

«Una introducción a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia: La tradición norteamericana y el contexto comunitario»

La competencia es, conforme a la teoría clásica, no sólo un hecho constatable en el funcionamiento del mercado, sino un modelo de comportamiento económico que requiere específicos instrumentos de protección frente a las tendencias monopolistas. La técnica jurídica de defensa de la competencia, entre otras estrategias para combatir los costos del monopolio, nació en los Estados Unidos con la Ley Sherman de 1890. El modelo desarrollado desde entonces influyó, tras la Segunda Guerra, en los Tratados C.E.C.A. y C. E. E. No obstante, el sistema europeo de defensa de la competencia presenta diferencias relevantes respecto al sistema americano, tanto por sus objetivos políticos como por el contexto económico. El sistema español, influido por las experiencias americana y europea, ha pasado por tres etapas: la frustrada aplicación de la Ley de 1963, una de transición y la iniciada con la Ley de 1989. Los datos relativos a 1990 y 1991 permiten constatar un positivo cambio.

Konkurrentzia, teoria klasikoaren arabera, merkatuaren funtzionamenduan konstata daitekeen egitate bat ezezik, ekonomiako jokamolde bat ere bada, monopoliorako joeren aurka babesteko tresna espezifiko batzuk behar dituena. Konkurrentziaren defentsako teknika juridikoa, monopolioaren kostuak menperatzeko beste estrategien artean, Estatu Batuetan sortu zen, Sherman Legearekin, 1890ean. Orduz geroztik garatutako ereduak eragin handia izan zuen, Bigarren Gerrate ondoren, C.E.C.A. eta C.E.E. Tratatuetan. Alabaina, konkurrentziaren defentsako sistema europarrak diferentzia nabaria aurkezten ditu sistema amerikarraren aldean, bai bere helburu politikoengatik eta baita bere testuinguru ekonomikoarengatik ere. Sistema espainola, bere aldetik, esperientzia amerikarrak eta europarrak eraginda, hiru etapatik pasa da: 1963ko Legearen aplikazio porrot eginetik, trantsizioaldi batetik eta 1989ko Legearekin hasitakotik. 1990 eta 1991 ko urteei buruzko datuek aldaketa positibo bat konstatatzeko bidea ematen dute.

Competition, in accordance with the classical theory, is not only a demonstrable fact within a market system, but a model of economic behaviour which requires specific instruments to protect it against monopolistic tendencies. The antitrust legal technique, among other strategies to combat the cost of monopoly, was created in the United States by the Sherman's Law of 1890. The model developed after that date had an influence, after the Second World War, on the E.C.S.C. and E.E.C. treaties. Nevertheless, the European antitrust system shows relevant differences with regard to the American system, due both to its political objectives and to the economic environment. The Spanish system, influenced by the American and European experiences, has gone through three stages: the unsuccessful application of the Law of 1963, a transitional stage and the stage which began with the Law of 1989. Data relating to 1990 and 1991 show a favourable change.

1. **La competencia como hecho y como modelo económico.**
2. **Política de competencia y defensa de la competencia.**
3. **La política antitrust en los Estados Unidos de América.**
4. **La política de competencia de la C.E.E.**
5. **La política de competencia de la C.E.E. y la política antitrust americana.**
6. **Política y Derecho de Defensa de la competencia en España.**
7. **La efectividad de la defensa de la competencia en España.**

Palabras clave: Libre competencia, política de competencia, política antitrust.
Nº de clasificación JEL: D43, K21, L4, L44

1. LA COMPETENCIA COMO HECHO Y COMO MODELO ECONÓMICO

Competencia designa un hecho económico (1): el hecho de «la rivalidad entre las empresas que compiten por los

(1) En castellano, *competencia* es un término que tiene al menos dos significados relevantes: por una parte significa contienda, disputa o competición y, por otra, significa capacidad, aptitud o idoneidad para algo. Ambos sentidos del término se han proyectado en el lenguaje jurídico donde, en el primero, se designa la competencia mercantil y, en el segundo, la capacidad de cualquier órgano público (y, por extensión, privado) para emanar actos con valor jurídico. Más específicamente, en este segundo sentido, se utiliza el término en Derecho Procesal para referirse al ámbito geográfico y material sobre el que un órgano judicial puede ejercer su función; es decir, la parte del poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercitar. Esta ambigüedad no se produce en otros idiomas: competition-competence, concurrence-compétence, concorrenza-competenza, Wettbe-werb (o Konkurrenz)-Kompetenz.

clientes o por los mercados» (2). La teoría clásica de la economía de mercado se basa en constatar, como un hecho natural, que el libre encuentro entre demanda y oferta es el mejor sistema, y un sistema natural, para hacer más eficiente la producción y asignación de bienes y fijar los precios. Una mano invisible guía, de acuerdo con la teoría clásica, este libre juego y convierte el egoísmo natural en principio óptimo de la eficiencia económica.

Sin embargo, desde el momento mismo en que este fenómeno se explica como fundamento de la economía, se constata

(2) Samuelson, Nordhaus (1986), *Economía*, MacGraw Hill, 12.^a Ed., Méjico, pág. 1100. Sobre la competencia como hecho, en un sentido mucho más amplio, véase T. Ascarelli (1970), *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, págs. 31 y ss.

que su propia dinámica implica factores autodestructivos. Es decir, que en cualquier mercado los propios operadores económicos tienden, también de forma natural, a corromper la libertad del mercado. Lo que, con palabras frecuentemente recordadas, señaló Adam Smith: «Gentes del mismo negocio rara vez se ponen de acuerdo sin que la fiesta termine en una conspiración contra el público o en un plan para subir los precios» (3). Por ello, la *competencia* se convirtió también en un modelo económico: la competencia no era sólo la explicación del hecho de cómo funciona naturalmente el mercado, sino la afirmación normativa de que el mercado debe funcionar de ese modo.

La teoría, lógicamente, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En un primer momento (Adam Smith) la competencia se concibió como un *comportamiento* en determinadas condiciones de mercado: pluralidad de competidores, libertad de empresa, supresión de barreras y corporaciones...; en un segundo momento, se elaboró la teoría de la *competencia perfecta* que supone pasar desde la idea de competencia como comportamiento a la idea de competencia como *estructura*, una estructura que se caracteriza por un gran número de competidores, una homogeneidad de productos, una movilidad de los factores de producción y una absoluta libertad de salida y entrada al mercado, todo lo cual —se supone— configura un mercado transparente y

(3) «Because competition was governed by natural laws, any attempts to impose 'artificial' restraints would hinder progress. But this argument was contradicted by the reality that large businesses were consolidating to avoid the rigors of the assertedly immutable law of competition». E.M. Fox y L.A. Sullivan (1990), *The good and bad trust dichotomy: a short history of a legal idea*, The Antitrust Bulletin, vol. XXXV, n.º 1, págs. 63-64.

