

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL MODELO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de cuarenta años de la aprobación de la primera ley de defensa de la competencia en España, la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Son cuatro décadas en las que esta materia ha evolucionado en todos los países desarrollados hasta convertirse en una de las piedras angulares del funcionamiento eficaz de cualquier economía de mercado.

Esta evolución ha sido aún mayor en nuestro país en línea con el proceso de transformación política y económica de la sociedad española. El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, la adhesión a las Comunidades Europeas, la descentralización, la apertura económica, los procesos de privatización de empresas públicas y la introducción de medidas liberalizadoras son algunos de los hitos que han marcado el devenir de la economía española en estas últimas décadas y que, al mismo tiempo, han ubicado a la defensa de la competencia en el papel central que ocupa hoy día.

Un momento como el actual, de profunda transformación institucional, política y económica a nivel europeo y de consolidación de un modelo económico en nuestro país que ha apostado por la apertura y la libertad como principales valores para garantizar el crecimiento y el desarrollo en el largo plazo, es el adecuado para hacer balance de la evolución de la defensa de la competencia en España en estas últimas décadas y apuntar los principales retos, y algunas respuestas, a afrontar en los años venideros.

Todas las materias que versan sobre cuestiones relativas a la Economía o el Derecho deben tener la capacidad de adaptarse a la evolución de la sociedad pero esto es especialmente cierto y necesario en el caso de la defensa de la competencia.

En primer lugar, porque se trata de una disciplina joven: cuarenta años es muy poco tiempo si lo comparamos con otras ramas de la Economía o el Derecho.

Y, en segundo lugar, porque esta materia se muestra muy sensible a una etapa de cambios como la actual. Cambios en la configuración de la Unión Europea. Cambios en los modos de actuar de las empresas. Cambios, todos ellos, que obligan a las autoridades competentes a mantener un espíritu abierto de adaptación a las nuevas realidades que permita preservar la esencia y razón de ser de la defensa de la competencia y, al mismo tiempo, garantizar el cumplimiento eficaz de sus objetivos.

2. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. CUARENTA AÑOS DE EVOLUCIÓN

Hablar de defensa de la competencia hoy día en España se ha convertido en algo habitual. Las empresas otorgan mayor importancia a la compatibilidad de sus acuerdos o decisiones comerciales con las normas de defensa de la competencia, los medios de comunicación amplían las páginas o los minutos de antena dedicados a esta materia, los ciudadanos se muestran cada vez más interesados en estos asuntos y los Gobiernos no dudan en reconocer la necesidad de fortalecer las instituciones responsables de garantizar la libre competencia en nuestra economía.

No obstante, esto no ha sido siempre así. Al igual que la economía española ha evolucionado a ritmos impredecibles en las últimas décadas, también lo ha hecho nuestro sistema de defensa de la competencia.

Los últimos años cincuenta y principios de los sesenta del siglo pasado fueron testigos de un proceso de transformación importante de la economía española, que trataba de evolucionar desde un esquema basado en la protección, el cierre de mercados, la intervención estatal y la ausencia de competencia hacia uno caracterizado por la apertura y la libertad e inspirado en las reglas del mercado.

En ese entorno histórico se aprobó, en 1963, la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia que sentaba las primeras bases de la defensa de la competencia en nuestro país.

La Ley recogía, con una técnica no muy precisa y con diversas salvaguardas, algunos de los instrumentos contemplados por las legislaciones de los países que en esos momentos más habían avanzado en esta materia. No obstante, la realidad de la economía española limitó enormemente su aplicación.

Por ello, en términos prácticos no podemos hablar de la llegada de un verdadero sistema moderno de defensa de la competencia a nuestro país hasta la promulgación de la, actualmente en vigor, Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La nueva Ley forma parte

del paquete de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al acervo comunitario tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

Mientras que la Ley de 1963 marcaba una línea de evolución ideológica adecuada pero la realidad de la economía española prácticamente imposibilitaba su aplicación práctica; todo lo contrario ocurre con la Ley de 1989. La economía española se encuentra en un momento de transformación muy profunda en el que las instituciones y las normas de defensa de la competencia jugarán un papel importante.

A nivel sustantivo la normativa española no se separa del marco de actuación previsto en el Tratado comunitario pero lo más importante, desde mi punto de vista, es que desde su Exposición de Motivos recoge adecuadamente los principios inspiradores y objetivos de la defensa de la competencia.

Respecto al modelo institucional elegido, el panorama europeo ofrecía un abanico abierto de posibilidades. Entre todas ellas, la opción del legislador español a favor de un modelo institucional doble con un departamento ministerial, encargado de la instrucción de los expedientes, y una institución administrativa independiente, responsable de su resolución, era congruente con la tradición jurídico-administrativa española, inspirada en el Código napoleónico, en la que la separación institucional entre las fases de instrucción y resolución ha sido un principio importante en el ámbito sancionador.

El sistema que nació en 1989, en lo sustantivo, espejo del Tratado de Roma y, en lo institucional y procedimental, heredero de la tradición jurídica española, se fue desarrollando y consolidando a través de numerosas reformas introducidas con el ánimo de adaptarse a las nuevas realidades y superar algunas lagunas de la legislación original.

Esta norma, con las modificaciones subsiguientes, es la base sobre la que se ha desarrollado y consolidado la defensa de la competencia en nuestro país durante los últimos quince años.

La actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta etapa da buena muestra de la relevancia que ha adquirido esta materia: se han resuelto más de 550 expedientes sancionadores, alrededor de 600 recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia y algo más de 300 expedientes de autorizaciones singulares. Al mismo tiempo, se han evaluado más de 80 concentraciones empresariales, se han elaborado casi 650 informes relativos a la apertura de grandes establecimientos comerciales y se han emitido numerosos dictámenes sobre las condiciones de competencia en distintos mercados.

Todo ello ha permitido acumular un conocimiento muy extenso que abarca casi la totalidad de sectores de la actividad económica y de conductas contrarias a la libre competencia. Este conocimiento se ha traducido en una constante lucha contra los acuerdos colusorios o los abusos de posición de dominio que ha contribuido al desarrollo de la economía

española desde diversas perspectivas. Pero hay dos que considero especialmente destacables.

La primera de ellas se enmarca en el proceso de internacionalización de las empresas españolas que emerge durante la década pasada. Existen muchas claves para explicar el éxito de las empresas españolas en su afán por abrir mercados exteriores pero, indudablemente, una de las más determinantes es su nivel de competitividad. Este nivel de competitividad alcanzado por una buena parte de nuestras empresas, no sólo las grandes multinacionales, responde en buena medida a la existencia de condiciones de competencia en el mercado nacional.

Muchos sectores de la economía española se caracterizaban hasta hace poco tiempo por una estructura anticompetitiva, contraria a los intereses de los consumidores, empresas y particulares, que dañaba la productividad del conjunto de la economía.

La denuncia y sanción de este tipo de prácticas contrarias a la libre competencia ha permitido que las empresas y consumidores dispongan hoy día de una mejor y más variada oferta de productos y servicios. Esta realidad es la que permite proclamar que la Ley de Defensa de la Competencia es una ley *para* las empresas y no *contra* las empresas.

En segundo lugar, la contribución de la actividad resolutoria del Tribunal ha sido especialmente destacable en estos últimos años en relación con los procesos de liberalización y privatización de empresas públicas. La mera venta de una empresa estatal puede no suponer más que la transferencia de un monopolio público a manos privadas si no va acompañada de un proceso de liberalización que permita la entrada de nuevos competidores.

Y es en este proceso de liberalización en el que, además de la actuación del órgano regulador correspondiente, juega un papel determinante la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Es habitual, como muestra numerosa evidencia empírica a nivel mundial, que en las primeras etapas de la liberalización el antiguo monopolio público lleve a cabo prácticas que obstaculicen la entrada de nuevos competidores.

