

---

# LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

## A PARTIR DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

.....  
**AMADEO PETITBÒ**

Catedrático de Economía Aplicada  
*Universidad Complutense de Madrid*

**LA COMPETENCIA HA SIDO UNA PROTAGONISTA DESTACADA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LAS DISCUSIONES RELACIONADAS CON LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS Y LA ELIMINACIÓN DE LA REGULACIÓN INEFICIENTE HA PUESTO AL**

127

alcance de muchos ciudadanos ideas y argumentos que han contribuido a incrementar su confianza en el mercado como instrumento que contribuye a la eficaz asignación de los recursos. Ahora las cuestiones relacionadas con la competencia están sumidas en un discreto silencio, pero, en todo caso, lo que se ha hecho durante los últimos años ha sido relevante. Si quince años atrás el escepticismo o la aversión eran las notas destacadas de las reacciones de los ciudadanos ante un inevitable proceso de liberalización y eliminación de la regulación ineficiente, ahora se exige a las

administraciones que aceleren dichos procesos como medio para eliminar privilegios injustificados y las rentas extraordinarias que algunos operadores económicos obtienen como resultado de la existencia de obstáculos al libre mercado. Además, como nota destacada, debe subrayarse la incorporación al sistema español de defensa de la competencia de los nuevos organismos autonómicos, aunque es pronto para hacer una valoración de su actividad dado que los tribunales autonómicos de defensa de la competencia todavía no han finalizado ningún expediente.

Como subrayó la OCDE (OCDE, 2000), la experiencia de la economía española, «constituye una manifiesta evidencia del valor de las reformas estructurales y regulatorias en apoyo del crecimiento económico. Entre los factores relacionados con el fuerte crecimiento económico de la economía española en los últimos tres años, la liberalización de los mercados y la apertura de la economía han sido cruciales. Tales reformas, iniciadas hace 15 años y aceleradas desde 1996, también han contribuido a flexibilizar y hacer más competitiva la economía, y han acelerado la convergencia de España en relación con Europa».

La liberalización sigue ritmos distintos según los mercados. En el caso de los productos industriales contabiliza una dilatada historia. La liberalización del comercio internacional ha tenido efectos contundentes sobre la liberalización de los productos manufacturados que han sido objeto de intercambios internacionales sin precedentes. Pero la libertad del mercado internacional no ha incidido con la misma intensidad sobre el sector servicios, reflejando una asimetría de difícil justificación: el sector industrial liberalizado y sometido a la competencia nacional e internacional convive con el sector servicios que, en muchas de sus actividades, resulta protegido de la competencia debido a las fuertes barreras que dificultan su integración en el comercio internacional (1).

Con este marco de referencia, el presente trabajo se referirá a la reciente experiencia española en relación con la introducción de competencia y eliminación de la regulación ineficiente en los mercados de bienes y servicios haciendo una mención especial al artículo 38 de la Constitución Española (CE) y a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) entendida como un instrumento cuyo objetivo es el funcionamiento competitivo de los mercados.

## EL ANÁLISIS ECONÓMICO, LA EVIDENCIA EMPÍRICA Y LA VOLUNTAD LIBERALIZADORA

El análisis económico revela que el mecanismo que coordina los objetivos de los productores y los consumidores es el sistema de precios. La «mano invisible» de Adam Smith pierde su invisibilidad cuando los mercados de los bienes y servicios se equilibran en aquel punto en que coinciden la oferta y la demanda. En dicho punto todos aquellos que intervienen en los intercambios optimizan sus objetivos: los ciudadanos, su utilidad, y las empresas, sus beneficios, alcanzándose el equilibrio competitivo y maximizándose los beneficios de la sociedad, de acuerdo con Adam Smith, o el «dividendo nacional», de acuerdo con Pigou (2).

Para que los mercados alcancen los oportunos equilibrios competitivos es

necesario que los agentes económicos no puedan fijar los precios independientemente y, en consecuencia, los tomen como dados. Sin embargo, el propio sistema de mercado genera incentivos que fomentan la elaboración de estrategias dirigidas a incidir sobre el sistema de precios mediante acuerdos colusivos o la explotación de posibles situaciones de posición de dominio con el fin de obtener beneficios extraordinarios. Cuando se contabilizan dichos beneficios extraordinarios —rentas de monopolio— durante un período suficientemente largo, puede sostenerse que la competencia ha sido obstaculizada de manera que, al igual que ocurre con los efectos de la regulación ineficiente, genera costes evitables y precios que pueden ser reducidos mediante la liberalización, la supresión o modificación de dicha regulación (3) y la defensa y promoción de la competencia.

Como ha puesto de relieve la OCDE, el impacto de la regulación ineficiente puede ser relevante. En efecto, según sus estimaciones, apoyadas en un análisis estático que minusvaloraba los resultados, ha evaluado, sobre la base de los datos correspondientes a la economía española en 1990, que los efectos potenciales, directos e indirectos, de la eliminación de la regulación ineficiente suponían, en aquellos momentos, entre el 4% y el 5% del PIB (4).

Las conclusiones de la OCDE permiten sostener que la eliminación de la regulación ineficiente beneficia al conjunto de la economía, a las empresas eficientes y a los ciudadanos, dado que, al igual que la competencia, contribuye a reducir los precios, de manera que facilita el control de la inflación. También contribuye a incrementar la inversión, la producción y la tasa de crecimiento, a mejorar la productividad, a incrementar los salarios reales y a reducir los beneficios extraordinarios derivados de la posibilidad de fijar los precios por encima de los correspondientes a un mercado competitivo. Por último, fomenta la innovación y la calidad de los bienes y servicios, y si la inversión no se interrumpe y el mercado de trabajo es suficientemente flexible también contribuye a crear puestos de trabajo a medio y largo plazo.

