

Sistema de defensa de la competencia

Luis Berenguer Fuster

Documento de trabajo 54/2004



Luis Berenguer Fuster

Diputado en el Parlamento Europeo. Licenciado en Derecho, ha sido profesor de la Universidad de Valencia y del Colegio Universitario de Alicante; ejerció la abogacía hasta 1993.

Posteriormente fue Consejero de Administración Pública y portavoz del Gobierno valenciano y vicepresidente de las Cortes valencianas. Fue Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia en los años 1995-1999.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Luis Berenguer Fuster

ISBN: 84-96204-54-5

Depósito Legal: M-31476-2004

Contenido

Resumen ejecutivo	5
Introducción. Orígenes del sistema español de defensa de la competencia	7
1 La Ley de Defensa de la Competencia	13
1.1 Mantenimiento de la separación entre el Servicio y el Tribunal	13
1.2 Paralelismo con el Derecho Comunitario	13
1.3 Régimen de amparo legal	14
1.4 Falseamiento de la libre competencia por actos desleales	14
1.5 Dificultades para la ampliación judicial del Derecho de la competencia	14
1.6 Elaboración de informes	15
1.7 Procedimiento de control de concentraciones	15
1.8 Intervención en los supuestos de ayudas públicas	16
2 Las reformas de la Ley de Defensa de la competencia	17
2.1 Fortalecimiento del Servicio de Defensa de la Competencia en detrimento de las competencias del Tribunal	17
2.2 Configuración del TDC como organismo autónomo	18
2.3 Notificación obligatoria en las concentraciones	18
2.4 Ampliación de las competencias del TDC en materia de ayudas públicas	19
2.5 Tipificación de la figura del abuso de dependencia económica	19
3 La reforma del Derecho comunitario de la competencia	20
3.1 Sustitución del régimen de autorización por uno de excepción	21
3.2 Aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia	21
3.3 Posibilidad de adoptar medidas estructurales en los expedientes de conductas	22
3.4 Medidas de carácter procesal	22
4 La reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia	24
4.1 Principios que deben inspirar el sistema institucional de defensa de la competencia	24
4.2 Otras modificaciones para la modernización del Derecho español de la competencia	28
5 Conclusión	29

Siglas

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LRPRC	Ley sobre la Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia
PAC	Política Agraria Común
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia

Sistema de defensa de la competencia

Luis Berenguer Fuster

Ex vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

La Ley de Defensa de la Competencia precisa de una rápida reforma que responda a las exigencias actuales de una adecuada política de la competencia. Se puede discutir sobre los principios que deban inspirar esa nueva legislación, pero nadie puede negar que se precise una nueva norma. En cualquier caso, se puede afirmar que no bastará con elaborar un nuevo texto, sino aprobar una Ley que sea la manifestación, en primer lugar, de un firme compromiso en favor de la profundización en una política de competencia, que responda a las necesidades del funcionamiento del mercado y que esté orientada hacia la mayor y mejor provisión de bienes y servicios, y a mejores precios. Una política de la competencia que vaya encaminada a favorecer a los ciudadanos en tanto que consumidores. Para ello es evidente que se precisa de la revitalización de los órganos encargados de la competencia, mediante el reforzamiento de su independencia.

En segundo lugar, será preciso elaborar una norma que, tanto en el fondo como en el procedimiento, mantenga el necesario paralelismo con las normas comunitarias. Finalmente, será preciso modificar, también en concordancia con la legislación comunitaria, las leyes procesales, para conseguir que la aplicación de las normas de la competencia por autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales no implique resoluciones contradictorias.

Las reformas necesarias deberán responder a un criterio de modernización, cuya aplicación deberá inspirar, igualmente, otras modificaciones del sistema vigente.

Es, por lo tanto, no sólo necesaria, sino urgente, la elaboración de una nueva norma que sustituya la Ley de Defensa de la Competencia y nos sitúe en las nuevas tendencias que se observan en los países de nuestro entorno, más preocupados por la defensa de la libre competencia. Por ello, en breve, presentamos las siguientes propuestas.

- Se necesita una configuración institucional de los órganos encargados de la competencia: la dualidad actual de Servicio y Tribunal no es sostenible.

- Habrá que dotar a la autoridad de la competencia de un rango administrativo en el organigrama del Estado y de la correspondiente independencia de la autoridad encargada de la competencia.
- El Servicio de Estudios y la elaboración de informes han de dar prestigio a la institución, que habrá de actuar en coordinación con otros organismos del Estado.
- Ha de ejercer un control de la actividad administrativa respecto a toda actuación de carácter anticoncurrencial.
- El órgano encargado de la competencia ha de tener la última palabra en el control de concentraciones y no el Gobierno como en el sistema actual.
- Como ocurre en Europa el control de las ayudas públicas ha de ser uno de los pilares de la política de competencia.
- Para evitar solapamientos hay que establecer un mecanismo que coordine las Comisiones Reguladoras sectoriales y mantener relaciones con los órganos autonómicos.

Introducción

Orígenes del sistema español de defensa de la competencia

Cuando tuvo lugar la aparición de las normas de la competencia en los Estados Unidos en los últimos años del siglo XIX, con la aprobación de la Sherman Act y, algo más tarde, de la Clayton Act, ni el análisis de su contenido ni el de las razones que determinaron tal aparición podían hacer prever la importancia y la extensión que iban a alcanzar en el futuro.

En la última década del siglo XIX una proliferación de malas cosechas y el hecho de que los canales de comercialización de los productos agrícolas, particularmente del grano de trigo, estuvieran concentrados en unas pocas manos, que acumulaban un considerable poder económico de compra frente a los empobrecidos campesinos, estuvieron a punto de provocar una revuelta en los Estados Unidos. Era, por así decirlo y aun a riesgo de simplificar, una de las primeras ocasiones en las que se ponían de manifiesto las deficiencias de una interpretación demasiado literal del principio de *laissez faire*, y se hacía necesaria una cierta intervención del Estado. La mano mágica de la economía no parecía funcionar cuando los compradores de grano de trigo eran unos pocos y, además, se ponían de acuerdo para pagar a los agricultores unos precios que les aseguraban grandes beneficios, pero condenaban a los productores al hambre y la ruina.

Por ello se promulgó la Sherman Act, que tipificó como conductas contrarias al mercado aquéllas en las que habían incurrido los grandes almacenistas y comercializadores de productos agrícolas. Por un lado, cuando a la hora de negociar, existía tal desproporción entre el poder de compra de los almacenistas y el de los agricultores y, además, éstos únicamente podían vender sus productos a un comprador, el principio de la libre fijación del precio por la libre concurrencia de la oferta y la demanda entraba en crisis.

