

COMENTARIOS SOBRE EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco MARCOS *

Director del Observatorio de Política de Competencia
Profesor del Área Jurídica, Instituto de Empresa

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las propuestas con las que el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) ganó las elecciones generales de 2004 se encontraban varias destinadas a impulsar el funcionamiento competitivo de los mercados a través de varias reformas en el actual sistema de defensa de la competencia¹. Las reformas, recogidas en términos de principios en el programa del PSOE, eran más detalladas en un documento de trabajo de la Fundación Alternativas² y motivaron un estudio sobre el particular en el seno de la Dirección General de Política de la Competencia, que tiene como corolario el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, presentado el pasado 20 de enero (en adelante, Libro Blanco). El Libro Blanco constituye el punto de partida del proceso de reforma de la legislación española en materia de defensa de la competencia.

En última instancia, el sistema español de defensa de la competencia remonta sus orígenes a la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC), aunque fue muy reformado para modernizarlo y adaptarlo a las premisas y exigencias constitucionales por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

* francisco.marcos@ie.edu. El autor agradece la colaboración inestimable del profesor Juan SANTALÓ y de Albert SÁNCHEZ, en especial sus ideas y contribuciones en la redacción de los apartados 2.7 y 2.8.

¹ Partido Socialista Obrero Español, *Programa Electoral. Elecciones Generales 2004*, pp. 112-113 (disponible en www.psoe.es/files/programa_electoral_psoe.pdf).

² Ver L. BERENGUER FUSTER, «Sistema de defensa de la competencia», *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, pp. 24-29 (disponible en <http://www.fundacionalternativas.com>).

Durante más de cuarenta años se ha desarrollado en España una cultura de libre competencia que se ha consolidado, sobre todo en los últimos quince años, por las decisiones y actuaciones de las instituciones de defensa de la competencia. En principio, puede afirmarse que actualmente el sistema español de defensa de la competencia presenta las características exigibles en cualquier sistema desarrollado³: reglas y principios relativamente claros (*competition rules*), organismos encargados de su aplicación y cierta experiencia de aplicación de las normas (*competition rules' enforcement*) y actividades de promoción de la cultura de libre competencia en los mercados (*competition advocacy*).

Aunque la evaluación del funcionamiento del sistema español no es igual de satisfactoria en todas estas áreas, el sistema cumple los mínimos en todas ellas. Las normas vigentes son mayormente equiparables a las que rigen en otros países de nuestro entorno y no se separan en exceso del referente comunitario. Las instituciones administrativas encargadas de la aplicación de esas normas y la experiencia de más de veinte años ha demostrado algunos errores y defectos que han intentado corregirse a través de sucesivas reformas (no siempre con éxito), pero no se distancian de otros modelos vigentes en países vecinos. Es en el área de promoción y fomento de la libre competencia en el mercado en la que la experiencia española es más deficitaria: desde hace casi diez años no existen verdaderas acciones de las autoridades dirigidas a la promoción de la cultura de la competencia⁴.

Al margen de lo anterior, el mero hecho de que el Libro Blanco plantee la reforma del sistema español de defensa de la competencia pone de relieve claramente la existencia de algunos defectos y de posibles mejoras en el sistema vigente. En otro caso la reforma carecería de sentido (*If ain't broke, don't fix it!*). El Libro Blanco postula una reforma del sistema que se fundamenta en criterios y necesidades de índole técnico, en principio alejadas de cualquier ideología. Se trata de mejorar y modernizar el sistema tras la experiencia de más de veinticinco años de aplicación, y de adaptarlo y hacerlo más coherente con el sistema comunitario de defensa de la competencia tras las reformas introducidas por el Reglamento 1/2003, el Reglamento 139/2004 y con el reconocimiento de las competencias autonómicas tras la STC 208/1999.

³ World Bank/OCDE, *A Framework for the Design and Implementation of Competition law and Policy*, Washington D. C.-París, 1999 (disponible en http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_33725_1916760_1_1_1_1,00.html).

⁴ En efecto, si excluimos el más reciente *Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial* (I 100/02), al que no faltan críticas por su poca profundidad, hay que remontarse a los primeros noventa: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* (1992), *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* (1993), *La competencia en España: balance y nuevas propuestas* (1995) e *Informe sobre el precio fijo de los libros* (1997) (todos ellos disponibles en www.tdcompetencia.es). Sobre ellos ver R. ALONSO SOTO, «Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios», en *Estudios en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 654-669.

En este sentido, el Libro Blanco evalúa el sistema actual y apunta sus fortalezas y debilidades, proponiendo cambios, algunos de ellos sustanciales. El presente informe comenta algunos de los cambios propuestos y propone algunos nuevos.

Con carácter general hay que subrayar que el Libro Blanco desarrolla sus argumentos en un plano meramente cualitativo y de opiniones basadas en la experiencia del funcionamiento del sistema de defensa de la competencia, pero no hay en él dato numérico alguno referido al funcionamiento del sistema que avale la eficiencia del sistema hasta la fecha y que permita evaluar los costes y beneficios de las soluciones propuestas. No hay alusiones a los costes y presupuestos del sistema actual, al personal implicado en el sistema, a la duración media de los expedientes, a la cuantía de las multas, etc. (tampoco a los efectos de los cambios sobre cada una de estas variables). Esto dificulta el análisis y desplaza los argumentos al plano de las meras opiniones⁵.

En cualquier caso, debe felicitarse al Ministerio de Economía y Hacienda por la novedad que supone la apertura de un procedimiento público de consultas sobre la reforma del sistema español de defensa de la competencia, en el que se puedan presentar distintas visiones, sugerencias e ideas sobre el sistema actual y las propuestas de reforma⁶. En principio, a la luz de la discusión y de los comentarios que la publicación del Libro Blanco ha promovido entre los expertos el proceso debe evaluarse muy positivamente⁷.

2. EL NUEVO ENTRAMADO INSTITUCIONAL

La principal novedad que el Libro Blanco propone es indudablemente la eliminación de la actual bifurcación o dicotomía que caracteriza al sistema de defensa de la competencia español. Se propone la fusión-integración del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) y del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en un Consejo Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC)⁸. La razón funda-

⁵ La mayor parte de esa información se encuentra fácilmente disponible en las memorias del SDC e informes del TDC, pero el Libro Blanco no se aprovecha de ella, como hubiera sido aconsejable, para evaluar el sistema actual y proponer sus mejoras.

⁶ Acaso debiera considerarse, con carácter previo a la redacción del proyecto de ley de reforma de la LDC, y a efectos de profundizar en algunas de las propuestas de reforma, la constitución de una comisión de estudios, integrada por las autoridades, por profesionales y expertos en la materia, con mandatos claros y con un calendario de trabajos establecido con carácter previo, que elaborase un informe con recomendaciones sobre la reforma legislativa, análoga a las iniciativas de este tipo que se han seguido en otros sistemas más desarrollados [véase, ampliamente, sobre la experiencia norteamericana, A. A. FOER, «Putting the Antitrust Modernization Comisión into Perspective», *Buffalo Law Review*, 51 (2003), pp. 1029-1051].

⁷ Los veintinueve comentarios recibidos por el Ministerio sobre el Libro Blanco pueden consultarse en <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>.

⁸ Ver Libro Blanco, § 76.

mental de esta medida es, según el Libro Blanco, la duplicación de tareas en el procedimiento y el consiguiente retraso que conlleva la obtención de una resolución firme con el actual sistema institucional⁹: un sistema integrado de autoridad única sería más eficiente y rápido. La reflexión del Libro Blanco se basa en intuiciones, probablemente acertadas, pero no hay datos ni números que permitan afirmar si se trata de la solución óptima.