Ahora Internet, las comunicaciones y las telecomunicaciones contribuyen a la globalización de los mercados y ésta exige el desarrollo de Internet. Todo ello está modificando el marco en el que tiene lugar la actividad económica. La economía se internacionaliza y se «internetiza» en un proceso retroalimentado. Además, Internet se está convirtiendo en un poderoso instrumento de difusión del progreso técnico, de la innovación y del fomento del cambio. Su papel recuerda al de las telecomunicaciones, el ferrocarril y la electricidad, que, a finales del siglo XIX, contribuyeron a ampliar los mercados, aumentar la dimensión de las empresas, mejorar la productividad, reducir los costes medios y, en consecuencia, a acentuar la competencia entre unidades de producción. Desde la perspectiva de la competencia, Internet impulsa dos movimientos de efectos opuestos. Por una parte, contribuye a fomentar la competencia a través de la mayor transparencia de los mercados y la ruptura del monopolio de la información. Pero, por otra, también puede contribuir a reducir la competencia al extender a mercados conexos eventuales situaciones de posición de dominio o facilitar el intercambio de información entre operadores económicos.

Todo ello tiene lugar en un momento en el que la economía española y las empresas se han abierto considerablemente al exterior, las empresas públicas se han privatizado y los mercados se han liberalizado o están en trance de ser liberalizados. Ahora, el crecimiento de la economía española es compatible con una inflación más elevada de lo deseable pero que puede ser controlada y dicho crecimiento contribuye a la creación de puestos de trabajo y a fomentar la inversión y el gasto de las familias. Además, se ha apostado por las reformas estructurales y por la eliminación de la regulación ineficiente. Los resultados alcanzados son inequívocamente positivos, aunque el proceso no haya terminado y algunas resistencias hayan frenado el ritmo de la marcha.

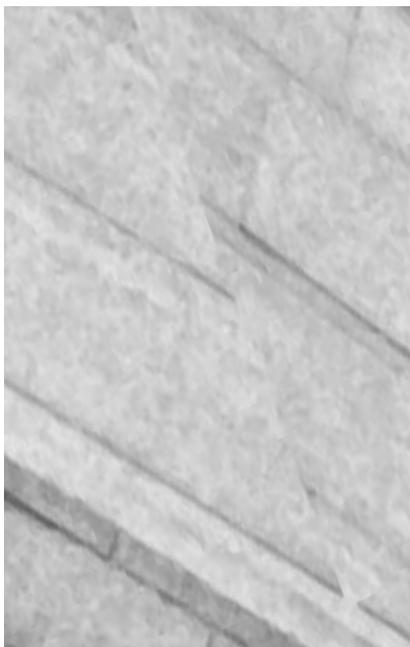
La mencionada apertura al exterior es, sin duda, un hecho de singular importancia. Los empresarios españoles han modificado rápidamente y con eficiencia la forma de entender la dimensión y la dirección de las empresas. Se ha pasado de una ac-



empresarial que pudieran tener efectos restrictivos sobre la competencia.

A la luz de estas referencias puede sostenerse que el derecho estadounidense ha sido el faro orientador que ha guiado los desarrollos posteriores en el campo del derecho de defensa de la competencia y del funcionamiento eficiente de los mercados, aunque dichos desarrollos han incorporado diferencias relevantes en los distintos países. En efecto, el objetivo del derecho *antitrust* americano —mezcla de derecho civil y derecho penal— es la protección del comercio, restringiendo, incluso, determinadas operaciones de concentración o imponiendo el fraccionamiento de las grandes empresas, como ocurrió, por ejemplo, en los casos Standard Oil, American Tobacco o ATT. La competencia perfecta, primero, y la competencia efectiva, más tarde, han sido declaradas fines en sí mismas y, en consecuencia, los acuerdos anticompetitivos han sido prohibidos *per se*, pese a que posteriormente las autoridades *antitrust* americanas han acudido a la «regla de razón» para resolver algunos problemas que su planteamiento tradicional dejaba sin solución.

En Europa, la competencia no se ha considerado como un fin en sí misma, sino como un instrumento para alcanzar los resultados positivos derivados de ella, y, con el nacimiento del Mercado Común, en línea con los planteamientos norteamericanos, consideró que debe contribuir, además, a la integración de los mercados. El paso decisivo tuvo lugar a principios de la década de los años cincuenta, con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), preludio de la Comunidad Económica Europea (CEE). El Tratado CECA del año 1951 prohibía las conductas dirigidas a adquirir una posición de monopolio mediante reducciones de precios y las prácticas discriminatorias, especialmente por razón de la nacionalidad (art. 60), los acuerdos colusivos restrictivos de la competencia en el Mercado Común (art. 65) y, también, las concentraciones (art. 66). Sin embargo, a diferencia del derecho *antitrust* norteamericano, el Tratado CECA previó, en primer lugar, la posibilidad de autorizaciones para determinados acuerdos si los beneficios de los mismos



compensan sus efectos contrarios a la competencia; y, en segundo lugar, la intervención pública, en casos decisivos. Estas consideraciones, apoyadas en criterios de razonabilidad, suponen que no todas las conductas contrarias a la competencia deben condenarse y que la autoridad administrativa puede desempeñar un papel determinante.

