

LIBRO BLANCO
PARA LA REFORMA
DEL SISTEMA
ESPAÑOL DE
DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

20 de enero de 2005



MINISTERIO
DE ECONOMÍA
Y HACIENDA

Edita:

© Ministerio de Economía y Hacienda
Secretaría General Técnica
Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones
Centro de Publicaciones

Distribución:

Plaza del Campillo del Mundo Nuevo, 3
Teléf.: 91 506 37 63 / Fax: 91 527 39 51

Impresión y encuadernación:

Cofas Artes gráficas

NIPO: 601-05-013-9

Depósito Legal: M-2098-2005

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
I.1. La defensa de la competencia en España en la actualidad	5
I.2. Principios y objetivos de la reforma	6
I.3. Elementos de la propuesta de reforma	7
II. EVOLUCIÓN Y CONDICIONANTES DEL SISTEMA ACTUAL	13
II.1. El modelo comunitario: La modernización	13
II.2. Evolución de la defensa de la competencia en España	15
III. ESQUEMA INSTITUCIONAL	19
III.1. Análisis comparado	19
III.2. Situación actual en España	22
III.2.a. Instituciones estatales de defensa de la competencia	22
III.2.b. Órganos de competencia de las Comunidades Autónomas	24
III.2.c. Control jurisdiccional	26
III.2.d. Reguladores sectoriales	26
III.2.e. Aplicación privada del derecho de competencia	27
III.3. Valoración	29
III.3.a. Fortalezas	29
III.3.b. Debilidades	31
III.4. Propuestas de reforma	33
III.4.a. Una única autoridad independiente de defensa de la competencia ..	33
III.4.b. Buscar mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones	36
III.4.c. Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales	36
III.4.d. Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial	37
IV. LUCHA CONTRA LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	39
IV.1. Análisis comparado	39
IV.2. Situación actual en España	41
IV.2.a. Análisis sustantivo	41
IV.2.b. Aspectos procedimentales: La instrucción	44
IV.2.c. Aspectos procedimentales: La resolución	47
IV.3. Valoración	48
IV.3.a. Fortalezas	48
IV.3.b. Debilidades	49
IV.4. Propuestas de reforma	53
IV.4.a. Centrar el objeto de la Ley en la defensa de la competencia	53
IV.4.b. Adaptar la normativa española al modelo comunitario	54
IV.4.c. Reforzar los instrumentos para luchar contra las prácticas más graves .	54
IV.4.d. Establecer un procedimiento ágil y eficaz para el cese de la infracción	55
IV.4.e. Graduar las infracciones y aclarar criterios de determinación de la multa	58

V. CONTROL DE CONCENTRACIONES	59
V.1. Análisis comparado	59
V.1.a. Ámbito del control de concentraciones.....	59
V.1.b. Análisis sustantivo de las concentraciones	62
V.1.c. Procedimiento, plazos y decisión	63
V.2. Situación actual en España	64
V.3. Valoración	66
V.3.a. Fortalezas.....	66
V.3.b. Debilidades	68
V.4. Propuestas de reforma	72
V.4.a. Mejorar la definición del ámbito de control	72
V.4.b. Reforzar la independencia en la toma de decisiones	73
V.4.c. Perfeccionar los instrumentos de análisis y decisión	74
V.4.d. Reforzar la eficacia y transparencia del procedimiento.....	74
VI. AYUDAS PÚBLICAS	79
VI.1. Situación actual	79
VI.2. Valoración del sistema	81
VI.3. Propuestas de reforma	81
VII. PROYECCIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA	83
VII.1. Promoción de la defensa de la competencia	83
VII.2. Transparencia y responsabilidad social	84
VIII. MODIFICACIONES NORMATIVAS	87

Este documento puede ser consultado en la página WEB del Ministerio de Economía y Hacienda, en las siguientes direcciones:

www.minhac.es

www.mineco.es/dgdc/sdc

I. INTRODUCCIÓN

I.1. La defensa de la competencia en España en la actualidad

- (1) Existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la **política económica** en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones relativas a la regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para la promoción de la eficiencia en la asignación de recursos y, con ello, para la maximización del bienestar general en el contexto de una economía de mercado.
- (2) En efecto, la competencia entre las empresas que operan en los mercados es un proceso que disciplina su actuación y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Con ello, se dispone de los incentivos necesarios para que las empresas reduzcan sus costes y aumenten su eficiencia técnica lo que, en última instancia, promoverá la **productividad** de los factores productivos y la competitividad general de una determinada economía.
- (3) Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del **bienestar** del conjunto de la sociedad.
- (4) Por tanto, resulta indudable la necesidad de disponer de una sistema de defensa de la competencia que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, disponga de los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado mediante la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia por parte de los operadores privados, el control preventivo de cambios estructurales derivados de concentraciones empresariales y la influencia sobre la actuación del propio sector público.
- (5) El modelo español de defensa de la competencia, basado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y esencialmente alineado con el sistema comunitario, está marcado en la actualidad por tres características diferentes:
 - Por una parte, se ha afianzado como elemento importante de la política económica y ha entrado en una fase de madurez. Desde la entrada en vigor de la LDC se han producido diversas modificaciones normativas que han ido reforzando los

instrumentos de lucha contra las prácticas restrictivas y control de concentraciones, han aumentado la transparencia y agilidad de la actuación administrativa y han definido un sistema descentralizado de competencias en la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia por parte de las Comunidades Autónomas.