En última instancia, parece que el Libro Blanco pretende eliminar esa separación que es una herencia del sistema instaurado por la LRPRC franquista. En efecto, ciertamente en la vigencia de la Ley de 1963 la naturaleza cuasijudicial del TDC justificaba la separación TDC-SDC: ahora los dos órganos son claramente administrativos y la separación difumina la responsabilidad y lastra y retrasa los procedimientos administrativos ante las autoridades de competencia¹⁰. Además, es innegable que aunque el TDC es un organismo autónomo e independiente, el SDC es un órgano administrativo que se integra en el Ministerio de Economía, y ello puede hacer que exista una dependencia excesiva de los gobiernos que se encuentren en el poder en cada momento.

Al margen de la elección por uno u otro modelo institucional¹¹, y a la vista de que el panorama en el Derecho comparado no es homogéneo, parece necesario que la reflexión se centre en las características de las instituciones de defensa de la competencia (se organicen como se organicen) y en los objetivos de su actuación, ya que está demostrado que los mismos objetivos pueden alcanzarse con modelos muy distintos¹².

En el fondo, y visto que la argumentación es de carácter cualitativo, es claro que el diseño del CNDC debe tener ciertas características que permitan evaluar su funcionamiento y actuaciones¹³.

El Libro Blanco pretende rediseñar las instituciones de defensa de la competencia de manera óptima¹⁴, subrayando la necesidad de que sean

⁹ Libro Blanco, §§ 68-71. Se alude también a la inadecuada delimitación de competencias con los órganos sectoriales (§§ 72-73) y a la inadecuada imbricación de los planos administrativos y judicial (§ 74), cuestiones de suma importancia, pero que nada tienen que ver con la elección —al menos tal y como el Libro Blanco plantea y propone— por un sistema institucional u otro.

¹⁰ Ya se subrayaba esto en OECD, *Regulatory Reform in Spain. The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, París, 2001, p. 33 (disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/24/2/2508333.pdf>).

¹¹ Generalmente se distinguen tres modelos básicos que luego pueden combinarse entre sí dando lugar a resultados varios: agencias administrativas bifurcadas, judiciales bifurcados y de agencia integrada. La intervención judicial se prevé en aquellos sistemas en los que se prevean sanciones penales por la infracción de las normas de defensa de la competencia. Ver M. TREBILCOCK y E. M. IACOBUCCI, «Designing Competition Law Institutions», *World Competition*, 25/3 (2002), p. 362.

¹² En términos generales, ver «The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency-Spain», en *OECD Global Forum on Competition 2003*, p. 4. La opción por un sistema administrativo, fundada en la mayor especialización, agilidad y flexibilidad frente a los órganos judiciales, no deja lugar a dudas (con control judicial posterior, naturalmente). También Libro Blanco, § 43.

¹³ En general, en este punto se sigue a TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 363-368.

¹⁴ Ver Libro Blanco, §§ 65-66.

especializadas, independientes (política o institucional y económicamente), rápidas y eficientes, transparentes y que proporcionen seguridad jurídica. No se trata de términos absolutos, cuya consecución tampoco conduciría al resultado óptimo [i.e., una especialización excesiva incrementa el riesgo de captura del regulador (*regulatory capture*)]; la transparencia debe equilibrarse con el derecho de las empresas a que ciertas informaciones sean confidenciales y no se divulguen; la excesiva eficiencia administrativa puede menoscabar la adecuada tutela de los intereses de las partes; la seguridad jurídica debe equilibrarse con cierta flexibilidad de las normas, dado que resulta contraproducente sancionar conductas inocentes, y no hacerlo con conductas que merecen la sanción¹⁵.

El Libro Blanco concibe al CNDC como una autoridad independiente, un organismo público singular e independiente, que desarrollaría sus funciones de manera autónoma y sin sometimiento a ningún órgano del Gobierno. Esto parece acertado, pues proporciona al CNDC una mayor independencia y libertad para adoptar decisiones que pudieran incomodar al Gobierno de turno, pero la mayor independencia ha de rodearse de medidas de control y responsabilidad.

El control esencial se ha de realizar fundamentalmente *ex ante* a través del nombramiento de los miembros del CNDC y de su presidente. Es necesario extremar el cuidado al establecer y aplicar los criterios que se han de exigir a los miembros del CNDC. La experiencia durante la vigencia de la LDC no ha sido enteramente satisfactoria.

Por otra parte, ha de darse la bienvenida a la propuesta del Libro Blanco de examen parlamentario de méritos de los miembros y del presidente del CNDC¹⁶, aunque naturalmente esta medida ha de instaurarse respecto de otras agencias administrativas independientes, ya que no existe singularidad alguna del CNDC que justifique un tratamiento diferencial. El control también puede realizarse *ex post* mediante la aprobación por el Gobierno y el Parlamento de sus presupuestos y de los informes anuales que presente. Además, en su caso, las decisiones del CNDC podrán ser recurridas ante la Audiencia Nacional que controlará su validez conforme a Derecho.

Asegurar y garantizar la independencia de los órganos encargados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia ha sido, por tanto, uno de los principales objetivos de la reforma institucional pro-

¹⁵ TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 365-366. Siempre será preferible un sistema sancionador que produzca falsos negativos en lugar de falsos positivos, dado que los costes sociales y de confianza en el órgano sancionador son muy elevados para cada caso en que se impone una sanción indebida (falso positivo), mientras que la tolerancia a aquellos casos (no flagrantes) en que se deja de imponer una sanción debida (falso negativo) es mayor.

¹⁶ Ver Libro Blanco, § 81. Esta idea se proponía ya por BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 25, y antes por L. BERENGUER FUSTER y C. A. GINER PARREÑO, «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, 114 (marzo de 2000), p. 33.

puesta¹⁷. Al margen de los controles apuntados, la independencia institucional ha de rodearse de la adecuada independencia económica y de recursos¹⁸.

El Libro Blanco dedica alguna reflexión a la estructura interna del futuro CNDC. La cuestión no es baladí, y aparentemente cualquiera de las propuestas (estructura piramidal o estructura vertical) son adecuadas, en la medida que se garantice la debida separación de las fases de instrucción y de resolución de los procedimientos¹⁹.

Por otra parte, en lo que atañe al engarce con las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, el sistema instaurado a través de la Ley 1/2002 no ha tenido una aplicación práctica que permita detectar los errores en el funcionamiento de los mecanismos de coordinación y cooperación que en ella se contemplan. Sin embargo, sí parece aconsejable que en la medida de lo posible se integre la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en el nuevo texto legal que se elabore, en el que además parece conveniente introducir mecanismos de consulta y cooperación entre el CNDC y las autoridades autonómicas en aquellas materias (v. gr., control de concentraciones o de ayudas públicas) en las que no hay competencia autonómica²⁰.

Finalmente, parece muy acertada la propuesta del Libro Blanco de fortalecimiento de la función promotora de la competencia del futuro CNDC. Tan importante como la existencia de normas jurídicas que proscriban determinadas conductas restrictivas de la competencia y que sean objeto de aplicación, disuadiendo a los posibles infractores, es que exista una creciente conciencia social sobre los beneficios y las ventajas derivados de un funcionamiento competitivo de los mercados. Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia pueden contribuir a crear y desarrollar ese «estado de opinión» a través de informes y estudios en los que se analicen los efectos positivos de la libre

¹⁷ Subraya el problema de la falta de independencia en la Ley 16/1989, en su opinión agravado por reformas posteriores (de reforzamiento del órgano dependiente del Ministerio, el SDC) — aunque esto es discutible —, BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 13.

¹⁸ Libro Blanco, § 84 (financiación con cargo a las tasas por control de concentraciones y Presupuestos Generales del Estado). Véase, aunque respecto de las autoridades en los países latinoamericanos, OECD Secretariat, «Institutional Challenges in Promoting Competition», *2nd Annual Meeting of the Latin American Competition Forum*, 14-15 de junio de 2004, Washington D. C., §§ 6-8.

