallo se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. En el momento de escribir el presente apartado puede consultarse en Internet, en una iniciativa loable, el documento «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia», que sugiere que «las posibles observaciones podrán ser remitidas... a la dirección siguiente...».

³¹ En todo caso la reconsideración global será ineludible.

³² Ha habido más de una versión de la relación de expedientes sancionadores. Dicha relación no siempre ha coincidido con la información presentada en Internet. Se alega que, al margen de errores de transcripción, en algún caso la Audiencia Nacional, en una actitud susceptible de ser calificada como de «justicia opaca», ha fallado en el sentido de que determinadas Resoluciones del TDC no sean ofrecidas a los ciudadanos a través de la Red.

De acuerdo con la información suministrada por el TDC, éste ha resuelto 264 expedientes en el año 2001, «la cifra más elevada desde que entró en vigor la actual Ley de Defensa de la Competencia (1989)». Sin embargo, más importante que la cifra global es el análisis de los diferentes sumandos que dan lugar a la suma. Dicho análisis revela que la actividad del TDC se dedica, en una elevada proporción, a la realización de informes dedicados, especialmente, a dictaminar sobre la apertura de las denominadas «grandes superficies». En este caso también se ha batido un record histórico: en el año 2001 el TDC ha emitido 148 expedientes relacionados con dichas aperturas. Esto supone que el 56 por ciento de los documentos aprobados por el TDC se refieren a una actividad perfectamente prescindible³³ o, al menos, susceptible de una reconsideración en profundidad. Tal actividad poco tiene que ver con las funciones características de una autoridad encargada de velar por la defensa y la promoción de la competencia.

Ha aumentado también el número de informes (9) relacionados con los arts. 2 y 26 de la LDC, cifra superior a la correspondiente a los años 1999 (5) y 2000 (4), pero inferior a la correspondiente al año 1998 (12). En muchos casos la relevancia de dichos informes es notable. Por ello, al igual que está previsto en el caso de las ayudas públicas, sería conveniente que la LDC estableciera que tales informes sean de publicación obligada dado que sería justamente la publicidad lo que les otorgaría mayor fuerza. El anonimato y la falsa prudencia son los talones de Aquiles de los órganos de defensa de la competencia.

Desde otra perspectiva, el número de Resoluciones relacionadas con las conductas prohibidas por la LDC (29), autorizaciones singulares (26) o con los recursos contra actos del SDC (40)³⁴ ha registrado la cifra más baja desde el año 1994. A ello ha contribuido la reducción del número de nuevas solicitudes de autorización singular y de sus correspondientes prórrogas.

También se ha reducido el número de informes sobre operaciones de concentración económica, de particular trascendencia y complejidad (9). Esta cifra contrasta con la correspondiente a los años 2000 (16) y 1999 (13).

Los datos anteriores revelan una inadecuación de la actividad del TDC en relación con lo que deberían ser sus fines genuinos. En efecto, se incrementa el peso relativo de las actividades de segundo nivel y se reduce la importancia relativa de las funciones primordiales de cualquier autoridad de defensa de la competencia. Al mismo tiempo, si se contrasta

³³ Desde la entrada en vigor de la actual Ley de Ordenación del Comercio Minorista en el año 1996, el TDC ha emitido 429 informes sobre la cuestión. La no publicación de dichos informes impide hacer una evaluación de los mismos, aunque las opiniones de los operadores económicos del sector ponen de manifiesto su evidente inutilidad.

³⁴ El número de recursos estimados por el TDC se ha incrementado significativamente en el año 2001, alcanzando el porcentaje del 27,5 por ciento, frente al 11,5 por ciento en el año 2000, 16,2 por ciento en el año 1999, 10,7 por ciento en el año 1998 o 20 por ciento en el año 1997.

el número de expedientes emitidos con la evolución de los presupuestos destinados al TDC se revela un incremento del gasto por expediente.

Los datos del cuadro 1 ponen de relieve que el TDC apura los plazos, con independencia de la importancia y relevancia de los expedientes desde la perspectiva de la competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios. Ello refleja eficacia³⁵, pues se actúa dentro de los estrechos márgenes establecidos por la legislación, pero, en ocasiones, también manifiesta un comportamiento excesivamente administrativo.

CUADRO 1
TDC. EXPEDIENTES SANCIONADORES. 2001

<i>Núm. exp.</i>	<i>Fecha denuncia</i>	<i>Fecha entrada TDC</i>	<i>Fecha resolución</i>	<i>Notas</i>
482/00	13-07-95	01-02-00	05-01-01	Por resolución de 14-01-99 el TDC revocó el acuerdo de sobreseimiento del sdc.
483/00	07-07-99	14-01-00	11-01-01	
478/99	25-05-98	22-11-99	18-01-01	Recalificación.
500/00	29-07-97	05-09-00	18-01-01	Acuerdo transaccional.
480/99	28-12-98	03-12-99	22-01-01	
484/00	21-05-97	17-03-00	22-01-01	Recurso previo contra el sobreseimiento parcial del expediente (07-07-99).
485/00	20-07-99	17-03-00	09-03-01	
487/00	02-06-93	11-04-00	18-04-01	Recurso previo contra el sobreseimiento parcial del expediente (11-10-96).
489/00	10-07-97	28-04-00	24-04-01	
491/00	02-08-93	09-06-00	21-05-01	
493/00	27-04-99	05-06-00	30-05-01	
492/00	14-12-98	31-05-00	04-06-01	
494/00	19-05-97	19-06-00	13-06-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
495/00	25-09-98	20-06-00	20-06-01	
488/00	10-11-98	24-04-00	21-06-01	Diligencia para mejor proveer.

³⁵ Aunque en los casos de devolución de expedientes al sdc apurar los plazos contribuye a retrasar la resolución definitiva de los expedientes por el propio TDC.