- Por otra, no puede ser ajena al intenso proceso de transformación de la normativa europea, especialmente notable en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia.
- Finalmente, debe adaptarse a la creciente complejidad y sofisticación del análisis ante los importantes cambios en la estructura competitiva de los mercados que se han producido desde la entrada en vigor de la LDC, tanto en el plano nacional como en el internacional. En particular, la defensa de la competencia debe responder a los retos derivados de las nuevas estrategias empresariales en mercados cada vez más integrados, los procesos de liberalización sectorial, la privatización de grandes empresas públicas en los mercados de servicios, los cambios en el paradigma económico y la creciente integración de las economías, especialmente en el ámbito europeo.

I.2. Principios y objetivos de la reforma

- (6) En este contexto, con la experiencia de catorce años de aplicación de la Ley 16/1989, resulta oportuno abrir un **proceso de revisión** del marco normativo de la defensa de la competencia en España, que permita concluir con una nueva Ley de Defensa de la Competencia e introduzca los cambios normativos precisos en el ámbito regulatorio y jurisdiccional.
- (7) La reforma deberá estar guiada por cinco **principios**:
 - (i) Seguridad jurídica.- La claridad del marco normativo, las garantías del procedimiento y el conocimiento de los motivos que llevan a una determinada decisión deben guiar la actuación de las Administración pública, manteniendo los requisitos que exige el procedimiento sancionador.
 - (ii) Independencia.- Las decisiones deben basarse en principios objetivos claramente determinados en la normativa y alejados de cualquier interferencia subjetiva, pública o privada.

- (iii) **Transparencia y responsabilidad frente a la sociedad.**- La defensa de la competencia puede implicar una limitación de la libertad de decisión de las empresas que debe estar sólidamente justificada y que exige una especial responsabilidad de las autoridades administrativas con respecto a los administrados y a la sociedad en general. La transparencia de sus decisiones y de los criterios que guían su actuación es un elemento fundamental para permitir el control de su actuación y, en definitiva, para garantizar la equidad y proporcionalidad del sistema.
 - (iv) **Eficacia.**- Las decisiones de las autoridades de competencia pueden tener una enorme incidencia económica. Por tanto, la celeridad y eficacia en la actuación es especialmente importante en este ámbito, sin minimizar con ello la seguridad jurídica y garantía de los derechos de los administrados. Además, es preciso que la administración disponga de instrumentos eficaces para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia, especialmente aquellas que suponen un mayor perjuicio para el bienestar general, con el fin de aumentar el beneficio social de la intervención administrativa.
 - (v) **Coherencia.**- Dada la existencia de diferentes normas de aplicación en España y de distintos planos de intervención, tanto desde el punto de vista jurisdiccional (actuación administrativa-judicial) como geográfico (dimensión europea-estatal-autonómica), es particularmente importante disponer de los mecanismos que garanticen la coherencia del sistema, tanto en general como en la aplicación práctica a cada caso concreto.
- (8) En última instancia, el objetivo es reforzar la eficacia social de la intervención administrativa: garantizar que se dispone de los instrumentos y la estructura institucional óptima para intentar proteger la competencia efectiva en los mercados y, con ello, la eficiencia en la asignación de los recursos, la productividad, y el bienestar general. Todo ello en el contexto de la necesaria adaptación del sistema al nuevo esquema comunitario, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia.

I.3. Elementos de la propuesta de reforma

- (9) Con el fin de lograr el mejor proyecto normativo posible, se ha elaborado este Libro Blanco, que revisa el sistema español de defensa de la competencia mediante la descripción de sus condicionantes y situación actual, la valoración de sus fortalezas y de-

bilidades y el avance de propuestas de reforma. Dentro de los condicionantes, se hace un breve análisis comparado de los principales sistemas de defensa de la competencia en el ámbito internacional, prestando especial atención al modelo comunitario, referente del sistema español y punto de partida necesario a la hora de plantear su reforma⁽¹⁾.

- (10) Teniendo en cuenta la experiencia acumulada en los catorce años de aplicación de la LDC y siguiendo los objetivos que se han expuesto anteriormente, el libro se estructura en torno a cinco capítulos principales y propone una reforma centrada en los siguientes **elementos**:

i) Estructura institucional

- (11) El sistema español de defensa de la competencia tiene un carácter eminentemente administrativo, centrado en el ámbito nacional en dos instituciones especializadas. En general, el sistema puede ser valorado positivamente en cuanto a la capacidad técnica de análisis, la garantía de separación de instrucción y resolución y la independencia del órgano resolutorio en materia de conductas restrictivas, el establecimiento de plazos máximos para el procedimiento, la seguridad jurídica y la influencia de la defensa de la competencia dentro de la política económica general.
- (12) Sin embargo, el sistema presenta debilidades básicamente relacionadas con la **necesidad de reforzar la eficacia en la actuación y la inadecuada articulación de las actuaciones en los diferentes planos**. En concreto, cabe señalar la duplicación de trámites del procedimiento y longitud de plazos hasta la firmeza de las resoluciones, la insuficiente delimitación de competencias con los reguladores sectoriales y la inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial.
- (13) Las propuestas de reforma se centrarían en aumentar la eficacia y coherencia de la aplicación de la normativa de competencia sin por ello perder en seguridad jurídica. Para ello, se plantea:

⁽¹⁾ En el anexo I se recoge un análisis más detallado de los sistemas que se han analizado: Dentro de la UE, los de Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, Portugal, que presentan interés por estar entre los más consolidados y mejor valorados del mundo o bien por haber abordado recientes reformas. También se ha analizado el sistema de los Estados Unidos, cuna de la defensa de la competencia y especialmente interesante por sus diferencias con respecto a los principios vigentes en Europa.