El derecho de la competencia europeo sigue los principios del Tratado CECA. El Tratado Constitutivo de la CEE establecía, en su artículo 3g), que la acción de la Comunidad implicará «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Sobre la base de este principio, la actividad de las autoridades de defensa de la competencia se refiere, principalmente, a los acuerdos, los abusos de posición de dominio y al control de las operaciones de concentración capaces de alterar de forma significativa las condiciones de la competencia. La consideración de estos aspectos ha constituido la plataforma sobre la que se han desarrollado las distintas legislaciones nacionales.

Poco después de la constitución de la CEE, se aprobó en España, en 1963, la primera Ley de Defensa de la Competencia —denominada de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia—. Dicha Ley fue reconsiderada como conse-

cuencia, por una parte, de la aprobación de la CE en 1978 y, por otra, de la adhesión de España al Tratado Comunitario. El resultado fue la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

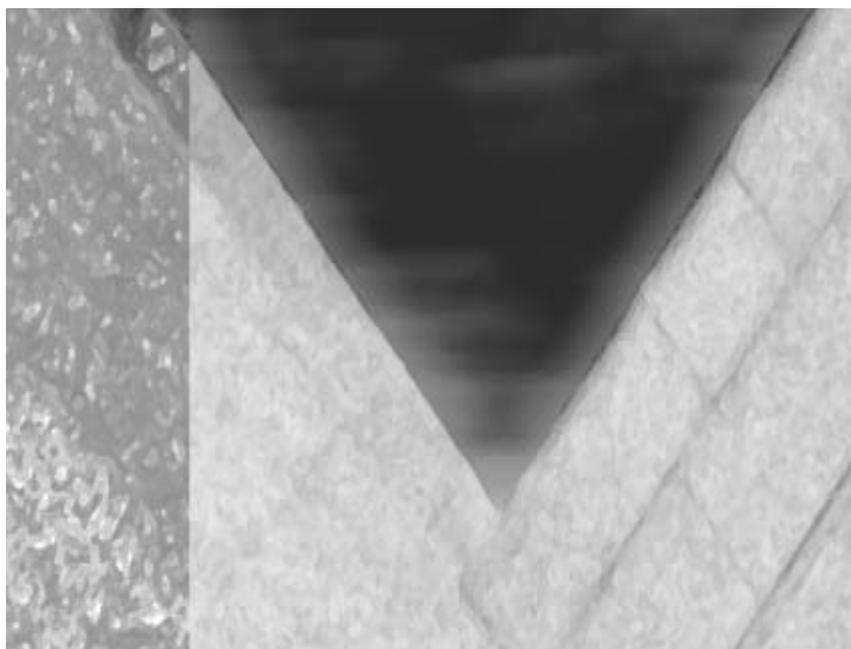
#### **EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1989**

El artículo 38 de la CE establece que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» y, en coherencia con dicho precepto, la LDC de 1989 estableció, en su Exposición de Motivos, que «La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa». Y añadía: «La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución». Queda, pues, claro en la Exposición de Motivos de la LDC que ésta constituye un instrumento al servicio de los objetivos consagrados en la CE y su objetivo es «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado».

El Plan de Liberalización, aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de febrero del año 1997, fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, iniciándose un proceso de modificación de las normas de defensa de la competencia y de liberalización de los mercados de bienes y servicios que, tras la aprobación del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de la competencia, prosiguió con la aproba-

ción de los Reales Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989; 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes; 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público y de Racionalización del Uso de los Medicamentos; 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro; Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al Control de las Concentraciones Económicas; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, donde se transforma la naturaleza jurídica del Tribunal de Defensa de la Competencia; la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia; y los Reales Decretos 378/2003, de 28 de mayo, y 864/2003, de 4 de julio, por los que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, y se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia. A continuación se comentan algunas cuestiones consideradas de interés.

El Real Decreto 295/1998 dispuso la atribución de competencias para la resolución o dictamen de los expedientes, estableciendo que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) es la autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 81.1 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado y para dictaminar sobre los casos de concentración remitidos por la Co-



misión. Por su parte, el Consejo de Ministros es la autoridad competente para dictaminar acerca de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria remitidas por la Comisión. Adicionalmente, la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia es la autoridad competente en relación con las funciones de colaboración entre la Administración Pública y la Comisión. Asimismo, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) es el órgano encargado de la construcción de los expedientes. También se establece la facultad de los funcionarios en materia de investigación y confidencialidad.

El Real Decreto-Ley 6/1999 se apoyaba en el principio de que «Uno de los objetivos de la política económica es perfeccionar el funcionamiento de los mercados domésticos valiéndose de reformas de carácter estructural que procuren una más eficiente respuesta de la oferta a los impulsos de la demanda». Tales medidas fomentan la competencia y contribuyen a la estabilidad de la economía mediante una mayor asignación de los recursos y una mayor igualdad de oportunidades de los operadores económicos en dichos mercados. Las actividades consideradas fueron las siguientes: Fedatarios públicos y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Navegación aérea e Hidrocarburos Gaseosos.

El Real Decreto-Ley 52/1999 parte de la consideración, explicitada en su Exposición de Motivos, de que «La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas». Y con el fin de hacer eficaz el sistema español de defensa de la competencia, se afirma que «la política de defensa de la competencia tiene básica y generalmente un carácter horizontal», que encuentra su plena efectividad en la oportuna colaboración con las autoridades reguladoras sectoriales.