¹⁹ Incluso en un sistema de órgano único, como el de la Comisión Europea, en el que la separación de estas fases parece más cuestionable, se respetan las garantías de enjuiciamiento por tribunal independiente e imparcial exigidas por el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ver ampliamente W. J. WILS, «The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 27 (2004), pp. 201-223 [que, respecto de los procedimientos sancionadores, cree que existe un claro sesgo procesal (*prosecutorial bias*), que se corregiría mediante la asignación de la competencia de resolución al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, lo cual además permitiría refinar el arsenal de sanciones a imponer].

²⁰ Ver Libro Blanco, § 67.

competencia y de la liberalización de los mercados y los perjuicios derivados de las restricciones competitivas²¹.

También parece aconsejable que se exija que las autoridades de defensa de la competencia revisen y reflexionen periódicamente sobre sus decisiones y sobre las tendencias seguidas en la aplicación de la LDC²². Los resultados de esta reflexión deben ser públicos y resultarán de utilidad a los operadores económicos, permitiendo a las autoridades detectar posibles errores y defectos en las normas y en su aplicación, pudiendo conducir a la introducción de mejoras por el legislador o por las propias autoridades. Como herramienta de apoyo a los operadores, en la medida de lo posible, deben elaborarse directrices y recomendaciones de buenas prácticas que faciliten el acceso a las autoridades.

3. LA REFORMA DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS

Ha de subrayarse la necesidad de mejorar la redacción de las tradicionales prohibiciones sustantivas contenidas en la LDC, ya que la Ley que resulte de la reforma será en gran medida objeto de aplicación por las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Ello hace especialmente necesario reflexionar sobre el catálogo de mandatos y conductas que se prohíben y sobre los términos en que deban redactarse. Ha de evitarse que existan imprecisiones y ambigüedades que puedan conducir a una aplicación dispar de las normas por las autoridades autonómicas.

En la medida de lo posible, siguiendo la praxis y experiencia de otras autoridades, deben desarrollarse directrices y recomendaciones sobre las distintas materias de su competencia²³ que faciliten las actuaciones de los operadores privados.

A. LA ELIMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN SINGULAR

El Libro Blanco es consciente de la necesidad de replantearse el procedimiento de autorización singular tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003²⁴. La única postura posible es la desaparición del sistema

²¹ La idea aparecía ya esbozada en BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, pp. 25-26. A ella dedica el Libro Blanco la parte VII, bajo el enunciado de «Proyección Social de la Política de la Competencia», §§ 211-220.

²² Ver ABA, Section of Antitrust Laws, *The State of Federal Antitrust Enforcement-2001, Report of the Task Force on the Federal Antitrust Agencies-2001*, p. 16.

²³ No muy desarrollado en España fuera de los documentos «Cómo notificar una concentración» y «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia» (disponibles en www.mineco.es/dgdc/sdc).

²⁴ Libro Blanco, § 137.

actual²⁵; lo exige no sólo la coherencia con el sistema comunitario, sino también el interés público y una adecuada administración de los escasos recursos de las autoridades de defensa de la competencia. Además, procede derogar el art. 4 de la LDC y darle una nueva redacción al art. 3 que declare inaplicable la prohibición del art. 1 a aquellos acuerdos o prácticas que demuestren ser eficientes, beneficiosos para los consumidores y que no restrinjan la competencia más de lo necesario para alcanzar las eficiencias que se proponen. Permitir que el sistema continúe de manera descentralizada tras la STC 208/1999 supone introducir demasiados elementos de incertidumbre e inseguridad para las empresas sobre qué prácticas estarán permitidas o prohibidas; el interés general y la coherencia con el sistema comunitario exige la desaparición del procedimiento de autorización singular. Ello permitirá a las autoridades concentrar sus actividades y sus recursos en la persecución y sanción de las conductas restrictivas de la competencia más graves.

Las empresas se encargarán de autoevaluar el cumplimiento de las condiciones del art. 3 con la ayuda de la praxis anterior del SDC-TDC y de la Comisión, así como de los criterios proporcionados por las distintas comunicaciones de la Comisión en la materia²⁶. Los reglamentos de exención por categorías desempeñarán una función aún más esencial en el nuevo sistema, y en el concreto caso español parece aconsejable la elaboración de uno específico para los registros de morosos, que hasta la fecha supone más del 90 por 100 de las decisiones del TDC en aplicación del art. 3.

Por otra parte, debe eliminarse el art. 3.2 porque introduce criterios ajenos a los propios de defensa de la competencia (interés público, proteccionismo, razones sociales, etc.) para la autorización de ciertas prácticas o conductas restrictivas de la competencia. En su caso, el Gobierno dispone de otros instrumentos normativos distintos de la política de la competencia para intervenciones basadas en esos criterios.

Finalmente, de manera análoga a lo establecido en el Reglamento 1/2003, para proporcionar cierta seguridad y certidumbre jurídica a las empresas deben introducirse preceptos que prevean orientaciones informales²⁷ y declaraciones de inaplicabilidad²⁸ por parte del CNDC.

²⁵ Ya BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, p. 26.

²⁶ Especialmente la *Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado*.

²⁷ Ver Considerando 38 del Reglamento 1/2003 y *Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)*.

²⁸ Ver art. 10 del Reglamento 1/2003.

B. LA MEJORA EN LA REDACCIÓN DE LAS NORMAS TRADICIONALES

La reforma debe aprovecharse para eliminar normas inadecuadas que pueden fácilmente conducir a una aplicación defectuosa de la normativa de defensa de la competencia, que limite injustificadamente la libertad de empresa. La libre competencia es una exigencia insoslayable para el desarrollo de los mercados y el aumento en el bienestar social, y deben proibirse aquellas conductas unilaterales y bilaterales que restrinjan de manera *significativa* la competencia. La experiencia habida en la persecución de los supuestos de colusión tácita por el TDC no es enteramente satisfactoria (y lo es menos cuando el TDC falla en contra de lo propuesto por el SDC, y menos aún cuando tampoco dentro del TDC hay acuerdo)²⁹ y hace pensar que si a las autoridades les ha resultado difícil hallar la colusión, más difícil aún les será encontrar el paralelismo. Debe eliminarse la prohibición de las «prácticas conscientemente paralelas» que restrinjan la competencia. Las empresas tienen derecho a competir, y normalmente va en su interés hacerlo, pues tiende a ser lo más rentable. No parece aconsejable, en cambio —como se deriva de la prohibición del «paralelismo consciente» *tout court*—, la imposición de una obligación de competir. En efecto, si no media acuerdo y no hay concertación o colusión de ningún tipo, el paralelismo consciente, la imitación de las conductas ajenas, debe ser libre³⁰. En supuestos de oligopolio y de dominancia colectiva, los comportamientos iguales de los competidores podrán en su caso perseguirse por la vía del art. 6 de la vigente LDC.

Al margen de que la escasa experiencia habida en la aplicación de la prohibición del paralelismo consciente que restringe la competencia hace irrelevante su eventual supervivencia, el paralelismo consciente que restrinja la competencia sólo debe ser sancionado en supuestos de dominancia colectiva o cuando verdaderamente haya indicios de concertación.

Por otro lado, el art. 6.1.b) de la LDC contiene una prohibición ajena a las contenidas en las normas de defensa de la competencia (importada de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 52/1999). Esta prohibición deriva del abuso en situaciones de desequilibrio contractual que nada tienen que ver con la defensa de la competencia, y debe desaparecer del texto de la LDC, pues no existen razones que aconsejen el mantenimiento de la prohibición en esta sede. El ejercicio de un eventual poder de negociación por un agente económico sobre sus proveedores podrá, en su caso, ser objeto de control judicial mediante la aplicación de las normas de competencia desleal. Razones técnicas de peso abogan por su elimina-

²⁹ Un buen botón de muestra es la Resolución 432/98, Líneas Aéreas, de 29 de noviembre de 1999 (con voto particular de tres vocales).