(4) La competencia perfecta, como modelo, implica que ningún competidor tiene poder alguno

racional (4). La inviabilidad práctica de este modelo obligó a constatar que, en la práctica, la competencia se produce siempre como *competencia imperfecta*, y a elaborar lo que más recientemente se denomina teoría de la *competencia practicable*, teoría que parece volver a los orígenes al considerar la competencia como un tipo de comportamiento en el mercado adaptado a ciertas circunstancias. Todavía más recientemente, la teoría de la competencia se ha visto reabsorbida en una teoría más amplia y más cualitativa de la *competitividad*, para la cual los poderes públicos tienen la función de promover y asegurar, mediante ajustes positivos, el funcionamiento deseable del mercado. En palabras de Samuelson: «una vez conocida la existencia de la *mano invisible*, no debemos enamorarnos demasiado de la belleza del mecanismo del mercado, considerándolo como la perfección misma, la esencia de la armonía providencial y fuera del alcance de las manos humanas» (5).

Puesto que no me propongo (y aunque así fuera, no podría) opinar sobre la discusión en la teoría económica será suficiente en este momento hacer tres constataciones:

sobre los precios, y se expresa gráficamente en una curva perfectamente horizontal. Del modelo de competencia perfecta se ha dicho: «lo que explica el modelo es el sistema de precios, no la actividad competitiva. Es difícil comprender la propia actividad competitiva mediante un modelo que elimina, por hipótesis, los costes de Información y de transacción». H. Demsetz (1986), *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Alianza Universidad, Madrid, pág. 17. Se ha hablado también de un modelo de «competencia pura» que sería menos restrictivo que el de competencia perfecta: «los únicos supuestos que mantiene de la competencia perfecta son el precio paramétrico y la libre entrada y salida. Esta definición de competencia pura corresponde a la dada por Paul Samuelson.» Coll y Holaban (1985), *Microeconomía*, Ed. Iberoamérica, Méjico, pág. 241.

(5) Samuelson, Nordhaus (1986), cit., pág. 56.

- a) Que la competencia, en el funcionamiento de la economía, resulta difícil de explicar e incluso de valorar cuando existe. Como ocurre con la libertad política o con el oxígeno que respiramos. Pero los efectos nocivos que se producen por falta de competencia, como ha ocurrido en economías de planificación centralizada y en economías autárquicas que han abusado del monopolio o del oligopolio protegido, son tan claramente perceptibles como las que se producen por falta de libertad o falta de oxígeno.
- b) Que, en el momento actual, ante la estruendosa caída del modelo económico del llamado socialismo real (y también de su modelo político) la economía de mercado se presenta, incluso para la mayor parte del pensamiento de izquierdas, no ya como un mal tolerable a reformar por medios democráticos, sino como el único modelo económico en funcionamiento sobre el cual introducir, democráticamente, los controles y las intervenciones necesarias para obtener mayores cotas de igualdad y de distribución del bienestar (es decir, de justicia).
- c) Que cualquier política de competencia implica la utilización de algún modelo de competencia (se haga o no se haga explícito).

2. POLÍTICA DE COMPETENCIA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una política de competencia sería por tanto, en un sentido muy amplio, el conjunto de medidas tomadas por la autoridad pública para establecer y preservar un mercado libre. En este

sentido, política de competencia sería lo mismo que política de mercado (6).

En un sentido más estricto puede entenderse como política de competencia el conjunto de medidas para reducir o controlar la influencia de los monopolios en el mercado. Ahora bien, estas políticas pueden ser de muy distinta índole. Por ejemplo, Samuelson indica (y lo hace sin pretensión exhaustiva) hasta cinco *estrategias de intervención* mediante las que el Estado trata de reducir los costos del monopolio; se refiere a los impuestos, los controles de precios, la propiedad pública de los monopolios, la regulación y la política antimonopolio (7).

En consecuencia, en un sentido técnicamente más exacto, hablamos de política de defensa de la competencia como aquella que se instrumenta mediante legislación que prohíbe ciertas conductas empresariales anticompetitivas, tales como fijar precios, repartirse mercados, etc., y que permite a la autoridad pública impedir y controlar ciertas concentraciones empresariales. En este sentido, la política de defensa de la competencia es sólo un instrumento, y un *instrumento jurídico*, de una política económica que sea, en mayor o menor grado, procompetitiva (8).

(6) El conjunto de medidas encaminadas a conseguir la mayor eficiencia productiva y la mejor asignación de los recursos de un país». M. Comenge (1989), *Conflicto y convergencia de las políticas industrial y de competencia*, Economía Industrial, n.º270, pág. 35. Comenge dice allí mismo que, en un sentido tan amplio, esta definición se correspondería casi con «la que se podría dar de la política económica».

(7) Samuelson, Nordhaus (1986), cit., págs. 629-630.

(8) «Antitrust is, first and most obviously, law... Antitrust is also a set of continually evolving theories about the economics of industrial organization.» Robert H. Bork (1978), *The Antitrust Paradox*, Basic Books, New York, pág. 10. En el mismo sentido, LA. Sullivan (1977), *Antitrust*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., pág. 1.

Antes de referirse a la política de defensa de la competencia en la Comunidad Económica Europea, es necesaria una breve referencia a la evolución de la política antimonopolio en los Estados Unidos de América que, sin ninguna duda, ha sido el modelo inspirador de las restantes y ha cerrado una problemática evolución durante un siglo completo.

3. LA POLÍTICA ANTITRUST EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En la década de 1880, una década expansiva, florecieron en los Estados Unidos los trusts y las grandes empresas provocando una reacción, generalmente considerada de carácter populista, que con cierta apelación al Derecho común y particularmente a la libertad de comercio condujo a la aprobación de la Ley Sherman en 1890, la cual situaba en la ilegalidad la monopolización y la conspiración para restringir el comercio (9). Algunos años después, la Ley Clayton de 1914 vino a concretar el programa antimonopolístico de la anterior, prohibiendo los contratos vinculados (contratos con prestaciones vinculadas), la discriminación de precios y las fusiones entre competidores (en el mismo año se creó la Federal Trade Commission, en cuya Ley de creación también se prohibía la competencia desleal) (10).