Se contempla, además, la posibilidad de una mayor colaboración con la administración de justicia, con el objeto de contribuir a una tramitación de los procesos más rápida. En consecuencia, se habilita al TDC para que, a petición de los órganos jurisdiccionales competentes, pueda redactar un informe no vinculante «sobre los efectos que las conductas contrarias a la competencia pudieran tener sobre los mercados, sectores y operadores afectados, y, concretamente, sobre la procedencia y cuantía de un eventual derecho de indemnización por los daños y perjui-

cios irrogados». Asimismo, se introduce la posibilidad de terminación convencional de conflictos cuando las operaciones sometidas a análisis «no pongan en peligro las condiciones de competencia en el mercado, sometidas a compromisos de las partes». También se reconsidera el artículo 19 de la LDC, regulando la redacción de informes por parte del TDC en relación con las ayudas públicas que distorsionan o pueden distorsionar la competencia, incluyendo la posibilidad de que dichos informes puedan iniciarse de oficio. Adicionalmente, se limitan las posibilidades de recurso en cuestiones incidentales, sin que ello suponga un perjuicio de los derechos de las partes. Y, finalmente, se reconsideran las funciones de los órganos de defensa de la competencia, los plazos máximos de los procedimientos, se crean las tasas por análisis y estudio de las operaciones de concentración y se modifica el artículo 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, en relación con los supuestos de discriminación y dependencia económica.

El Real Decreto-Ley 6/2000 sostiene, en su Exposición de Motivos, que el principal objetivo de la política económica es alcanzar una tasa de crecimiento económico que reduzca las diferencias con la media comunitaria. Para alcanzar dicho objetivo, los procesos de liberalización y flexibilización de la economía son fundamentales, y la estabilidad macroeconómica y las políticas de oferta son instrumentos esenciales. Con estos elementos como referencia, la norma contenía un conjunto de medidas dirigidas a «aumentar la capacidad de crecimiento potencial y la productividad de nuestra economía, bases del proceso de convergencia de los niveles de renta y empleo con los del resto de países de la Unión Europea». Los mercados contemplados fueron: hidrocarburos líquidos, gases combustibles por canalización y electricidad. En relación con la defensa de la competencia, el Real Decreto-Ley se refirió al control de concentraciones, a las participaciones empresariales, a la Fe pública y a las Mutualidades. Asimismo, determinó medidas liberalizadoras en relación con los libros de texto, los colegios profesionales, el sistema financiero, las labores de tabaco y el comercio interior. En el apartado siguiente se analizan algunos aspectos del Real Decreto-Ley 6/2000.

La Ley 9/2001 responde al proceso de liberalización económica e incluye la modificación de los artículos 17 y 18 de la LDC, en el sentido de subordinar la aprobación de una operación de concentración «a la observancia de condiciones que aporten al proceso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia» y se atribuyen al SDC funciones de vigilancia de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros, así como determinadas funciones sancionadoras. También modifica el artículo 5 de la LDC en materia de Reglamentos de exención.

Por su parte, el Real Decreto 1443/2001 desarrolla la LDC en relación con el control de concentraciones, adaptándolo a la serie de cambios normativos aprobados con anterioridad. En el apartado siguiente se hará referencia a esta cuestión.

El punto nuclear de la citada Ley 24/2001 se refiere a la modificación del artículo 20 de la LDC, que, de acuerdo con la nueva redacción, configura al TDC como un Organismo autónomo con personalidad pública diferenciada y autonomía de gestión, de acuerdo con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que «sin perjuicio de su adscripción administrativa, ejerce funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico». Asimismo, se atribuye al TDC el 50% de la recaudación obtenida por el pago de tasas correspondientes a los dictámenes en las operaciones de concentración. El Estatuto del TDC ha sido aprobado por el citado Real Decreto 864/2003.

Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, el Alto Tribunal estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en un conjunto de artículos. La conclusión alcanzada fue que las Comunidades Autónomas que lo hubieran previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el «comercio interior» y, por ende, con la

«defensa de la competencia». Con la unidad de mercado como referencia, de acuerdo con el Tribunal Constitucional «no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban analizarse en el territorio de cualquiera de las comunidades autónomas». Como, además, el Estado debe ejercer las responsabilidades de coordinación que garanticen la unidad de la doctrina, era necesaria la aprobación de la mencionada Ley de coordinación.

## LOS EJES DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

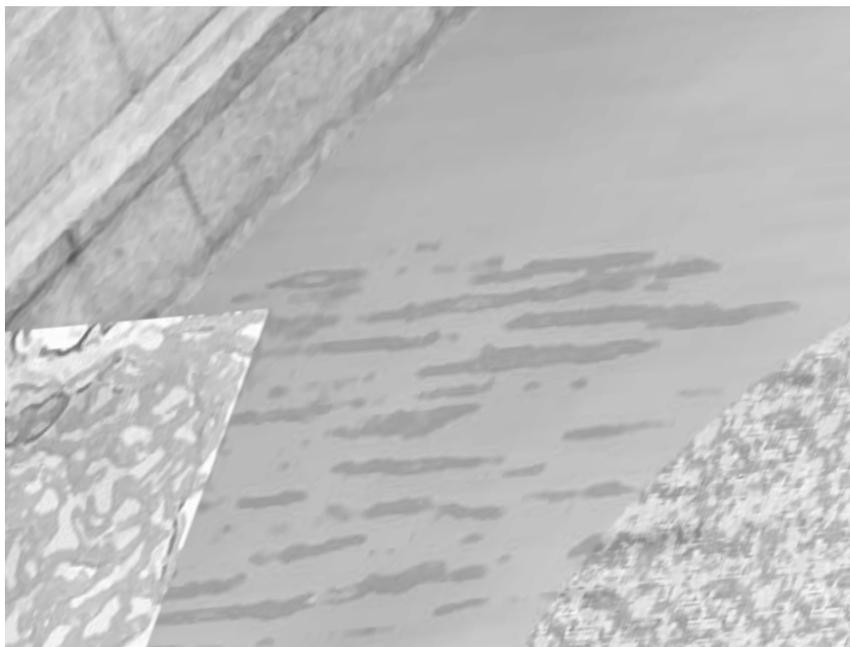
Siguiendo la legislación comunitaria, la LDC (7) contempla dos tipos de conductas prohibidas: en primer lugar, las prácticas colusorias restrictivas o falseadoras de la competencia en el mercado; y, en segundo lugar, los abusos de posición de dominio en el mercado. Además, añade un nuevo tipo referido al falseamiento de la competencia por actos desleales (8).