³⁰ Para una reciente opinión contraria, ver M.^a del C. NAVARRO SUAY, «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 232 (julio-agosto de 2004), pp. 49-63.

ción, ya que produce una distorsión considerable al introducirse conjuntamente con el abuso de posición dominante en el catálogo de conductas tradicionalmente prohibidas por la LDC³¹. En muchos casos, la configuración del abuso de dependencia económica como un abuso de posición de dominio impropio o relativo dificulta la punición de los incumplimientos de la prohibición por la falta de claridad en el diseño de sus presupuestos de aplicación.

C. ¿QUÉ HACER CON EL ART. 7 DE LA VIGENTE LDC?

El Libro Blanco propone la eliminación o la aclaración de la redacción de este precepto³². Este artículo fue incorporado a la normativa de defensa de la competencia en 1989³³, cuando no existía todavía la Ley de Competencia Desleal. Se trata de un precepto de redacción cuestionable que ha dado lugar a una praxis más cuestionable aún. En la vigente LDC se añaden dos requisitos a los actos de competencia desleal que agravan su calificación jurídica para que puedan ser considerados infracción del derecho de defensa de la competencia: distorsión grave del mercado y afectación al interés público. A día de hoy no resulta claro qué supone ni la exigencia de distorsión grave del mercado ni la exigencia de afectación al interés público.

Adicionalmente, la aplicación del citado precepto ha consumido recursos y no ha supuesto una gran diferencia aplicativa³⁴, porque en muchos casos simultáneamente se aplicaba el art. 6 de la LDC.

Consideramos que, en caso de eliminar este precepto, para reforzar la tutela del interés público en los procesos de competencia desleal debería facultarse para que el CNDC investigue aquellos supuestos de deslealtad concurrencial más graves en los que haya un interés público en juego y pudiera interponer la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil, así como intervenir en aquellos otros procesos de competencia desleal que estime conveniente (*amicus curiae*)³⁵.

³¹ Libro Blanco, § 135 (que propone que, si no se elimina, se redacte al margen del abuso de posición dominante).

³² Libro Blanco, § 135.

³³ La Ley 110/1963 incorporaba una prohibición de actos de competencia desleal que fueran bilaterales o manifestación de posición de dominio.

³⁴ No es significativo, como apunta el Libro Blanco, que sólo en unas pocas decisiones se haya estimado una denuncia conforme a este precepto y en menos aún se haya impuesto una sanción [ver Libro Blanco, § 104.ii), nota 75], lo verdaderamente relevante es el número de denuncias que se presentan con este fundamento ante el TDC.

³⁵ El fortalecimiento de las facultades «acusadoras» del CNDC ante los tribunales civiles contribuiría a paliar cualquier posible pérdida derivada de la derogación del art. 7 de la vigente LDC; el modelo es probablemente el de la FTC en Estados Unidos. Ver también OECD Secretariat, «Institutional Challenges in Promoting Competition», *2nd Annual Meeting of the Latin American Competition Forum*, 14-15 de junio de 2004, Washington D. C., § 13.

En caso contrario, si se mantiene el art. 7 de la vigente LDC, y se contempla ampliar las funciones del CNDC, puede optarse por una solución que encargue a este último también la aplicación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad³⁶. Aunque parece que se trata de una solución que, desde un punto de vista técnico, distorsiona el sistema institucional y los objetivos de la defensa de la competencia, su introducción sería coherente con el mantenimiento y fortalecimiento de las facultades previstas en el art. 7 de la vigente LDC, aproximando el Derecho de defensa de la competencia a los particulares³⁷.

D. ¿QUÉ ES ESO DE APLICAR EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

La existencia de un límite en la aplicación de las normas de defensa de la competencia derivada de la propia acción del Estado o de los organismos públicos es una cuestión que ha preocupado y preocupa a todos los sistemas de defensa de la competencia. En Estados Unidos, la *state action doctrine* impide la aplicación de las normas federales de defensa de la competencia a los Estados. En Europa, aunque las normas de defensa de la competencia se dirigen a las empresas (salvo el art. 86 y las normas sobre ayudas públicas), el art. 10 del Tratado CE debe impedir que los Estados introduzcan restricciones a la competencia, aunque su aplicación práctica deje bastante que desear.

En España, el art. 2 ha sido durante muchos años el precepto que ha amparado las conductas restrictivas de la competencia introducidas a través de las normas administrativas y reglamentarias. Sucesivas reformas han reducido el ámbito de la posible «exención estatal» a aquellas restricciones contenidas en normas de rango legal (y ello sin perjuicio de la aplicación del art. 10 del Tratado CE antes indicada). Esto plantea problemas graves de técnica jurídica, pues se habilita al TDC — un órgano administrativo — para prescindir e inaplicar los reglamentos y actos administrativos que restringen la competencia sin fundamento legal, en un ordenamiento jurídico como el español en el que la mayor parte de regulaciones relativas a mercados completos no son desarrolladas por normas de rango superior a las órdenes ministeriales.

De acuerdo con la versión vigente del art. 2 de la LDC, no es posible que se introduzcan justificaciones de restricciones a la competencia por normas de rango reglamentario que carezcan de fundamentación legal,

³⁶ Análoga a la vigente en Italia, en donde el Decreto Legislativo de 25 de junio de 1992 (núm. 74/1992), de transposición de las directivas en materia de publicidad engañosa y comparativa, atribuye a la *Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* (AGCM) la competencia para resolver de las reclamaciones en materia de publicidad ilícita (art. 7).

³⁷ Eventualmente también se podrían otorgar competencias a la CNDC en materia de protección de consumidores y usuarios, como ocurre en Estados Unidos con la *Federal Trade Commission*.

pero ello choca con que forzosamente el TDC no podría saltarse la presunción de legalidad de los reglamentos y actos administrativos³⁸.

Por eso, el Libro Blanco va un paso más allá. Para conseguir una eficaz y técnicamente correcta aplicación por el CNDC de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas³⁹ reconoce a la CNDC legitimación necesaria para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales de la competencia⁴⁰.

El control de los efectos de la actividad de las Administraciones Públicas sobre los mercados exige, por tanto, que la CNDC esté legitimada para la interposición de recursos contencioso-administrativos de cualesquiera normas o actos administrativos susceptibles de generar restricciones de la competencia efectiva. Sin embargo, la dificultad en la delimitación de la materialidad de las restricciones sobre los mercados hace pensar en la conveniencia de establecer algún criterio sustantivo *de minimis* que permita racionalizar los recursos que se inviertan en estas actuaciones por parte de la CNDC.

Habría que valorar, además, la posibilidad de un sistema de actuación no sólo de oficio, sino mixto, en el que se permita una denuncia por parte de los afectados a la CNDC y la consiguiente impugnación por parte de ésta de aquellos actos o normas que ocasionen restricciones de la competencia. La CNDC debería tener una potestad reglada para determinar si inicia o no los procedimientos en vía contencioso-administrativa, de modo que no se convierta en una primera instancia decisoria en el procedimiento de impugnación.

E. LOS UMBRALES DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES Y EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

La equiparación con los sistemas vigentes en casi todos los países del mundo aconseja eliminar el umbral de cuota de mercado como circunstancia que genere la obligación de notificar una operación de concentración empresarial⁴¹. En la Unión Europea sólo Letonia y Eslovenia contie-

³⁸ El art. 18.2 de la LRJAP establece que: «Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas [...] deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezca a otra Administración». Sobre este argumento, ver M. REBOLLO PUIG, «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 731-734 (que necesariamente relegaba la posibilidad de acción del TDC a la presentación de una propuesta de modificación de acuerdo con el art. 2.2 de la LDC, *op. cit.*, pp. 734-335).