- **Crear una nueva Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**, autoridad independiente única que integraría como órganos autónomos, garantizando la separación de instrucción y resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia actuales.
 - Buscar medios para agilizar los procesos de revisión jurisdiccional.
 - Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales.
 - Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial, en particular mediante la aplicación directa de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces de lo mercantil.
- (14) En el ámbito institucional, cabe señalar que la ejecución de las competencias de las **Comunidades Autónomas** en esta materia se encuentra todavía en una fase incipiente. Por el momento, el esquema legal no ha planteado ningún problema en cuanto a asignación de casos o coherencia de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos, por lo que en este Libro Blanco no se avanzan propuestas concretas de modificación del marco normativo aplicable.

ii) Lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia

- (15) En general, el sistema de lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia español se ha venido alineando con el europeo. Las autoridades disponen de poderes administrativos amplios que se compensan con garantías procesales para permitir una adecuada labor instructora. Además, la aplicación de la Ley ha sido mayoritariamente confirmada por los tribunales y ha servido para fortalecer la “cultura de la competencia” en España.
- (16) Sin embargo, la normativa nacional presenta determinadas debilidades que, en esencia, se relacionan con la **carencia de instrumentos adecuados para la lucha eficaz contra las prácticas restrictivas de la competencia**. En el plano sustantivo, la Ley contempla determinadas conductas cuya imbricación dentro de la defensa de la competencia puede ser cuestionable o que pueden no estar adecuadamente tipificadas. Además, presenta cierta indefinición en cuanto al tratamiento de los acuerdos de escasa importancia, y carencias en la armonización con el sistema comunitario tras su reciente reforma. Desde la perspectiva procedimental, resulta en la duplicidad de determinados trámites y puede adolecer de rigidez en los plazos. También presenta

aspectos mejorables en cuanto a los instrumentos para la detección e investigación de las conductas prohibidas, en particular de un programa de clemencia para la persecución de cárteles, así como para la eficaz terminación de las mismas.

- (17) Con el fin de superar estas limitaciones, se proponen un conjunto de actuaciones dirigidas a **augmentar el beneficio social de la intervención administrativa** estructuradas en cinco puntos:
- Centrar el objeto de la Ley en la defensa de la competencia.
 - Adaptar la normativa española al modelo comunitario.
 - Reforzar los instrumentos para luchar contra las prácticas más graves.
 - Dotarse de un procedimiento ágil y eficaz para el cese de la infracción.
 - Graduar las infracciones, aclarando los criterios para la fijación de las multas.

iii) Control de concentraciones

- (18) El control de concentraciones ha ido reforzando su papel como **instrumento preventivo** de cambios estructurales que complementa la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia. En general, el modelo español se alinea con los principales de nuestro entorno y presenta fortalezas sobre todo en cuanto al análisis sustantivo, la rapidez del procedimiento y la transparencia.
- (19) Sin embargo, tiene determinadas **debilidades** relativas a la insuficiente delimitación del ámbito de control, los inadecuados instrumentos para garantizar decisiones óptimas, por ejemplo en cuanto a independencia, análisis sustantivo y adecuación de las condiciones que se establezcan, y las posibles rigideces o lagunas en el procedimiento.
- (20) Con el fin de mantener la esencia del sistema de control pero reforzar sus puntos débiles para **tratar de garantizar decisiones idóneas**, se proponen cambios en cuatro ejes principales:
- Mejorar la definición del ámbito de control.
 - Reforzar la independencia en la toma de decisiones.
 - Perfeccionar los instrumentos de análisis y decisión.
 - Potenciar la eficacia y transparencia del procedimiento.

iv) Ayudas públicas

- (21) La actuación del sector público puede tener importantes efectos sobre las condiciones de competencia en los mercados, especialmente claros en el ámbito de las ayudas públicas. El principal sistema de control de compatibilidad con las normas de competencia está definido por el propio Tratado CE y es aplicado por la Comisión Europea. En este contexto, la normativa española prevé un sistema de recomendación por parte del TDC que ha tenido una escasa aplicación práctica.
- (22) Por ello, se avanza algunas propuestas que en esencia procuran **reforzar los instrumentos de análisis y evaluación** de los efectos de las ayudas públicas por parte de los órganos independientes de defensa de la competencia.

v) Proyección de la defensa de la competencia en la sociedad

- (23) Al margen de la aplicación de la Ley, los órganos de competencia tienen un papel fundamental en la **promoción e impulso** del funcionamiento eficiente de los mercados a través de la detección, análisis y recomendación. En particular, al margen del estudio de sectores económicos, pueden desarrollar una función importante de supervisión de la actuación de las Administraciones Públicas. En este ámbito, se propone que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tenga capacidad para:
- Elaborar informes generales sobre sectores económicos y específicos sobre cualquier proyecto normativo de ámbito nacional con posible incidencia sobre la competencia en los mercados, sobre cualquier acto administrativo o norma.
 - Impugnar ante la jurisdicción los actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales sobre la competencia.
- (24) Como contrapartida al refuerzo de los poderes de actuación de la nueva Comisión, y dada su incidencia sobre los intereses generales y privados, es preciso dotarse de instrumentos que garanticen la transparencia y, en última instancia, su **responsabilidad frente a la sociedad**. Se propone:
- Garantía de publicidad de todas las decisiones.
 - Potenciación de la publicación de directrices sobre los principios que guían su actuación.

- Elaboración de informes anuales.
- Nombramiento del Presidente y de los Consejeros o vocales previa audiencia del Congreso y comparecencia al menos anual del Presidente.