El artículo 1 de la Ley prohíbe «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del territorio nacional...». Complementariamente, el artículo 1.2 establece la nulidad de pleno derecho de las citadas conductas prohibidas que no estén amparadas por las oportunas exenciones. Y el artículo 1.3 establece que los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos relacionados con conductas cuya escasa importancia los haga incapaces de afectar de forma sensible a la competencia. A pesar de las prohibiciones citadas, la Ley prevé la posibilidad de que determinadas conductas prohibidas puedan ser autorizadas bajo

determinados supuestos relacionados con la situación económica general o con el interés público. Concretamente, los órganos de defensa de la competencia pueden autorizar conductas prohibidas que contribuyan al fomento de las exportaciones cuando no alteren la competencia en el mercado interno, contribuyan a la elevación del nivel económico y social de determinados territorios, o que por su escasa importancia no puedan afectar significativamente a la competencia.

El carácter instrumental de la Ley se refleja en su artículo 2, donde se establece que, sin perjuicio de la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia, «las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley». Sin embargo, y esta cuestión es relevante, «serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se derivan del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal». Dado que, en ocasiones, las restricciones a la competencia amparadas legalmente pueden afectar al funcionamiento de los mercados, el artículo 2.2 de la Ley prevé que el TDC formule propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía, «para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales». El Tribunal ha hecho uso de esta competencia en múltiples ocasiones (mercado del libro, comisiones de las tarjetas de crédito, gas, correos, tabaco, farmacias, telecomunicaciones, infraestructuras, por citar algunos ejemplos), contribuyendo, de esta forma, al proceso de liberalización de mercados, sectores y actividades y promoviendo el debate sobre las ventajas de la competencia.

El artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional. Tras la última reforma, ahora también está prohibida la explotación abusiva de la situación de dependencia económica (9) de los clientes o proveedores de las empresas cuan-



do «no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad». Y la cuestión se aclara estableciendo que «Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

En la misma línea, el legislador ha añadido dos nuevos apartados, referidos, el primero, a la prohibición de la ruptura de las relaciones comerciales sin preaviso con una antelación mínima de 6 meses; y, el segundo, a la prohibición de obtener o intentar obtener, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, determinadas ventajas no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. El objetivo de la prohibición es, fundamentalmente, la protección de los intereses de los proveedores en sus relaciones con los grandes establecimientos comerciales.

El citado Real Decreto-Ley 6/2000 pretende prevenir la eventual coordinación de comportamientos entre los operadores económicos a partir de la presencia de accionistas comunes en determinadas empresas. En consecuencia, se establecen ciertas limitaciones a la presencia simultánea en el Consejo de Administración de operadores competidores en mercados

en proceso de liberalización, así como el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de lo mismos.

Asimismo, la LDC ha acentuado su interés sobre las operaciones de concentración empresarial, estableciendo su notificación obligatoria cuando se superen determinados umbrales (10). Si, tras la correspondiente formación de expediente e informe por el SDC, el Ministro de Economía considera que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, se remite el expediente al Tribunal, el cual, tras analizar los posibles efectos positivos de la operación, realiza un informe no vinculante que remite al citado Ministro. Por su parte, el Gobierno, tras examinar el informe del Tribunal, puede decidir no oponerse a la operación, subordinarla a determinadas condiciones o declararla improcedente, estando facultado para ordenar que no se proceda a la misma o que se tomen las medidas necesarias para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración.

El citado Real Decreto-Ley 6/2000 modifica los artículos 15, 16 y 17 de la LDC, en aspectos relevantes. En primer lugar, se suprime la posibilidad de notificar la realización de una operación de concentración «hasta un mes después de la fecha de la conclusión del acuerdo de con-



gubernamentales en esta dirección se apoyan en tres instrumentos complementarios, pero con incidencia distinta entre países y sectores:

1] Continuación de la privatización de actividades llevadas a cabo por el sector público empresarial.

2] Desregulación de actividades previamente reguladas.