<i>Núm. exp.</i>	<i>Fecha denuncia</i>	<i>Fecha entrada TDC</i>	<i>Fecha resolución</i>	<i>Notas</i>
497/00	23-12-96	12-07-00	25-06-01	
496/00	22-12-98	11-07-00	04-07-01	
498/00	15-01-92	17-07-00	05-07-01	El TDC revocó el acuerdo de sobreseimiento del SDC.
490/00	27-04-99	06-06-00	11-07-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC. Diligencia para mejor proveer.
499/00	21-07-97	20-09-00	10-09-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
501/00	26-11-97	07-09-00	10-09-01	
502/00	21-07-98	11-10-00	09-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
504/00	12-02-99	10-11-00	11-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
503/00	01-07-98	03-11-00	24-10-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
508/00	18-01-00	29-11-00	30-11-01	
507/00	11-04-96	13-12-00	03-12-01	Figura la fecha de admisión a trámite por el TDC.
506/00	02-12-98	24-11-01	19-12-01	

Fuente: TDC.

En todo caso, a la vista del cuadro 1, no puede dejar de mencionarse el hecho de que en el año 2001 se hayan resuelto un conjunto de expedientes cuya denuncia tuvo lugar allende los tiempos. Este hecho debe ser objeto de atención dado que la tardanza en instruir o resolver en nada contribuye a la efectividad del sistema español de defensa de la competencia. Como ejemplo, cabe subrayar los casos reflejados en el cuadro 2.

Como puede comprobarse, en ocasiones se trata de casos relevantes (monopolios o empresas pertenecientes a sectores básicos, por ejemplo) cuya resolución, sobre la base del interés público y, sobre todo, del interés de los consumidores, exige prontitud y sensibilidad.

Pero la citada dilatación de la vida de los expedientes no resume la gravedad de los problemas. Tan sólo es la manifestación de lo que ocurre en la primera etapa de la vida administrativa de los expedientes. El exceso de litigiosidad tiene uno de sus fundamentos en la redacción del art. 47 de la LDC. En efecto, al amparo del argumento de que las

CUADRO 2

TDC. EXPEDIENTES QUE HAN REGISTRADO UN DILATADO PERÍODO DE TRAMITACIÓN. 2001

<i>Expediente</i>	<i>Denominación</i>	<i>Fecha de la denuncia</i>
498/00	Funeraria Madrid	15-01-92
487/00	Radio Fórmula	02-06-93
491/00	Reciclado vidrio	02-08-93
482/00	Gas Natural Castilla y León	13-07-95
507/00	Cirugía Plástica Aragón	11-04-96
497/00	Seguros Médicos Ciudad Real	23-12-96
489/00	MOB/Telefónica Móviles	10-07-97
494/00	Transportes Ría Vigo	19-05-97
499/00	Repsol	21-07-97
500/00	Uniprex/Agedi	27-07-97
501/00	Cepsa 2	26-11-97

Fuente: TDC.

actuaciones instructoras causan indefensión se recurren cuestiones como las siguientes: la falta de comunicación de la apertura de una información reservada, las órdenes de investigación o de verificación acordadas por el Director del SDC, los requerimientos de información dirigidos a las partes, la negativa de acceso al expediente fuera del momento procesal oportuno, la declaración de confidencialidad, el acuerdo de no sobreseimiento, la incompetencia de jurisdicción, la ilegalidad de las pruebas, la confidencialidad de la documentación, la declaración de parte interesada, la concurrencia con procedimientos comunitarios, la prescripción o caducidad, el cambio de calificación, la existencia de infracciones no contempladas en el pliego de cargos, y, en definitiva, la mayoría de los actos administrativos necesarios para llevar a cabo la instrucción o la resolución de un expediente³⁶. Todo ello supone costes para los interesados e ingresos para los abogados, lo que da lugar a un interesante ejercicio desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Como ha señalado LI. CASES³⁷, «en caso de impugnación (prácticamente en

³⁶ Un ejemplo de los obstáculos interpuestos en la resolución de un expediente puede verse en la Resolución de fecha 24 de abril de 2002, recogida en el Expediente 486/00, McLane/Tabacalera, que terminó con una propuesta de sanción de 3 millones de euros.

³⁷ LI. CASES, *Liberalització i desregularització. El nou intervencionisme?*, Colegio de Economistas de Cataluña, 2001.

todos los casos en que la resolución es condenatoria³⁸) se plantea el correspondiente recurso ante la Audiencia Nacional³⁹. Y, finalmente, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (que, en general, siempre confirma la decisión administrativa). En conjunto, más de ocho años. Sin duda se trata de un período insostenible. Seguramente en la fase judicial no debería hablarse de más recursos, sino de una reforma profunda que asegure que en estas materias, esenciales para el funcionamiento de la economía, los pronunciamientos se dicten en plazos razonables. En todo caso es imprescindible que el sistema se analice de forma global»⁴⁰.

El análisis de cuanto antecede exige una reflexión profunda que supere las pretensiones gremiales de aquellos que en lugar de defender los intereses reales de los interesados y de los mercados defienden sus propios intereses. En algunos casos parece como si el argumento de la necesaria seguridad jurídica, siempre defendible, no sea más que un pretexto dirigido a apoyar la percepción de rentas.

En mi opinión, debe promoverse una mayor agilidad del sistema⁴¹ que no excluya la posibilidad de un TDC jurisdiccional con el correspondiente apoyo de economistas dotados, de forma probada, de los conocimientos suficientes y necesarios para sustentar, con el debido rigor científico, las resoluciones de un órgano como el TDC cuya importancia en el contexto actual es incuestionable.

B. LA CONSIDERACIÓN DE LAS AYUDAS PÚBLICAS⁴²

En relación con las ayudas públicas, el art. 19.2 de la LDC las define como «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicos que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mer-

³⁸ Pese a no disponer, en el momento de redactar el presente trabajo, de toda la información necesaria, véase, p. ej., el cuadro 3.

³⁹ Cabe recordar que, en ocasiones, la jurisdicción contencioso-administrativa suspende la ejecución de las Resoluciones del TDC mientras dura el procedimiento al recurso sin considerar explícitamente que junto a los intereses privados de las partes en litigio existe el interés público, cuya mayor expresión es el funcionamiento eficiente de los mecanismos de mercado, cuya perturbación causa siempre un daño irreparable al sistema económico, con independencia de los perjuicios que las conductas restrictivas de la competencia puedan causar a los operadores económicos particularmente afectados. No debe olvidarse, también, que pese a que la LDC establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1), algunos magistrados y tribunales civiles no toman en consideración la LDC y obligan a los firmantes de acuerdos punitivos a su cumplimiento, o a ejecutar dichos acuerdos por la vía de apremio.