De la misma forma que entraba en crisis cuando, en el supuesto de existir varios compradores, éstos se concertaban para ofrecer el mismo precio. Así, en la Ley se consideraron contrarias a derecho estas dos conductas, que lesionaban los intereses de los agricultores, aun cuando pudiera considerarse que eran consecuencia de una estricta observancia del principio de libertad empresarial. Resulta aventurado decir si el legislador norteamericano, al tiempo que pretendía la defensa de los intereses de los campesinos y también la de

los pequeños comerciantes, perseguía una correcta ordenación del mercado, aunque es justo reconocer que lo consiguió.

El análisis del origen de la legislación de defensa de la competencia y el hecho de que estuviera encaminada a la protección de determinados intereses de las partes más débiles en unas negociaciones comerciales han hecho que muchos críticos de esa legislación la hayan tachado de legislación populista. No es extraño encontrar tales críticas entre los más ortodoxos seguidores de la Escuela de Chicago o en los sectores del pensamiento económico más señaladamente conservadores. Y en cierta medida no les falta razón. La legislación de defensa de la competencia, en la medida en la que permite el enjuiciamiento de determinadas conductas realizadas en el mercado y su posible prohibición, es una legislación intervencionista. No resulta, por lo tanto, extraño que quienes, aun hoy en día, y tal vez con más fuerza en los últimos tiempos, se muestran frontalmente contrarios a cualquier cosa que suene a intervención del Estado en la economía, se muestren al mismo tiempo poco partidarios de la actuación de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia. Y, si no les resulta posible pedir su desaparición ante cualquier ampliación de su campo de actuación, manifiesten su disconformidad.

Pero, con independencia del origen del nacimiento de esa legislación, es cierto que pocas normas han tenido tanta aplicación y una extensión geográfica tan generalizada. Porque lo cierto es que pocas normas han surtido tantos efectos a la hora de ordenar el mercado, y esto porque el acierto del legislador americano del siglo XIX fue calificar como antijurídicas y contrarias al mercado ciertas conductas que constituían, además de una agresión a los intereses de los agricultores y pequeños comerciantes, un atentado contra el propio mercado. Y precisamente en el acierto al diagnosticar que tales conductas constituían una cortapisa para el adecuado funcionamiento del mercado radica la razón del éxito de la propia legislación. Resulta admirable que, a pesar de la creciente complejidad de la realidad económica actual, muy poco parecida a la de finales del XIX, la tipificación de las conductas anticompetitivas, sean colusorias o abusivas, siga siendo la misma. Asimismo resulta admirable que esa legislación haya prestado a lo largo de los años tan buenos servicios para asegurar el buen funcionamiento del mercado.

La aplicación de la legislación de la competencia ha asegurado que los mercados actúen sin interferencias derivadas bien de conductas abusivas de una posición dominante, bien de acuerdos entre empresarios. En definitiva, ha permitido visualizar que la competencia permite, por ejemplo, la obtención de los mejores precios posibles, ya que, si el mercado funciona de forma competitiva, cualquier intento de aumentar los precios de forma anómala será contestada por los competidores. Al mismo tiempo un régimen de libre competencia asegura la eficiencia de las empresas, porque sólo una empresa eficiente se encuentra en condiciones de contestar a las estrategias de sus competidores.

Pero no sólo la legislación de defensa de la competencia ha tenido una considerable vigencia en el país que la alumbró; es que pocas veces una legislación ha influido tanto y

tan decisivamente en otros países. La generalización de su aplicación ha ido paralela a una extensión territorial sin precedentes, hasta el punto de que en la actualidad el primer test que se realiza para analizar si un país entra en vías de desarrollo y puede incorporarse a una economía cada vez más integrada es observar si tiene legislación de defensa de la competencia, y la aprobación de una legislación de ese tipo constituye una de las primeras recomendaciones que realizan los organismos económicos supranacionales a los países que desean modernizar su estructura económica. Buena prueba de esa afirmación es el hecho de que una de las primeras exigencias que la Unión Europea realiza a los países candidatos a integrarse en ella es la de aprobar una legislación en materia de defensa de la competencia. De la misma forma que los Estados Unidos exigieron a los países europeos, tras la Segunda Guerra Mundial, que incorporaran a sus legislaciones las normas encargadas de la defensa de la competencia. Con razón, y en frase tremendamente gráfica, el maestro de mercantilistas, Garrigues, manifestó que los soldados americanos que desembarcaron en Normandía llevaban en sus mochilas una legislación de defensa de la competencia, cuya aprobación fue extendiéndose por toda Europa occidental en los años posteriores a la contienda. Si se quieren extraer consecuencias de este hecho, y no precisamente exageradas, hoy en día podríamos decir que la legislación de defensa de la competencia constituye el primer pilar de la globalización.

En términos europeos podríamos decir que, a pesar de nuestra rica y variada tradición jurídica, la legislación en materia de defensa de la competencia no ha formado parte de esa tradición. Nuestra tradición en materia de competencia se canalizaba fundamentalmente hacia la legislación en materia de competencia desleal, con un destacado signo corporativista, es decir, se legislaba contra los incumplimientos de las normas que los comerciantes consideraban correctas para competir entre sí. Y, a pesar de ello, en la actualidad la legislación sobre la competencia constituye la base para la aplicación de una de las políticas europeas más importantes, como es la política comunitaria de la competencia, que ha sido fundamental para que el mercado único haya sido una realidad. Si tal es así, no es menos cierto que las normas comunitarias de la competencia constituyen uno de los más claros ejemplos de la afirmación de Garrigues.

Pero, a pesar de todo ello o precisamente por ello, tal vez uno de los problemas de la aplicación de la legislación en materia de defensa de la competencia radique en la falta de tradición para considerar que algunas de las conductas anticompetitivas son contrarias a derecho. Es cierto que en el Derecho continental europeo la figura del abuso de posición dominante entronca con nuestra tradición del abuso de derecho, pero, no ha resultado fácil hacer comprender a ciertos sectores que cuando los competidores se ponen de acuerdo para fijar los precios o repartirse el mercado están actuando contra la Ley, y quien así actúa merece la reprobación social que merece todo infractor de las normas. Todos hemos tenido ocasión de oír cómo hay –cada vez menos, por fortuna– quien considera que pactar los precios con los competidores constituye una forma normal de actuar para no caer en “una competencia salvaje”. El profesor Kowalski narra siempre que, con ocasión de visitar un país en vías de desarrollo para promover por cuenta de un

organismo internacional la legislación de libre competencia, se entrevistó con el máximo representante de los empresarios, quien le solicitó asesoramiento sobre la mejor forma para hacer cumplir a todos los miembros de un sector los acuerdos horizontales adoptados en materia de precios. Cuando le respondió que con esa conducta en los Estados Unidos se acaba en la cárcel, se terminó la conversación.