Por ello, la actuación efectiva de las autoridades de defensa de la competencia prohibiendo y sancionando conductas abusivas de la posición de dominio del antiguo monopolio es determinante para garantizar que el proceso de liberalización culmine en una estructura de mercado basada en las reglas de la libre competencia de la que se beneficie el conjunto de la sociedad.

En estos últimos años el Tribunal ha tenido ocasión de actuar en esta línea en diversos sectores como el postal, telecomunicaciones, tabaco, energía o transporte, sancionando en más de veinte ocasiones a antiguos monopolios públicos cuya conducta suponía un obstáculo a la llegada de la libre competencia a esos mercados.

En el campo de las operaciones de concentración empresarial, el Tribunal también ha desempeñado una labor importante, especialmente a partir de la reforma de 1999 que obliga a notificar las operaciones que superen una serie de umbrales, en términos de cuota de mercado y facturación, establecidos en la Ley.

Si bien el carácter del informe elaborado por el Tribunal en esta materia no es vinculante para el Consejo de Ministros, que toma la decisión definitiva; la experiencia hasta el momento indica que son muy pocas las ocasiones en las que el Gobierno se ha desviado de la recomendación del Tribunal, lo que ha dotado de mayor relevancia a sus informes.

Además, las revisiones judiciales de las actuaciones del Gobierno en este ámbito han limitado el margen discrecional de éste respecto a las recomendaciones del Tribunal. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Prosegur contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2000 por el que se aprobaba con condiciones la operación de concentración entre Prosegur y Blindados del Norte en su Fundamento de Derecho Cuarto señala:

«En efecto, el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los proyectos de concentración que le son remitidos analiza todas las circunstancias significativas (delimitación y estructura de los mercados relevantes, posibilidades de elección de los afectados, poder económico y financiero de las empresas, evolución de la oferta y la demanda, competencia exterior, entre otros) para verificar si aquéllos pueden obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Su análisis de los posibles efectos restrictivos de la concentración, que ha de extenderse también a los eventuales aspectos beneficiosos que ofrezca (mejora de los sistemas de producción o comercialización, fomento del progreso técnico o económico, aumento de la competitividad, beneficios para los consumidores o usuarios, entre otros), incorpora, pues, la motivación suficiente para justificar, en su caso, la negativa o las condiciones impuestas a la concentración. Si el Consejo de Ministros se conforma con el dictamen, basta con remitirse a él; si disiente, ha de motivar por qué».

Las reestructuraciones empresariales que han acompañado al proceso de transformación de la economía española en estos últimos años han dotado igualmente de mayor protagonismo a esta actuación del Tribunal. Sectores tan trascendentes para la competitividad de la economía española como la banca, telecomunicaciones, energía, distribución comercial o transporte han sido testigos de reestructuraciones empresariales de gran calado que el Tribunal ha analizado y evaluado con la intención de garantizar el mantenimiento de competencia efectiva en los mercados afectados.

No obstante, la trascendencia de la labor del Tribunal durante estos años no termina en su actividad resolutoria, o consultiva en el caso de las concentraciones, sino que, al mismo tiempo, ha jugado un papel muy

importante en el propio impulso de los procesos de apertura y liberalización de la economía española mediante la elaboración de informes.

Así, en 1993 el Tribunal elaboró un informe titulado «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» que establecía el argumento clave para entender los procesos de liberalización que comenzaban a emprenderse en esos años:

«Aquellos países que sometieron su industria a la libertad durante la revolución industrial son hoy los que gozan de empresas multinacionales capaces de competir internacionalmente, mientras que aquellos países que protegieron su industria y la abrigaron de la competencia se encontraron con industrias incapaces de competir en los mercados internacionales. La política de proteger hoy para competir mañana resultó nefasta para esos países».

El Informe de 1993 detallaba los beneficios que la implantación generalizada de la libre competencia en la economía española conllevaría para el conjunto de la sociedad e iba más allá, puesto que elaboraba un listado de medidas liberalizadoras destinadas a algunos de los sectores productivos de mayor trascendencia que han servido de base para el diseño de las políticas liberalizadoras desarrolladas en los años posteriores.

En 1995 el Tribunal elaboró otro Informe de estas características titulado «La competencia en España: Balance y nuevas propuestas» que, siguiendo la estela del Informe de 1993, profundizaba en las recetas liberalizadoras presentadas en éste y ampliaba el análisis a nuevos sectores como la banca, los puertos, la distribución de petróleo, el cine y las oficinas de farmacia.

Posteriormente, se han añadido algunos informes más entre los que destacan el de 1997, sobre el precio de los libros, y el de 2003, sobre la legislación autonómica de distribución comercial, que han completado un argumentario doctrinal de enorme trascendencia para entender el proceso de modernización que ha registrado la economía española en estos últimos quince años, así como la necesidad de que este proceso prosiga.

En la misma línea el Tribunal ha hecho uso en numerosas ocasiones en los últimos años de la facultad que le otorga el art. 2.2 de la Ley para

«formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

Utilizando esta facultad, el Tribunal ha denunciado algunas legislaciones que amparaban situaciones contrarias a la competencia en sectores tales como distribución comercial, transporte o colegios profesionales.

En fin, son diversas las formas en las que la defensa de la competencia ha contribuido a la evolución más reciente de nuestra economía. Aún

queda mucho camino por recorrer pero es indudable que hoy día la economía española es mucho más abierta y liberalizada que hace quince años y que el bienestar económico de nuestra sociedad es mayor.

Esta realidad ha propiciado que hoy sea aceptada con carácter generalizado la necesidad de un sistema de defensa de la competencia en nuestra sociedad.

Actualmente, una gran mayoría de los ciudadanos españoles valora positivamente la libre competencia como una garantía clave para el buen funcionamiento de la economía de mercado y para que sus beneficios se trasladen al conjunto de la sociedad. Buena muestra de ello es que el debate ideológico entre los principales partidos políticos sobre esta materia no se centra en la justificación de los beneficios de la libre competencia sino en el diseño del mejor sistema para su defensa.

No obstante y a pesar de que el balance de estos últimos años es positivo, el futuro nos depara numerosos retos. Algunos de estos retos son específicos de nuestro país y, de hecho, ya han comenzado a afrontarse.

Me refiero, por ejemplo, al proceso de descentralización derivado del reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia. La entrada en vigor de la Ley 1/2002 dio inicio a una nueva etapa en el sistema español de defensa de la competencia en la cual las autoridades nacionales coexisten con las autonómicas en la aplicación efectiva de la Ley.

No es mi intención examinar en detalle las repercusiones de esta nueva realidad ni el contenido específico de la Ley 1/2002, pero sí resaltar que se trata de una situación que aún no ha desplegado la totalidad de sus efectos y que, en el momento que lo haga, supondrá una transformación importante de nuestro sistema institucional.

Sin embargo, no todos los retos son específicos de nuestro país. Existen otros muchos que se derivan de los cambios a nivel internacional y que, unidos a la experiencia acumulada en estos últimos años, demandan el establecimiento de un debate en torno a la modernización de nuestro modelo.

Son muchos los retos que, con toda seguridad, la defensa de la competencia habrá de afrontar en los próximos años. Unos, en el plano sustantivo, y otros, en el institucional, en el de establecimiento de procedimientos más eficaces o en el diseño de esquemas para mejorar la coordinación internacional. La capacidad de los Gobiernos y autoridades de competencia en la búsqueda de respuestas a estos retos será determinante para garantizar que la defensa de la competencia siga siendo un instrumento eficaz para nuestras economías.

No pretendo desarrollar todos los posibles retos a afrontar en el futuro, sino que me concentraré en algunas de las cuestiones que más directamente determinarán la evolución del modelo español.

3. EL RETO DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

A. EL REGLAMENTO 1/2003 Y EL PAQUETE DE MODERNIZACIÓN

El reto actual más importante para la defensa de la competencia en la Unión Europea es el derivado de la entrada en vigor el pasado 1 de mayo del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

Este Reglamento sustituye al Reglamento 17/1962, y supone un cambio de gran calado en la aplicación de la normativa comunitaria de competencia tanto desde el punto de vista procedimental como institucional.