(9) «The trust became a symbol of the new order. To its supporters, it signified wealth, cooperation, and progressive development. To its detractors, these impersonal, centrally administered monoliths represented greed, inhumanity, and economic stratification... The reaction to such disclosures was not a demand that trusts reform their conduct; it was a demand that the nation rid itself of the trusts.» Fox, Sullivan (1990), cit., págs. 63-64.

(10) El panorama de legislación antitrust norteamericana se completa, básicamente, con las reformas de 1936 y 1950. En 1936 la Robinson-Patman Act modificó el artículo 2 de la Clayton Act, y en 1950 las Celler-Kefauver Amendments modificaron las normas sobre fusiones de la Clayton Act.

La aplicación de esta legislación ha resultado, durante este siglo, oscilante por lo que suelen distinguirse hasta cuatro períodos distintos (11): un período inicial desde la aprobación de la Ley Sherman hasta 1910, un segundo período desde 1911 hasta los años 40, en que se extiende una interpretación más económica que literal de la Ley, y se introduce el criterio de la llamada *rule of reason*: un tercer período hasta los años 70 en que se retorna a una cierta dogmática de los actos prohibidos *per se*; y, finalmente, una cuarta etapa en la que la influencia de la *Escuela de Chicago* vuelve a hacer predominante la regla de razón, es decir, la eficiencia económica como objetivo frente a la dogmática de las conductas prohibidas.

Los casos más notorios que marcaron el paso de la primera a la segunda etapa, fueron las decisiones del Tribunal Supremo en 1911 obligando a la American Tobacco Company y a la Standard Oil a dividirse en varias empresas independientes. Ya en estos casos se anunció la *rule of reason* como criterio de la decisión. En 1920 este criterio tiene una llamativa manifestación al decidir el Tribunal Supremo en el caso de la U.S. Steele que el mero hecho de su cuota de mercado (el 60%) no constituía una situación prohibida. Suele atribuirse al Juez Brandeis la formulación más acabada de la regla de razón, en el asunto Chicago Board of Trade de 1918: «la legalidad de un acuerdo o de una regulación no puede determinarse por un test tan simple como si es restrictivo

(11) Esta división en cuatro etapas es citada por C. Fernández Novoa (1990), *Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: centenario de la Sherman Act*. Derecho de los Negocios, n.º 2, pág. 15. Fernández Novoa la toma de E. Gellhorn (1986), *Climbing the antitrust staircase*, The Antitrust Bulletin, Vol. XXXI, n.º 2, págs. 342 y sss. Gellhorn califica estas cuatro fases como *contractual, analítica, estructural y económica*.

de la competencia. Todo acuerdo relativo al comercio, toda regulación del comercio, es restrictiva. Crear lazos, restringir pertenece a su propia esencia. El auténtico test de legalidad es si la restricción impuesta es tal que simplemente regula y quizás por ello mismo promueve la competencia, o si es tal que puede suprimir o incluso destruir la competencia. Para decidir esta cuestión el Tribunal generalmente debe considerar los hechos peculiares en el negocio en que la restricción se aplica; su situación antes y después de que la restricción se imponga; la naturaleza de la restricción y sus efectos actuales o probables» (12).

Bajo la influencia del New Deal de Roosevelt, Thurman Arnold inició una fuerte actividad antimonopolista contra los sectores industriales más representativos, marcando así el inicio de la tercera etapa. El más conocido es, posiblemente, el asunto Alcoa (1945), que había llegado a tener una cuota de mercado del 90% por medios lícitos y, sin embargo, el Tribunal consideró que eso era una violación de la Ley: es decir, volvió a una doctrina estructural de las prácticas prohibidas, frente a la doctrina conductista. Dicho en otras palabras, las situaciones de monopolio eran *per se* ilícitas.

Algún otro caso importante, como el asunto I.B.M. o el asunto AT&T, puede servir para señalar cómo la doctrina fue evolucionando de nuevo hacia posiciones más flexibles, características de lo que hemos llamado la cuarta etapa. En efecto, el asunto I.B.M. terminó en 1982 (tras más de una década de tramitación) por

renuncia a la acusación por parte del Gobierno, bajo la influencia de la política del Presidente Reagan. En el asunto AT & T, su terminación consistió en un cierto acuerdo que se obtuvo en 1984 tras diez años de tramitación. La compañía, que mantenía un control del mercado de telecomunicaciones entre el 80 y el 90%, aceptó finalmente dividirse en siete filiales, poniendo fin al procedimiento que había iniciado el Departamento de Justicia.

Parece que durante la década de 1980 la convicción dominante en los Estados Unidos ha sido, bajo la influencia de la *Escuela de Chicago* (13), bastante excéptica respecto a los beneficios de la legislación antimonopolio y, por otra parte, atenta exclusivamente al único objetivo de mejorar la eficiencia económica. Ello implica la convicción de que es suficiente combatir la colusión (el acuerdo, esto es, la conducta anticompetitiva entre empresas diferentes) y la competencia desleal, porque el tamaño de las empresas (esto es, el enfoque estructural) ni es posible ni es deseable objeto de control. Esta ha sido la política más característica durante la Administración Reagan, cuando William Baxter estuvo al frente, durante tres años, de la División Antimonopolio.

Puede añadirse que, terminada la década de los 80, se observa en los ámbitos especializados una reivindicación de los objetivos clásicos de la política antimonopolio; es decir, de la defensa del pequeño comerciante y de la defensa de los consumidores. O, lo que es lo mismo,

(12) Traduzco de la cita en Sullivan (1977), cit., pág. 176. En págs. 165 y ss. puede encontrarse una completa explicación del desarrollo de la «rule of reason» y su relación con la doctrina de ilícitos «per se».