⁴⁰ Imagínese, tan sólo, que lo anterior se aplica a un expediente correspondiente a una denuncia formulada en el año 1992 y resuelta por el TDC en el año 2001.

⁴¹ Cualquier plazo total que exceda los treinta y seis meses es ineficiente.

⁴² De acuerdo con los datos de la CE contenidos en su Informe del mes de julio de 2001, el volumen total de las ayudas en España se ha reducido a lo largo del período 1995-1999.

cado». Y añade la LDC que también se consideran ayudas públicas «cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia»⁴³.

Como, por regla general, las ayudas públicas tienen aptitud para modificar las condiciones de la competencia en los mercados de bienes y servicios, la LDC establece que el TDC, de oficio o a instancia del Ministro de Economía, «analizará los criterios de concesión de ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las restricciones de competencia, con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros». Lo relevante de dicho informe es su publicidad. Por ello, la LDC dice rotundamente que dicho informe «será público». Es justamente este carácter de público lo que le concede la fuerza necesaria para contrarrestar los efectos de determinadas ayudas concedidas por las diversas Administraciones. En todo caso, la LDC establece cautelas, pues determina que el Consejo de Ministros decidirá «según los casos» proponer a las Administraciones «la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia».

El TDC ha hecho uso de dicha competencia sólo en tres ocasiones⁴⁴ a pesar del amplio abanico de ayudas que se reparten por las distintas Administraciones Públicas con evidentes efectos sobre la competencia, dado que alteran la información procedente de los mercados y contribuyen a modificar la asignación de los recursos a favor de las empresas beneficiarias de las subvenciones que no siempre coinciden con las empresas más eficientes. En todo caso, puede sostenerse que las ayudas públicas no contribuyen a mejorar la eficacia global de la economía, pudiéndose llegar a la paradoja de que una empresa ineficiente que cuente con la colaboración de las ayudas públicas expulse del mercado a una empresa eficiente que no disponga de cooperación financiera pública.

Desde la perspectiva del análisis económico los efectos de las ayudas públicas dependen del tipo de mercado (monopolístico o en competencia, por ejemplo), del comportamiento estratégico de las empresas (según compitan o coludan, por ejemplo) y del destino de las subvenciones (empresas o consumidores, por ejemplo). Incluso pueden obtenerse los mismos resultados subvencionando a determinadas empresas o acentuando la competencia entre ellas. En síntesis, puede afirmarse⁴⁵ que «una misma cuantía de subvención puede tener efectos asignativos distintos según el comportamiento de un conjunto de variables como: la elasticidad-precio de la demanda de los bienes o servicios subvencionados, las elasticida-

⁴³ Sobre los aspectos relacionados con las ayudas públicas ver M. MONTI, *EU Policy towards fiscal state aid*, Seminar on «State Aid and Tax», Universiteit Nyerode, The Netherlands, 20 de enero de 2002.

⁴⁴ La referencia procede del TDC. Sin embargo, los Informes correspondientes no han podido ser consultados ni figuran en su página web.

⁴⁵ A. PETITBÒ y M. VILALTA, «Las ayudas públicas a la industria», *ICE*, núm. 775, diciembre 1998-enero 1999.

des-precio del bien o servicio subvencionado, el comportamiento estratégico de las empresas, la relación entre el volumen de la subvención que reciben las distintas empresas de un sector, la elasticidad de sustitución entre bienes, la intensidad con que se utiliza un determinado factor (trabajo o capital) en la producción del bien o servicio subvencionado, etc.».

Dado que las ayudas públicas distorsionan el perfecto funcionamiento de los mercados, las autoridades de defensa de la competencia deben actuar impidiendo que las acciones de las Administraciones Públicas alteren las condiciones sobre las cuales las empresas toman sus decisiones. Por estas razones, la LDC concedió al TDC competencias para «examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia», añadiendo que, a la vista del dictamen del TDC, el Ministro de Economía y Hacienda «podrá proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o restablecimiento de la competencia». Incluso se concede al TDC la competencia de «dirigir comunicaciones o requerimientos a las empresas, así como recabar de las Administraciones Públicas para que les informen sobre las aportaciones de recursos públicos o las ventajas financieras concedidas u obtenidas».

C. EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA Y DE LA ELIMINACIÓN DE LA REGULACIÓN INEFICIENTE ⁴⁶

En los sectores liberalizados los efectos de la competencia para los consumidores han sido evidentes. La reducción de los precios ha ido acompañada de una mayor capacidad de elección y, casi siempre, de incrementos de la demanda. La evidencia empírica ha corroborado las predicciones de la teoría económica: cuando se eliminan los obstáculos que protegen a los monopolios y se introduce competencia en mercados tradicionalmente protegidos de la misma transformándolos en mercados impugnables, los precios se reducen, acercándose a los costes marginales, fomentando un aumento de la cantidad demandada. En otros términos, la competencia, si encuentra la respuesta eficiente de los operadores económicos, fomenta la aparición de resultados Pareto-óptimos, dado que alguno o algunos de los operadores que participan en el mercado ganan, sin que ninguno de ellos pierda. Simultáneamente, la competencia contribuye a mejorar la calidad y la diversidad de los productos, favoreciendo el control de la inflación y el crecimiento económico.

⁴⁶ En el XVI Congreso organizado por la FIDE, celebrado en Roma en el año 1994, se aceptó la siguiente definición: «La desregulación es el proceso por el cual las actividades económicas previamente sometidas a una normativa estatal son liberadas de forma total o parcial de esta normativa estatal y son sometidas a otro tipo de normativa menos restrictiva». Con independencia de dicha definición, en el presente contexto el análisis se refiere exclusivamente a la eliminación de la regulación ineficiente.