Naturalmente esta ausencia de percepción social de rechazo hacia las conductas anticompetitivas ha dificultado una introducción, sin más, de la legislación de defensa de la competencia tal y como había sido concebida en los Estados Unidos, es decir, como una legislación penal que tipificaba como delictivas las conductas anticompetitivas. Hay un principio que siempre debe estar presente en cualquier política legislativa en materia penal, que consiste en que no se puede tipificar como delictivas aquellas conductas que la conciencia social no considere reprobables, y precisamente por ello, al menos en las legislaciones del Continente europeo, no pareció oportuno convertir la legislación de defensa de la competencia en una legislación penal. Pero era necesario, en cualquier caso, establecer un sistema encaminado a la persecución de las conductas colusivas o abusivas, y, para ello, se acudió a incluir tales conductas como sometidas a sanciones de carácter administrativo. Con ello se mantenía el carácter ilícito de esas conductas, pero con un grado de reprobación, en cierta manera, de menor intensidad.

Ubicada la legislación de la competencia en el campo del derecho administrativo sancionador, el siguiente problema radicaba en determinar cuál debería ser el órgano administrativo encargado de su aplicación. Por un lado, no se podía obviar que, al configurar la legislación dentro del campo del derecho administrativo, se cerraba la vía para que la aplicación la hicieran órganos jurisdiccionales. Si tal es así, no se podía perder de vista que con frecuencia en los conflictos en materia de la competencia hay conflictos entre particulares, y la actuación de la Administración Pública no resulta siempre idónea para dirimir conflictos entre particulares. Por otra parte, los órganos encargados de la defensa de la competencia no sólo se configuraban como órganos encargados de perseguir conductas, puesto que también deberían actuar como reguladores del mercado en materia de competencia, y existía una cierta tendencia a encomendar las funciones reguladoras del mercado –excepto obviamente las normativas– a las denominadas Administraciones independientes, por considerar que podían realizar sus funciones al amparo de presiones políticas. Así, los principales países que incorporaron la legislación de la competencia encomendaron su aplicación a órganos independientes, tales como el Bundeskartellamt en Alemania o el Conseil de la Concurrence en Francia. En cuanto a la Comunidad Económica Europea, que había incluido entre los preceptos de su Tratado Constitutivo la prohibición de las conductas anticompetitivas si dificultaban el comercio entre los Estados miembros, se encomendó su aplicación directamente a la Comisión Europea, que, si bien es cierto que no es un órgano independiente, al menos hay que coincidir en que se trata de un ejecutivo *sui generis* que no se somete directamente a elecciones y que, por lo tanto, puede actuar con un cierto grado de independencia y a cierto resguardo de las presiones políticas.

La legislación de defensa de la competencia también llegó a España, donde la cuestión se planteó en términos similares. En el año 1963, con antelación a varios países europeos, se aprobó en España la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Gaceta de Madrid –denominación histórica del BOE– núm. 175, de 23/07/1963, p. 11.144-52), una Ley que constituía un extraño caso de legislación moderna para la época. Si llama la atención que tal Ley pudiera aprobarse en unos años en los que se acababa de salir de la autarquía económica, no debe extrañar tanto si se tiene en cuenta que esa legislación era, en buena medida, consecuencia de las recomendaciones efectuadas en virtud de nuestros acuerdos con los Estados Unidos y nuestra pertenencia a la OCDE. Quien recuerde cuál era la primera ubicación del Tribunal de Defensa de la Competencia no le extrañará esta afirmación. El caso es que, aun con efectos limitados, la actuación de los órganos encargados de la defensa de la competencia contribuyó a eliminar algunas de las rigideces de nuestra economía, aunque tal vez no resulte exagerado manifestar que posiblemente la Ley de 1963, en sus primeros momentos al menos, tuvo más eco en las aulas y seminarios universitarios que en el mundo empresarial. Mientras tanto, los órganos encargados de la defensa de la competencia languidecían, si bien es cierto que algunas de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de aquellos primeros años de su funcionamiento gozan de un bien merecido prestigio.

El esquema concebido en la Ley constituye el resultado de curiosos equilibrios. En pocas palabras, a la hora de determinar qué órgano ha de encargarse de la persecución de las conductas anticompetitivas se produce la separación de las funciones propias de la instrucción de las funciones de resolución. La primera de ellas se encomendaba a un órgano directamente dependiente de la Administración –Servicio de Defensa de la Competencia– mientras que la resolución era una función de un órgano concebido como independiente, el Tribunal de Defensa de la Competencia. En cuanto al carácter del Tribunal, se configura como un órgano de características jurisdiccionales, ya que sus resoluciones, que recibían el nombre de sentencias, no podrían ser recurridas y, sin embargo, no se le otorgaba la facultad de imponer multas, ya que su poder quedaba limitado a la posibilidad de formular propuestas de multas, que en definitiva eran impuestas por el Consejo de Ministros. Como puede observarse, todo un complicado sistema de difícil calificación, que solamente resulta concebible en un régimen político carente de claras reglas constitucionales que reflejaran el principio de división de poderes.

Naturalmente, cuando nuestro país se dotó de normas constitucionales homologables, ese peculiar sistema debía ser modificado. El sistema por el que se optó para amoldar las disposiciones de la LRPRC a las previsiones de la Constitución de 1978 consistió en introducir exclusivamente las modificaciones imprescindibles para evitar la inconstitucionalidad sobrevenida de la ley: en concreto se suprimió el precepto por el que se establecía que las sentencias del TDC no eran recurribles. A partir de esa adaptación, el TDC dejó de ser un órgano jurisdiccional y quedó configurado como órgano administrativo y, en consecuencia, sus decisiones dejaron de recibir el nombre de sentencias para ser denominadas resoluciones, que podrían ser objeto de los correspondientes recursos contencioso-administrativos.

El hecho de que en los primeros años la Ley tuviera una limitada aplicación no puede ocultar los comentarios positivos que merece. La simple existencia de los órganos encargados de defensa de la competencia, aun cuando no estuvieran plenamente aprovechados, permitió su posterior lanzamiento en momentos en los que la modernización de nuestra economía constituía una exigencia inexcusable para nuestra integración en la Unión Europea. Pero el peculiar sistema institucional concebido en la Ley, aun con sus mínimas adaptaciones a la Constitución, resultaba insostenible. Téngase en cuenta, por poner un ejemplo, que el Tribunal dictaba una resolución por la se constataba la existencia de una infracción, pero la sanción era impuesta por el Consejo de Ministros. Por ello, quien era sancionado con frecuencia se veía obligado a interponer dos recursos contencioso-administrativos: un recurso ante la Audiencia Nacional contra la resolución del TDC, y otro ante el Tribunal Supremo contra la sanción impuesta.

1. La Ley de Defensa de la Competencia

Como consecuencia de las deficiencias de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia se hizo necesaria la elaboración de una nueva Ley. Se aprobó así la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 170, de 18/7/1989, p. 22.747-53). El esquema de la nueva Ley, que mantiene en gran medida los rasgos fundamentales de la Ley precedente, es como sigue.