(13) «Over the years, and especially after World War II at the University of Chicago, antitrust issues began to be studied by economists with much better training, tools, and data. The result, as we know, has been increasing skepticism about the economic case for antitrust». D. Dewey (1990), *Economist and antitrust: the circular road*. The Antitrust Bulletin, vol. XXXV, n.º 2, pág. 363.

un mero renacimiento —siquiera sea teórico—, del enfoque social de la política antimonopolio, cuyo espíritu clásico fue enunciado por el juez Black en 1958 (Northern Pacific Railway Co.) diciendo que era «una Carta de libertad económica destinada a conservar una competencia libre y sin trabas; la Sherman Act se apoya —decía— en la premisa de que el juego ilimitado de las fuerzas competitivas proporciona la mejor distribución de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, el nivel más alto de calidad y el mayor progreso económico; y, al mismo tiempo, proporciona un marco que hace posible el mantenimiento de nuestras instituciones democráticas» (14). Quizás la tantas veces denunciada ambigüedad de la doctrina y la práctica antitrust en los Estados Unidos de América tenga que mantenerse todavía; como dice, con cierto ironía no exenta de sentido común, Donal Dewey: «Desde el principio, dos hipótesis sobre la aplicación del antitrust han luchado por conseguir el favor judicial y legislativo. Una afirma que todas las dudas deberían resolverse a favor de la libertad contractual —en el supuesto de que el coste no sea demasiado grande—. La otra afirma que todas las dudas deberían resolverse a favor de un sistema de decisiones descentralizado —en el supuesto de que el coste no sea demasiado grande—. En apoyo de ambas se pueden citar argumentos de mucho peso y antigüedad. Dados los obstáculos para medir los costes —y las oportunidades que el antitrust ofrece para un teatro político bueno y barato— no veo razón alguna por la que la contienda

(14) Tomo la cita de Fernández Novoa (1990), cit., pág. 16. En apoyo de esta tesis, véase T. Calvani y M.L. Sibarium (1990), *Antitrust today: maturity or decline*, The Antitrust Bulletin, vol. XXXV, n.º 2, pág. 217: «Recently, the Supreme Court has gone far to define the rules of the game such that the ultimate winner is always the consumer».

tienda entre estas dos razonables hipótesis deba ser, finalmente, decidida» (15).

4. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA C.E.E.

Desde el punto de vista económico, el Tratado de Roma constitutivo de la C.E.E., con la misma inspiración del Tratado C.E.C.A., recoge la influencia de la tradición antitrust norteamericana. No en balde el resultado de la Segunda Guerra Mundial supuso tanto la derrota de los modelos totalitarios de derechas con una marcada tendencia al nacionalismo industrial y a las economías proteccionistas de Estado, como la rígida delimitación de dos mundos políticos y económicos, el de la planificación centralizada propio del comunismo y el de la economía de mercado, con mayor o menor incidencia de las políticas sociales, propio de las democracias occidentales.

Sin embargo, como con frecuencia se ha destacado, la política de la competencia que nace del Tratado de Roma tiene unos objetivos estrictamente políticos que la separan de la tradición norteamericana. Allí se trataba de mantener un mercado único ya existente defendido frente a la monopolización y a la cartelización, es decir, de evitar su compartimentación económica y eventualmente territorial. Aquí se partió de una situación totalmente contraria: muchos mercados con fuertes barreras formales protegidas por los Estados. Por lo tanto, la política de competencia de la C.E.E. no trata, a diferencia de la norteamericana, de defender un mercado libre, sino de crear un *mercado libre*

(15) Dewey (1990). cit., pág. 371

común (16). Como dice el artículo 2 del Tratado: «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad...».

Las políticas para cumplir este objetivo se concretan en el artículo 3 y son, básicamente, cuatro:

- Supresión entre los Estados miembros de los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías.
- Supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales.
- Establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada.
- Aproximación de las legislaciones nacionales para el funcionamiento homogéneo del mercado común.

Una de las políticas básicas, en consecuencia, es la defensa de la competencia pero, en este contexto, la defensa de la competencia tiene un doble frente: de un lado, combatir las conductas y controlar las estructuras anticompetitivas de las empresas privadas y, de otro lado, controlar las decisiones de los Estados de carácter anticompetitivo. Por ello, en el derecho comunitario de la competencia, se viene distinguiendo entre las medidas

aplicables a las empresas y las medidas aplicables a los Estados.

4.1. Acuerdos y prácticas prohibidas y sistema de autorizaciones

El esquema básico se encuentra en el artículo 85 del Tratado. El artículo 85 prohíbe «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos». Todos estos acuerdos son nulos de pleno derecho (párrafo 2).

Aunque con más desarrollo, el artículo 85 se inspira, en efecto, en el artículo 1 de la Ley Sherman que regula las conductas anticompetitivas concertadas, y se ha entendido siempre como una prohibición más severa que la referente a las conductas unilaterales permitiendo hablar de prohibiciones *per se* en el caso de conductas concertadas.

(16) «El establecimiento de un mercado común supone la creación de un espacio económico supranacional, común a varios Estados, regido por un sistema de economía de mercado». J.I. Font Galán (1986), *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Real Colegio de España, Bolonia, pág. 22.

Una peculiaridad del sistema comunitario estriba en que el artículo 85, en su párrafo 3, prevé la posibilidad de declarar inaplicable la prohibición del apartado 1 a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas siempre que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico y económico, y reúnan el requisito positivo de que los usuarios participen equitativamente en el beneficio resultante, y, como requisitos negativos, no impongan restricciones que no sean indispensables, y no hagan posible una eliminación de la competencia sustancial para un producto. El desarrollo de esta previsión ha sido doble. De un lado, el Reglamento 17/1962 del Consejo, desarrolló la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, incluyendo el régimen de notificación de acuerdos a efectos de su autorización conforme al apartado 3 del artículo 85, régimen de notificación que se encuentra desarrollado por el Reglamento 27/62 de la Comisión.

De otro lado, el Consejo delegó en la Comisión, mediante el Reglamento 19/1965, la posibilidad de conceder exenciones para categorías de acuerdos y prácticas concertadas. Sobre esta base se ha desarrollado un amplio sistema que —a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos— configura un conjunto de contratos lícitos frente a la prohibición general y la tipificación de las cláusulas llamadas blancas y negras (17).

(17) En ejecución del artículo 85.2 se dictó también el Reglamento 2821/1971 del Consejo. La Comisión ha aplicado la habilitación dimanante de los Reglamentos 19/1965 y 2821/1971 en los siguientes casos: Reglamento 1983/1983 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva; Reglamento 1984/1983 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva; Reglamento 2349/1984 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de

4.2. Abuso de posición de dominio

El artículo 86 del Tratado, siguiendo asimismo el modelo del artículo 2 de la Ley Sherman, prohíbe «la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja

acuerdos de licencia de patentes; Reglamento 123/1985 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y post-venta de vehículos automóviles; Reglamento 417/1985 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos de especialización; Reglamento 418/1985 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdo de investigación y desarrollo; Reglamento 2671/1988 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de las capacidades, el reparto de los ingresos, las consultas relativas a las tarifas en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos; Reglamento 2671/1988 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo; Reglamento 2673/1988 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas relativos a los servicios de asistencias en las escalas (estos tres últimos se han dictado mediante la habilitación del Reglamento del Consejo 3976/1987 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo); Reglamento 4087/1988 relativo a la aplicación... a categorías de acuerdo de licencia de franquicia; Reglamento 556/1989 relativo a la aplicación... a determinadas categorías de acuerdos de licencia de know-how. En este año se ha aprobado también el Reglamento 1534/1991 del Consejo relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

Se ha dicho, en relación con la Ley Sherman, que la prohibición del artículo 2, es decir, de las conductas unilaterales, es más suave en la medida en que no se prohíbe una situación de dominio en el mercado, sino sólo «la explotación abusiva de ella». Esto es más claro todavía en el Tratado, aunque como lógica contrapartida no hay sistema alguno que permita autorizar tales abusos. No hay, por otra parte, definición legal de lo que es la posición dominante, aunque la Comisión y el Tribunal de Justicia se han ocupado, en varias ocasiones, de su delimitación. En el asunto *Continental Can* y en el asunto *United Brands*, el Tribunal acabó por definirla como la posición de una empresa en un cierto mercado en condiciones que le permitan actuar con independencia de sus competidores, clientes y consumidores (18).