³⁹ Ya BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, p. 26.

⁴⁰ Libro Blanco, § 214.

⁴¹ Ver J. M.² JIMÉNEZ LAIGLESIA, «Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones», *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 29-30. Si no se elimina,

nen una previsión parecida. El Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia también lo tienen, pero dentro de un sistema de notificación voluntaria. Constituye un criterio poco claro y poco comprensible, difícil de cuantificar objetivamente⁴².

En efecto, el mantenimiento de la cuota obliga a las empresas a notificar operaciones que no suscitan problemas para la competencia en los mercados, consumiendo valiosos recursos de las autoridades y de los profesionales.

A cambio, debe evaluarse la conveniencia de reducir el umbral de volumen de negocios, que es quizás demasiado elevado, para equipararlo más a los establecidos en otros países de nuestro entorno⁴³.

Deben, por otra parte, corregirse los defectos, ambigüedades e imprecisiones en el actual formulario de notificaciones, eliminando las exigencias de datos e información innecesaria, obligando a las partes a pronunciarse sobre los efectos de la operación y las eficiencias que genera, y detallando escrupulosamente los documentos que deben aportarse⁴⁴.

Por otra parte, el cambio en la estructura institucional derivado de la fusión/integración entre el SDC y el TDC obliga a rediseñar el procedimiento de manera que exista una clara separación entre la investigación y resolución, evitando una posible inercia o perjuicio confirmatorio (*confirmatory bias*) a través de mecanismos de control análogos a los previstos por la Comisión Europea (por ejemplo, revisiones y controles periódicos por terceros imparciales). Por otra parte, como el Libro Blanco propone, debe también alargarse la duración del procedimiento, frente a los cuatro meses actuales, para disminuir la probabilidad de errores en las decisiones de la autoridad.

F. LAS CONDICIONES Y MEDIDAS IMPUESTAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

En este punto, el sistema actual debe someterse a una profunda revisión en la que cambie la idea que preside el procedimiento de control. La filosofía que ha de introducirse es la que preside el nuevo Reglamento 139/2004.

Tal y como ocurre en la actualidad, las partes deberían someter a la consideración de las autoridades una operación que puede plantear pro-

debería cualificarse introduciendo unos umbrales de cifra de negocio mínimos, por debajo de los cuales huelga la obligación de notificación.

⁴² La supresión de los umbrales de cuota de mercado es una recomendación del Internacional Competition Network (ICN), *Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones*, noviembre de 2002, p. 4.

⁴³ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, p. 30.

⁴⁴ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 35-36.

blemas para la competencia, y en caso de que la autoridad se plantee prohibir o condicionar la operación, deben ser las partes las que propongan las medidas a adoptar para que la autoridad la apruebe y no la autoridad la que las proponga, como viene siendo el caso hasta ahora. En efecto, sin perjuicio del tiempo que las autoridades dediquen al análisis y estudio de la operación, debería corresponder a las partes notificantes la proposición de medidas y compromisos que convengan a la autoridad⁴⁵.

Por otra parte, para que el control resulte eficaz es preferible que las condiciones y medidas propuestas tengan carácter estructural (principalmente, obligaciones de desinversión), frente a los problemas y dificultades que pueden suscitarse para el control de la aplicación de las obligaciones de comportamiento⁴⁶. Debe desecharse la tendencia a emplear las condiciones impuestas en los procesos de control de concentración como un mecanismo de regulación indirecto del mercado, es preferible que los poderes públicos acudan —en su caso— a otros instrumentos más apropiados para ello.

Adicionalmente, la autoridad debería recabar la opinión de las partes interesadas (competidores, proveedores, clientes y terceros interesados) sobre las medidas propuestas por las partes antes de la adopción de una decisión definitiva. Sólo este examen de mercado (*market test*) permitirá evitar la negociación de condiciones ajenas a la dinámica de los mercados afectados o que resulten claramente insuficientes para proteger los intereses de otras partes interesadas (evitando la consiguiente litigiosidad).

G. EL PODER DE DECISIÓN EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

En esta materia debe reforzarse la independencia del poder político de la institución encargada de la defensa de la competencia en España, tal y como ocurre en la actualidad en otros sistemas (señaladamente en la UE). Los elementos políticos deben desaparecer del análisis de las operaciones de concentración, que ha de regirse y seguir criterios y principios técnicos relativos exclusivamente a la garantía del funcionamiento competitivo de los mercados.

Para ello, debe aplaudirse la propuesta de suprimir el paso mediante el cual el Ministerio de Economía decidía si remitía los expedientes de con-

⁴⁵ En la línea de lo establecido por los arts. 19 y 20 del Reglamento 802/2004, ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 44-45.

⁴⁶ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 44-45. Un buen ejemplo de lo que hay que evitar se encuentra en la reciente Orden EHA/488/2005, de 14 de febrero, por la que se dispone la publicación del acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del art. 17 de la Ley 19/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Shell Peninsular, s. L., y Shell Atlántica, s. L., por parte de Disa Corporación Petrolífera, s. A.

centraciones al TDC⁴⁷. Sin embargo, no es acertada la propuesta del Libro Blanco de mantener el poder de veto del Consejo de Ministros sobre algunas decisiones de la futura CNDC en materia de concentraciones por razones de interés general⁴⁸. A continuación se detallan los argumentos que justifican esta postura.

a) *Costes ocasionados por el poder de veto del Consejo de Ministros*

Los objetivos del sistema de competencia en España, en lo relativo al control de concentraciones, han de ser minimizar la suma de tres posibles tipos de costes:

- 1) Costes de evitar activa o pasivamente que se realicen concentraciones pro-competitivas que aumentan el bienestar social, llamados costes de error tipo I.
- 2) Costes de permitir que se lleven a cabo concentraciones anticompetitivas que disminuyan el bienestar social, llamados costes de error tipo II.
- 3) Costes de transacción asociados al sistema.

Cada una de estas tres clases de costes aumenta al otorgar derecho de veto al Consejo de Ministros sobre la decisión de la CNDC. Evaluar si una concentración es anti o pro-competitiva es una tarea muy compleja que requiere amplio estudio, dedicación y experiencia. Para realizar un correcto análisis se necesita la combinación de varias habilidades: un dominio de la teoría económica sobre organización industrial, destreza en el análisis e interpretación cuantitativa de los datos, así como haber utilizado las técnicas y conceptos jurídico-económicos específicos en varias ocasiones anteriores.

Otorgar a un órgano político sin especialización en materia de defensa de la competencia, como el Consejo de Ministros, el poder de cambiar las decisiones tomadas por una agencia especializada genera una gran incertidumbre, que aumenta los costes potenciales de realizar cualquier tipo de concentración, independientemente de su efecto en la competencia. Como resultado, aumentan las posibilidades de cometer errores de tipo I al impedir que se realicen concentraciones procompetitivas. Además, la falta de especialización técnica y de experiencia del Consejo de Ministros implica una mayor posibilidad de error tipo II, dado que, como carece de las habilidades y experiencia de una agencia especializada, aumentan las

⁴⁷ Ver Libro Blanco, § 189. Contendida ya en BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 26 (aunque ya reconocía la necesidad de «dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional»). También, ampliamente, aunque sin resquicios de esa clase, JIMÉNEZ LAIGLE-SIA, *Documento de Trabajo* 56/2004, Fundación Alternativas, *passim* (que avanza un modelo —parcialmente judicial— mucho más ambicioso).

⁴⁸ Ver Libro Blanco, § 190.

probabilidades de que se acaben aprobando concentraciones anticompetitivas. Finalmente, el poder de veto del Consejo de Ministros aumenta los costes de transacción al alargar inevitablemente el período de tiempo necesario para disponer de una decisión final en cualquier sentido. Ese incremento de tiempo de espera también repercute en un mayor coste de la operación al estar las actividades y estrategia de las organizaciones implicadas supeditadas al conocimiento de la decisión final sobre el procedimiento de concentración.