II. EVOLUCIÓN Y CONDICIONANTES DEL SISTEMA ACTUAL

II.1. El modelo comunitario: La modernización

- (25) La defensa de la competencia constituye una de las grandes **políticas** de la Comunidad desde sus inicios. En efecto, en un contexto de creación de una unión aduanera y de una zona económica integrada, resultaba imprescindible garantizar un marco de competencia homogéneo para las empresas en el conjunto de Estados miembros para que las libertades de movimiento de bienes y servicios, de personas y capitales, no se vieran limitadas o condicionadas.
- (26) En concreto, en el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas se establecieron en los artículos 85 al 90 (actuales artículos 81 al 86) una serie de normas dedicadas a la protección de la libertad de la competencia. Aunque el Tratado CE en ningún momento define la competencia, el sistema comunitario ha adoptado una aproximación pragmática, centrado en defender la **competencia "efectiva"**, que consiste en asegurar un cierto grado de libertad para los empresarios de competir con otros, que las alteraciones de la oferta y la demanda se traduzcan en el precio y que la libertad de acción y elección de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro⁽²⁾.
- (27) De entre las normas del Tratado, destacan por su importancia y aplicabilidad directa los actuales artículos 81 y 82, relativos, respectivamente, a los acuerdos entre empresas y al abuso de una posición dominante. En cuanto a los acuerdos entre empresas, se optó desde un primer momento por el principio de prohibición de aquellos restrictivos de la competencia con efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros (art 81.1)⁽³⁾, aunque se plantearon dos procedimientos para el levantamiento de la misma (art.81.3):
- Un régimen de autorización singular por parte de la Comisión, con competencia exclusiva para ello⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Esta orientación pragmática de la competencia ha sido asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia «Metro contra SABA» de 25 de octubre de 1977.

⁽³⁾ El sistema comunitario siguió la tradición ya existente, ya que tanto la legislación alemana como la francesa se basaban en el principio de prohibición, aunque la ley alemana de 1957 establecía un régimen de autorización para los acuerdos entre competidores, mientras que la ley francesa de 1945 creaba un régimen de excepción legal.

⁽⁴⁾ El régimen de control de los acuerdos se delimitó en 1962, con la adopción por el Consejo del Reglamento n.º 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86, que instauró un mecanismo de autorización de acuerdos previa solicitud a la Comisión. Mientras que las autoridades nacionales y jueces podían aplicar la prohibición del artículo 81.1, sólo la Comisión podía dar la autorización singular prevista en el apartado 3.

- Un régimen de exención de la prohibición para aquellos acuerdos restrictivos que reúnan determinados requisitos establecidos por ley (Reglamento de exención por categoría).
- (28) Posteriormente, en 1990, se incorporó vía Reglamento comunitario el **control de concentraciones**, que hasta ese momento únicamente se había dado en el ámbito nacional por aquellos Estados cuya normativa preveía este instrumento⁽⁵⁾.
- (29) En los últimos años, el modelo comunitario de defensa de la competencia ha estado sujeto a un proceso intenso de revisión que ha fructificado en una importante reforma. Si bien ha habido cambios en control de concentraciones, plasmados en el nuevo Reglamento 139/2004⁽⁶⁾, el reto principal lo plantea la efectiva entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del denominado **“paquete de modernización”** en el ámbito de las conductas restrictivas de la competencia, formado por el nuevo Reglamento 1/2003⁽⁷⁾, y un conjunto de normas de desarrollo y comunicaciones interpretativas.
- (30) Entre otros aspectos, destacan por su relevancia los siguientes elementos que introduce el Reglamento 1/2003:
- Se suprime el sistema de notificación y autorización establecido para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Desaparece la autorización singular y se pasa a un régimen de excepción legal, lo que implica la autoevaluación de los acuerdos por las empresas, aunque previéndose diversos mecanismos para reducir la posible incertidumbre derivada de la desaparición de las autorizaciones.
 - Se crea un sistema de competencias concurrentes en el que la Comisión, las Autoridades Nacionales de Competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar íntegramente los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
 - Establece los procedimientos a seguir de intercambio de información y cooperación para evitar conflictos de competencia entre los distintos órganos tanto nacionales como comunitarios y asegurar la aplicación uniforme de la normativa de competencia.

⁽⁵⁾ Aunque la Comisión había realizado excepcionalmente control de concentraciones sobre la base del artículo 82, la base del sistema comunitario es el Reglamento (CE) n.º 4064/89, de 21 de diciembre, modificado por el Reglamento (CE) n.º 1310/97, de 30 de junio.

⁽⁶⁾ Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004.

⁽⁷⁾ Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

- Se refuerzan las competencias en materia de investigación, inspección y sanción.
- Se pone en funcionamiento la Red de Autoridades de Competencia, estableciéndose nuevos mecanismos de cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales.
- Finalmente, se establecen normas detalladas de procedimiento.

II.2. Evolución de la defensa de la competencia en España

- (31) España no ha sido ajena al proceso de incorporación de la defensa de la competencia en Europa. En el contexto del Plan de Estabilización, se dictó una primera norma, la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia⁽⁸⁾. Siguiendo el modelo comunitario, el objetivo de esta Ley era la prohibición de las colusiones restrictivas así como los abusos de posición de dominio⁽⁹⁾ y las políticas comerciales tendentes, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores. Preveía la intervención del Servicio de Defensa de la Competencia como órgano instructor, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano de decisión y propuesta⁽¹⁰⁾, el Consejo de Ministros como órgano de imposición de sanciones por prácticas restrictivas, y el Consejo de Defensa de la Competencia como órgano consultivo del Ministerio de Comercio.
- (32) A la luz del escaso número de resoluciones dictadas, existe acuerdo generalizado sobre que la Ley 110/63 resultó ineficaz, no sólo por los planteamientos jurídico-políticos vigentes en ese momento sino por las disfuncionalidades que el propio sistema había creado y la falta de medios de los organismos encargados de su aplicación.