El nuevo Reglamento es la culminación de un proceso de modernización emprendido por la Comisión Europea en abril de 1999 mediante la elaboración de un Libro Blanco que identificaba los cambios que se habían producido en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea en los últimos cuarenta años y diseñaba un plan estratégico para afrontar los retos que esta evolución planteaba junto a los derivados de su ampliación a nuevos Estados.

Durante los más de cuarenta años que ha estado en vigor el Reglamento 17, la mayoría de Estados miembros han aprobado normativas modernas de defensa de la competencia, inspiradas en los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma y en el Reglamento 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; han creado autoridades administrativas especializadas en esta materia y han desarrollado un notable *know-how* y una extensa jurisprudencia en la aplicación tanto de las normas nacionales como de las comunitarias. Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea y las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han consolidado como guías a seguir por las autoridades de los Estados miembros, abarcando casi todas las materias relativas a esta rama del Derecho.

Esta realidad, unida a la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados y a la palpable insuficiencia de medios de la Dirección General de Competencia de la Comisión, ha obligado a las instituciones comunitarias a emprender un arduo y difícil camino de modernización del sistema de aplicación de las normas de competencia del Tratado que culminó el pasado 1 de mayo con la entrada efectiva en vigor del Reglamento 1/2003.

Este nuevo Reglamento introduce reformas muy importantes, la mayoría de ellas de procedimiento e institucionales, entre las que destacan las siguientes: un nuevo régimen de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, el reconocimiento expreso de competencias de las autoridades jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas comu-

nitarias de defensa de la competencia, una mayor descentralización en la aplicación de estas normas entre los Estados miembros y mayores poderes de investigación y sanción para la Comisión Europea.

En primer lugar, el Reglamento 1/2003 introduce un cambio radical en el sistema de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado al eliminar la exclusividad de la Comisión Europea y pasarse de un régimen de autorización *ex post* a uno de exención legal.

Este nuevo sistema conlleva un cambio trascendental en la forma de actuar de las empresas que, a partir de ahora, habrán de decidir internamente si los acuerdos o contratos que vayan a firmar y que puedan infringir dicho apartado primero del art. 81 se beneficiarán de la exención del apartado tercero, puesto que ya no contarán con la posibilidad de notificar previamente el acuerdo a la Comisión para conocer su parecer.

Éste es uno de los puntos de la reforma que mayores voces críticas ha suscitado al considerarse que conlleva elevadas dosis de incertidumbre para la actuación empresarial. Estas críticas no están exentas de razón pero, en cualquier caso, los riesgos son limitados por varios motivos.

En primer lugar, la actuación de la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios en estas últimas décadas ha generado una extensa jurisprudencia que abarca casi todo tipo de conductas y sectores, por lo que en la mayoría de las ocasiones los contratos o acuerdos que vayan a formalizar las empresas habrán sido ya evaluados por las autoridades comunitarias desde la óptica de las normas de defensa de la competencia y tanto las empresas como sus asesores encontrarán referencias válidas y contrastadas sobre la legalidad de sus actuaciones.

Asimismo, la Comisión ha recopilado la doctrina y jurisprudencia desarrollada en estas últimas décadas en una serie de principios y directrices relativas a la aplicación de este apartado 3 del art. 81 recogidos en una Comunicación que también forma parte del paquete de modernización y que ayudará a clarificar aquellos conceptos y principios que aun permanecieran dudosos.

Además, respecto a los nuevos casos que se puedan plantear, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre Orientaciones Informales cuya filosofía es restablecer el diálogo entre las partes y la Comisión Europea para aquellos tipos de acuerdos o contratos en los que no existan precedentes.

Por último, la Comisión también ha plasmado en diversas partes de las Comunicaciones que acompañan al Reglamento 1/2003 su intención de aplicar multas simbólicas en aquellos casos que sean novedosos y en los que las empresas hubieran carecido de guías claras para determinar la legalidad o no de su actuación desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia.

Es comprensible la preocupación mostrada por el sector empresarial y sus asesores pero debe entenderse que los beneficios, en términos de

mayor agilidad en la actuación de las empresas, al eliminarse burocracia administrativa, que con toda razón es una reivindicación permanente del mundo empresarial, y la posibilidad de que la Comisión Europea destine mayores recursos a la persecución de las conductas prohibidas más graves, se traducirán en un sistema más eficaz.

La segunda novedad importante del Reglamento 1/2003 es el reconocimiento de las competencias de los jueces nacionales para la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Esta novedad supone un cambio importante respecto a la situación actual en la que sólo las autoridades administrativas nacionales, en el caso español, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, tenían reconocidas expresamente estas competencias.

Esta novedad presenta un aspecto positivo para el conjunto del sistema al abrirse nuevas posibilidades para las empresas que se consideren perjudicadas por conductas contrarias a los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Indudablemente, las normas de defensa de la competencia persiguen un interés general pero de ellas también se derivan derechos en la esfera privada de las personas físicas y jurídicas.

El reconocimiento expreso de competencias de los jueces nacionales abre la puerta para una mejor protección de estos derechos mediante el desarrollo de acciones civiles en esta materia que, hasta ahora, a diferencia de lo que ocurre al otro lado del Atlántico, habían sido anecdóticas en el modelo comunitario de defensa de la competencia.

De esta forma, se permite que las autoridades administrativas sigamos enfocando nuestra actuación en la preservación del interés público; defendiéndose los derechos de la esfera privada en la jurisdicción civil. Todo ello ayudará a reforzar el papel que la defensa de la competencia juega en el desarrollo de la actuación empresarial y el funcionamiento libre de los mercados.

El legislador español ha asignado con acierto estas competencias a unos Juzgados especializados en materia mercantil y que, por tanto, tendrán un mejor conocimiento del funcionamiento de los mercados y la actividad empresarial.

Por otro lado, la jurisprudencia acumulada tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia español como de la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios es un valor de referencia muy importante para los Juzgados de lo Mercantil que debería permitir reducir los riesgos de falta de uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias, que es otra de las críticas habituales a la reforma.

El ánimo del Tribunal es colaborar al máximo con los jueces españoles y buena muestra de ello es la firma de un convenio a estos efectos con el Consejo General del Poder Judicial el pasado mes de marzo.

Asimismo, el propio Reglamento 1/2003 abre la posibilidad para que tanto la Comisión Europea como las autoridades administrativas nacionales presentemos observaciones escritas o verbales en los procedimientos que se estén tramitando en la jurisdicción civil.

En este sentido, el legislador español no consideró necesario reformar la normativa para incluir esta figura con reminiscencias similares al *amicus curiae* a pesar de que, desde mi punto de vista, dicha reforma hubiera aportado mayor seguridad jurídica en la aplicación del nuevo sistema de cooperación y colaboración entre las autoridades administrativas y los jueces. Por ello, de forma alternativa, creo que debe preverse algún mecanismo que defina algunos puntos importantes para desarrollar esta facultad.

Entre estos puntos habría de diseñarse un sistema mediante el cual se conozcan sistemáticamente los procedimientos que estén desarrollándose ante los Juzgados de lo Mercantil relativos a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Asimismo, sería oportuno determinar el momento procesal adecuado y la vía de transmisión correcta para que las autoridades administrativas hagan llegar sus observaciones a estos jueces.

Todo ello contribuirá a que el nuevo Reglamento despliegue plenamente sus efectos en una materia tan importante como es la colaboración entre las autoridades judiciales y las administrativas en nuestro país.

El Reglamento 1/2003 conlleva una tercera novedad importante como es la descentralización de casos desde la Comisión Europea a las autoridades nacionales. Como regla general se ha considerado que la Comisión Europea se hará cargo sólo de aquellos expedientes que afecten a más de tres Estados miembros; en el resto de casos, habrán de ser las autoridades nacionales las que, coordinadamente, instruirán y resolverán los correspondientes expedientes.