Como resumen cabe decir que el reconocimiento del poder de veto político disminuye la eficiencia y perjudica el buen funcionamiento de las instituciones de defensa de la competencia en el procedimiento de control de concentraciones.

b) *Responsabilidad política del sistema de defensa de la competencia*

En un sistema democrático cualquier institución administrativa, tal como las que rigen o regirán el sistema de defensa de la competencia en España, tiene que rendir cuentas a una autoridad con legitimidad democrática. En efecto, los funcionarios encargados de investigar y hacer cumplir todo tipo de regulaciones, como riesgos laborales o medio ambiente, están sujetos a la autoridad última de algún Ministerio.

Sin embargo, esta legitimidad democrática o responsabilidad política puede conseguirse de maneras alternativas que no comprometan el buen funcionamiento de la institución encargada de velar por el mantenimiento de la competencia. Estos mecanismos alternativos pueden ser la elección por el Gobierno o el Parlamento de la persona responsable de dirigir la institución o la obligación de realizar un informe anual al Parlamento detallando las actividades del año⁴⁹. De alguna manera, ambos mecanismos existen en el sistema vigente⁵⁰ y el Libro Blanco propone que continúen en el nuevo sistema, aumentando la intervención del Parlamento en el control del nombramiento de los miembros de la CNDC.

c) *Implicaciones sobre el interés general del poder de veto del Consejo de Ministros*

El Libro Blanco defiende el mantenimiento del poder de veto del Consejo de Ministros con el objetivo de la salvaguarda última del interés

⁴⁹ Ver lo dicho *supra*, § 1, sobre el entramado institucional.

⁵⁰ Véase —por lo que atañe al control financiero y presupuestario y a la memoria anual— el art. 22 del Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del TDC; por lo que se refiere al nombramiento de los miembros del TDC por el ministro de Economía y Hacienda véase art. 21 de la LDC.

general⁵¹. A primera vista, esta salvaguarda puede parecer loable. Indudablemente, el «interés general» es un concepto digno de la más encarnizada defensa y protección.

Sin embargo, el derecho de veto del Consejo de Ministros ha de rechazarse por dos motivos.

En primer lugar, la definición de interés general es demasiado abstracta y muy poco detallada. ¿Bajo qué circunstancias exactas se puede alegar la defensa del interés general? ¿En qué sectores? ¿Qué criterios se utilizarán para medir el supuesto daño a este interés general? Ante esta indefinición creemos que en la práctica la citada salvaguarda puede convertirse en una caja negra que puede ser aplicada para defender prácticamente cualquier decisión en un sentido o en otro a discreción del Consejo de Ministros. Ello genera inseguridad jurídica y aumenta los costes del sistema como se ha explicado antes. Además, cualquier intento de detallar en qué consisten esos intereses generales está abocado al fracaso, ya que resulta extremadamente complejo fijar y enumerar con carácter previo y definitivo las posibles manifestaciones del interés general⁵².

En segundo lugar, la defensa del interés general se puede llevar a cabo de manera mucho más efectiva y sin comprometer el buen funcionamiento del sistema de control de concentraciones utilizando alternativamente las herramientas propias de las que dispone el poder ejecutivo, tales como la regulación específica de un sector, sistemas de subvenciones o de sanciones.

Por estas razones, el mantenimiento de la potestad de veto del Consejo de Ministros compromete innecesariamente y de manera importante el buen funcionamiento del sistema de defensa de la competencia en el procedimiento de control de concentraciones. Dado que existen mecanismos alternativos para la salvaguarda del interés general, así como para garantizar una responsabilidad política de la CDNC, debe eliminarse cualquier interferencia del Consejo de Ministros en los procedimientos de control de concentraciones.

H. ¿UN NUEVO RÉGIMEN PARA LAS AYUDAS PÚBLICAS?

El control de las ayudas públicas ha sido uno de los pilares del Derecho de la competencia que se ha desarrollado en menor medida durante la

⁵¹ En otros países se sustituye la referencia «concentraciones que afecten al interés general» por la de «concentraciones en sectores estratégicos» (infraestructuras, telecomunicaciones), TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 384-390.

⁵² La pretensión de enumeración taxativa *ex ante* de esos intereses generales no parece fácil, como pone de relieve el propio Libro Blanco, que en la nota al pie 141 realiza el ensayo de qué pueden ser considerados «intereses generales». Un voluntarismo parecido se aprecia en TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), p. 389.

vigencia de la LDC. En este sentido, es destacable la propuesta de refuerzo del mecanismo de control incluida en el Libro Blanco⁵³.

Sin embargo, la propuesta parece insuficiente⁵⁴. Sería deseable introducir un cambio más ambicioso, centrado en un sistema similar al contenido en la normativa comunitaria. El nuevo texto de la LDC debería estar basado en una prohibición general de las ayudas públicas y establecer un elenco tasado de criterios de autorización de ayudas —orientados claramente a medidas horizontales— que permitan fomentar la competitividad de la economía española.

El papel de la CNDC debería ser similar al de la Comisión Europea en el ámbito comunitario y deberían someterse a su aprobación los programas marco (trianuales) de concesión de ayudas en programas de carácter horizontal, así como la eventual concesión de ayudas específicas superiores a una determinada cuantía (p. ej., 300.000 euros).

Por otra parte, debería estudiarse la conveniencia de replicar este esquema en el ámbito autonómico o, por el contrario, centralizar el control de las ayudas públicas en la CNDC, independientemente de cuál sea el organismo público concedente de las mismas.

Finalmente, en cuanto a la redefinición de las ayudas públicas, parece que la última mención del vigente art. 19 de la LDC no debería eliminarse. De este modo podría garantizarse la flexibilidad normativa necesaria para adaptar la interpretación y aplicación del régimen de control de ayudas públicas a los desarrollos jurisprudenciales comunitarios y nacionales en la materia.

4. LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS: LAS SANCIONES

La LDC, como la LPRC, confían principalmente en los mecanismos administrativos de aplicación y *enforcement* de las prohibiciones que en ellas se contienen. Así ocurre en otros muchos Estados europeos y es el modelo vigente respecto del Derecho comunitario de la competencia. En efecto, se encarga a organismos públicos la investigación, persecución y sanción de las infracciones de las normas de defensa de la competencia. El sistema es coherente con la existencia de un interés público esencial en el funcionamiento competitivo de los mercados derivada, en el caso español, del propio art. 38 de la Constitución española.

No hay ninguna mención en el Libro Blanco sobre el sistema de aplicación de las normas de defensa de la competencia, fuera de las concisas

⁵³ Libro Blanco, §§ 209-210 (sólo en el plano consultivo).

⁵⁴ Bastante menos tímida es la intervención que proponía BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, pp. 26-27, que aludía a la necesaria declaración de nulidad de las ayudas públicas ilícitas a cargo de los órganos jurisdiccionales.

propuestas de graduar las infracciones⁵⁵ y una breve reflexión general sobre el cálculo y tope de las multas⁵⁶ y de las propuestas que se realizan sobre las acciones de reclamación de daños civiles derivados de la infracción *antitrust* a las que luego se aludirá (*infra* § 4).

Esta carencia del Libro Blanco es criticable, pues pudiera dar a entender que el sistema actual es satisfactorio. Como cualquier otra norma jurídica, la relevancia práctica de las normas de defensa de la competencia depende de su aplicación efectiva. Si esa aplicación no existe o es defectuosa, poco importa cuál sea el contenido de las normas. La relevancia en materia *antitrust* de una aplicación efectiva es mayor, pues sólo entonces se garantiza la función disuasoria de las prohibiciones de ciertos comportamientos que suelen contenerse en las normas⁵⁷.