(18) La definición de posición dominante ha planteado y sigue planteando problemas. En *Continental Can* (1972) la Comisión estableció la posición de dominio porque existía «una posibilidad de comportamientos independientes que le sitúa en condiciones de actuar sin tener exclusivamente en cuenta sus competidores, compradores o proveedores». Sin embargo, el Tribunal revocó la decisión de la Comisión por entender que la definición del mercado había sido superficial al no tomar en consideración las posibilidades de sustitución desde la oferta. El Tribunal estimó que la posibilidad de penetración de productos alternativos en aquel mercado implicaban una competencia potencial suficiente para negar la pretendida posición de dominio. En el asunto *United Brands* (1975) el Tribunal confirmó que esta empresa era dominante, aunque para hacerlo adoptó un punto de vista dinámico afirmando que: «la posición dominante... se refiere a una posición de poder económico de la que goza una empresa, facultándola para evitar que se mantenga una auténtica competencia en un determinado mercado, permitiéndole actuar en buena medida independientemente de sus competidores, clientes y, finalmente, de los

La infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado implica —además de la nulidad de los acuerdos— la posibilidad de que la Comisión proceda a imponer multas desde 1.000 a 1.000.000 de unidades de cuenta, pudiendo elevarse hasta el 10% del volumen de negocios (Artículo 15 del Reglamento 17/1962 del Consejo).

4.3. Control de concentraciones

Del mismo modo que la Clayton Act, la política comunitaria ha introducido la posibilidad de ejercer un control estructural sobre las concentraciones de empresas cuando crean o consolidan una posición de dominio en el mercado. Curiosamente esta posibilidad sí estaba incluida en el Tratado C.E.C.A., pero no en el Tratado de Roma. Quizás por su propia dificultad ha sido éste el último instrumento puesto en práctica a nivel comunitario mediante el Reglamento 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, que entró en vigor el 21 de septiembre de 1990 (19).

El Reglamento prevé la obligatoriedad de notificar las operaciones de concentración que superen ciertos niveles (umbrales) en el mercado común, consistentes en que el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas participantes superen los 5.000 millones de ECUS, que el volumen de negocios en la Comunidad de cada empresa, o al menos dos de ellas, supere

consumidores». Sobre todo ello, puede verse V. Korah (1988), *Introducción al Derecho y práctica de la competencia C.E.E.*, Ariel, Barcelona, págs. 200 y ss.

(19) Fue desarrollado por el Reglamento 2367/ 1990 de la Comisión relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/1989 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Existen también, interpretando el Reglamento, dos importantes Comunicaciones de la Comisión del 14 de agosto de 1990, relativas a restricciones accesorias y operaciones de concentración y cooperación.

los 250 millones de ECUS y que el volumen de negocios comunitario no provenga, en más de sus dos terceras partes, de un mismo Estado miembro. Estos tres umbrales son acumulativos. La Comisión puede condicionar e incluso impedir la operación y ordenar la desconcentración, así como imponer multas hasta un 10% del volumen de negocios global de las empresas involucradas en caso de que se efectúe la concentración o se incumplan los condicionamientos impuestos por la Comisión (20).

4.4. Control de ayudas públicas y otras medidas aplicables a los Estados

Finalmente, a diferencia y sin precedente alguno en el Derecho americano, el Tratado somete a control las ayudas públicas y es ésta hoy día una de las políticas más activas de la Comisión. El artículo 92.1 del Tratado establece que: «Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

No se trata de una prohibición *absoluta*, sino que incluye cinco condiciones (21): que sean otorgadas por el Estado o con

(20) Puede verse S.J. Pickard (1990), *El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo*, Noticias C.E.E., año VI, n.º 62, págs. 67-77.

(21) J.W. Rodríguez Curiel (1989), *Incompatibilidad de las Ayudas Públicas con el Mercado Común*, Economía Industrial, n.º 270, págs. 95 y ss.

fondos estatales (constituyendo una *ventaja*, sea mediante subvenciones, exoneraciones, garantías... etc.); que falseen o amenacen falsear la competencia; que favorezcan a determinadas empresas o producciones (lo cual las distingue de las medidas de carácter general); que afecten al intercambio intracomunitario; y que no estén expresamente exceptuadas por el Tratado. Ello excluye de la prohibición, en primer lugar, a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal (conforme al artículo 90.2 del Tratado). En segundo lugar, quedan también excluidas de la prohibición las ayudas que, con mayor o menor alcance, el propio Tratado autoriza (en el sector agrícola —artículo 42—, en el sector de transportes —artículo 77—, por razones de salvaguardia frente a desequilibrios o crisis en la balanza de pagos —arts. 108 y 109—, y en la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra —artículo 223—). De forma más explícita los artículos 92.2 y 92.3 establecen un catálogo de ayudas compatibles y ayudas autorizables. Se declaran compatibles las ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales y las destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales (22). Resultan autorizables las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones deprimidas, las destinadas a fomentar un proyecto importante de interés europeo o a poner remedio a una gran perturbación económica en un Estado y las destinadas a facilitar el desarrollo de actividades o de regiones determinadas siempre que no alteren las

(22) El artículo 93.2 c) incluía también las ayudas concedidas con objeto de favorecer a ciertas regiones afectadas por la división alemana.

condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. Finalmente, el apartado d) del artículo 92.3 abre la posibilidad de que el Consejo, por mayoría cualificada, autorice otras *categorías*, y al artículo 92.3 establece asimismo que el Consejo, por unanimidad, autorice singularmente alguna ayuda estatal «cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión».