En relación con los efectos estimados de la eliminación de la regulación ineficiente puede sostenerse que los comportamientos competitivos fomentados por la modificación de la regulación contribuyen a mejorar la eficiencia empresarial. Asimismo, considerado el proceso dinámicamente, la eliminación de las normas ineficientes contribuye a aumentar la actividad innovadora y la inversión, y si ésta es sostenida y el mercado de trabajo es suficientemente flexible, el número de puestos de trabajo tiende a aumentar. En síntesis, la eliminación de la regulación ineficiente y la introducción de competencia fomentan la competitividad, prerequisite de la reducción de los precios y el crecimiento del conjunto de la economía. En consecuencia, la necesidad de competir y, para ello, de disponer de un marco regulador eficiente, a pesar de la mayor incertidumbre que conlleva en relación con la actividad empresarial, constituye un elemento común de referencia en la mayoría de países desarrollados.

La regulación innecesaria o ineficiente se traduce en importantes costes sociales y privados y en ineficiencias no deseadas tanto para determinados sectores, mercados y actividades como para el conjunto de la economía. La OECD⁴⁷ ha detectado cuatro posibles orígenes de dichos costes. En primer lugar, la reducción de los incentivos para economizar recursos por parte de las empresas puede conllevar un exceso de capital o de trabajo utilizados en los procesos de producción o distribución o una deficiente organización de la producción. En segundo lugar, un nivel de competencia insuficiente supone que los salarios o los beneficios se sitúan en un nivel superior al que correspondería a un nivel de eficiencia competitiva. En tercer lugar, la regulación ineficiente sobre los bienes o servicios puede limitar el aprovechamiento de las economías de escala y de alcance por parte de las empresas, exigiendo el empleo de servicios aunque dicho empleo sea ineficiente, situando los precios a un nivel superior al que correspondería a una situación de plena eficacia competitiva. Por último, se dispone de evidencia suficiente para invalidar la opinión de que las empresas que detentan un poder de mercado elevado pueden reinvertir los correspondientes beneficios extraordinarios en mayores tasas de I+D e innovación. Por el contrario, tal evidencia revela que la ausencia de competencia reduce los incentivos a introducir innovaciones tecnológicas en la producción o en el diseño de nuevos bienes y servicios o en la adaptación de la oferta a las necesidades de una demanda cambiante.

En resumen, como ha indicado la OECD⁴⁸, y como refleja la aplicación elemental del análisis económico, «los resultados directos de una regulación inadecuada en un sector particular probablemente sean mayores costes, mayores precios, asignación inadecuada de recursos, insuficiencia de innovación de producto y escasa calidad del servicio ofrecido».

La LDC ha facultado al TDC para que elevara al Gobierno propuestas de modificaciones legales destinadas a introducir o intensificar la com-

⁴⁷ Ver OECD, *Economic Outlook*, núm. 59, 1996.

⁴⁸ OECD, *OECD Input-Output Database*, 1996.

petencia en aquellos casos en que las normas legales fueran las causas de la falta o insuficiencia de competencia. Además, en un acto de confianza en relación con el TDC, el Gobierno le encomendó, en diversas ocasiones, la realización de estudios sobre «la legislación de precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolios y condicionamiento al ejercicio profesional, a fin de que puedan ser identificados los costes del sistema de regulación de un amplio conjunto de sectores». El Gobierno también pidió al TDC la inclusión de «propuestas concretas de modificaciones normativas y que se identificara la Administración que debería llevarlas a cabo»⁴⁹.

El TDC cumplió con el mandato del Gobierno y sus Informes, tras ser realizados y entregados, fueron hechos públicos y publicados en la página web del TDC.

Posteriormente, se pretendió limitar la capacidad de propuesta del TDC y, en consecuencia, los informes realizados por el mismo a instancia de parte. El resultado fue que tales estudios, aun siendo realizados, no han sido publicados. La no publicación obedece a la adecuada cortesía administrativa, pero nada justifica, de forma bastante, que un Informe realizado por un órgano administrativo cuya función es la defensa del interés público y que no afecta a cuestiones relacionadas con la confidencialidad de las empresas permanezca en el anonimato y descanse en la oscuridad de los despachos de quien tiene que tomar decisiones, en ocasiones de indudable trascendencia.

En los últimos años el TDC ha realizado Informes, sin duda de notable trascendencia y calidad. De acuerdo con los datos de su página web, en el año 2001 el TDC ha emitido nueve Informes, desconocidos por aquellos que puedan tener interés en los mismos. La discreción, aun siendo justificada, no encaja con los principios de transparencia y fomento del debate característicos de los órganos de defensa de la competencia. No se entiende, pues, que Informes con un impacto inequívoco sobre cuestiones relacionadas con los intereses públicos no sean conocidos por todos los interesados, directa o indirectamente, en los mismos. Este hecho no sólo no resulta justificado desde las prístinas raíces del Derecho de la competencia, sino tampoco desde la perspectiva del interés general.

D. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

En las Facultades de Derecho es frecuente que la Economía Política, como disciplina académica, sea considerada una asignatura de segundo nivel. En el mismo sentido, algunos estudiantes y también profesores que enseñan en las Facultades de Economía no comprenden la importancia de que los economistas dispongan de unos buenos fundamentos jurídicos,

⁴⁹ Véase Tribunal de Defensa de la Competencia, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1994.

olvidando que en las sociedades modernas los problemas fundamentales, con mucha frecuencia, combinan principios económicos y jurídicos. Ambas posiciones reflejan la defensa de intereses gremiales y olvidan que en las economías modernas el Derecho y la Economía son fuentes de conocimiento que se necesitan mutuamente para comprender los fenómenos más relevantes de las modernas economías de mercado.

R. A. POSNER, por ejemplo, escribió su *Análisis económico del Derecho*⁵⁰ «con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de Derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos».