⁽⁸⁾ Esta Ley fue desarrollada posteriormente por el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, Decreto 538/65 de 4 de marzo de 1965, modificado por Real Decreto 2574/82 de 24 de septiembre de 1982 y el Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia, Decreto 422/70 de 5 de febrero de 1970, modificado por el Decreto 3564/72 de 23 de diciembre.

⁽⁹⁾ La Ley se fundamentaba en el deber del Estado de proteger al consumidor contra los abusos derivados de restricciones deliberadas de la competencia. Siguiendo también el modelo comunitario vigente en ese momento, no se regulaba el control de las concentraciones, previéndose únicamente su inscripción en el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia cuando las empresas partícipes pasaran a controlar el 30% o más del mercado nacional en un determinado producto o servicio para evitar que, como consecuencia de tales fusiones, se produjeran abusos de situación de dominio.

⁽¹⁰⁾ El Tribunal de Defensa de la Competencia era la única jurisdicción que podía declarar la existencia de prácticas restrictivas prohibidas por la Ley, intimar, poner condiciones, y proponer al Consejo de Ministros la imposición de una multa o remitir el asunto a los tribunales para determinar responsabilidad civil o penal.

- (33) Por eso, en el marco de la Constitución⁽¹¹⁾ y de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, se promulgó la Ley 16/1989 (LDC), verdadera piedra de toque de la defensa de la competencia en España también inspirada en el modelo comunitario⁽¹²⁾. Para garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, la LDC encomienda su aplicación a dos órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)⁽¹³⁾ y el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), reservando determinadas funciones al Ministro de Economía y Hacienda y al Gobierno.
- (34) La LDC establece un sistema legal de defensa de la competencia que se caracteriza por los siguientes **elementos**:
- (i) Se prohíben dos tipos de **prácticas restrictivas de la competencia**: los acuerdos entre empresas con objeto u efecto restrictivo de la competencia (artículo 1)⁽¹⁴⁾, que pueden ser objeto de autorización singular o exención por categorías, y la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio (artículo 6). También se habilita al TDC para conocer de los actos de competencia desleal que falseen sensiblemente la libre competencia.
 - (ii) Se incorporara un **control de concentraciones**, desarrollado por su propio Reglamento de procedimiento⁽¹⁵⁾, con los siguientes rasgos principales:
 - Ámbito limitado a las operaciones susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados por superar determinados umbrales.
 - Notificación voluntaria de las operaciones de concentración, antes o después de ejecutada la operación, siendo confidencial el hecho de la notificación.

⁽¹¹⁾ La Constitución de 1978 consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38), política que deberán desarrollar los poderes públicos.

⁽¹²⁾ En ese sentido se expresa la Exposición de Motivos que “por una parte se inspira en las normas comunitarias de política de competencia (...) y por otra parte, nace con el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia”.

⁽¹³⁾ Aunque se mantiene la denominación de la Ley anterior, pierde su carácter jurisdiccional al configurarse como órgano administrativo.

⁽¹⁴⁾ Mediante el RD 157/1992, de 21 de febrero, se incorporaron los principios de los Reglamentos de exención por categorías comunitarios a la normativa nacional.

⁽¹⁵⁾ Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria.

- Procedimiento con dos fases, ante el SDC y el TDC, y decisión final por el Consejo de Ministros, con un plazo máximo de siete meses.
- (iii) Se incluye un mecanismo para analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas desde la perspectiva de competencia y, en su caso, hacer recomendaciones para prevenir sus efectos anticompetitivos.
- (35) Desde la promulgación de la Ley 16/1989, se han producido distintos desarrollos y modificaciones⁽¹⁶⁾ de entre las que destacan las realizadas en **1999**⁽¹⁷⁾ al cumplirse diez años de vigencia, centradas en tres aspectos:
- En el ámbito de control de concentraciones, refuerzo del control y su transparencia al establecerse la obligación de notificar las operaciones que superen los umbrales, antes o hasta un mes después de la conclusión del acuerdo de concentración, y darse publicidad al hecho de la notificación y al informe del TDC, después de la decisión del Consejo de Ministros⁽¹⁸⁾.
 - En el ámbito de conductas restrictivas de la competencia, se aclaró el régimen de recursos, se introdujo un plazo máximo para la autorización singular y se redujo el correspondiente al procedimiento sancionador a un máximo de doce meses en la fase ante el SDC y doce meses ante el TDC.
 - También se modificó el régimen de control de ayudas públicas al permitirse al TDC la iniciación de oficio de los procedimientos de análisis.
- (36) El proceso de reforma del control de concentraciones se completó durante el año **2000**⁽¹⁹⁾, al establecerse la obligatoria suspensión de la ejecución de la operación antes de su autorización por la Administración y, paralelamente a este refuerzo, reducirse sustancialmente los plazos máximos para la tramitación del expediente, que pa-

⁽¹⁶⁾ Como el RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica o la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifican algunos aspectos de la LDC para dotar de mayor transparencia y agilidad al tratamiento de las conductas y prácticas restrictivas, estableciendo, entre otros elementos, un plazo máximo para los procedimientos sancionadores.