Para el buen funcionamiento de este nuevo sistema se ha diseñado un conjunto de directrices encaminadas a fortalecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades de distintos Estados miembros, y entre éstas y la propia Comisión Europea, así como para la asignación de casos.

El primer efecto de esta reforma es que permitirá a la Comisión Europea centrar su actividad en aquellas conductas más graves y con consecuencias más dañinas. Esta primera lectura implica un reconocimiento de la madurez alcanzada por las autoridades de los Estados miembros durante los últimos años que les permitirá afrontar con garantías la mayor carga de trabajo derivada del nuevo sistema de reparto de expedientes a nivel comunitario.

Al mismo tiempo, el tratamiento de algunos aspectos claves en este nuevo marco de profundización de la colaboración y cooperación internacional, como la información confidencial o la clemencia otorgada a empresas que denuncian y aportan pruebas sobre la existencia de cárteles,

plantea un nuevo debate respecto a la búsqueda de una mayor homogeneidad institucional entre las autoridades de los Estados miembros.

La coexistencia de diferentes esquemas institucionales en la Unión Europea supone un obstáculo añadido a la ya compleja estructura de coordinación entre autoridades nacionales prevista por el Reglamento 1/2003 y las Comunicaciones que completan el paquete de modernización.

Estas dificultades han salido a la luz en las múltiples reuniones celebradas por la *European Competition Network*, la red que agrupa a las autoridades nacionales de los Estados miembros y a la Comisión Europea, relativas a la fijación de los detalles de estos sistemas de coordinación.

Por último, la cuarta novedad importante incluida en el Reglamento es la relativa a los mayores poderes de investigación y sanción que tendrá la Comisión Europea en el proceso de instrucción de los expedientes por infracción de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Además de estos mayores poderes, el nuevo Reglamento y las Comunicaciones que lo desarrollan establecen un sistema de apoyos a la Comisión durante estas investigaciones por parte de las autoridades nacionales que buscan hacer más eficiente la lucha contra los cárteles a nivel europeo.

Estos nuevos poderes de investigación se enmarcan dentro de la línea de fortalecimiento de los instrumentos para luchar con mayor eficacia contra una de las conductas más dañinas para el funcionamiento competitivo de los mercados y, en general, el bienestar de la sociedad como son los cárteles.

Es indudable que el uso de estos mayores poderes de investigación no debe hacerse a costa de vulnerar principios jurídicos básicos de nuestros Estados de Derecho, pero considero que el Reglamento y las Comunicaciones correspondientes toman las precauciones necesarias para respetar adecuadamente esos principios.

En fin, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 supone, probablemente, el reto de mayor calado que ha afrontado el modelo comunitario de defensa de la competencia desde su creación. Este reto exige que las autoridades especializadas de los Estados miembros, la Comisión Europea y los jueces nacionales estrechemos aún más nuestros lazos de coordinación y colaboración.

No obstante, no sólo estas instituciones deberán saber adaptarse a las nuevas demandas del Reglamento, sino que las empresas habrán también de ser conscientes de las implicaciones que, en su modo de proceder, tendrá el nuevo modelo de aplicación del apartado tercero del art. 81 del Tratado.

El nuevo Reglamento implica un paso trascendental en la consolidación del sistema europeo de defensa de la competencia; respetuoso con la independencia de cada autoridad nacional pero, al mismo tiempo,

integracionista, homogéneo y buen reflejo de la nueva realidad política, económica e institucional de la Unión Europea.

Todo ello obliga a las autoridades de cada Estado miembro a reflexionar con responsabilidad sobre posibles reformas en los respectivos modelos nacionales en aras a lograr un sistema que facilite la plena efectividad del nuevo paquete de modernización en beneficio del sistema europeo de defensa de la competencia.

B. EL REGLAMENTO 139/2004

Aunque formalmente no integra el paquete de modernización, el mismo día 1 de mayo entró en vigor un nuevo Reglamento de concentraciones, el 139/2004, que sustituye al Reglamento 4064/1989, que implica también una modificación de gran calado en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea.

Este Reglamento forma parte, además, de un proceso de profunda revisión del modelo organizativo interno practicado hasta ahora por la Comisión Europea que incluye, entre otros, el nombramiento de un Economista Jefe, la creación de un Comité de revisión interno en la Dirección General de Competencia para las concentraciones que pasan a la segunda fase y la remodelación de la unidad de control de concentraciones, la *Merger Task Force*.

A estos cambios organizativos se unen la publicación de nuevas directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales así como un Código de Buenas Prácticas encaminados a dotar de mayor transparencia y predecibilidad a las actuaciones de la Comisión Europea en esta materia.

Más allá de cuáles sean las razones que han llevado a la Comisión Europea a emprender esta reforma del sistema de control de concentraciones, creo que, en primer lugar, se pone de manifiesto su disponibilidad a adaptarse a las características del funcionamiento de los mercados buscando dotar a sus actuaciones de una mayor agilidad y eficacia.

Asimismo, al igual que ocurrió en el caso del Reglamento 1/2003, también el proceso de elaboración del nuevo Reglamento de concentraciones ha buscado recopilar sugerencias y opiniones de todos los agentes involucrados a través de la publicación de un Libro Verde que fue objeto de consulta y debate durante más de tres meses.

El resultado final probablemente no satisfaga a todos pero la Comisión Europea ha hecho un esfuerzo por incluir, en la medida de lo posible, las preocupaciones que han surgido a lo largo de este proceso de consultas.

Por otro lado, a la hora de analizar el nuevo Reglamento comunitario de concentraciones no debemos olvidar que el anterior ha jugado un papel determinante en la estabilidad del modelo europeo de defensa de la com-

petencia y ha sido capaz de afrontar con éxito el análisis de un elevado número de operaciones (casi 2.500) en un entorno caracterizado por la reestructuración empresarial en numerosos sectores de la economía europea durante la última década.

Creo que ese modelo merece una valoración global positiva, sobre todo por la agilidad del procedimiento y la disponibilidad de la Comisión a dialogar con las empresas afectadas en la búsqueda de soluciones satisfactorias para todas las partes.

Los tres recursos estimados por el Tribunal de Primera Instancia en el año 2002 contra decisiones de la Comisión Europea no deben empañar lo que considero ha sido una extraordinaria trayectoria a nivel global. De hecho, a pesar de que en numerosas ocasiones se han pretendido identificar estas derrotas judiciales como el detonante de la reforma del sistema, la realidad indica que el proceso se había iniciado con anterioridad: el Libro Verde se publicó el 11 de diciembre de 2001.

No obstante, es lógico pensar que estas decisiones judiciales han influido en algunas de las posiciones adoptadas finalmente, en especial, en lo relativo al cambio del criterio de prohibición y a dotar de mayor contenido económico a las decisiones adoptadas por la Comisión.

Sin embargo, desde mi punto de vista, las razones principales que impulsaron el proceso de reformas no se diferencian sustancialmente de las ya señaladas para el caso del Reglamento 1/2003: la madurez de las autoridades administrativas nacionales, la consolidación del mercado único europeo y la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados.

Desde mi punto de vista, es la suma de estos motivos lo que llevó a la Comisión a emprender el proceso de reformas que se ha extendido también a la publicación de Comunicaciones clarificadoras de su posición respecto a determinados tipos de concentraciones y a la reestructuración interna de los servicios de la Dirección General de Competencia encargados de analizar estas operaciones.

Respecto al contenido procesal de la reforma, considero que los cambios más importantes se refieren al nuevo sistema de prenotificaciones y al mecanismo de envíos y remisiones de operaciones de los Estados miembros a la Comisión y viceversa.

Este último aspecto es uno de los que mayores debilidades había mostrado en el sistema anterior y, previsiblemente con la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados, esta debilidad se vería acrecentada.

La reforma persigue fortalecer la seguridad jurídica y la eficiencia de los mecanismos de remisión frente a la crítica de falta de claridad del sistema anterior.