En las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto que, en muchos casos, el desarrollo de los expedientes tramitados por las autoridades españolas de defensa de la competencia se demora, perjudicando a unos operadores económicos y beneficiando a otros. Este hecho plantea problemas económicos de envergadura que solamente pueden abordarse desde una perspectiva económica y jurídica empleadas simultáneamente. En este punto, considerando crucial la articulación eficiente del análisis económico y jurídico recuerdo el siguiente problema sugerido por POSNER⁵¹: «La cuestión de la demora en los procedimientos administrativos es un interesante ejemplo del conflicto entre la opinión de que las agencias administrativas se crean para servir al interés público pero con frecuencia fracasan en tal propósito a causa de malas políticas o de los fallos del personal y la opinión de que las agencias en realidad se crean para promover los intereses de los grupos políticos eficaces, lo que hacen en una forma más o menos eficiente. ¿Es la demora siempre ineficiente? ¿Puede usted imaginar algunos casos en que la demora ayuda o perjudica a grupos de interés particulares afectados por la acción administrativa?». Se trata de un buen ejemplo que debería ser resuelto sin duda ni dilación por todos aquellos interesados en la aplicación del Derecho de la competencia.

La interacción entre Derecho y economía es un campo en el que queda mucho camino por recorrer y en relación con el cual nuestras Facultades de Derecho y Economía han permanecido al margen olvidando que sobre estas cuestiones existe un campo de reflexión rico en matices y posibilidades.

El mismo Richard POSNER ha sintetizado perfectamente las relaciones entre Derecho y economía: «Para mí, el aspecto más interesante del conocimiento del Derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del Derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El Derecho es una institución social de enorme anti-

⁵⁰ R. A. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1998 (1992).

⁵¹ *Op. cit.*

güedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al análisis científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelismos y se solapa con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito»⁵².

Estas cuestiones son particularmente relevantes en el Derecho de la competencia. Las relaciones entre el análisis económico y el Derecho de la competencia en ocasiones han sido distantes, pero en los últimos años la opinión de que la aplicación de Derecho de la competencia exige una base económica sólida, especialmente en el campo de la economía industrial, ha ganado consistencia⁵³.

El propio Comisario europeo responsable de la competencia ha abordado estas cuestiones⁵⁴. En relación con la aplicación del Derecho de la competencia por los jueces, el Comisario recordó que el Derecho de la competencia es un Derecho económico y que el hecho relevante es que los principios económicos deben ser aplicados de acuerdo con un marco legal. De nuevo aparece la necesaria interacción y retroalimentación entre Derecho y economía. Difícilmente puede entenderse el núcleo de las cuestiones económicas que subyacen en los conflictos que surgen de la conducta de los mercados sin un dominio suficiente del análisis económico del Derecho. Y difícilmente puede desarrollarse dicho análisis sin un conocimiento suficiente del marco legal en que se desarrollan las conductas empresariales.

Los fenómenos económicos cada vez son más complejos y dicha complejidad se acentúa como consecuencia de la globalización de los mercados. Por esta razón es necesario replantear los análisis tradicionales tanto en relación con la estructura y comportamiento de los mercados como de la aplicación efectiva del Derecho de la competencia. Mercados globales exigen un Derecho de la competencia que atienda a esta última realidad, que estimule la actividad empresarial y que no se convierta en un obstáculo innecesario. En este nuevo marco, por ejemplo, la cuota de mercado en relación con los mercados nacionales va perdiendo importancia y, al mismo tiempo, la va ganando el análisis de las barreras de entrada y la impugabilidad de los mercados.

Este hecho pone de relieve que el Derecho de la competencia y el correspondiente análisis económico de derecho son realidades vivas, que

⁵² Juez Richard A. POSNER, en M. FAURE y R. VAN DEN BERGH (comps.), *Essays in Law and Economics*, 1989, citado por R. COOTER y T. ULEN, *Derecho y Economía*, FCE, 1998 (1987).

⁵³ Resulta ilustrativa la lectura de Ch. D. SÉLLER, «Antitrust Economics as a Science», *The Antitrust Bulletin*, Winter, 1997. Un ejemplo de la utilidad del análisis económico en el campo de la regulación económica puede verse en W. K. VISCUSI, «Economic Foundations of the Current Regulatory Reform Efforts», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, No. 3, Summer 1996. Como referencia de la importancia que puede tener la aplicación del análisis económico puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2001, correspondiente al recurso 1059/1999 en relación con un registro de información de crédito. La comparación entre los argumentos del TDC (de la mayoría y de los votos particulares) y de la Audiencia ponen de relieve la distinta aplicación del análisis económico.

⁵⁴ Véase, p. ej., M. MONTI, Conferencia pronunciada en la Europäische Rechtsakademie, «Towards the Application of Article 81(3) by National Courts», <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/>, 2000.

evolucionan continuamente, y que su aplicación por las autoridades nacionales e internacionales exige una continua puesta al día de los conocimientos. En este campo, más que en cualquier otro, la rutina y la tradición son los prerequisites de la aplicación ineficiente del análisis y el preludio de errores cuyos efectos en muchos casos pueden ser irreparables.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS FUNCIONES DEL TDC

El día 22 de febrero de 2002 se publicó en el *BOE* la citada Ley 1/2002. De acuerdo con los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional (TC), la Constitución no atribuye la «defensa de la competencia» al Estado con carácter de exclusividad. En consecuencia, en tanto no lo impidan las competencias atribuidas al Estado por la Constitución, la defensa de la competencia podrá corresponder a las CCAA de acuerdo con sus propios Estatutos de Autonomía, dado que en ellos se encuentran referencias «más o menos generalizadas» de atribución de competencias a las CCAA en materia de «comercio interior», lo cual, de acuerdo con los criterios del TC, incluye la ejecución de la defensa de la competencia, correspondiendo al Estado la potestad legislativa.

Con independencia de la pertinencia, o no, de la descentralización de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, un análisis somero del argumento utilizado por el TC pone de manifiesto que la relación causal empleada es frágil, especialmente desde la perspectiva del análisis económico, dado que la defensa de la competencia incluye una variedad de campos de aplicación que sobrepasan las incluidas en el campo del «comercio interior»⁵⁵.