⁽¹⁷⁾ Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia y Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁽¹⁸⁾ Además, se introduce la consulta previa, la posibilidad de requerir de oficio la notificación, la terminación convencional, se revisaron los tipos sancionadores y se creó la tasa por estudio de concentraciones.

⁽¹⁹⁾ Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

II. Evolución y condicionantes del sistema actual

saron de siete a cuatro meses. Durante los dos años siguientes se introdujeron algunas modificaciones de menor calado en control de concentraciones⁽²⁰⁾, se adoptó un nuevo Reglamento de procedimiento en este ámbito⁽²¹⁾, y se configuró el TDC como organismo autónomo⁽²²⁾.

- (37) No obstante, la principal novedad normativa en los últimos años ha sido sin duda la aprobación de la **Ley 1/2002**⁽²³⁾ que, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, ha establecido los principios para el ejercicio de las competencias en materia de lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas.
- (38) Finalmente, recientes modificaciones legales han completado el sistema mediante:
- Refuerzo de la transparencia del control de concentraciones al adelantar la publicidad del informe del TDC al momento de su evacuación⁽²⁴⁾.
 - Aprobación del Estatuto del TDC⁽²⁵⁾.
 - Actualización del Reglamento de exención por categorías⁽²⁶⁾.
 - Introducción de disposiciones para la aplicación en España del nuevo Reglamento comunitario 1/2003⁽²⁷⁾.

⁽²⁰⁾ Real Decreto-Ley 2/2001 y Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, determinados artículos de la LDC, y determinados artículos de la Ley 46/1998, sobre introducción al euro. Entre otros cambios, se modificó la cuantía de la tasa de control de concentraciones para reforzar la progresividad y se afectó el 50% de lo recaudado a los recursos del TDC.

⁽²¹⁾ Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas. Además de adaptarse a los cambios normativos de los dos años anteriores e introducir mejoras técnicas, dicha norma reforzó la transparencia mediante la publicidad del informe del SDC en primera fase. En este marco, se publicaron unas directrices: "Comunicación sobre los elementos principales del análisis de concentraciones por parte del Servicio de Defensa de la Competencia": <http://www.mineco.es/dgdc/sdc/guidelines.htm>

⁽²²⁾ Ley 24/2001, de 27 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁽²³⁾ 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.

⁽²⁴⁾ Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica.

⁽²⁵⁾ RD 864/2003, de 4 de julio.

⁽²⁶⁾ RD 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia y Ley 62/2003, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁽²⁷⁾ Disposición Adicional relativa a la remisión al SDC de las sentencias dictadas en aplicación de los artículos 81 y 92 del Tratado CE para su remisión a la Comisión Europea.

III. ESQUEMA INSTITUCIONAL

III.1. Análisis comparado

- (39) Las prácticas restrictivas de la competencia proyectan sus **efectos** en una doble vertiente. Por una parte, lesionan el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, y, por tanto, han de ser perseguidas por la administración o la acción pública en tanto que defensora del interés general. Por otra, pueden afectar directamente a determinados ciudadanos o empresas que, en principio, deberían tener derecho a reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados por la actuación culposa o negligente mediante el cauce de la acción privada ante los jueces.
- (40) Todos los modelos de defensa de la competencia contemplan la acción pública por parte de órganos administrativos que, con funciones de decisión o bien de investigación y propuesta a un juez, buscarán la cesación de la práctica restrictiva y la correspondiente sanción administrativa o penal del infractor. Sin embargo, mientras que la acción privada tiene en el sistema estadounidense un peso relevante o incluso mayoritario⁽²⁸⁾, ha jugado un papel prácticamente residual en el contexto europeo.
- (41) Centrando el análisis en la acción pública, en todos los modelos se diferencia claramente una fase de instrucción e inspección y una segunda posterior de resolución. No obstante, hay una enorme variedad de **diseños institucionales** atendiendo a cinco características principales:
- Número de órganos que intervienen en los expedientes y proceso de toma de decisiones.
 - Carácter administrativo o judicial del órgano que resuelve.
 - Grado de independencia con respecto al poder político.
 - Aplicación horizontal de la normativa de competencia .
 - Estructura descentralizada: Existencia de órganos en distintos planos administrativos-territoriales.

⁽²⁸⁾ En la práctica, un 90% de los casos de competencia en los EE.UU. son acciones privadas, bien por conflictos entre competidores o bien por reclamaciones de compradores directos que son víctimas de fijación de precios o conducta ilegal similar. Estos últimos frecuentemente se producen después de actuaciones gubernamentales y tienen la forma de acciones colectivas (*class actions*) defendidas por abogados que trabajan sobre la base de cuota litis, que suelen terminar con algún acuerdo entre las partes.