Aún es pronto para evaluar los resultados del texto finalmente aprobado pero, en principio, el modelo previsto por los apartados 4 y 5 del art. 4 del nuevo Reglamento para la remisión previa a la notificación

de las operaciones desde la Comisión a los Estados miembros y viceversa parece dotar de mayor agilidad al sistema, lo que debería redundar en beneficio de la actividad empresarial.

El nuevo Reglamento también contiene un esfuerzo por aclarar los mecanismos de remisión posteriores a la notificación, incluidos en los arts. 9 y 22, lo que se conoce como las cláusulas holandesa y alemana, aunque quizá podría haberse avanzado más teniendo en cuenta que se trata de uno de los aspectos de la normativa que mayores ineficiencias ha mostrado en el pasado.

En todo caso, este intento por dotar de mayor agilidad y claridad al nuevo sistema de remisiones puede redundar en beneficio de la seguridad jurídica que es una variable clave en la toma de este tipo de decisiones empresariales. Podríamos discutir sobre si la agilidad y la claridad deberían haber sido mayores, pero parece indudable que el modelo incluido en el nuevo Reglamento mejora el sistema anterior.

En el plano sustantivo el cambio más importante se refiere a la modificación del criterio de prohibición, que pasa a ser un híbrido entre el criterio anterior de creación o reforzamiento de una posición de dominio y el de daño sustancial a la competencia.

Desde el punto de vista español, el nuevo criterio de prohibición a nivel comunitario supone un acercamiento hacia el que impera en nuestro sistema, lo que implica que la legislación española gana en homogeneidad respecto al modelo comunitario.

Por lo que se refiere al impacto que este nuevo criterio de prohibición habrá de tener en el análisis de las concentraciones y en el número de operaciones que serán prohibidas por la Comisión, es pronto para establecer conclusiones válidas. Todo dependerá del uso que la Comisión haga del mismo aunque, *a priori*, parece tener un contenido teórico menos estructural que el de la posición de dominio y más adaptable a la dinámica que caracteriza los mercados con estructuras oligopólicas.

Al mismo tiempo, al mantener «la creación o reforzamiento de una posición de dominio» como parte del nuevo criterio de prohibición se mantiene la validez de la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios acumulada durante estos años.

Por último, el nuevo Reglamento de concentraciones, al igual que hace el Reglamento 1/2003, contempla mayores poderes de inspección para la Comisión. En este sentido, reitero lo señalado anteriormente: estos mayores poderes de inspección son congruentes con las crecientes dificultades que encontramos las autoridades administrativas para evaluar este tipo de operaciones, pero deben, al mismo tiempo, respetar principios básicos de nuestro Estado de Derecho.

4. UNA LUCHA MÁS EFICAZ CONTRA LOS CÁRTELES: ¿LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA COMO RESPUESTA?

A lo largo del apartado segundo de este artículo hacíamos un balance positivo del papel que el modelo español de defensa de la competencia ha jugado en la modernización de nuestra economía de mercado durante las últimas dos décadas.

No obstante, este merecido calificativo a nivel global no es óbice para que también tenga cabida un ejercicio de autocrítica del que se extraigan conclusiones menos optimistas, como es la debilidad mostrada por nuestro sistema de defensa de la competencia en la lucha contra los cárteles más dañinos que, en inglés, se conocen como *hardcore cartels*.

Desde 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto alrededor de cincuenta expedientes relacionados con acuerdos horizontales prohibidos por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En principio esta cifra no muestra una debilidad especial si tenemos en cuenta el tamaño de nuestro mercado en relación con el de otros países europeos.

Sin embargo, si profundizamos en el análisis, comprobaremos que son muy pocos los expedientes relacionados con *hardcore cartels* en sectores de relevancia para el conjunto de la economía y de un ámbito geográfico nacional.

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

Muchos otros expedientes son de menor dimensión o de un ámbito geográfico aún más limitado como las Resoluciones de 4 de marzo de 2003 (Expediente 532/02, Autoescuelas Coslada), de 21 de septiembre de 2000 (Expediente 474/99, Lonja Pescado Vigo), de 23 de mayo de 2000 (Expediente 462/99, Autoescuelas Tenerife), de 9 de marzo de 2000 (Expediente 461/99, Autoescuelas Alcalá), de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos),

de 29 de diciembre de 1998 (Expediente 422/98, Arquitectos Andalucía) o de 14 de abril de 1998 (Expediente 374/96, Aparejadores Valencia y Alicante).

En otros casos, se trata de recomendaciones colectivas para la fijación de precios o condiciones comerciales iguales emanadas de acuerdos tomados en el marco de una asociación empresarial, como, por ejemplo, las Resoluciones de 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA), en la que se sancionó a la Unión Española de Entidades Aseguradoras con una multa de 480.809 euros por adoptar una recomendación colectiva de subida de la prima del seguro de automóvil dirigida a todas las empresas que formaban parte de la Asociación, o de 3 de junio de 1997 (Expediente 352/94, Industrias lácteas), en la que el Tribunal sancionó con multas globales de 7,1 millones de euros a un grupo de empresas fabricantes de productos lácteos por adoptar una política común de precios a través de una recomendación colectiva hecha desde la Federación Nacional de Industrias Lácteas.

Existen también expedientes que se refieren a acuerdos entre competidores para presentar ofertas homogéneas a concursos públicos como las Resoluciones de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99, Agencias de Viaje), en la que el Tribunal impuso sanciones que totalizaron 4,5 millones de euros a un grupo de agencias de viaje que habían acordado presentar ofertas iguales a un concurso del INSERSO; o de 30 de septiembre de 1998 (Expediente 395/97, Vacunas antigripales), en la que el Tribunal impuso sanciones por un monto total de 722.266 euros a un grupo de empresas fabricantes de vacunas antigripales por acordar la fijación de los mismos precios en sus ofertas a un concurso convocado por el Sistema Andaluz de Salud. En la misma línea se encuentran Resoluciones relativas a conductas colusorias puntuales como la de 29 de noviembre de 1999 (Expediente 432/98, Líneas Aéreas), en la que se sancionó a un grupo de líneas aéreas con una multa global de 841.416 euros por la suscripción de Acuerdos Interlínea restrictivos de la competencia.

Se trata, indudablemente, de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas. Sin embargo, los efectos de la presentación de ofertas iguales a concursos públicos por parte de un grupo de empresas competidoras, la suscripción puntual de Acuerdos Interlínea anticompetitivos por parte de líneas aéreas o las recomendaciones colectivas en el marco de asociaciones empresariales o colegios profesionales siendo graves no lo son tanto, para el funcionamiento competitivo de los mercados, como los derivados de los *hardcore cartels*, no limitados a un determinado concurso o actividad, que afectan a las actuaciones comerciales claves de las empresas implicadas y cuyos efectos se extienden a un área geográfica amplia y un período prolongado de tiempo.

Éstos son los acuerdos colusorios que la teoría económica reiteradamente ha venido reconociendo como los más dañinos para el funcionamiento competitivo de los mercados y, por ende, para el conjunto de

la sociedad. Buena muestra de ello es el reconocimiento que la OCDE incluye en su documento *Effective Action Against Hard Core Cartels* de 1998 en el que se señala que

«los hardcore cartels son la más egregia violación de la normativa de competencia y perjudican a los consumidores en muchos países incrementando precios y restringiendo la oferta, por tanto, impidiendo el acceso a los bienes y servicios a algunos compradores y encareciéndolos innecesariamente para el resto».

Y es en la persecución de este tipo de conductas donde el sistema español de defensa de la competencia ha mostrado mayor debilidad. Son muy pocos los ejemplos de expedientes sancionadores relativos a estos *hardcore cartels* que el Tribunal ha resuelto en los últimos quince años.

Entre estos escasos ejemplos encontramos las Resoluciones de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas azucareras con multas globales de casi 8,8 millones de euros por concertar el precio de venta del azúcar para usos industriales; de 11 de diciembre de 1998 (Expediente 409/97, Sandoz), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas fabricantes de productos dietéticos con multas globales de 751.866 euros por la fijación coordinada de los precios de venta al público de alimentos dietéticos infantiles, o de 10 de junio de 1997 (Expediente 370/96, Desmotadoras de algodón), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas desmotadoras de algodón con multas globales de más de un millón de euros por acordar precios.