La ampliación de las responsabilidades en materia de competencia a las CCAA plantea tres cuestiones de fundamental importancia: la primera se refiere a la necesidad de tomar como referencia la defensa de la unidad del mercado. Este principio resulta amparado por la sentencia del TC que considera que la capacidad normativa y las actividades que determinan la configuración de la unidad de mercado deben atribuirse al Estado. En otros términos, como se sostiene en el Proyecto de Ley, al Estado corresponderán «las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». La segunda cuestión se refiere a la aplicación uniforme

⁵⁵ En todo caso, estas cuestiones exigen un análisis monográfico distinto del que ahora se desarrolla.

de las normas de defensa de la competencia⁵⁶. A pesar de que la Ley prevé el establecimiento de los mecanismos de conexión pertinentes «siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca», nada asegura la ausencia de conflictos e incoherencias en la aplicación de la doctrina. La tercera cuestión se refiere a la actividad que quedará reservada al TDC.

No cabe duda de que este proceso de descentralización es relevante. De acuerdo con *Expansión* (11 de abril de 2002), al menos «Galicia, Valencia, Cataluña, Madrid, País Vasco y también Andalucía han planteado la decisión de crear tribunales autonómicos específicos». En otros casos, parece ser que se opta por la firma de Convenios con el TDC. Análisis previos estimaban que, aproximadamente, entre dos tercios y tres cuartas partes de los casos analizados hasta ahora por las autoridades únicas de defensa de la competencia serían susceptibles de ser incluidas dentro de los parámetros que permiten calificarlos de dimensión sub-central y su tramitación correspondería, por tanto, a las nuevas autoridades de las CCAA. Este hecho supondría que a la descentralización promovida por la CE se sumará otra inducida por la sentencia del TC. Será necesario un rápido aprendizaje y una severa capacidad de análisis si se desea que las autoridades de defensa de la competencia mantengan la autoridad que las ha caracterizado en los últimos años. Y, sobre todo, será necesario un riguroso análisis social de sus actuaciones. Tales afirmaciones tienen su apoyo en la experiencia precedente no sólo de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, sino también en determinadas consideraciones de los jueces ordinarios en relación con cuestiones amparadas por la cobertura de la LDC⁵⁷.

De acuerdo con la Ley, corresponderá al Estado la aplicación de los arts. 1, 6 y 7 de la LDC «cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas». Cuando las citadas conductas, «sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma» serán las propias CCAA las que tendrán las competencias reconocidas en la LDC. Las CCAA también tendrán competencias en materia de autorizaciones de acuerdo con los puntos de conexión establecidos entre ellas y el Estado.

⁵⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 se dice que «no obstante, el ejercicio de estas competencias (comercio interior y defensa de la competencia) debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica... todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica...».

⁵⁷ Ver L. PALMA, «Claves de aplicación de la política de defensa de la competencia en materia de acuerdos para la fijación de precios y reparto de mercado. Análisis de un caso», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, agosto-septiembre 1999.

La línea de demarcación entre las competencias estatales y autonómicas tendrá, en algunos casos, perfiles difusos. En consecuencia, la norma reguladora pretende reducir en la medida de lo posible los elementos de discrepancia. Por ello considera que la libre competencia puede resultar alterada en un territorio supraautonómico, en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado en los siguientes casos. En primer lugar, según «la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma». Y, en segundo lugar, cuando una determinada conducta pueda afectar el justo equilibrio económico entre distintos territorios del Estado, implicar medidas que, directa o indirectamente, restrinjan la libre circulación o el establecimiento de bienes y personas en todo el territorio nacional, supongan la compartimentación de los distintos mercados o menoscaben «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».

Lógicamente se ha establecido una Junta Consultiva en materia de conflictos (art. 3) y unos mecanismos de coordinación (art. 5). En el fondo, se trata de evitar el riesgo de que los órganos correspondientes a las CCAA tiendan a proteger más los intereses inmediatos que los de alcance más general o que sus conductas dificulten innecesariamente las estrategias de promoción y defensa de la competencia de dimensión estatal. Dichas cuestiones, cuya mención procede del análisis de la estrategia descentralizadora llevada a cabo en otros países, deberían ser objeto de permanente análisis y, en su caso, de discusión sobre la base de que el fin último de la defensa de la competencia es asegurar que las vibraciones competitivas de las empresas sean el mecanismo inspirador de sus conductas y estrategias en el contexto de unos mercados progresivamente competitivos y globalizados.

En todo caso, pueden afinarse las previsiones citadas con un examen pormenorizado de la realidad correspondiente al ejercicio 2001. Por su especial relevancia el análisis se limita a los expedientes sancionadores. La relación de las Resoluciones del TDC correspondientes a dichos expedientes, así como algunas de sus características se resumen en el cuadro 3. El recuento de las Resoluciones correspondientes a los expedientes sancionados tramitados por el TDC revela que la actividad de los eventuales Tribunales Autonómicos, *ceteris paribus*, no será agotadora. En efecto, el recuento de los expedientes revela que su ámbito territorial es el siguiente: Andalucía (5), Comunidad de Madrid (4), Aragón (2), Galicia (2), Castilla-La Mancha (1), Castilla y León (1), Cataluña (1), Murcia (1), País Vasco (1). A la luz del pasado no parece, por tanto, justificada la necesidad imperiosa de disponer de órganos de defensa de la com-