El sistema se apoya en la obligación de notificar (artículo 93.3), con lo cual cualquier ayuda estatal resulta ilegal en tanto no haya sido notificada, y la facultad de la Comisión de autorizar o denegar, proponiendo en su caso modificaciones e incluso obligando a reembolsar la ayuda por los beneficiarios (23). Esta política de control de las ayudas públicas no fue, en realidad, relevante hasta que, desmanteladas las barreras arancelarias, la Comisión decidió iniciar—a principios de los setenta— una activa política para atacar la sustitución de las viejas barreras comerciales por ayudas estatales (24).

Las medidas aplicables a los Estados se completan, finalmente, con la exigencia de transparencia. El artículo 90 establece, además de un mandato general a los Estados para que no adopten medidas contrarias al Tratado respecto a las empresas públicas, que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida que la aplicación de dichas

(23) Sobre la recuperación de ayudas estatales no autorizadas existe una Comunicación de la Comisión de 24 de noviembre de 1983.

(24) J. Fernández Martín (1989), *Las Disposiciones del Tratado de Roma relativas a las ayudas estatales*, Economía Industrial, n.º 270, pág. 111.

normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». En aplicación de la habilitación que contiene el párrafo 3 del mismo artículo 90, la Comisión aprobó la Directiva de 25 de junio de 1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

Una dominante tradición privatista hace que las monografías más usuales sobre el derecho de la competencia comunitario limiten su alcance a las medidas aplicables a las empresas (25). Sin embargo, como afirma Valentine Korah, «se da el caso de que las mayores distorsiones de la competencia son causadas por la intervención del Estado», a lo que hay que añadir que el control comunitario es también una posibilidad de defensa para los particulares: «Antes, si un competidor obtenía una ayuda estatal, la reacción natural era la de obtener una. Ahora puede demandarse ante la Comisión y aún obtener indemnizaciones en los Tribunales nacionales» (26).

5. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA C.E.E. Y LA POLÍTICA ANTITRUST AMERICANA

He indicado antes que la política comunitaria de la Competencia, aun nacida bajo la influencia de la tradición norteamericana, tiene unos objetivos

(25) Por ejemplo, J.J. Font Galán (1986), cit., S. Pickard (1986), *Iniciación a la política de competencia de la C.E.E.*, Cívitas, Madrid, B. Castell Borrás (1986), *La Defensa de la Competencia de la C.E.E.*, Praxis, Barcelona. La Comunidad de Madrid ha publicado una completa recopilación de las decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia (1991), *Ayudas públicas a empresas*, Comunidad de Madrid, Madrid.

(26) V. Korah (1988), cit., págs. 24 y 26. Sin embargo, el libro de Korah también «está limitado al análisis de los artículos 85 y 86 sólo aplicables a las empresas» (pág. 24).

políticos que la separan de aquella tradición y provoca ciertas diferencias relevantes en su instrumentación. Como dice Barry Hawk: «El primer objetivo de la política de competencia comunitaria es el mismo del Tratado de Roma, a saber: la promoción de la integración de las diferentes economías de los Estados miembros hacia un mercado común unificado; la eliminación de prácticas privadas que atentan contra la integración del mercado es el principio base del derecho de la competencia comunitario. No hay analogía en el derecho antitrust en Estados Unidos» (27).

A partir de esta constatación, el Profesor Hawk distingue dos diferencias fundamentales entre la política de competencia comunitaria y la política antitrust americana, a las que califica «de naturaleza política», aunque siguiendo sus propios argumentos sería mejor denominar «diferencia política» y «diferencia económica». La diferencia estrictamente política consiste, en efecto, en ese objetivo *político* de integración de las economías de los Estados miembros, o creación de un mercado común. La diferencia económica o político-económica consistiría, según expone el mismo Hawk, en que «los valores sociales y políticos juegan un papel más determinante en el derecho de la competencia europeo que en el derecho americano», y en que el estado de la ciencia económica es sustancialmente distinto en el continente europeo si se compara con la hegemonía que la Escuela de Chicago ha ejercido en los Estados Unidos en la última década (28). Parece importante subrayar que, entre las muy acertadas afirmaciones que

el Profesor Hawk realiza en el trabajo que cito, se incluye lúcidamente la de desvelar los motivos ideológicos de la aparente racionalidad económica: «es leal concluir que la introducción por la Escuela de Chicago de la eficacia *asignativa* o del *bienestar del consumidor* en el sentido más estricto, como criterio exclusivo del derecho antitrust no está en sí misma basada sobre motivos económicos, sino más bien sobre motivos políticos o bien sobre la idea según la cual en materia antitrust las reglas previsibles y menos costosas no pueden ser creadas a partir de consideraciones puramente políticas» (29).

Las consecuencias prácticas de estas diferencias generales no son de matiz. Resumiendo aquí el análisis que realiza Hawk, habría que citar al menos las siguientes: descentralización frente a centralización (la aplicación del derecho comunitario está centralizada como política de la Comisión, mientras que la aplicación del derecho de la competencia americano está muy descentralizada no sólo administrativamente, sino por el importante papel que desempeña la acción de los particulares); un procedimiento más abierto en el derecho comunitario frente a un procedimiento más formal en el derecho comunitario; mayor relieve de las restricciones territoriales (en distribución, patentes, etc.) en el derecho comunitario que en el derecho americano, donde resultan aceptables con frecuencia; menor tolerancia de las restricciones verticales en el derecho comunitario frente a la actitud tolerante (en la etapa actual) de la Administración y los "tribunales en Norteamérica; mayor rigor de la represión del abuso de posición de dominio en el derecho comunitario que en el derecho

(27) Barry E. Hawk (1989), *La revolución antitrust americana, ¿una lección para la C.E.E.?*, Información Comercial Española, 27 noviembre-3 diciembre, pág. 4610.

(28) B.E. Hawk (1989), cit., págs. 4610 y 4611.

(29) *Ibid.*, pág. 4614.

norteamericano; mayor formalización del grado de tolerancia en el derecho comunitario que en el derecho americano («lo esencial del análisis de la regla de razón americana está consagrado, en el derecho europeo, en el estudio de la exención del artículo 85.3») (30).