Además, esta escasez de resoluciones relevantes relativas a *hardcore cartels* en nuestro país contrasta con los expedientes sobre conductas abusivas de posiciones de dominio que se han extendido a sectores de gran trascendencia para el conjunto de la economía como son telecomunicaciones, energía, transporte, servicios postales, distribución comercial, ocio o seguros. En una etapa de liberalización y privatización de empresas públicas en algunos de estos sectores, la actuación de las autoridades españolas de defensa de la competencia frente a los abusos de posición de dominio que pudieran evitar la entrada de nuevos competidores o dañar la estructura competitiva del mercado correspondiente ha sido prolija y ha coadyuvado a la transición de estructuras de mercado basadas en monopolios públicos a otras basadas en las reglas de la libre competencia. Es conocida por todos la relevancia de, entre otras, Resoluciones del Tribunal como las 536/02 (IFCC/Correos), 518/01 (Internautas/Telefónica), 514/01 (Iberia), 513/01 (Tubogas/Repsol) o 482/00 (Gas Natural Castilla-León) para el proceso de liberalización de sectores caracterizados hasta hace pocos años por monopolios públicos.

Llegados a este punto cabe preguntarse por una razón válida que explique la diferencia de eficacia mostrada por nuestro sistema en la lucha contra los *hardcore cartels* frente a los abusos de posición de dominio. Probablemente, no hay una única explicación pero no cabe duda de que

las características propias de cada tipo de conducta determinan el mayor o menor éxito de las autoridades administrativas en su persecución.

Es habitual que la complejidad mayor de los expedientes relacionados con casos de abusos de posición de dominio se refiera a la calificación jurídica de los hechos. En este tipo de casos el acceso a documentación y pruebas que verifiquen los hechos denunciados no suele ser un problema importante para la labor del Servicio de Defensa de la Competencia.

La dificultad en la evaluación de este tipo de expedientes suele girar alrededor de la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada. Los hechos suelen ser aceptados por las partes, produciéndose el contraste de impresiones respecto a su calificación jurídica.

En el caso de los cárteles ocurre lo contrario. La dificultad de este tipo de expedientes no suele girar en torno a la calificación jurídica de las conductas sino a la existencia o no de documentación acreditativa de los hechos denunciados. En estos casos las empresas que han llevado a cabo la conducta colusoria son normalmente conscientes de su carácter ilegal por lo que suelen adoptar medidas de prevención para la eliminación de pruebas y documentación comprometida.

Esta circunstancia provoca que la investigación del Servicio de Defensa de la Competencia sea a menudo extraordinariamente compleja y, en muchas ocasiones, resulte incapaz de recabar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de infracción. Si a ello añadimos la escasez de medios disponibles por el Servicio para llevar a cabo este tipo de investigaciones, estaremos muy cerca de encontrar la explicación al contraste de eficacia mostrada por el modelo español de defensa de la competencia en su lucha contra los *hardcore cartels* respecto a los abusos de posición de dominio.

¿Qué podría hacerse para solucionar esta situación? Por supuesto, dotar de mayores medios al Servicio de Defensa de la Competencia, pero me temo que esto no sería suficiente. Hay que disponer de nuevos instrumentos y, entre éstos, merecen una especial atención los programas de clemencia debido a los excelentes resultados que están ofreciendo en aquellos países donde ya se están aplicando.

Los programas de clemencia, según los cuales la empresa que denuncia la existencia de un cártel en el que ella misma haya participado y aporte pruebas concluyentes a la autoridad instructora se podrá beneficiar de una reducción e, incluso, exención de la sanción que la autoridad competente imponga en el expediente correspondiente, están ya presentes en la jurisdicción comunitaria, en Estados Unidos y en algunos sistemas nacionales de la Unión Europea como los de Inglaterra o Francia.

La Comisión Europea publicó el pasado 19 de febrero de 2002 una Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción

de su importe en casos de cártel en la que se establece la filosofía que subyace a este tipo de programas y los procedimientos para que las empresas se beneficien de ellos.

Esta Comunicación sustituye a otra de similares características de 1996 que contenía algunas lagunas e incertidumbres que limitaron los efectos positivos de este instrumento, al no ser percibida por las empresas como suficientemente clara y atractiva, y que hicieron ineficaz su aplicación.

Es en el apartado cuarto de la introducción de la Comunicación de 2002 donde se sientan los principios pragmáticos que explican la puesta en marcha de este tipo de programas:

«La Comisión considera que es redundante en el interés de la Comunidad conceder un trato favorable a las empresas que cooperen con ella. Para los consumidores y ciudadanos prima el interés por que se descubran y prohíban los cárteles secretos sobre el interés en que se multe a las empresas cuya colaboración haya permitido a la Comisión detectar y prohibir tales prácticas».

El éxito de este instrumento de la Comisión Europea en la lucha contra los cárteles desde la publicación de la Comunicación de 2002 es indudable: alrededor del 80 por 100 de los cárteles que la Comisión sanciona actualmente tienen su origen en la cooperación de una empresa que decide acogerse a este tipo de programas.

De hecho, en los últimos años este instrumento está permitiendo a la Comisión Europea detectar cárteles muy dañinos para los consumidores europeos en sectores como la banca, los seguros, los productos químicos o los productos farmacéuticos.

Esta efectividad provoca que en numerosos foros se destaque la lucha contra los cárteles como uno de los estándares más exitosos del modelo comunitario de defensa de la competencia.

El sistema español de defensa de la competencia no puede permitirse mantener más tiempo su debilidad en la lucha eficaz contra los cárteles. Por ello, creo que es necesario hacer una profunda reflexión sobre la posibilidad de introducir programas de clemencia en nuestro modelo.

Es indudable que la introducción de este tipo de instrumentos no está exenta de obstáculos. En primer lugar, el modelo institucional español, en el que la instrucción de los expedientes sancionadores es responsabilidad del Servicio de Defensa de la Competencia mientras que su resolución recae en el Tribunal, conlleva una dificultad adicional.

Esta situación no se produce en el caso de la Comisión Europea dado que el órgano que resuelve y, en su caso, decide las sanciones a imponer es el mismo que instruye los expedientes.

En nuestro país, con el actual sistema, la institución que se beneficiaría de la aportación documental y probatoria de la empresa cooperante sería el Servicio de Defensa de la Competencia, mientras que la inmunidad

sancionadora habría de ser concedida por el Tribunal. En cualquier caso, no es una dificultad insalvable; más aún teniendo en cuenta los beneficios para el sistema que se derivan de la aplicación de estos programas.

Se han apuntado algunos obstáculos adicionales para la implantación en España de este tipo de prácticas. En algunos casos se señala la difícil cabida que encuentran estos programas en el marco constitucional y, en especial, en sus arts. 9 o 14 en lo relativo al principio de «igualdad ante la ley».

Sin ánimo de minimizar este hipotético obstáculo, no debemos olvidar que programas similares a los de clemencia ya existen en nuestro país, por ejemplo, en la lucha antiterrorista. De la misma forma, la igualdad ante la Ley no es un principio exclusivo de nuestro Estado de Derecho, sino que también se recoge en las normas supremas de países, como Francia o Estados Unidos, que cuentan con programas de clemencia en la lucha contra los cárteles.

Otro obstáculo señalado con frecuencia es el que se refiere a los efectos civiles del beneficio a la exención de sanciones otorgado a la empresa cooperante por la autoridad de defensa de la competencia.

El apartado 2 del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia señala:

«Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley».

De ahí se deriva que, una vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicta una resolución declarando que un determinado acuerdo supone una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ese acuerdo pasa a ser nulo de pleno derecho. Esa nulidad puede ser aducida en un procedimiento civil para solicitar indemnizaciones por daños y perjuicios.