CUADRO 3

TDC. DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES. 2001

Fecha	Núm. exp.	Expediente	Arts. infrin- gidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
05-01-01	482/00	Gas Natural Castilla y León	1,6	No	Ciudad de León	168.283,39	Si	Incluye diligencia para corrección de errores. Es más pertinente denominar el expediente como Gas Natural de Castilla y León, S. A.
11-01-01	483/00	Colegio Gestores Administrativos de Galicia	1	No	Provincia de Lugo	30.050,60	Si	
18-01-01	478/99	Abogados Cádiz	6	No	Demarcación del Colegio de Cádiz	12.020,24	Si	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio Provincial de Abogados de Cádiz.
18-01-01	500/00	Uniprex/Agedi	6	No	España ¹	Desistimiento	No	El desistimiento tuvo lugar por un acuerdo transaccional de las partes que no consta que haya sido analizado por el TDC.
22-01-01	480/99	Abogados Jerez	1	No	Demarcación del Colegio de Jerez de la Frontera	4.008,10	Si	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera.
22-01-01	484/00	Prensa Córdoba	1	No	Provincia de Córdoba	40.080,97	Si	
09-03-01	485/00	Agentes Propiedad Murcia	7	No	Comunidad Autónoma de Murcia	6.010,12	Si	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Murcia.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infrin- gidos	Votos pari.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
18-04-01	487/00	Radio Fórmula	1	No	España	—	Sí	Incluye diligencia para corrección de errores.
24-04-01	489/00	MOB/Telefónica Móviles	6	No	España ²	300.506,05	Sí	
21-05-01	491/00	Reciclado vidrio	1	No	España	150.253,03	?	Es más pertinente denominar el expediente como Agrupación Nacional de Reciclado de Vidrio.
30-05-01	493/00	CEPSA	1	2	Asturias, Jaén, Madrid (España)	1.202.024,21	?	
04-06-01	492/00	Hormigón Gerona	1	No	Gerona	450.759,07		Incluye diligencia para corrección de errores.
13-06-01	494/00	Transportes Ría Vigo	6	No	Ría de Vigo	3.005,06	?	
20-06-01	495/00	Velatorios Madrid	6	No	Ciudad de Madrid	—	?	La Resolución cuenta con tres votos en contra, incluido el del Presidente. Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerario de Madrid, S. A.
21-06-01	488/00	Repsol	1	1	Local (España)	—	?	En el expediente referido al contrato entre Repsol y una gasolinera no consta la localidad.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infrin- gidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
25-06-01	497/00	Seguros Médicos Ciudad Real	6	No	Ciudad Real	90.151,82	?	Es más pertinente denominar el expediente como Seguro Colegio Médico Quirúrgico, S. A., de Ciudad Real. En el expediente no figura explícitamente el mercado geográfico relevante.
04-07-01	496/00	Operadores aerportuarios	1	No	Aeropuerto de Barajas	72.121,45		
05-07-01	498/00	Funeraria Madrid	6	1	Ciudad de Madrid	—	?	Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerario de Madrid, S. A. El voto particular fue formulado por tres Vocales, incluido el Vocal Ponente.
11-07-01	490/00	Repsol	1	3	Tres provincias (España)	3.005.060,52	Si	Uno de los votos es formulado por dos Vocales y otro por el Vocal Ponente.
10-09-01	499/00	Repsol	1	No	España	360.607,26	?	
10-09-01	501/00	Cepsa 2	1	No	Sevilla (España)	—	?	Se aplica (de forma discutible) el principio <i>non bis in idem</i> .
09-10-01	502/00	Funeraria Madrid 3	6	No	Ciudad de Madrid	72.121,45	?	Es más pertinente denominar el expediente como Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S. A.
11-10-01	504/00	Abogados Madrid	1	No	Demarcación del Colegio de Madrid	120.202,42	?	Es más pertinente denominar el expediente como Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

CUADRO 3 (Continuación)

Fecha	Núm. Exp.	Expediente	Art. infringidos	Votos part.	Mercado geográfico relevante	Sanción (€)	Recurso	Observaciones
24-10-01	503/00	Feriantes Huesca	1,7	Si	Ciudad de Huesca	7.212,14	?	
30-11-01	508/00	Abogados Granada	6	No	Demarcación del Colegio de Granada	7.813,16	?	Es más pertinente denominar el expediente como Colegio de Abogados de Granada.
03-12-01	507/00	Cirugía Plástica Aragón	7	No	Zaragoza	—	?	Es más pertinente denominar el expediente como Sociedad Aragonesa de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. No figura el mercado geográfico relevante en la Resolución. A lo sumo puede extenderse a la Comunidad Autónoma de Aragón.
19-12-01	506/00	Transportes Mercancías Vizcaya	1	No	Zona portuaria de Vizcaya	1.262.726,43		Incluye diligencia para corrección de errores.

Notas:

1 No figura en el expediente.

2 No figura explícitamente en el expediente.

Fuente: TDC.

petencia. En otro sentido, si la actividad de los nuevos órganos pone de manifiesto que el número de expedientes abiertos se incrementa significativamente, no sólo se revelará su utilidad y la eficacia de su función, sino que, además, resultará evidente que la actividad de los organismos centrales de defensa de la competencia no alcanzaba su máxima eficacia. El balance queda para el futuro.

Los datos contenidos en el cuadro 3 incorporan una información variada que no se limita al mercado geográfico relevante y, en consecuencia, a la autoridad susceptible de resolver los expedientes relacionados con la defensa de la competencia. Por una parte, refleja la importancia relativa de los recursos recaídos sobre resoluciones del TDC. También pone de manifiesto que los expedientes sancionadores acostumbran a terminar con una sanción económica. Asimismo revela la existencia de discrepancias en el seno del TDC, especialmente en los expedientes de envergadura, la inadecuación de la denominación de los expedientes —que, en ocasiones, induce a la confusión dado que no se refiere a la cuestión nuclear del expediente⁵⁸—, así como la presencia de diligencias de corrección de errores. Pero, sobre todo —y éste es el objetivo del cuadro—, pone de relieve que la mayoría de expedientes sancionadores correspondientes al año 2001 se refieren a actividades correspondientes a un mercado geográfico inferior al mercado nacional, lo que supone, de acuerdo con la modificación descentralizadora de la LDC, que su análisis corresponderá a las nuevas autoridades de defensa de la competencia autonómicas. En efecto, de los 27 expedientes reflejados en el cuadro, al menos 18 (lo que supone 2/3 del total) se desplazarían del TDC hacia los nuevos órganos de defensa de la competencia.

La cuestión es relevante y merece atención no sólo por la reducción, *ceteris paribus*, de la actividad del TDC, sino también por el incremento de los recursos⁵⁹ concedidos al mismo, lo que es, sin duda, digno de parabienes. En el contexto de cuanto se ha dicho, se ha alegado⁶⁰ que los presupuestos del TDC han aumentado un 60 por ciento y que el problema del TDC es de falta de medios, manifestaciones que, lógicamente, son susceptibles de ser discutidas.