En modo alguno puede considerarse que la experiencia habida con la aplicación de las normas de defensa de la competencia sea satisfactoria⁵⁸. La praxis del TDC en los expedientes sancionadores pone de relieve bien a las claras la necesidad de mejorar el sistema de sanciones por infracciones de los arts. 1 y 6 de la vigente LDC. Sirva para ello un detalle: algunas de las mayores sanciones que el TDC ha impuesto en los últimos años han sido anuladas por la Audiencia Nacional por defectos en la motivación de sus decisiones⁵⁹. Ello pone de relieve, por una parte, la exigua regulación sobre las sanciones que se contiene en la vigente LDC y, por otra parte, la escasa calidad de las resoluciones sancionadoras del TDC.

Corregir este segundo defecto es más complejo, y probablemente tenga que ver con la selección y los incentivos de los miembros del TDC. Sin embargo, debe aprovecharse la reforma de la Ley para introducir un régimen sancionador adecuado, con criterios cuantitativos, que haga posible el cálculo de las multas y que sea transparente (*infra* § 3.3). Además es procedente, como lo han hecho otros Estados europeos, reflexionar sobre la eficacia de las sanciones actualmente previstas y cuestionarse la posible criminalización de las más graves infracciones de las normas de defensa de la competencia (*infra* § 3.1).

En cualquier caso, sí que parece necesario perfeccionar el sistema de sanciones individuales a los administradores y directivos de las entidades

⁵⁵ Libro Blanco, § 147.

⁵⁶ Libro Blanco, §§ 148-149.

⁵⁷ Ver R. POSNER, *Antitrust Law*, 2.^a ed., Chicago-Londres, University of Chicago Press, 2001, p. 266.

⁵⁸ En este sentido, BERENGUER afirma que: «*la cuantía de las multas no parece ser suficientemente disuasoria*» y propone elevarla hasta el doble del beneficio que el infractor haya obtenido con la conducta ilícita (ver *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 28).

⁵⁹ Sobre el particular permítase la remisión a F. MARCOS, «The Enforcement of Spanish Antitrust Law: A Critical Assessment of the Fines Setting Policy and of the Legal Framework for Private Enforcement Actions», *Workshop on Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, working paper, Faculty of Economics and Econometrics, University of Amsterdam, 17 de febrero de 2005, pp. 8-10 (disponible en www.kembureau.uva.nl/acle).

infractoras (*infra* § 3.3) e introducir un programa de clemencia análogo a los que existen en los países de nuestro entorno (*infra* § 3.2). Finalmente, debe reforzarse la obligación de motivación y justificación de las sanciones del CNDC (*infra* § 3.5).

A. ¿SANCIONES PENALES POR LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

Son ya varios los Estados miembros de la Unión Europea que castigan las prácticas restrictivas de la competencia con sanciones penales. De hecho, algunos Estados sólo prevén sanciones penales (Irlanda y Estonia). En otros Estados, como el Reino Unido, las sanciones penales se combinan con las sanciones administrativas. En Francia, Alemania, Austria, Chipre y la República Eslovaca las principales sanciones son multas administrativas, pero en teoría cabe la prisión ante determinadas conductas. En Dinamarca y Malta las multas impuestas tienen carácter penal, y en Grecia se imponen tanto multas administrativas a las sociedades como multas penales a sus administradores. El régimen es exclusivamente de sanciones administrativas en Italia, España, Holanda y Luxemburgo.

La eficacia de las sanciones penales en materia de defensa de la competencia tiene su mejor exponente en los Estados Unidos de Norteamérica⁶⁰, y ha sido postulado por instituciones internacionales⁶¹ y por la doctrina como una posible solución ante la dificultad de calcular la multa óptima y la imposibilidad de imponerla⁶².

El establecimiento de sanciones penales requiere una reflexión y evaluación profunda sobre la eficacia actual del sistema de sanciones administrativas. Además, la criminalización sólo es aconsejable en la medida en que refleje una conciencia social de reproche a estas conductas. Como se ha hecho en aquellos países en los que esta decisión se ha adoptado recientemente, señaladamente el Reino Unido desde 2003, las sanciones

⁶⁰ Que, incluso, las ha aumentado recientemente a través de la *Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004*, que el presidente Bush firmó el 22 de junio de 2004 (las multas a las sociedades pasan de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares, aunque pueden superar ese importe si la ganancia obtenida es superior o si el impacto en la actividad comercial ha sido muy significativo; las multas a los individuos pasan de 350.000 dólares a 1 millón de dólares, elevándose las penas de prisión de tres a diez años), ver H.R. 1086 (disponible en <http://thomas.loc.gov>).

⁶¹ Sin ir más lejos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Ver OCDE, *Second Report of the Competition Committee Actino Against Hard Core Cartels*, DAFFE/COMP (2003) 2, y *Cartels: Sanctions Against Individuals, Series Roundtables on Competition Policy*, 49, DAF/COMP (2004) 49 (disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf>).

⁶² Ver, recientemente, con referencias, W. J. WILS, «Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?», presentado en ACLE Conference, *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, Amsterdam, 17-18 de febrero de 2005 (disponible en www.kembureau.uva.nl/acle).

penales deben restringirse a los cárteles y otras infracciones de prohibiciones graves (*hard core cartels* y *bid-rigging*) e intencionadas⁶³.

La imposición de sanciones penales requeriría además, respecto de aquellos supuestos en los que se establecieran, una modificación del sistema institucional, de acuerdo con la cual el CNDC solicitase ante un órgano jurisdiccional su imposición.

B. ¿DEBE HABER UN PROGRAMA DE CLEMENCIA?

España es uno de los pocos Estados europeos que no tiene un procedimiento de clemencia para incentivar el arrepentimiento y la delación de las empresas infractoras de las normas de defensa de la competencia. Ello suscita algunas dificultades en la coordinación en el marco de los procedimientos sancionadores de acuerdo con el Reglamento 1/2003 y resta eficacia a los sistemas de detección y sanción de las prácticas prohibidas previstas en la LDC. Al menos respecto de los cárteles, otras restricciones horizontales graves y otros acuerdos anticompetitivos en concursos públicos (*bid-rigging*) parece aconsejable establecer un sistema de «perdón» al delator. Hay quien plantea, incluso, la posibilidad de premiar al delator, dándole un porcentaje de la cantidad que se imponga y recaude a través de la multa⁶⁴.

El Libro Blanco propone la introducción de un sistema de clemencia que, siguiendo los modelos con más experiencia y que han venido depurándose a lo largo del tiempo⁶⁵, conduzca a un aumento en el número de expedientes sancionadores por infracción de las prohibiciones establecidas en la LDC⁶⁶. A efectos prácticos, para incrementar la eficacia de los programas de clemencia es aconsejable dotar de cierta autonomía a la unidad administrativa encargada de la gestión de estos programas, pues ello favorece el adecuado control de la información y confidencialidad, aumentando la eficacia y éxito del programa (como ocurre, por ejemplo, en la *Nederlandsse Mededinginsautoriteit*).

Finalmente, conviene, por último, en la medida en que se mantengan (o incluso se agraven) las multas respecto de los directivos y administradores de la sociedad infractora (véase *infra* § 3.4), que el programa de clemencia les beneficie también a ellos. La eficacia de los programas cor-

⁶³ Las disposiciones de la *Enterprise Act de 2002* entraron en vigor el 20 de junio de 2003, e introducen una sanción penal por ofensas de cartel duro (*hard core cartel offences*) con penas de prisión de hasta cinco años y la inhabilitación de los administradores para la asunción de funciones de administración de sociedades y empresas hasta quince años por infracciones que cometa del Derecho de defensa de la competencia.