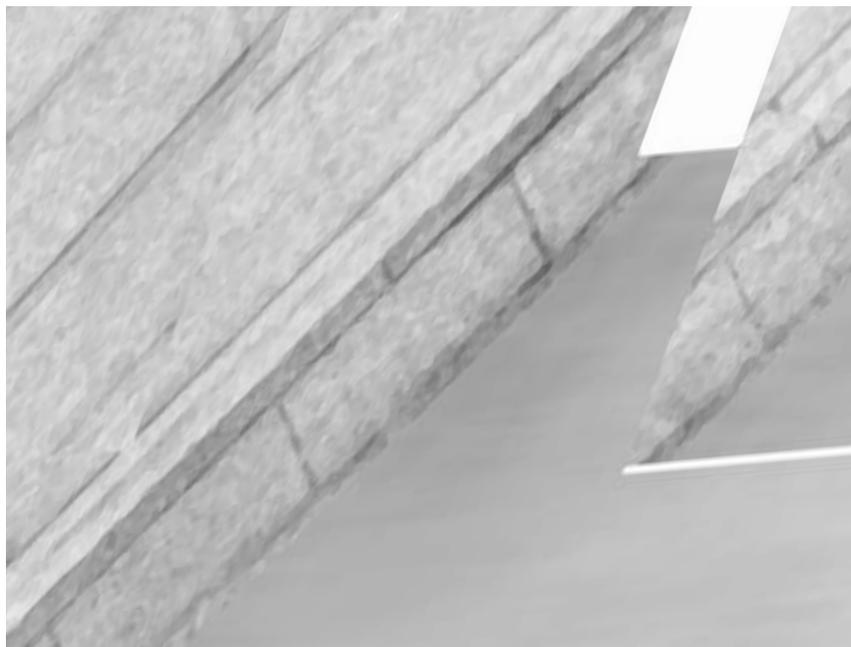
3] Políticas de competencia para contrarrestar las limitaciones a la competencia y evitar posiciones de dominio excesivas en mercados vulnerables.

En el mismo sentido se pronunciaba el XXI Informe sobre la Competencia, al señalar que «la política de competencia será una de las bases del mercado interior único» y que deben introducirse los mecanismos de competencia en mercados tradicionalmente regulados (12).

A pesar de la importancia económica del sector servicios, a diferencia de la industria manufacturera, se ha beneficiado de la ausencia de competencia exterior. Este hecho ha supuesto un fuerte obstáculo a la intensificación y extensión de la competencia interior, lo que se ha traducido en ineficiencias que penalizan tanto a las empresas eficientes como a las empresas relacionadas con éstas y a los consumidores.

En algunas actividades relevantes del sector servicios las condiciones del mercado siguen caracterizadas por la imperfección de la competencia. Las concesiones monopolísticas, la existencia de barreras a la entrada, la fijación de precios al margen del mercado, las restricciones a la distribución o determinadas condiciones impuestas al libre ejercicio de las profesiones constituyen ejemplos de rigideces nocivas. Prueba de ello es el comportamiento de los precios de los servicios, que ha constituido una de las rúbricas del IPC que más ha contribuido al proceso inflacionista durante los últimos años.

A pesar de los beneficios promovidos por la reforma de las regulaciones ineficientes, el proceso tiene lugar con lentitud en muchos mercados. La presión de los grupos de interés contribuye a retrasar las reformas, y las administraciones, a menudo,



necesitan tiempo para obtener el apoyo suficiente para los cambios propuestos. Pero, en estos momentos, existe un amplio consenso acerca de la necesidad de eliminar las regulaciones innecesarias y de modificar aquellas que no conducen al cumplimiento de los objetivos de eficiencia y rentabilidad. No es necesaria la desregulación total. Se trata de eliminar la regulación ineficiente (13), pues la política de defensa y promoción de la competencia es un elemento apropiado y suficiente para tutelar el comportamiento empresarial en la mayoría de los mercados abiertos y competitivos.

El TDC ha prestado especial atención al objetivo de introducir e intensificar el nivel de competencia en diversos mercados y actividades cuyos bienes y servicios no se comercializan internacionalmente o cuentan con el amparo de una regulación que impone restricciones a la competencia (telecomunicaciones, infraestructuras, correos, energía, distribución comercial, distribución de tabaco, colegios profesionales, oficinas de farmacia, libros, suelo, por ejemplo).

La labor del TDC, de acuerdo con lo dispuesto en la LDC, se ha realizado por dos vías. Por un lado, a través de la elaboración de informes elevados al Gobierno, con la inclusión de propuestas de modificaciones normativas con el fin de intro-

ducir o aumentar la competencia y, por otra parte, por medio de las resoluciones relativas a los expedientes instruidos por el SDC.

De acuerdo con el artículo 26 de la LDC, el Tribunal tenía atribuidas funciones consultivas y de emisión de informes sobre materias relacionadas con la libre competencia, por decisión propia o a partir de la solicitud de las asociaciones o las instituciones especificadas en la ley. La redacción dada en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, establece:

«1] El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

2] El Tribunal promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

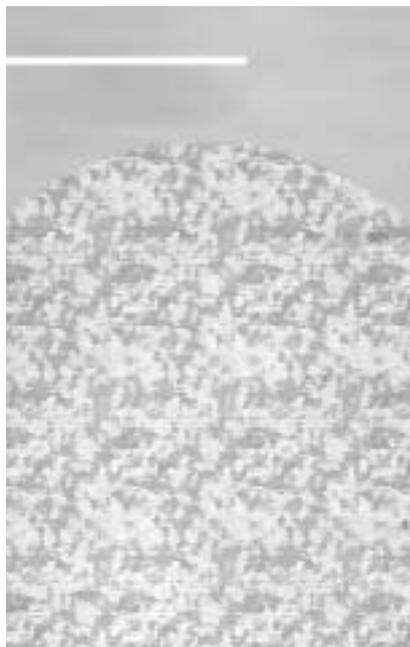
3] El Tribunal informará los proyectos o proposiciones de ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, el presente texto legal, así como los proyectos de normas reglamentarias que lo desarrollen.»