1.1 Mantenimiento de la separación entre el Servicio y el Tribunal

Quizás la principal de las críticas que pueda dirigirse a la Ley de 1989 deba consistir en el mantenimiento de la duplicidad de órganos encargados de la tramitación de los expedientes. Y si en cualquier caso debe respetarse la previsión, establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la legislación de carácter general sobre la separación entre los órganos encargados de la instrucción y la resolución, no es menos cierto que no se sostiene el mantenimiento de la doble dependencia de los órganos y más en concreto la dependencia del Servicio respecto del Ministerio de Economía. Mientras se mantenga ese esquema, no podrá hablarse de plenitud de independencia de los órganos encargados de defensa de la competencia, máxime si, como ha ocurrido con posterioridad a 1996, muchas de las reformas introducidas en la Ley han ido encaminadas a fortalecer el órgano dependiente –el Servicio– en detrimento del Tribunal, que es el órgano independiente.

Por otra parte y en ese mismo orden de cosas, el mantenimiento de la total separación entre los dos órganos contribuye a alargar los procedimientos, lo cual va en detrimento de la eficacia en la persecución de las conductas anticompetitivas.

1.2 Paralelismo con el Derecho comunitario

La Ley española mantiene no sólo el paralelismo con el Derecho comunitario de la competencia en la descripción de las conductas anticompetitivas –lo cual resulta totalmente necesario, máxime si tenemos en cuenta que la descripción de las dos grandes conductas anticompetitivas coincide en la inmensa mayoría de las legislaciones existentes en el

mundo– sino que mantiene igualmente el esquema para el reconocimiento de las exenciones al principio de prohibición de las ententes colusorias que estaba vigente en la Comunidad Europea en el momento en el que se aprobó la Ley. Así, se establece que los acuerdos colusorios prohibidos por el artículo 1º de la Ley se podrán autorizar, bien por la Ley, bien por estar incluidos en un Reglamento de exención por categorías, bien por merecer una autorización singular tras la tramitación del correspondiente expediente.

1.3 Régimen de amparo legal

Aun cuando en el texto de la Ley se configura el amparo legal (artículo 2º LDC) como la primera de las excepciones al principio de prohibición de las conductas colusorias, excepción que consiste en afirmar que los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de una Ley no se considerarán incluidos en la prohibición del artículo 1º, la interpretación dada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a este precepto ha permitido una doctrina digna de ser tenida en cuenta en orden a la aplicación de la legislación de la competencia a la actividad de las administraciones públicas. Particularmente de interés resulta el análisis de las resoluciones que han aplicado este precepto a la actuación de los Colegios profesionales, en las que se ha distinguido los supuestos en los que los Colegios actuaban como administración pública, de los que actuaban como operador en el mercado (por ejemplo, decidiendo sobre precios). En este segundo supuesto estaban sometidos a la actuación de los órganos de defensa de la competencia.

1.4 Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La nueva Ley se estuvo tramitando en paralelo al proyecto de Ley de Competencia Desleal, aunque la disolución de las Cortes en 1989 impidió que ese proyecto quedara aprobado en esa legislatura, por lo que su tramitación tuvo que ser reiniciada en la legislatura siguiente. Aun así en la LDC se tipificó como contrarias a la libre competencia las conductas desleales que, por alterar de forma significativa la competencia, afectaban al interés público (art. 7º LDC).

1.5 Dificultades para la aplicación judicial del Derecho de la competencia

Uno de los problemas que no habían quedado resueltos desde que el Tribunal de Defensa de la Competencia había dejado de ser considerado como órgano jurisdiccional era el de la aplicación judicial de las normas de la competencia. De forma lógica, las resoluciones del TDC se limitaban a declarar la existencia de conductas prohibidas, y en todo caso a impedir

su continuación, pero no podían resolver acerca de la indemnización de los perjuicios que determinadas conductas habían producido a terceros. La cuestión relativa a la aplicación judicial ha sido muy recurrente, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha inclinado por su aceptación distinguiendo entre los supuestos en los que se persigue la realización de ciertas conductas, en cuyo caso la competencia corresponde a la Comisión Europea o las autoridades nacionales en materia de competencia, y los supuestos en los que se persigue, por ejemplo, la nulidad de un acuerdo por ser contrario al artículo 81 del Tratado, en un conflicto entre particulares, en cuyo caso el conocimiento puede corresponder a los órganos jurisdiccionales. La Ley española de 1989 optó por no facilitar la intervención de los jueces en la aplicación del Derecho de la competencia y, a tal fin, incluyó el artículo 13.2, según el cual la acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de las conductas anticompetitivas únicamente podría tener lugar una vez quedara firme la resolución del TDC que así lo declarara. Aun cuando no se hacía mención a otras acciones, la mera existencia de este precepto dificultó considerablemente la aplicación judicial del Derecho español de la competencia hasta el punto de que la postura del Tribunal Supremo, en la sentencia CAMPSA, se inclinara por la imposibilidad de promover las acciones encaminadas a impedir la continuación de un comportamiento abusivo hasta que el TDC se pronunciara. En fecha más reciente, el alto Tribunal, en la sentencia DISA, ha permitido el ejercicio de una acción de nulidad de un acuerdo colusorio, no incluido en ninguna de las exenciones por categorías, sin necesidad de previo pronunciamiento del TDC.

1.6 Elaboración de informes

En la reforma de 1989 le fueron asignadas al Tribunal de Defensa de la Competencia importantes funciones consultivas y de emisión de informes. No sólo se previó que el Tribunal emitiera informes sobre los anteproyectos de normas que afectaban a la competencia, sino que podría emitir informes sobre materia de competencia, a iniciativa propia o a instancias de las Comisiones parlamentarias, o bien de cualquier Administración Pública e incluso de las Asociaciones empresariales, sindicales o las de consumidores y usuarios. Durante un determinado período de tiempo, coincidiendo con la presidencia de Miguel Ángel Fernández Ordóñez, el TDC elaboró una serie de estudios en materia de desregulación, inicialmente incluidos en el correspondiente Plan de Convergencia, estudios que fueron objeto de una amplia difusión y de favorables comentarios por cuanto contribuyeron a introducir competencia en determinados sectores que habían permanecido al resguardo de ella.

1.7 Procedimiento de control de concentraciones

En la Ley de 1963 se preveía que las concentraciones que superaran determinados límites deberían ser notificadas a los solos efectos de su inscripción. A la hora de elaborar la Ley

de 1989 se consideró oportuno avanzar un paso más en el camino del control de concentraciones y se estableció un procedimiento de notificación voluntaria de las concentraciones que superaran determinados umbrales. La aprobación de tales concentraciones correspondería al Consejo de Ministros, previo informe preceptivo del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1.8 Intervención en los supuestos de ayudas públicas

Junto a la persecución de las conductas anticompetitivas y el control de las concentraciones, el tercer pilar de la intervención de los órganos encargados de la defensa de la competencia, siguiendo el modelo de la Comisión Europea, lo constituye el control de las ayudas públicas. Sin embargo, un sistema tal y como existe a escala europea dentro de la legislación nacional tiene un buen número de inconvenientes, por lo que la Ley de 1989, si bien previó la posibilidad de que el TDC emitiera un informe sobre las ayudas públicas, limitó la iniciativa de tales informes al Ministro de Economía y no estableció ninguna previsión sobre los efectos de tal informe, más allá del hecho de que el Ministro pueda proponer la supresión de tales ayudas.