6. POLÍTICA Y DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

«La Ley 110/1963, de 20 de julio, fue en su momento, dentro de un sistema económico proteccionista, dirigista, intervencionista y verticalista, un exabrupto legal provocado hasta cierto punto por requerimientos de la política exterior: a) por un lado, la solicitud del Gobierno de Estados Unidos..., b) por otro, la conveniencia de ir adaptando las apariencias legales del sistema económico a los principios y política del mercado común...» (31). No hay, por tanto, ninguna duda sobre la influencia

(30) Sobre todo ello, véase B.E. Hawk (1989), cit., págs. 4615-4628. La cita es de página 4628. El comentario de Hawk, al que en esta parte me estoy refiriendo, contiene dos interesantes constataciones sobre el futuro previsible de la política de competencia comunitaria: por una parte, afirma Hawk, «siempre ha habido y continuara habiendo, una regla de prohibición quasi per se que se refiere a las restricciones territoriales absolutas en función de las fronteras de los Estados miembros» (pág. 4621) y, por otra parte, Hawk concluye: «la contrarrevolución que se prepara en Estados Unidos, conducida por la nueva ola de economistas, puede revelarse más seductora en Europa que el análisis más estático de la teoría de los precios de la Escuela tradicional de Chicago, particularmente en lo que se refiere a las reflexiones actualmente llevadas a cabo en Estados Unidos a propósito de la teoría dinámica de los comportamientos estratégicos y de la depredación» (pág. 4628). La primera previsión puede, no obstante, verse separada por la efectiva puesta en funcionamiento del mercado único y eventualmente por el avance en el camino de la unión política.

(31) Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), *La libre competencia en España*, Madrid, pág. 11. La solicitud del Gobierno norteamericano se contenía en el convenio sobre ayuda económica de 1953, y la apertura de negociación con la C.E.E. se formuló en febrero de 1962.

inmediata y directa de la tradición antitrust norteamericana y de la política de competencia comunitaria sobre su introducción en España en 1963. Sin embargo, como tantas veces se ha puesto de manifiesto, aquella Ley fue muy escasamente efectiva. Baste citar, como resumen de todos los diagnósticos, el que el propio legislador incluye en la Ley 16/ 1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuya Exposición de Motivos afirma que la nueva Ley «nace con el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963». Aunque su fracaso se ha atribuido por unos al sistema organizativo allí establecido y por otros a la falta de voluntad política (32), me inclino por atribuirlo de forma más amplia al contexto político-social de aquellos años, en el que naturalmente habría que incluir el tanto de culpa que corresponde a nuestra ciencia económica (33). Si hubiera que distinguir etapas en la evolución de la defensa de la competencia en España, sería suficiente hablar de tres etapas: una que va desde la aprobación de la vieja Ley en 1963 en la que los órganos de defensa de la competencia realizan una función meramente *testimonial*, una segunda desde 1985 a 1989 que cabe calificar como *constituyente*, principalmente caracterizada por la renovación de los órganos de defensa de la competencia y

(32) Véase Liborio L. Hierro (1991), *Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 71, en particular el apartado II «la inefectividad del sistema previsto en la Ley 110/1963», págs. 334-335, y las referencias que allí cito.

(33) «Resulta sorprendente la escasa atención que los economistas hemos prestado en España a los problemas de la competencia industrial». Emilio Huerta (1987), *Política de competencia y economía industrial en España*, Información Comercial Española, n.º 650, pág. 42. Un juicio general sobre la vieja Ley, en págs. 53-54.

la preparación de la nueva Ley, y una tercera etapa que se abre con la entrada en vigor de la Ley 16/1989.

Sustancialmente, la Ley de Defensa de la Competencia reproduce un sistema paralelo al comunitario. El artículo 1 es una reproducción del artículo 85.1 del Tratado, con la única diferencia relevante de mencionar expresamente junto a las prácticas concertadas las prácticas *conscientemente paralelas*. Los artículos 3, 4 y 5 introducen un sistema de autorizaciones bien de carácter singular, bien por categorías (en este caso mediante Reglamentos de exención), similar a su concepción al instituido por el artículo 85.3. El artículo 6 prohíbe el abuso de posición dominante en los mismos términos del artículo 86 del Tratado, con la única diferencia relevante de incluir en la enumeración de supuestos, de forma explícita: «la negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra de productos o de prestación de servicios».

En relación con el régimen de prohibición de acuerdos y abusos de posición dominante, y salvo las diferencias de enunciado citadas, nuestra Ley contiene dos diferencias con el sistema comunitario.

La primera reside en que el artículo 1 no se aplica a los acuerdos y prácticas «que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley» (artículo 2). Lo que significa que la Ley 16/1989 no tiene ningún efecto derogatorio sobre las normas legales anteriores y sus reglamentos de desarrollo en cuanto puedan dar origen o cobertura a prácticas prohibidas. En tales supuestos la previsión legal consiste en que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda formular propuesta

motivada al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, para modificar o suprimiendo estas situaciones, modificando o suprimiendo su cobertura legal.

La segunda diferencia estriba en la remisión que el artículo 7 establece desde la defensa de la competencia a la disciplina de la competencia desleal al permitir que el Tribunal de Defensa de la Competencia conozca, con el tratamiento de conductas prohibidas, los actos de competencia desleal cuando «por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público». Esta vinculación entre ambas disciplinas (la defensa de la competencia como parte del Derecho Público económico y la competencia desleal como parte del Derecho Mercantil) plantea complejos problemas, todavía por desarrollar, pero satisface las expectativas doctrinales más recientes que, con fundamento en la experiencia de otros países europeos, se han recibido recientemente en nuestro país y se han plasmado normativamente en el artículo 7 de la Ley 16/89 y en la reciente Ley 3/ 1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (34).

El control de las concentraciones económicas se introduce también en la Ley 16/1989, poniendo en manos del

(34) El motivo conductor de esta evolución estriba en pasar desde una concepción de la competencia desleal como ordenamiento dirigido a resolver los conflictos entre competidores a convertirse en un ordenamiento cuyo objeto directo de protección es la institución de la competencia (así se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal). La corriente doctrinal que ha representado esta evolución tuvo su más clara exposición en los trabajos de Cándido Paz-Ares (1981), *Constitución económica y competencia desleal*, Anuario de Derecho Civil, 1981, págs. 927-957 y (1981), *El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust*, Revista de Derecho Mercantil, págs. 7-147. Véase también, Aurelio Menéndez (1988), *La competencia desleal*, Civitas, Madrid.