La nueva redacción revela que la capacidad del TDC para informar los anteproyectos de normas con rango de ley que afecten a la competencia ha sido traspasada al SDC, aunque puede sostenerse que el contenido del nuevo texto cubre las funciones del anterior. En cualquier caso, lo que debe resaltarse es que al amparo del artículo 26 de la LDC, el Tribunal ha realizado diversos informes públicos, aunque no todos ellos publicados, correspondientes a distintos sectores, mercados y actividades relacionados con bienes y servicios no comercializables.

Al principio de la década de los años noventa la economía española estaba sometida a una regulación férrea que afectaba a la competitividad de muchos sectores, mercados y actividades, pese a generar rentas elevadas a aquellos que se beneficiaban de la protección de la competencia. La experiencia liberalizadora de mediados de los años ochenta dio buenos resultados. Por ello se consideró necesario proseguir el proceso. En el marco del Plan de Convergencia, el TDC (1992) recibió el encargo del Gobierno de realizar un estudio sobre las restricciones a la competencia en la prestación de los servicios de los profesionales colegiados, del que se excluyeron los profesionales colegiados funcionarios (notarios, registradores y corredores de comercio).

En el año 1993 difundió sus «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios», donde, tras unas reflexiones acerca de la importancia de la liberalización, los daños causados por los monopolios, las dificultades de las reformas estructurales y el establecimiento de criterios y recomendaciones para diseñar políticas de liberalización, se analizaron los sectores de las telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, monopolios locales, suelo urbano y el mercado de la instalación y el mantenimiento.

En 1995, el Tribunal publicó su tercera colección de informes bajo el título «La competencia en España: balance y nuevas propuestas», donde estudiaba la dimensión social de la libre competencia y realizaba el oportuno balance de la



competencia en España, analizando los sectores de banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cine y oficinas de farmacia. Posteriormente, el Tribunal ha realizado otros informes sectoriales, referidos, la mayoría de ellos, a las reformas legislativas propuestas por el Gobierno (por ejemplo, las telecomunicaciones, los transportes terrestres, farmacia, suelo, mercado de tabacos, correo o el sector del gas). Se separa de esta tendencia el informe realizado sobre el precio fijo de los libros (14).

La elección de las actividades sometidas a examen se sustenta en el hecho de que tanto los servicios como determinadas actividades de la agroindustria están fuertemente protegidos de la competencia. En unos casos, por la imposibilidad material de realizar intercambios a través del comercio exterior. En otros, por la existencia de barreras apoyadas en normas legislativas o administrativas que inhiben la competencia internacional e incluso la nacional. Igualmente, es relevante indicar que la falta de competencia en el sector terciario afecta al resto de sectores a través de las interacciones entre ellos. Este hecho es particularmente relevante en el caso de sectores básicos como la energía, las telecomunicaciones o el suelo.

## CONCLUSIONES

Cuanto antecede revela que las restricciones a la competencia derivadas de la regulación ineficiente tienen un coste elevado en términos de precios, tasa de crecimiento o competitividad. Por esta razón es necesario proceder a su desmantelamiento, dejando en vigor solamente aquellas normas necesarias, relacionadas con la defensa de los intereses públicos, que no entorpezcan la competencia.

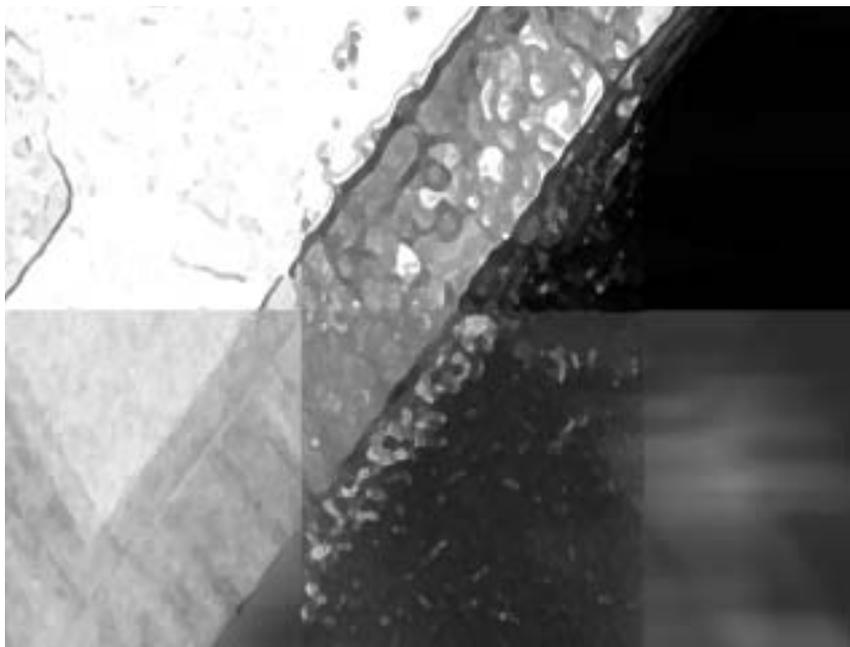
Los análisis realizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia ponen de manifiesto que, pese a los reiterados avances realizados —numerosos y relevantes, sin duda—, en nuestra economía quedan todavía actividades cuyo ejercicio se lleva a cabo con una protección de la competencia mediante normas que, aunque en el pasado acaso tuvieron alguna justificación, en los momentos actuales no existen argumentos para su defensa, debiéndose proceder progresivamente a su derogación.