2. Las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia

A partir de la primera victoria electoral del Partido Popular, en marzo de 1996, se inició una serie de reformas de la Ley de Defensa de la Competencia, frecuentemente poco elaboradas, realizadas en buena medida por Decretos-Leyes, en los que la urgencia brillaba por su ausencia, o en las denominadas Leyes de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, en las que, si desea buscarse un común denominador de todas ellas, habría que encontrarlo en el hecho de que se trata de reformas que son producto de la improvisación más que de una buena técnica legislativa. Muchas de estas reformas formaban parte de paquetes denominados de liberalización, pero con frecuencia, al menos en cuanto respecta a la modificación de la legislación de defensa de la competencia, iban en sentido diametralmente opuesto al anunciado, por cuanto tenían como resultado el incremento del intervencionismo por la vía de incrementar el papel del Servicio de Defensa de la Competencia. No es el momento de realizar el análisis individual y pormenorizado de todas y cada una de las reformas, sino, en todo caso, habrá que señalar algunos de los apartados de la Ley, tal y como han quedado tras haber pasado sobre ella el conjunto de más de siete normas con rango de Ley.

2.1 Fortalecimiento del Servicio de Defensa de la Competencia en detrimento de las competencias del Tribunal

Como anteriormente se ha indicado la única línea coincidente de buena parte de las ocho reformas llevadas a cabo en la LDC desde el año 1996 ha sido la de ir incrementando las competencias del SDC y, en paralelo, disminuir algunas de las competencias del TDC. Por vía de ejemplo se introduce el procedimiento de terminación convencional, tanto para los expedientes de persecución de conductas anticompetitivas como en materia de concentraciones, pero en ese sistema de terminación de los expedientes quien interviene es el Servicio, en detrimento del Tribunal.

Pero en cualquier caso, con ser importante el reforzamiento de las facultades del SDC, los aspectos del conjunto de reformas que más rechazables resultan son la disminución de las facultades del TDC y la disminución de su independencia. Entre las facultades del

Tribunal que se han suprimido figura la relativa a realizar informes en materia de competencia, que tan importantes resultados ha producido en el pasado. Pues bien, la Ley 52/1999 (BOE, núm. 311, de 29/12/1999, p. 45.778-87), de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, suprime esa facultad del Tribunal y se la encomienda al Servicio. En segundo lugar, en otra de las reformas se ha encomendado al Ministerio de Economía el “control de la eficacia” del Tribunal, lo cual resulta un extraño sistema de concebir la independencia de un órgano.

Pero, en cualquier caso, en este apartado el punto más destacable de las múltiples reformas no ha sido lo que se reforma, sino precisamente aquello que no se reforma. En efecto, a pesar de las modificaciones introducidas en la Ley, no se ha variado el sistema institucional encargado de la competencia y se ha mantenido la duplicidad de órganos –Servicio y Tribunal– con la dependencia del primero del Gobierno. El sistema pudo tener su razón de ser en 1963, y en mucho menor medida en 1989, pero en la actualidad no se sostiene en modo alguno. El querer mantener una dependencia del Gobierno de una parte del sistema institucional de defensa de la competencia –y aun reforzada!– sólo se explica si se pretende mantener la llave del sistema en manos gubernamentales.

2.2 Configuración del TDC como organismo autónomo

Una de las últimas reformas aprobadas consiste en modificar el texto de la Ley para configurar el Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo autónomo. Esta reforma quiso ser presentada –con escaso éxito por cierto– como un reforzamiento de la independencia del Tribunal, pero en realidad iba encaminada en un sentido que, en el mejor de los casos, resulta intrascendente. La independencia de un órgano se mide por el sistema de elección de sus miembros y por la imposibilidad de injerencias de otros órganos en su actividad, mientras que el hecho de ser organismo autónomo exclusivamente significa que el sistema de contratación es diferente, propio del Derecho privado y no del Derecho administrativo, pero no implica mayor independencia en su actividad.

2.3 Notificación obligatoria en las concentraciones

Entre los apartados positivos del paquete de reformas se debe resaltar que se elimina el carácter voluntario de la notificación para las concentraciones que superen determinados umbrales, y en su lugar se establece un sistema de notificación obligatoria.

2.4 Ampliación de las competencias del TDC en materia de ayudas públicas

En materia de ayudas públicas se introdujeron ciertas modificaciones en el texto de la Ley, consistentes fundamentalmente en el hecho de que el correspondiente informe del TDC sobre ayudas públicas podría emitirse no exclusivamente por iniciativa del Gobierno –como en la Ley de 1989–, sino también de oficio, pero sin optar por un verdadero sistema de control de ayudas públicas, que en cierta medida viniera a complementar el que corresponde a la Comisión Europea, en aplicación de lo previsto en el Tratado.

2.5 Tipificación de la figura del abuso de dependencia económica

En la tipificación de las conductas se introdujo una nueva conducta –siguiendo a la legislación francesa– que consiste en considerar anticompetitivo el abuso de situación de dependencia, que hasta el momento había estado contemplado en la Ley de Competencia Desleal.

3. La reforma del Derecho comunitario de la competencia

Mientras el legislador español se dedicaba a modificar una y otra vez la Ley de Defensa de la Competencia, el Derecho Comunitario de la competencia estaba siendo sometido a un profundo proceso de reforma y a un amplio debate de todos los sectores interesados. Este proceso de reforma se ha plasmado en la radical modificación de los Reglamentos de exención por categorías, tanto en lo que respecta a las restricciones verticales como a las horizontales, y finalmente ha concluido, en materia de conductas, en la sustitución del viejo y denostado Reglamento 17 de 1962 (DOUE n° P 013 de 21/02/1962, p.0204-11, edición especial en español: Capítulo 08 Tomo 1, p. 0022) por el Reglamento 1/2003 (DOUE n° L 001 de 04/01/2003, p.0001-25).

En la actualidad se encuentra en tramitación un Reglamento de reforma del Reglamento 4064/1989 (DOUE n° L 395 de 30/12/1989 p.0001-0012, rectificación DOUE n° L 073 de 20/03/1990, p. 0035, rectificación DOUE n° L 257 de 21/09/1990, p. 0013).