Lógicamente no se trata de reducir los recursos del TDC, sino de incrementar su eficacia. Por ello resulta adecuado reconsiderar sus funciones, algunas de las cuales, como se ha visto, son innecesarias (informes sobre apertura de grandes superficies, por ejemplo) y otras susceptibles de resolverse por la vía de la exención (registros de morosos o contratos de dis-

⁵⁸ Baste, como ejemplo, observar los expedientes relacionados con distintos Colegios de Abogados que se presentan como referidos a los profesionales de la abogacía.

⁵⁹ El presupuesto del TDC correspondiente al ejercicio 2002 es de 2,3 millones de euros, cifra claramente superior a los 1,4 millones de euros correspondientes a los ejercicios 1997, 1998 y 1999.

⁶⁰ *Expansión*, 2 de febrero de 2002.

tribución exclusiva o selectiva⁶¹, por ejemplo). Con estas premisas surge una pregunta: ¿cuál debería ser la función del TDC?

La cuestión no es trivial. Una primera respuesta podría sugerir la reducción de medios en consonancia con la compresión de funciones. Pero dicha respuesta no sería eficiente. En efecto, si como dice el análisis teórico y avala la evidencia empírica la competencia conduce a una mejor eficiencia en la asignación de recursos, más competencia es preferible a menos y, por lo tanto, la actividad del SDC y del TDC es absolutamente necesaria, no sólo en su dimensión actual, sino en una nueva dimensión reforzada y ampliada. En consecuencia, la aplicación del análisis económico y del sentido común aconsejan dedicar los recursos existentes no sólo al análisis de los casos más relevantes, con mayor contundencia si cabe, y, sobre todo, a la detección y persecución legal de todas aquellas conductas que dañen el funcionamiento competitivo de los mercados. Un análisis más profundo de los casos relevantes parece a todas luces necesario. Asimismo, resulta conveniente explicitar los criterios de aplicación del análisis de la competencia. Esta cuestión es significativa, pues un análisis de las Resoluciones del TDC revela cambios de criterio que son necesarios justificar con precisión. Esta opinión puede hacerse extensiva a los Tribunales que revisan las Resoluciones del TDC. La persecución de los cárteles y la realización de estudios y análisis sobre restricciones a la competencia, y su oportuna publicación, son, sin duda, las salidas naturales a la situación actual.

4. CONCLUSIONES

El análisis efectuado pone de relieve que las condiciones de la competencia en los mercados nacionales e internacionales se ha modificado significativamente en los últimos años. La competencia internacional complementa la competencia entre las empresas de un mismo país y el comportamiento de las empresas y los mercados de la nueva economía difieren de los correspondientes a las empresas tradicionales. Es necesario, en consecuencia, adaptar el análisis económico y aplicarlo al análisis de la nueva realidad. Ahora, la conducta y las estrategias empresariales adquieren una nueva relevancia y el análisis de las estructuras, aun siendo significativo, queda, progresivamente, relegado a un segundo plano.

El funcionamiento eficiente de los mercados requiere normas eficientes y eficiencia en su aplicación. En consecuencia, las autoridades encar-

⁶¹ En el *Informe de Progreso sobre las reformas en los mercados de bienes y servicios y capitales*, diciembre 2001, se indica que «en relación con los niveles de las ayudas públicas y su impacto en los mercados, de acuerdo con los datos más recientes, recogidos por la Comisión Europea en su informe de julio de 2001, puede decirse que el volumen total de las ayudas en España ha experimentado un progresivo y sustancial descenso a lo largo de todo el período 1995-1999. En términos de porcentaje del PIB, la reducción de las ayudas en España ha ido en línea con la de la media de la Unión Europea, situándose, en todo caso, en niveles más bajos en términos de ayuda por asalariado».

gadas de la defensa de la competencia deben tener como misión tanto la defensa de la misma y la persecución y erradicación de las conductas que entorpezcan o eliminen la competencia como su impulso y promoción cuando la competencia sea insuficiente, especialmente en aquellos mercados relacionados con los bienes básicos (suelo, energía, telecomunicaciones, por ejemplo). La liberalización por etapas, aun habiendo dado buenos resultados, ha dejado un largo trecho por recorrer. En consecuencia, en España conviven actividades sometidas a las vibraciones competitivas con otras protegidas de las mismas (farmacias, estancos, librerías, taxis, gas, electricidad) o amparadas por inexplicables ayudas públicas cuyo análisis desde la perspectiva de la competencia (no sólo desde la perspectiva de su legalidad) resulta absolutamente necesario. Complementariamente, la globalización de los mercados exige la cooperación internacional de los gobiernos y de las autoridades de defensa de la competencia. En consecuencia, dados los estrechos lazos entre competencia y competitividad, la defensa de la competencia debería recibir un apoyo público indiscutible.

En relación con el sistema español de defensa de la competencia dos reflexiones se derivan del análisis efectuado. En primer lugar, es necesaria una correcta articulación entre los criterios y los resultados de la autoridad central y de los nuevos organismos autonómicos. En segundo lugar, resulta obligado eliminar los actuales estrangulamientos relacionados con su aplicación, cuya máxima expresión son los largos períodos de tiempo necesarios para resolver definitivamente los expedientes. Es necesario un nuevo planteamiento que elimine incertidumbres a los operadores económicos y que reduzca los plazos a treinta y seis meses como máximo. La situación actual, que supone, en general, plazos cercanos a los diez años y en ocasiones superiores a quince, no resiste el más mínimo análisis crítico, es ineficiente y beneficia solamente a las empresas que incumplen las normas de defensa de la competencia, perjudicando los intereses públicos y la eficiencia del conjunto de la economía.

Por último, la promoción de la competencia, con transparencia y publicidad, debe ser una de las misiones de los órganos de defensa de la competencia, cuya actividad, *ceteris paribus*, resultará disminuida como consecuencia de la descentralización de funciones derivada de la decisión del TC.