⁶⁴ Ver W. E. KOVACIC, «Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants' to Reveal Cartels», *George Washington Law Review*, 69 (2001), pp. 766-797.

⁶⁵ Ver Comisión Europea, *Comunicación de Clemencia*, 2002, y *Principles for Leniency Programmes of the European Competition Authorities*, Dublín, 3 y 4 de septiembre de 2001.

⁶⁶ Libro Blanco, §§ 138-139.

porativos de clemencia que no incluyen a los individuos ha sido más reducida o casi inexistente (por ejemplo, Irlanda o Alemania).

C. EL CÁLCULO DEL IMPORTE DE LAS MULTAS

El establecimiento de un sistema que haga previsible y transparente el cálculo y el importe de las multas parece una medida necesaria para garantizar la eficacia disuasoria de las prohibiciones de prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, el régimen del art. 10 de la LDC es susceptible de importantes mejoras.

La situación actual infringe probablemente el principio general en materia de Derecho sancionador contenido en el art. 131.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de que la sanción debe evitar que al infractor le compense la comisión de la infracción. La falta de proporcionalidad es manifiesta.

Por ello, parece aconsejable establecer una graduación de las infracciones, con una fijación de un importe básico de la multa, a multiplicar por diferentes coeficientes (variables) en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, modulado con las atenuantes y agravantes que procedan⁶⁷. El marco sancionador básico debe contenerse en la Ley, aunque los parámetros legales deben concretarse y detallarse en directrices desarrolladas por el CNDC. Las directrices proporcionan información a los potenciales infractores, así como a las propias autoridades encargadas de la investigación, que pueden conocer de antemano cuáles son los datos y las variables económicas que se tendrán en cuenta para calcular el importe de la sanción.

D. LAS SANCIONES INDIVIDUALES A LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE LAS ENTIDADES INFRACTORAS

La imposibilidad de sancionar de manera óptima (en atención a la función disuasoria) a las empresas implicadas en la conducta restrictiva de la competencia ha llevado a que casi todos los sistemas de defensa de la competencia prevean sanciones penales y/o administrativas para sus

⁶⁷ Ver un posible modelo en las directrices de la autoridad holandesa, *Nederlandsse Mededingingsautoriteit (NMA), Guidelines for the Setting of Fines in relation to the imposition of fines in accordance with Section 57 of the Competition Act* (disponible en www.nma-org.nl). También Comisión Europea, *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, C 9, de 14 de enero de 1998, pp. 3-5)*. Finalmente, *Director General of Fair Trading's Guidance As to the Appropriate Amount of a Penalty* (disponible en www.ofi.gov.uk) y *Federal Sentencing Guidelines for Antitrust Offences* (disponible en www.usdoj.gov).

administradores y directivos. La OCDE ha subrayado la necesidad de este instrumento para garantizar una adecuada fuerza disuasoria de las normas de defensa de la competencia⁶⁸, aunque también ha puesto de relieve su posible ineficacia cuando las sanciones son meramente pecuniarias o de suspensión para el ejercicio de sus funciones⁶⁹.

E. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR Y MOTIVAR LAS SANCIONES

La exigencia de motivación y fundamentación de las resoluciones a través de las cuales se imponen multas deriva en última instancia del derecho constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24) y de los principios constitucionales en materia de Derecho sancionador (art. 25).

Si se impone la motivación de todo pronunciamiento judicial y de todo administrativo, motivos de mayor peso obligan a que se fundamenten adecuadamente las resoluciones sancionadoras⁷⁰. Las resoluciones sancionadoras del TDC han sido deficitarias en la motivación de las circunstancias tenidas en cuenta para el cálculo de las sanciones, aunque ello no ha obstado para que en muchos casos superasen los controles judiciales. Probablemente la situación se explica, en gran parte, por la imprecisión del marco que proporciona el art. 10 de la LDC. Por ello, el establecimiento de un sistema de cálculo de las sanciones graduado en atención a la gravedad de las infracciones, que se construya sobre la cifra de negocios del infractor en el mercado afectado, con coeficientes multiplicadores claros y específicos en función de las circunstancias agravantes, facilita enormemente la motivación de la sanción, al reducir de manera considerable la discreción del CNDC.

5. LOS REMEDIOS PRIVADOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LAS ACCIONES CIVILES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS

Mediante la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia el Libro Blanco introduce una de las principales novedades del nuevo sistema. En efecto, la aplicación privada se configura, junto con la modifi-

⁶⁸ Ver OCDE, *Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C (98) 35/FINAL; *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*, DAFFE/COMP (2002) 7, y *Second Report of the Competition Committee Action Against Hard Core Cartels*, DAFFE/COMP (2003) 2 (disponibles en www.ocde.org).

⁶⁹ *Cartels : Sanctions Against Individuals*, *Series Roundtables on Competition Policy*, 49, DAF/COMP (2004) 49, *passim* (en la medida que la empresa resarza al administrador o directivo de los costes que la sanción individual supone).

⁷⁰ Ver los arts. 54, 89 y 139.1 de la LRJPAC y 20 del Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto, de reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

cación del sistema institucional, como un cambio revolucionario que ha de extender la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁷¹. El fenómeno se observa también en otros países europeos, y también la Comisión Europea pretende que éste sea un instrumento relevante para la aplicación de los arts, 81 y 82 del Tratado CE. No obstante, la promoción de una mayor «aplicación privada» exige una reflexión previa sobre los objetivos de la misma y su adecuación al actual sistema español. En particular deben analizarse las reglas de legitimación y la posible extensión expresa en este ámbito de las acciones colectivas que nuestro ordenamiento prevé en otras materias, fuera de las previsiones generales contenidas en la LOPJ.

En efecto, abrir las vías a las acciones civiles de reclamación de daños no debe significar confiar en ellas la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Los sistemas europeos y el español se han caracterizado tradicionalmente por la existencia de un modelo administrativo especializado de detección y sanción de las infracciones y la implantación de los mecanismos privados de aplicación de manera análoga a los Estados Unidos de Norteamérica, pudiendo plantear problemas de coordinación con las autoridades administrativas e incrementar los costes de transacción⁷².

En cualquier caso, los actuales obstáculos legales a las reclamaciones civiles de daños derivados de conductas restrictivas de la competencia deben desaparecer. Como el Libro Blanco propone, debe derogarse el obstáculo que el art. 13.2 de la vigente LDC establece para la interposición de acciones de responsabilidad civil⁷³. Estas acciones deben ser posibles ante la jurisdicción civil en cualquier momento, una vez que se ha producido la práctica restrictiva de la competencia, sin necesidad de mantener la vigente «prejudicialidad» en vía contencioso-administrativa que impide, en la mayor parte de las ocasiones, la obtención de indemnizaciones no extemporáneas (limitando, así, el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados).

La complementariedad de las acciones civiles junto al sistema de aplicación administrativa del Derecho de la competencia permite establecer un doble control frente a las prácticas restrictivas de la competencia, especialmente en aquellos casos en que no hay una afectación directa o sustancial del interés público, en que los afectados por prácticas contrarias a la libre competencia pueden obtener el merecido resarcimiento sin necesidad de invertir recursos públicos en el procedimiento (incrementando, por tanto, la eficiencia del sistema de defensa de la competencia).

⁷¹ Libro Blanco, §§ 88-89.

⁷² Ver W. J. WILS, «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», *World Competition*, 26/3 (2003), pp. 473-488. Reconocida por la propia abogacía norteamericana (ver ABA, Section of Antitrust Laws, *The State of Federal Antitrust Enforcement-2001*, 5). Sin embargo, ver también C. A. JONES, «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition*, 27/1 (2004), pp. 13-24.

⁷³ Libro Blanco, § 89. BERENGER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, p. 28 (que, estableciendo una solución a la americana, incluso propone que el perjudicado reciba el doble de los daños y perjuicios).