Este proceso de reformas está caracterizado por la aceptación de una concepción económica del Derecho de la competencia, más centrada en prohibir las conductas anticompetitivas de quienes se encuentran en situación de poder de mercado. Esta concepción introduce elementos del análisis económico y se centra en la persecución de las conductas analizando sus efectos en el mercado en sustitución del rigor formalista propio del derogado sistema de reglamentos de exención por categorías. Sin embargo, las reformas de la legislación española han permanecido de espaldas a estos cambios sustanciales operados en el Derecho comunitario, hasta el punto de que el legislador únicamente de forma tardía y parcial ha reaccionado ante los cambios que venían, si no impuestos, al menos aconsejados por el Derecho comunitario. Y hasta el momento ni tan siquiera han tenido efecto todos los cambios necesarios para mantener el adecuado paralelismo entre el Derecho nacional y el comunitario.

Prueba evidente de que tal proceso de adaptación no se ha llevado a efecto es el desconocimiento que parece tener el legislador español de que se ha aprobado un nuevo Reglamento de procedimiento 1/2003, que, si bien ha sido aprobado recientemente, no es menos cierto que sus líneas maestras eran sobradamente conocidas por estar contenidas en numerosos documentos comunitarios, especialmente en el Libro Blanco sobre modernización de las normas de competencia del año 1999 (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wp_modern_es.pdf).

En cualquier caso la imprevisión del legislador español ha quedado de manifiesto por cuanto que en la actualidad, ya aprobado el nuevo Reglamento comunitario, ha quebrado el paralelismo tradicional entre las normas españolas y comunitarias de la competencia.

Cuando se analizan las principales innovaciones aportadas por el nuevo Reglamento 1/2003, las divergencias quedan meridianamente claras, al tiempo que constituyen una manifiesta crítica a quienes, entre tanta reforma de la legislación de la competencia, han desdeñado la tarea más importante como es la de acompasar las reformas a aquéllas otras que se estaban produciendo en el Derecho comunitario. A partir de la vigencia del nuevo Reglamento comunitario, las más importantes modificaciones en materia de la competencia se pueden resumir en los siguientes puntos:

3.1 Sustitución del régimen de autorización por uno de excepción

Cuando se estaba elaborando el Tratado de Roma, al tratar de las normas de la competencia se planteó el problema de las excepciones a la prohibición de ententes colusorias, que tuvo lugar al elaborar el texto del actual artículo 81.3. En aquella ocasión se debatieron los partidarios de un régimen de autorización (Alemania) y los que preferían un régimen de exención legal (Francia). El texto del artículo 81.3 fue objeto de una solución de compromiso, con una redacción ecléctica que permitía ambos sistemas. Si esa solución era admisible en el texto del Tratado, no podía serlo a la hora de redactar el Reglamento de procedimiento, y en ese momento los debates se reprodujeron. En un momento determinado de la elaboración de ese texto la delegación francesa recibió instrucciones de plegarse a las pretensiones de Alemania –a cambio de contraprestaciones sobre la PAC– en un intercambio de cromos que solo asombrará a quienes no estén habituados a las interioridades de la política comunitaria. En consecuencia, el texto del Reglamento 17 incorporó un sistema de autorización.

El sistema fue dando sus frutos, pero, en cuanto se acumularon las notificaciones en las que se solicitaba una autorización para la puesta en marcha de acuerdos en principio prohibidos por el artículo 81.1, el sistema puso de manifiesto sus insuficiencias hasta el punto de que sólo una ínfima parte de las notificaciones presentadas acababa en una decisión formal. Era, por lo tanto, urgente su reforma, y para ello el Libro Blanco anunció y el nuevo Reglamento ha llevado a efecto la sustitución del régimen de autorización por uno de exención.

3.2 Aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia

En el Reglamento 17 no estaba prevista la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia, si bien la mayor parte de los Estados miembros (entre ellos España) tenía previsto que sus autoridades nacionales de la competencia pudieran

efectuar tal aplicación. Tampoco estaba prevista su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien esta aplicación era una consecuencia necesaria del efecto directo de las normas del Tratado, como bien aceptó desde el primer momento el Tribunal de Justicia. El vacío legal había sido llenado en cierta manera por la aprobación de dos comunicaciones de la Comisión. En la actualidad, a la hora de redactar un nuevo Reglamento, esa deficiencia ha quedado corregida por cuanto que se incluyen ciertas normas que están encaminadas a solucionar los problemas que se plantean por tales aplicaciones.

3.3 Posibilidad de adoptar medidas estructurales en los expedientes de conductas

Hasta el momento la adopción de medidas estructurales estaba prevista en el Reglamento de Concentraciones, pero no en el Reglamento 17, y, si bien en algún caso tales medidas habían sido dictadas por la Comisión Europea en expedientes de conductas, no existía ratificación de tal posibilidad por parte del Tribunal de Justicia. En el Reglamento 1/2003 se incluye la posibilidad de adoptar tales medidas como parte integrante de una decisión en la que se declare la existencia de conductas colusorias o abusivas, si bien tales medidas han de ser adoptadas exclusivamente cuando resulten totalmente necesarias para poner fin a una infracción.

3.4 Medidas de carácter procesal

Uno de los problemas que se plantean cuando se aplica el Derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales de los Estados miembros es que no existe la posibilidad de recurrir a un órgano común centralizado para conseguir una aplicación uniforme, más allá de acudir a la cuestión prejudicial, que obviamente no es un recurso. Para ello, el Reglamento 1/2003 ha incluido algunas previsiones, en línea con lo previsto en la correspondiente Comunicación, tales como la posibilidad de que la Comisión Europea pueda participar en los procesos como *amicus curiae*, pero, si tal ha de ser así, se pone de manifiesto la necesidad de adaptar las legislaciones procesales de los Estados a tal previsión.

Junto a todos estos elementos, dentro del ámbito de la política de la Unión Europea en el ámbito de la competencia existe un elemento que no puede ser obviado, por las repercusiones que puede entrañar para la configuración institucional de las autoridades españolas de la competencia. En los documentos comunitarios, tales como los informes anuales que elabora la Comisión Europea sobre la política económica de los países miembros, al llegar a España, acostumbra a ser casi una cita habitual la mención a la falta de indepen-

dencia de los órganos encargados de la competencia, menciones que, aunque a veces hayan sido suavizadas por presiones del Gobierno español, evidencian las críticas que se producen como consecuencia del hecho de que el Servicio siga teniendo una tan clara dependencia del Gobierno. Y tal vez también las limitaciones, de hecho y de Derecho, a la independencia del Tribunal.

4. Reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia

Con todos estos antecedentes no resulta difícil concluir que la Ley de Defensa de la Competencia necesita una rápida reforma, o tal vez su sustitución por una nueva norma que responda a las exigencias actuales de una adecuada política de la competencia. Se pueden discutir los principios que deben inspirar esa nueva legislación, pero en cualquier caso es preciso afirmar que no basta con elaborar una nueva norma, si esa norma no responde a un firme compromiso en favor de la profundización en una política de competencia que responda a las necesidades del funcionamiento del mercado, y que deba estar orientada hacia la mayor y mejor provisión de bienes y servicios, y a mejores precios. Una política de la competencia, en suma, que vaya encaminada a favorecer a los ciudadanos en tanto que consumidores. Los principios que, en tal caso, deben regir esa nueva legislación pueden distinguirse entre aquéllos que se refieren al sistema institucional y los que deben inspirar otras modificaciones necesarias para la modernización de nuestra legislación de competencia.