En este punto es donde se señalan obstáculos adicionales para la introducción de programas de clemencia en nuestro sistema, puesto que habrá que determinar en qué medida el beneficio de dispensa de sanciones extendido por una autoridad administrativa como el Tribunal de Defensa de la Competencia a una empresa cooperante en la investigación tiene efectos en el ámbito civil.

Si no se arbitra un sistema de extensión de los efectos de los programas de clemencia a la jurisdicción civil, los incentivos de las empresas para cooperar con las autoridades administrativas se reducirán notablemente, puesto que si bien se verán dispensadas de las sanciones administrativas no lo estarán de las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios en la vía civil.

Estoy seguro que no se trata de obstáculos menores pero, en cualquier caso, debemos ser conscientes de que no podemos mantener un sistema

moderno de defensa de la competencia si no logramos paliar las debilidades observadas en la lucha contra los cárteles que, como señala acertadamente el apartado segundo de la Comunicación de 2002, son una de las prácticas anticompetitivas más dañinas, puesto que

«al limitar de forma artificial la competencia que de otro modo existiría entre las empresas, éstas se sustraen precisamente a aquellas presiones que les impulsan a desarrollar sus productos y a introducir métodos de fabricación más eficaces. Este tipo de prácticas provoca además el encarecimiento de las materias primas y de los componentes que las empresas comunitarias adquieren a los productores. A largo plazo, ocasionan una pérdida de competitividad y reducen las oportunidades de empleo».

5. ¿ES NECESARIA UNA REVISIÓN DEL MODELO INSTITUCIONAL?

La debilidad mostrada en la lucha contra los cárteles probablemente sea la deficiencia más importante de nuestro sistema de defensa de la competencia. Sin embargo, y reiterando una vez más la calificación positiva que debe merecer el papel global que la defensa de la competencia ha jugado en el desarrollo de la economía española en la última década, es indudable que tanto la experiencia acumulada en la aplicación de la Ley de 1989 como la evolución de esta materia a nivel mundial deben hacernos reflexionar acerca de la oportunidad de llevar a cabo una revisión de nuestro modelo institucional.

A nivel internacional se observa recientemente una convergencia de la mayoría de sistemas de los Estados miembros de la Unión Europea hacia un modelo de una sola institución administrativa encargada tanto de la instrucción como de la resolución de los expedientes sancionadores. Actualmente, Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia cuentan con un modelo institucional de defensa de la competencia de estas características. Dentro de los quince antiguos Estados miembros sólo Bélgica, Francia y España permanecen con un modelo basado en dos instituciones.

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y del resto del paquete de modernización es otro motivo para reflexionar sobre la idoneidad del actual modelo, pues el mismo demanda un fortalecimiento de los mecanismos de cooperación y colaboración entre autoridades nacionales.

A. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO 1/2003

Hasta la entrada en vigor de este Reglamento, la convergencia de los sistemas de defensa de la competencia de los Estados miembros se limitaba al plano sustantivo en la medida que las legislaciones nacionales

asumían de forma mimética las prohibiciones incluidas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE. En el ámbito de los procedimientos o los modelos institucionales, esta convergencia no se planteaba dado que los mecanismos de cooperación y colaboración entre autoridades nacionales eran muy escasos.

Sin embargo, a partir del pasado 1 de mayo se ha producido una descentralización muy importante de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE en los Estados miembros, ya que, a partir de esa fecha, serán competentes para analizar los casos que limiten sus efectos a un máximo de tres países.

Esta descentralización, como señalábamos en el apartado segundo de este artículo, conlleva la necesidad ineludible de fortalecer los mecanismos de coordinación y colaboración entre autoridades nacionales, de lo que se han encargado la Comunicación sobre cooperación en la Red Europea de Competencia y el Manual de procedimiento que la acompaña.

En ellos se establece un complejo sistema que persigue solucionar los asuntos más espinosos del nuevo modelo, entre los que destacan los siguientes:

- Mecanismos para asignación de casos.
- Mecanismos para el desarrollo de las investigaciones conjuntas cuando un caso afecte a más de un Estado miembro.
- Mecanismos para el intercambio de información entre unas autoridades y otras.
- Mecanismos para el tratamiento de la información confidencial cuando se remita documentación de unas autoridades a otras.
- Mecanismos para informar sobre el inicio de investigaciones en un determinado país.
- Mecanismos para informar de los proyectos de decisiones relativos a los arts. 81 y 82 del Tratado CE que vayan a adoptar las autoridades nacionales.
- Mecanismos para presentar observaciones a proyectos de decisiones a adoptar por otras autoridades nacionales.
- Mecanismos para extender los beneficios otorgados por una autoridad nacional a una empresa cooperante en el marco de aplicación de un programa de clemencia.

Es aún pronto para determinar si el sistema previsto en la Comunicación y el Manual de procedimiento correspondiente están funcionando correctamente, pero se puede adelantar una primera conclusión: el proceso de descentralización inherente a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 lleva implícito la necesidad de una mayor coordinación entre autoridades nacionales. Para ello, la disposición de modelos institucionales similares en todos los Estados miembros y, en particular, modelos basados en una única autoridad es una ventaja tangible para agilizar estas relaciones.

Bajo un sistema como el actual, a modo de ejemplo, la cooperación entre las autoridades británicas y españolas de defensa de la competencia con modelos institucionales distintos plantea algunas cuestiones cuya respuesta es incierta:

— ¿Qué autoridad española debe reconocer el tratamiento a otorgar a una documentación remitida por la autoridad británica y considerada por ésta como confidencial?

— ¿Qué autoridad española debe decidir sobre la validez en España de los beneficios otorgados por la autoridad británica a una empresa cooperante en el marco de aplicación de un programa de clemencia?

— En el caso de investigaciones llevadas a cabo por varias autoridades nacionales, ¿qué tratamiento debe darse a los recursos planteados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia contra acuerdos del Servicio?

— En este mismo sentido, ¿sería recurrible ante el Tribunal una decisión del Servicio por la que se asigne un caso con efectos en el mercado español a una autoridad de otro Estado miembro?

En fin, éstos no son más que algunos ejemplos pero que sirven para dar buena muestra del número de cuestiones que permanecen abiertas.

B. REFLEXIONES DERIVADAS DE LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 1989

No obstante, no es sólo la realidad derivada de la entrada en vigor de este paquete de modernización la que invita a proceder a un examen crítico del modelo institucional español que pudiera concluir en la necesidad de su revisión, la experiencia acumulada en estos últimos quince años también nos ofrece algunas enseñanzas interesantes a este respecto.

El legislador español ha hecho un esfuerzo importante en estos últimos años por reducir los plazos de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores. En un principio, la Ley no preveía plazos para estas fases del procedimiento; posteriormente, se introdujo un plazo de dieciocho meses para cada una de ellas, y, finalmente, este plazo se ha reducido a doce meses.

Se trata de un avance muy importante en muy poco espacio de tiempo. Sin embargo, la realidad del funcionamiento de los mercados pone de manifiesto que los dos años que demora en resolverse un expediente sancionador en la vía administrativa pueden resultar un plazo de tiempo excesivamente largo para que la decisión adoptada en relación con determinadas conductas tenga efectos reales en el funcionamiento competitivo de los mercados.

Me refiero, por ejemplo, a los abusos de posición de dominio en sectores recientemente liberalizados. La estructura habitual de este tipo de mercados suele caracterizarse por una gran asimetría entre el antiguo monopolio público y el resto de competidores; que, si la liberalización

tiene éxito, habrá de ir corrigiéndose con el paso del tiempo. Esta situación conlleva en ocasiones que la empresa dominante sea, al mismo tiempo, la propietaria de infraestructuras esenciales para el desarrollo de la actividad correspondiente.

Estas características implican que las prácticas abusivas llevadas a cabo por las empresas dominantes en este tipo de sectores tengan efectos muy dañinos en la estructura competitiva de estos mercados y, en particular, en el proceso de avance hacia la liberalización plena.