Ahora, tras la experiencia de 15 años y el impulso dado a la liberalización, es necesario proceder a una nueva redacción de la LDC, recogiendo la experiencia reciente; reforzando los órganos de defensa de la competencia, en especial el SDC; incrementando el número de expedientes iniciados de oficio; activando la redacción de informes dirigidos a remover los obstáculos a la competencia y la regulación ineficiente; procediendo a la eliminación de aquellas ayudas públicas que dificultan la competencia, y asegurando la reducción de los plazos empleados por los órganos jurisdiccionales. Otras cuestiones también resultan de interés: el incumplimiento de las sentencias por parte de algunos operadores económicos, la necesidad de unas Guidelines que den seguridad jurídica a los operadores y reduzcan el riesgo de criterios mutantes, por ejemplo.

La consideración de estas cuestiones contribuirá a dar un impulso a la actividad de los órganos de defensa de la competencia y a reforzar la competencia en España.

NOTAS

- (1) Sobre la competitividad del sector servicios puede verse, Rubalcaba-Bermejo, L. (1999).  
 (2) A. Pettibò (1999).  
 (3) Las propuestas de remoción de la regulación ineficiente cuentan con una dilatada historia. Jovellanos, por ejemplo, escribió que «con una palabra, Señor, el grande y general principio de la Sociedad se reduce a que toda protección de las leyes, respecto de la agricultura, se debe cifrar en remover los estorbos que se oponen a la libre acción del interés de sus agentes dentro de la esfera señalada por la justicia» (Jovellanos, G. M. de [1795] s.f.).  
 (4) OCDE (1998).  
 (5) Como ha señalado Chandler, A. D., Jr. ([1977] 1988), «hasta la aprobación de la Ley Sherman en 1890, y, en realidad, hasta que el Tribunal Supremo la interpretó, la concentración horizontal no violaba las leyes federales... En la década de 1880, unos cuantos Estados aprobaron leyes antimonopolio. Sin embargo, hasta que el Tribunal Supremo anunció sus decisiones sobre la Ley Sherman no se pudo tomar ninguna acción legal efectiva contra las concentraciones a escala nacional que restringían el comercio».  
 (6) La Ley Sherman fue aprobada en un período en el que las empresas de pequeña y mediana dimensión empezaban a sentir los efectos de la competencia de las grandes empresas.  
 (7) Sobre los antecedentes de la legislación actual de defensa de la competencia puede verse Cases, L. (1996).  
 (8) Los principios que conforman un sistema de defensa de la competencia pueden verse en The World Bank, OECD (1999).  
 (9) Sobre el abuso de posición de dependencia, véase, por ejemplo, Osti, C. y Grillo, M. (1999).  
 (10) El artículo 14 de la LDC dispone que deberá notificarse al SDC todo proyecto de operación de concentración cuando: «a) Como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o b) El volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas».  
 (11) Véase OECD (1993).  
 (12) Comisión de las Comunidades Europeas (1992).  
 (13) Sobre la reforma de la regulación, véase, por ejemplo, Guasch, J. L. Spiller, P. (1999). Véase también OECD (2000).



(14) La OCDE, pese a olvidar los criterios desreguladores contenidos en sus resoluciones e informes, subrayó la reducción en el número de informes del Tribunal y el hecho de que, debido a su naturaleza, no se hayan hecho públicos y no hayan contribuido al debate. Como causas se indican los cambios de las personas y el cambio de prioridades debido al incremento de la carga de trabajo (principalmente el aumento en el número de resoluciones y de informes relacionados con la apertura de establecimientos comerciales y con las operaciones de concentración). En cualquier caso, la OCDE lamentó que las limitaciones de recursos reduzcan las funciones del Tribunal como promotor de la competencia y el hecho de que dicha función sea menos pública. Y propuso que el Tribunal tenga un mayor protagonismo en los debates. Véase OECD (2000).

BIBLIOGRAFÍA

CASES, L. (1996): «Competition Law and Policy in Spain: implementation in an interventionist tradition», en Majone, G. (1996), *Regulating Europe*.  
 CHANDLER, A. D., Jr. ([1977] 1988): *La mano invisible. La revolución en la dirección de la empresa norteamericana*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.  
 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992): *XXI Informe sobre la política de competencia*, Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

GUASCH, J. L. y SPILLER, P. (1999): *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, The World Bank.  
 JOVELLANOS, G. M. de ([1795] s.f.): *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria*, en *Escritos Económicos*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.  
 OCDE (1998): *Estudios económicos de la OCDE 1998, España*, Madrid, Mundi-Prensa Libros.  
 OCDE (2000): *Estudios económicos de la OCDE, España*, Madrid, Mundi-Prensa Libros.  
 OECD (1993): *Industrial Policy in OECD Countries, Annual Review 1993*, París, OECD.  
 OECD (2000): *OECD Review of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Spain*, Preliminary Edition, julio, París.  
 OSTI, C., y GRILLO, M. (1999): «Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica», en *Mercato, concorrenza, regole*, 1/1999, Il Mulino.  
 SCHWARTZ, P. (ed.) (1998): *El precio de los libros. Argumentos para una polémica*, Madrid, Idelco.  
 PETITBÒ, A. (1999): «Mercados y competencia. Efectos de la liberalización y la desregulación sobre la eficiencia económica y el bienestar», discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores, Barcelona.  
 RUBALCABA-BERMEJO, L. (1999): *Business Services in European Industry. Growth, Employment and Competitiveness*, Bruselas, European Commission.  
 THE WORLD BANK, OECD (1999): *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*.

## A. PETITBÒ

---

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1992): *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993): *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1995): *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1997): *Informe sobre el precio fijo de los libros*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, en SCHWARTZ, P. (ed.) (1998).