Gobierno (artículo 17) la posibilidad de impedir una operación de concentración o subordinar su aprobación a la observación de ciertas condiciones que compensen sus efectos restrictivos. Los requisitos que, conforme establece el artículo 14, se requieren para ejercer este control son, alternativamente, que se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o bien que la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de partícipes supere, en el último ejercicio, los 20.000 millones pesetas. La iniciativa, dados estos umbrales, para someter la operación a control corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, que puede actuar de oficio o mediante notificación voluntaria. El Tribunal de Defensa de la Competencia realiza, en tal caso, una función consultiva, elaborando un informe sobre los efectos restrictivos, previsibles o constatados, y remitiendo su dictamen al Gobierno. La notificación voluntaria por parte de las empresas tiene la ventaja de asegurar, mediante el mecanismo del silencio positivo, que su proyectada operación es sometida a control o queda tácitamente aprobada sin posibilidad de ulterior iniciativa administrativa. El sistema es radicalmente nuevo pues poco tiene que ver con la previsión que contenía el artículo 21.7 de la antigua Ley al ordenar inscribir en el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia ciertas operaciones de concentración, mecanismo que también resultó ampliamente ineficaz. Su incumplimiento, por otra parte general, sólo hubiera dado lugar a multas administrativas de mínima cuantía.

También incluye la nueva Ley un sistema de control de las ayudas

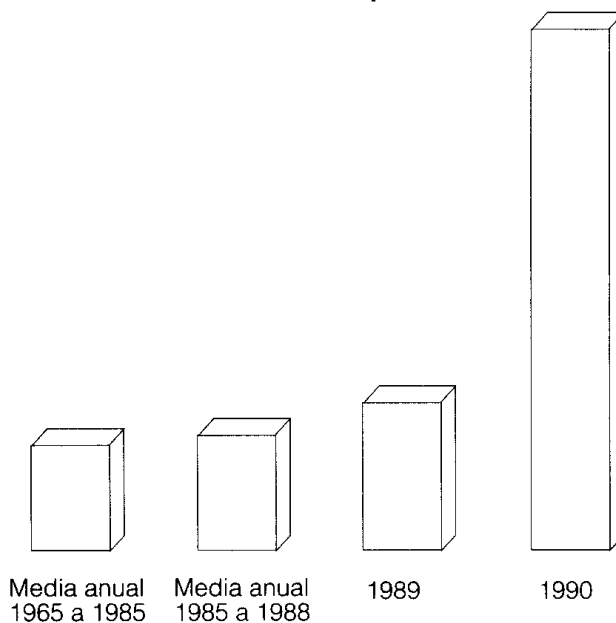
públicas, sin precedente alguno en la vieja legislación. Comparado con el mecanismo comunitario es un mecanismo débil; se limita a que, mediante solicitud del Ministro de Economía y Hacienda, el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda examinar los efectos restrictivos de las ayudas otorgadas con recursos públicos y, a la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro a su vez pueda proponer a los poderes políticos competentes las medidas conducentes a restablecer la competencia. Nada hay establecido que permita de forma clara deducir que la aplicación de esta norma (contenida en el artículo 19 de la Ley) pudiera dar lugar a decisiones jurídicas (devoluciones, indemnizaciones, etc.); más bien parece que se limitaría a un mecanismo consultivo previo a iniciativas de carácter político.

7. LA EFECTIVIDAD DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Hemos hablado de la *inefectividad* del sistema de defensa de la competencia creado por la Ley de 1963. Probablemente es todavía muy pronto para juzgar el resultado de la nueva Ley 16/1989. Sin embargo, algunos datos ponen positivamente de manifiesto que se ha operado un cambio.

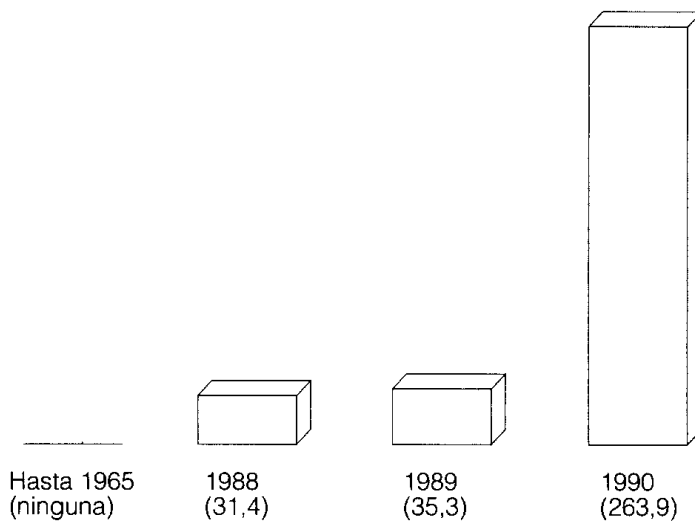
La Memoria correspondiente a 1990, publicada por el Tribunal de Defensa de la Competencia aporta, en dos gráficos, la cuantificación del número de resoluciones dictadas y del volumen económico de las sanciones propuestas al Consejo de Ministros, desde la creación del Tribunal hasta el año 1990 incluido (Véase gráficos n.^{os} 1 y 2).

Gráfico n.º 1. Número de Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.



Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1990, Secretaría de Estado de Economía, pág. 6.

Gráfico n.º 2. Volumen, en millones de pesetas, de las multas propuestas al Consejo de Ministros por Resoluciones firmes en vía administrativa del T.D.C. (*)



(*) Todas fueron impuestas por Acuerdo del Consejo de Ministros.

Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1990, Secretaría de Estado de Economía, pág. 32.

La actividad de los órganos de defensa de la competencia durante 1991 se ha mantenido en similares términos cuantitativos respecto al número de expedientes, pero las sanciones propuestas por el Tribunal y acordadas por el Consejo de Ministros (la mayor parte de ellas en expedientes tramitados todavía bajo el régimen de la Ley antigua) han ascendido ya a más de 900 millones de pesetas. Habría que añadir a ello una valoración, más complicada pero

perceptible, de la repercusión de esta actividad administrativa en el ámbito empresarial, los ámbitos profesionales, la doctrina económica e incluso los medios de comunicación. En términos de contenido, la nueva Ley se aplica con normalidad en su aspecto sancionador, en el régimen de autorizaciones singulares y en el control de concentraciones (35), quedando sólo por estrenar la función relativa al control de las ayudas públicas.

(35) El Tribunal ha conocido ya 29 expedientes de autorización singular, de los que ha resuelto 22, concediendo 15 autorizaciones, la mayor parte de ellas bajo condiciones. Se encuentra sometido al dictamen del Consejo de Estado un proyecto de Decreto para regular el procedimiento en materia de autorizaciones y la recepción, para el mercado

nacional, de un sistema de exenciones por categorías paralelo al vigente ya en el Derecho comunitario. Fueron sometidas a control, previa notificación voluntaria, tres operaciones de concentración de empresas, en todas las cuales el Tribunal dictaminó a favor de su aprobación, lo que el Gobierno finalmente acordó.