4.1 Principios que deben inspirar el sistema institucional de defensa de la competencia

- **Una nueva configuración institucional de los órganos encargados de la competencia.** En la actualidad la dualidad de órganos –Servicio y Tribunal– empieza a no ser sostenible, toda vez que constituye el principal motivo de las acusaciones de falta de independencia de nuestro sistema. Con la madurez que ha alcanzado la aplicación en España del Derecho de la competencia, no resulta aceptable la existencia de un Servicio de Defensa de la Competencia incardinado como centro directivo de un Ministerio. No vale el argumento según el cual el Servicio es un mero órgano instructor y, en todo caso, sus decisiones son recurribles ante el Tribunal. No se trata ahora de recordar cómo en las recientes reformas de la Ley se ha producido un fortalecimiento de las facultades del Servicio, a veces en detrimento del Tribunal; la cuestión consiste en tener en cuenta que el órgano instructor es el que tiene la facultad de decisión sobre cuáles son los casos que investiga, sobre qué sectores deben ser sometidos a expediente. Existe una percepción, indudablemente bien fundada, de que hay muchas más restricciones a la competencia en nuestra economía que las que son perseguidas

por las autoridades y que a esa situación se le debe poner fin. En consecuencia, debe configurarse un único órgano encargado de la defensa de la competencia, aun cuando por imperativo constitucional deba establecerse la correspondiente diferencia entre quien se encargue de la instrucción y quien se encargue de la resolución de los expedientes. Obviamente este órgano debe estar revestido de todas las características que le permitan estar adornado del mayor prestigio y que su independencia quede fortalecida.

- Fortalecimiento e independencia de la autoridad encargada de la competencia. El primer requisito para conseguir el funcionamiento de un nuevo organismo consiste en dotarle de medios personales y materiales suficientes para poder llevar a cabo su función, para poder realizar un trabajo de calidad que permitirá incrementar su prestigio. Será igualmente necesario dotar a las personas que vayan a desempeñar las funciones de un adecuado rango administrativo en el organigrama del Estado, lo cual permitirá que los mejores funcionarios y profesionales acepten formar parte del organismo.

Pero de la misma manera será necesario fortalecer la independencia. Hasta ahora el Tribunal de Defensa de la Competencia es nombrado por el Gobierno entre profesionales con determinada antigüedad, pero sin ningún límite ni control, lo cual ha provocado errores en algunos nombramientos. Indudablemente no es posible exigir un nombramiento parlamentario como si fuera un órgano constitucional, que no lo es, pero hay ciertas fórmulas intermedias que resultan aconsejables. Fórmulas tales como exigir una previa comparecencia ante las Comisión de Economía del Congreso o, si se quiere, del Senado. Antes de esa comparecencia los propuestos deberían hacer llegar su correspondiente currículo y podrían ser interpelados sobre su capacidad y criterios para desempeñar el cargo para el que se les propone. Cabe incluso la posibilidad de que se establezca que no pueda ser nombrado quien no obtenga mayoría entre los miembros de esa Comisión.

La iniciativa de proponer los candidatos a estos cargos sometidos a este sistema correspondería al Gobierno, a las Comunidades Autónomas y, en el supuesto de que sean jueces o magistrados, al Consejo General del Poder Judicial. El nombramiento sería por un largo período (por ejemplo nueve años) y no habría posibilidad de reelección. Tras ser superado el trámite parlamentario, el nombramiento correspondería al Gobierno.

- **Reforzamiento de la posibilidad de realizar estudios e informes en materia de competencia.** Una de las razones por las que el Tribunal de Defensa de la Competencia alcanzó en los años noventa un bien merecido prestigio fue la elaboración de una serie de informes de desregulación que tuvieron gran eco en los sectores especializados. Esta función debe ser objeto de reforzamiento –en sentido totalmente divergente de lo realizado en los últimos tiempos–. Pero para ello resulta necesario fortalecer el Servicio de Estudios.

El Servicio de Estudios debería estar dotado de los suficientes medios materiales y personales, no sólo para realizar informes en materia de competencia, sino que debería

estar en disposición de prestar la asistencia necesaria a la instrucción de los expedientes e igualmente poder elaborar los estudios necesarios para resolver sobre las concentraciones que sean objeto de notificación. Deberá establecerse algún tipo de coordinación con otros organismos del Estado, particularmente aquéllos que –como el Instituto Nacional de Estadística– posean datos económicos que son la base para la elaboración de estudios. También deberá establecerse algún tipo de colaboración con el Centro de Investigaciones Sociológicas, a quien se le podrán encargar estudios demoscópicos, que podrán resultar de gran importancia para establecer las preferencias de los consumidores o el grado de sustituibilidad de los productos, lo cual aportará criterios para, por ejemplo, delimitar mercados de referencia.

- **Control de la actividad administrativa.** La existencia del vigente artículo 2º de la actual Ley de Defensa de la Competencia ha permitido que el Tribunal de Defensa de la Competencia haya ejercido un cierto control, aunque obviamente limitado, sobre las actuaciones anticoncurrenciales de las Administraciones Públicas, particularmente de las de los Colegios Profesionales. Aunque la *ratio legis* de ese precepto fuera otra, la interpretación y desarrollo que de él ha realizado el Tribunal ha supuesto un importante avance en el sentido de insistir en que las Administraciones Públicas, cuando actúan como operadores económicos, han de estar sometidas a la legislación de la competencia. En una nueva legislación debería darse un paso más en tal sentido y, por ello, debería dotarse al organismo encargado de la necesaria competencia para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las normas de rango inferior a ley que permitan restricciones a la competencia.
- **Reforma del sistema establecido para el control de concentraciones.** El sistema actual de control de concentraciones deja en manos del Gobierno la última decisión en todas y cada una de las concentraciones notificadas. El sistema pone en cuestión nuevamente la independencia de nuestro sistema institucional de defensa de la competencia y debe ser modificado en el sentido de conceder la última palabra al órgano encargado de la competencia, con independencia de dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional.
- **Control de ayudas públicas.** Si bien el control de las ayudas públicas constituye uno de los pilares fundamentales de la política europea de la competencia, no puede decirse otro tanto del ámbito nacional. Indudablemente concurren razones políticas para que no se produzca ese paralelismo. Si se trataba de ayudas concedidas por el Gobierno central, no se arbitró ningún mecanismo en el TDC para que pudiera impugnarlas, mientras que, si se trataba de ayudas concedidas por una Comunidad Autónoma, su posible impugnación por parte de un organismo directamente ligado al Gobierno podría ser fácilmente interpretado como un ataque a su autonomía. Fruto de esta situación es el débil, aun con su reciente reforma, mecanismo concedido para el control de las ayudas públicas. En la medida en la que se acentúa la independencia del órgano encargado de la competencia puede arbitrarse una mayor intervención.