- (42) En relación con el **número de órganos** que intervienen en los expedientes y el proceso de toma de decisiones, existen una gran variedad de esquemas. Si bien la separación de instrucción y resolución parece estar mejor garantizada con la separación de los órganos que desempeñan ambas funciones, existen ejemplos de autoridad única en que se mantienen separadas. A efectos de sistematización, cabe considerar dos modelos principales:
- (i) Órgano especializado único.- Este esquema caracteriza al sistema de la UE, que es el más claro ejemplo de autoridad de competencia de órgano único, en el que la DGCompetencia de la Comisión Europea tramita los expedientes y la decisión final la adopta el Colegio de Comisarios. En el ámbito nacional, aunque no de forma tan pura como la Comisión, cabe considerar en este grupo el sistema de Alemania, Italia y, recientemente, Portugal, entre otros países.
 - (ii) Separación en dos órganos especializados o sistema dual.- Varios países tienen dos autoridades diferentes para las distintas fases de instrucción-resolución. Es el caso de Francia, España, y el Reino Unido (con un triple órgano especializado para la revisión jurisdiccional)⁽²⁹⁾.
- (43) En cuanto a la **naturaleza administrativa o jurisdiccional** del órgano que resuelve, el modelo de los EE.UU. es generalmente señalado como paradigma de sistema judicial, mientras que la defensa de la competencia tiene un carácter eminentemente administrativo en Europa⁽³⁰⁾.
- (44) En relación con el **grado de independencia**, no hay una relación directa entre el número de órganos y la independencia de sus decisiones. Existe una tendencia bastante general a reforzar la autonomía de las instituciones competentes en este ámbito, con el fin de dar un contenido estrictamente técnico a sus actuaciones y alejar cualquier intervención fundamentada en criterios ajenos a la defensa de la competencia. En general, cabe señalar los siguientes rasgos:
- En aquellos sistemas con un órgano único generalmente se le dota de un alto grado de autonomía e independencia, plena en cuanto a estructura organizativa y régimen económico y sujeta a cierto poder de dirección del órgano al que se adscribe en cuanto al ejercicio de sus funciones.

⁽²⁹⁾ Cabe señalar que en el caso de los EE.UU. hay dos órganos especializados que realizan funciones similares de instrucción y propuesta a los jueces, la Antitrust Division del Department of Justice y la Federal Trade Comisión, sin que haya una separación estricta objetiva de competencias entre ellos

⁽³⁰⁾ Los jueces tienen funciones de resolución en Austria y Finlandia.

- En los sistemas en los que existe una diversidad de órganos de Defensa de la Competencia, generalmente se diferencia un órgano de instrucción en un Ministerio y otro órgano autónomo de resolución, aunque en algún caso ambos órganos son totalmente independientes⁽³¹⁾.
 - En relación con el nombramiento de los órganos rectores de las instituciones independientes, en la mayoría de los supuestos éstos son funcionarios o profesionales de reconocido prestigio nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro del ramo al que se esté adscrito el órgano de competencia⁽³²⁾. La excepción es la Autoridad italiana, en la que el Presidente y sus cuatro Comisarios son propuestos y nombrados conjuntamente por los Presidentes del Congreso y del Senado.
 - Aún en aquellos casos en los que existe una adscripción directa a un Ministerio pueden existir mecanismos que garantizan, en cierta forma, una mayor independencia funcional, como la rendición de cuentas por parte de la Autoridad de Competencia directamente al Parlamento⁽³³⁾, o el periodo de vigencia de los nombramientos de los órganos rectores superior a la Legislatura⁽³⁴⁾.
- (45) En relación con el **carácter horizontal** de la defensa de la competencia, en general se asigna a instituciones especializadas que tienen competencia para aplicar las normas nacionales en cualquier sector productivo. No obstante, en muchos países esta aplicación horizontal coexiste con distintos reguladores sectoriales cuyo ámbito de actuación puede estar directamente relacionado con la defensa de la competencia. En general, se establecen procedimientos para la coordinación de las actuaciones de los diversos órganos⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ El esquema general es el seguido en Francia y España. En el Reino Unido, tanto la *Office of Fair Trading* como la *Competition Commission* son organismos autónomos, cuyos miembros se nombran por el Ministro de Comercio e Industria.

⁽³²⁾ En Alemania, el Presidente, Vicepresidente y los Directores de las secciones decisorias del *Bundeskartellamt* se nombran por el Gobierno federal a propuesta del Ministro de Economía federal; en Portugal, el Presidente y los consejeros de la Autoridad de Competencia son nombrados por Resolución del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y tras consulta a los Ministros de Hacienda y Justicia.

⁽³³⁾ El *Bundeskartellamt* debe presentar un informe de sus actividades al Parlamento, incluyendo aquellas instrucciones generales que se hayan dado por el Ministro de Economía federal.

⁽³⁴⁾ En concreto, la Ley alemana de Competencia establece que el Presidente y los Directores de sección deben ser funcionarios vitalicios (estos últimos han de estar habilitados para el cargo de Juez) y con período de vigencia indefinido (en la práctica, hasta la edad de jubilación). En Portugal, el nombramiento es por cinco años y en la *Competition Commission* británica, por ocho años.

⁽³⁵⁾ Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, suelen ser consultados reguladores como la OFCOM en telecomunicaciones, la Financial Services Authority, la OFGEM y OFREG en energía. En Francia, también se consulta a la Autorité de régulation des télécommunications, el Conseil supérieur de l'audiovisuel y la

(46) Finalmente, en relación con la **estructura centralizada-descentralizada** de la defensa de la competencia, los países con estructura federal tienen instituciones en dos niveles distintos (federal-estatal) con competencias ejecutivas e incluso normativas⁽³⁶⁾. Los dos modelos principales son, naturalmente, el estadounidense y el alemán, en el que el *Bundeskartellamt* tiene competencia exclusiva para el control de concentraciones⁽³⁷⁾ y la aplicación de la normativa comunitaria así como para la lucha contra prácticas restrictivas cuyos efectos se extienden más allá del territorio de un Land. Por su parte, los órganos de los *Länder* tendrán competencia para la lucha contra las prácticas cuyos efectos no se extiendan más allá de su territorio respectivo. El órgano federal es parte interesada en todos los procedimientos que tramitan los Länder en aplicación de la Ley de competencia.