Las autoridades de defensa de la competencia deben tener capacidad para actuar de una manera ágil ante este tipo de situaciones y lograr el restablecimiento de las condiciones de competencia en el tiempo más corto posible respetando las garantías jurídicas propias del procedimiento sancionador.

Los dos años que, actualmente, contempla la Ley española para la instrucción y resolución de expedientes sancionadores en la vía administrativa son un plazo que, desde esta perspectiva, puede considerarse excesivamente largo. De hecho, encontramos referencias cercanas que reafirman esta percepción. La legislación italiana, por ejemplo, fija un plazo máximo de seis meses para que la autoridad de competencia de este país instruya y resuelva expedientes relativos a abusos de posición de dominio.

Llegados a este punto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿podrían reducirse los plazos de instrucción y resolución de expedientes sancionadores en vía administrativa en el modelo español? Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa.

Y es así porque la principal explicación de la excesiva duración de estos plazos se deriva del esquema institucional de nuestro sistema. La separación institucional de las fases de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores provoca que, en buena medida, algunas partes del procedimiento se dupliquen.

A modo de ejemplo, en el modelo español una vez que el Tribunal ha recibido el informe-propuesta del Servicio se pone de nuevo el expediente de manifiesto a las partes para que soliciten la celebración de vista o propongan nuevas pruebas. Tras la celebración de la vista o la práctica de cuantas pruebas el Tribunal estime procedentes se vuelve a dar intervención a los interesados para que presenten sus conclusiones.

Si tenemos en cuenta que los interesados ya han tenido diversas oportunidades de presentar sus alegaciones y proponer pruebas en la fase de instrucción ante el Servicio, incluso al Pliego de Concreción de Hechos, estas nuevas posibilidades que se abren en la fase del procedimiento ante el Tribunal pueden considerarse como una duplicación de actuaciones que, en la mayoría de las ocasiones, no implica la aportación de nuevos aspectos importantes para la resolución de los expedientes.

Esta duplicidad de actuaciones en el procedimiento sancionador no se produce en aquellos modelos basados en una única institución que instruye y resuelve, con las debidas garantías para las partes, los expedientes, lo que permite reducir notablemente los plazos correspondientes.

En el afán por dotar de mayor agilidad al sistema español de defensa de la competencia también sería conveniente que se estudiaran vías para reducir los plazos de resolución de los recursos presentados contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en vía judicial.

En estos momentos los recursos contencioso-administrativos presentados ante la Audiencia Nacional contra sus resoluciones tardan un promedio de tres años en resolverse. En el caso de los recursos de casación ante el Tribunal Supremo el promedio se eleva hasta los cinco años. Estos plazos significan que, desde que un expediente es iniciado en el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que el Tribunal Supremo dicta sentencia relativa al recurso de casación correspondiente y, por tanto, se considera que la resolución es firme, pueden transcurrir alrededor de diez años.

La experiencia italiana también ofrece iniciativas de interés en este terreno con la especialización de una sección del Tribunal Administrativo del Lazio (con competencias similares en esta materia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestra Audiencia Nacional) en la revisión de las actuaciones de los organismos reguladores y la autoridad de defensa de la competencia o la aprobación de un procedimiento especial para este tipo de recursos que supone que *de facto* se estén resolviendo en un plazo promedio inferior a un año.

Otro de los beneficios derivados de la creación de una única autoridad administrativa independiente responsable de la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores sería la reducción del intervencionismo político del actual modelo español de defensa de la competencia.

El hecho de que tanto la recepción de denuncias como la apertura de oficio de expedientes sancionadores se realizara por un órgano independiente y que en el mismo se notificaran todas las operaciones de concentración que cumplieran los requisitos establecidos por la Ley, reduciéndose la presencia del Gobierno a casos excepcionales y tasados previamente con el máximo detalle, reforzaría realmente la eficacia y credibilidad del sistema. Sin duda, éste sería otro motivo destacado para considerar la creación de una autoridad única de defensa de la competencia en nuestro país.

Por último, también creo que la creación de una autoridad administrativa única conllevaría beneficios importantes a la hora de permitir revitalizar la actividad consultiva del Tribunal.

Durante buena parte de los años noventa, la labor del Tribunal en la elaboración de informes y en las actuaciones de difusión y promoción de la competencia en la actividad económica fue muy relevante y reco-

nocida por el conjunto de la sociedad. Esta labor se ha reducido en los últimos años por dos razones: el incremento de la carga de trabajo derivado del mayor número de expedientes a resolver y la escasa disponibilidad de medios para llevar a cabo esta labor.

En el momento actual de la economía española es imprescindible revitalizar esta actividad del Tribunal en beneficio del papel que la defensa de la competencia debe jugar en el mantenimiento de estructuras competitivas de mercado. Una reforma institucional que creara una única autoridad administrativa generaría sinergias y economías de escala que liberarían medios y recursos para reactivar estas actuaciones. De la misma forma, la nueva autoridad, al ser responsable de la instrucción de los expedientes sancionadores, tendría un conocimiento más cercano del funcionamiento de los mercados, muy positivo para la elaboración de este tipo de informes.

En línea con esta faceta consultiva de la autoridad de competencia sería oportuno recuperar la facultad que el Tribunal tenía hasta 1999 de informar los anteproyectos de normas con rango de ley que afecten a la competencia. Asimismo, también sería positivo informar con regularidad al Congreso de los Diputados de su actividad y de la situación de la competencia en los mercados.

En fin, existen motivos suficientes, tanto derivados de la evolución y los retos internacionales como de la experiencia interna de aplicación de la Ley de 1989, que nos invitan a reflexionar profundamente acerca de la necesidad de modificar el esquema institucional del sistema español de defensa de la competencia.

Esta modificación podrá materializarse de muchas formas, pero considero que, en todo caso, deben perseguirse como piedras angulares del nuevo modelo: la independencia, la credibilidad, la eficacia y la transparencia. De esta forma se logrará que la defensa de la competencia en España siga evolucionando y cumpliendo con eficiencia sus objetivos y razón de ser y, por ende, generando beneficios para el conjunto de la sociedad.

6. CONCLUSIONES

La defensa de la competencia ha logrado alcanzar en la actualidad un elevado nivel de madurez en nuestro país. Los agentes económicos, los medios de comunicación y, en general, el conjunto de la sociedad no dudan en reconocer el trascendente papel que la defensa de la competencia debe jugar para lograr estructuras de mercado que garanticen el funcionamiento eficiente de nuestra economía del que se deriven beneficios para los consumidores y empresas en forma de mayor competitividad y bienestar.

El modelo español de defensa de la competencia es perfectamente homologable con los sistemas de los países más desarrollados del mundo

y, en particular, con los de nuestros socios europeos y, al igual que en estos países, ha desempeñado una labor trascendental en una etapa histórica marcada por la liberalización y desregulación.

Sin embargo, este balance global positivo no debe ser obstáculo para que realicemos una reflexión meditada sobre los retos presentes y futuros de la defensa de la competencia a nivel nacional y mundial y sobre las experiencias extraídas tras quince años de aplicación de la Ley de 1989.

Esta reflexión debe plantear de forma abierta y transparente la posible revisión del esquema institucional de nuestro modelo valorando adecuadamente sus ventajas y desventajas en relación con el resto de opciones contrastadas a nivel internacional. Independientemente del resultado de esta reflexión, si decide emprenderse una reforma, ésta debería afrontarse desde una perspectiva global e integral dando acceso a todos los agentes afectados.

De esta forma se lograría garantizar que el texto de la Ley finalmente aprobado habría sido sometido de forma transparente al contraste y debate adecuado para una materia de la trascendencia que hoy día ostenta la defensa de la competencia. Ello nos permitiría iniciar la nueva etapa con las debidas garantías de estabilidad jurídica e institucional y supondría que el nuevo modelo podría mantenerse y adaptarse a la realidad cambiante de esta materia durante un largo período de tiempo.