Para ello será necesario, en primer lugar, establecer, al igual que ocurre en el texto del Tratado CE, cuáles son las ayudas prohibidas por ser significativamente contrarias a la competencia. Una vez delimitadas las ayudas contrarias, es necesario establecer un sistema para la declaración de nulidad. Dado el sistema constitucional español, no parece adecuado que tal declaración la pueda realizar directamente el órgano encargado de la competencia. Será más adecuado conceder esa facultad a un órgano jurisdiccional: la Audiencia Nacional en el caso de ayudas concedidas por el Gobierno central, y el Tribunal Superior de Justicia en los supuestos de ayudas autonómicas o de la Administración Local. El órgano encargado de la competencia tramitaría el correspondiente expediente, en el que se oiría a los interesados y a la Administración que hubiera concedido la ayuda; en tal expediente cabrían soluciones o remedios que evitaran los efectos anticompetitivos de las ayudas, y, concluido el expediente sin que se hubieran solucionado tales efectos, se formularía la demanda ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

- **Coordinación con las Comisiones Regulatorias sectoriales.** Las Comisiones Regulatorias que se han creado en algunos sectores económicos (energía, telecomunicaciones...) tienen asignadas algunas competencias para decidir en supuestos de actuaciones anticompetitivas en dichos sectores. Si bien es deseable que esas competencias queden reducidas a la mínima expresión, como se ha hecho en alguna ocasión, si se desea realizar una adecuada labor reguladora, no resulta adecuado impedir que puedan conocer de algunas conductas, por ejemplo, las abusivas de una posición dominante, que resultan frecuentes en mercados oligopolísticos o en los que actúan los antiguos monopolios, hoy privatizados. Si tal es cierto, no es menos cierto que debe evitarse el solapamiento de competencias. Para evitar conflictos, debe establecerse un mecanismo similar a la recientemente constituida Red Europea de Autoridades de Competencia para efectuar la mejor asignación de casos.
- **Relaciones con los órganos autonómicos.** Tras la promulgación de la Ley 2/2002 (BOE, núm.46 de 22/02/2002, p.7.148-53), es previsible que se constituyan órganos encargados de la competencia en un buen número de Comunidades Autónomas (Cataluña ya ha creado su Tribunal). Los mecanismos de coordinación creados en la Ley parecen del todo insuficientes, y sobre todo parecen destilar un destacado aroma gubernamental. También, tomando como modelo la Red Europea, deberá preverse la creación de una Red española que sustituya al consejo previsto en la Ley.

Como resumen de las ideas que anteriormente han quedado expuestas, se configuraría un Consejo de la Competencia, a cuyo frente estaría un Presidente. De ese Consejo dependerían un órgano instructor –que podría mantener el nombre de Servicio de Defensa de la Competencia– y otro encargado de las decisiones, que también seguiría llamándose Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal tendría un Presidente, que sería a la vez Vicepresidente del Consejo, y dos secciones: una encargada de resolver sobre las conductas y otra, sobre ayudas y concentraciones.

El Presidente del Consejo, el del Tribunal y los miembros de éste serían nombrados tras haber sido sometidos al *hearing* del Parlamento.

4.2 Otras modificaciones para la modernización del derecho español de la competencia

- La primera de las exigencias de modificación resulta obligada para reestablecer el paralelismo entre el Derecho comunitario y el nacional. A tal fin deberá suprimirse el procedimiento de autorización. El balance concurrencial deberá efectuarse a la hora de decidir sobre la existencia de ententes colusorias.
- Las nuevas normas de Derecho comunitario insisten en la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y ello deberá facilitarse en la Ley española mediante la adopción de mecanismos que así lo prevean y fundamentalmente con la derogación del artículo 13.2 LDC (BOE, núm.46 de 22/02/2002, p.7.148-53)
- También como consecuencia de la adaptación al derecho comunitario deberán modificarse las leyes procesales para permitir, tal como prevé el Reglamento 1/2003 la intervención de la Comisión –y también del órgano nacional– como *amicus curiae* en los procedimientos en los que los jueces y tribunales apliquen las normas de la competencia en conflictos entre particulares.
- Uno de los aspectos que merece mayor reflexión es el relativo a la eficacia de las resoluciones administrativas relativas a conductas anticompetitivas, y, más en concreto, si las sanciones consistentes en multas constituyen un elemento de disuasión suficiente para evitar en el futuro tales conductas. Hasta el momento la cuantía de las multas impuestas por el TDC ha ido incrementándose en paralelo al incremento de la conciencia empresarial de la ilicitud de ciertos comportamientos, pero en cualquier caso la cuantía de las multas no parece ser suficientemente disuasoria. El principio de la legislación general, según el cual nadie puede resultar beneficiado por su propia conducta ilícita, parece constituir un elemento de referencia insuficiente, máxime en la medida en la que los empresarios que incumplen la norma de la competencia pueden repercutir en precios el importe de las sanciones. Parece por ello necesario incrementar el importe de la multa, hasta el punto de establecer un nuevo criterio según el cual el importe de la sanción por una conducta anticompetitiva pueda alcanzar el doble de los beneficios que el infractor haya obtenido por una conducta ilícita. Igualmente podrá establecerse una indemnización reforzada para los perjudicados que alcance el doble de los perjuicios que se les haya causado.

5. Conclusión

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989 ha prestado muy buenos servicios a la ordenación del mercado, pero ya ha llegado el momento de su sustitución. El esquema actual no se sostiene, de la misma manera que no se sostiene la dualidad de órganos, ni la falta de independencia. Es, por lo tanto, no sólo necesaria, sino urgente, la elaboración de una nueva norma que la sustituya y nos sitúe entre los países de nuestro entorno más preocupados por la defensa de la libre competencia.

Pero para que tal sea así, será preciso, con carácter prioritario, reforzar la independencia de nuestro sistema institucional, así como fortalecer el prestigio del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y, también, introducir las reformas necesarias para que nuestro Derecho de la competencia deje de ser un elemento extraño a las nuevas tendencias que se observan en nuestro entorno, particularmente en la Unión Europea.

Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Alvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 13*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.
- 16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.

- 17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.
- 18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.
- 19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.
- 20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.
- 21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.
- 22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.
- 23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.
- 24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.
- 25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera
- 26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.
- 27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.
- 28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.
- 29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.
- 30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.
- 31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.
- 32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.
- 33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.
- 34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.
- 35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, M^a Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.
- 37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara
- 38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz

- 39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.
- 41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.
- 43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.
- 44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.
- 45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.
- 46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.
- 47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.
- 48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.
- 50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.
- 51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.
- 52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.
- 53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado, Juan F. Jimeno.