III.2. Situación actual en España

(47) Como ya se ha comentado anteriormente, el modelo español de defensa de la competencia tiene un **carácter eminentemente administrativo**, con un esquema en el que intervienen instituciones especializadas en la aplicación de la LDC, de ámbito nacional y de ámbito autonómico, cuyas decisiones están sujetas a revisión jurisdiccional. Además, hay órganos de tipo vertical, especializados en la regulación de determinados sectores, que están en mayor o menor medida relacionados con la defensa de la competencia.

III.2.a. Instituciones estatales de defensa de la competencia

(48) La LDC y la Ley 1/2002 articulan un sistema institucional basado en la existencia de **dos órganos administrativos de ámbito nacional**: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)

Commission de régulation de l'électricité. El ámbito de actuación de la Autoridad italiana de Competencia excluye al sector bancario, bajo la competencia del Banco de Italia. La Autoridad mantiene relaciones de estrecha cooperación con tres organismos reguladores, que también tienen asignadas funciones de inspección y control: el Banco de Italia, el Instituto de Vigilancia de Seguros y la Autoridad para la garantía de las Comunicaciones.

⁽³⁶⁾ En los EE.UU. coexisten la normativa federal y la estatal. Es significativo que cuando se promulgó la Ley Sherman, al menos 26 Estados disponían ya de alguna forma de prohibición *antitrust*.

⁽³⁷⁾ En el supuesto de que el Ministro de Economía federal autorice una operación de concentración prohibida por dicho órgano estará obligado a "dar ocasión para toma de postura a la autoridad superior del Land en cuyo territorio tienen su sede las empresas participantes".

- (49) El **Servicio** es un órgano administrativo integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda que, en la actualidad, tiene estructura de Dirección General dentro de la Secretaría de Estado de Economía⁽³⁸⁾. De acuerdo con la LDC, sus principales **funciones** son:
- En materia de acuerdos y conductas restrictivas de la competencia: Incoar e instruir los expedientes sancionadores de conductas anticompetitivas, tramitar las solicitudes de autorización singular, vigilar el cumplimiento de las Resoluciones dictadas por el TDC, realizar investigaciones docimiliarias tanto en aplicación de la LDC como por cuenta de la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia.
 - En materia de operaciones de concentración de empresas: Analizar las operaciones de concentración notificadas y elevar informe-propuesta al Ministro de Economía y Hacienda, gestionar la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, acordar la instrucción de oficio de expedientes.
 - En materia de estudios y relaciones institucionales: Estudiar la situación competitiva en los sectores económicos y los efectos de las ayudas públicas sobre la competencia, informar sobre proyectos normativos, elaborar las propuestas normativas en la materia, y representar a España en el ámbito internacional.
- (50) El **TDC** es un Organismo Autónomo, adscrito orgánicamente al Ministerio de Economía y Hacienda⁽³⁹⁾, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión⁽⁴⁰⁾, que ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.
- (51) Los máximos órganos de dirección del TDC son el Presidente y el Pleno⁽⁴¹⁾. El Presidente del TDC tiene rango de Secretario de Estado y es nombrado mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, al igual que los ocho vo-

⁽³⁸⁾ Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales y Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda. Se estructura en tres Subdirecciones Generales: de Concentraciones, sobre Conductas restrictivas de la competencia y de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales.

⁽³⁹⁾ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (B.O.E. n.º 313, de 31 de diciembre de 2001), por la que se modifican determinados artículos de la LDC.

⁽⁴⁰⁾ Es un organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía.

⁽⁴¹⁾ El R.D. 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia.

cales del TDC que, junto con el Presidente, forman el Pleno. El mandato del Presidente y los vocales es de cinco años, renovable por una sola vez. A todos ellos es aplicable la normativa de incompatibilidades de Altos Cargos.

- (52) El personal al servicio del TDC es funcionario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado y estará sujeto al mismo régimen de incompatibilidades y cumplimiento del deber de secretos. En cuanto a su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, es el establecido por la Ley General Presupuestaria, de acuerdo con lo dispuesto en la LOFAGE⁽⁴²⁾.
- (53) Las principales **funciones del TDC** son:
- Resolutiva y sancionadora: En relación con los expedientes de conductas prohibidas y autorizaciones singulares, el sistema garantiza que todos los expedientes serán analizados por el órgano independiente, bien a propuesta del SDC o bien en respuesta a un recurso contra la actuación del órgano instructor
 - Consultiva: Para los expedientes de concentración empresarial y ayudas públicas y, con carácter general, para las cuestiones que le puedan plantear las Cámaras legislativas, instituciones públicas y agentes sociales.
 - Tutelar: Vigilancia continuada del mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el mercado con la competencia de interesar la instrucción de expedientes por parte del SDC.
 - Promoción de la defensa de la competencia: Realización de estudios en materia de competencia, así como informe preceptivo en los proyectos normativos relacionados con la defensa de la competencia.

III.2.b. Órganos de competencia de las Comunidades Autónomas

- (54) En línea con la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, en mayo de 2002 entró en vigor la **Ley 1/2002**, que estableció el marco jurídico⁽⁴³⁾

⁽⁴²⁾ Es decir, como organismo autónomo, el TDC se rige por el Derecho administrativo, por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas y está sometido a un control de eficacia que será ejercido por el Ministerio al que está adscrito, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria

⁽⁴³⁾ 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.

para la ejecución descentralizada de las normas de competencia en materia de conductas restrictivas, disponiendo tanto los principios básicos de la asignación de casos entre autoridades como los instrumentos de coordinación y cooperación para lograr la uniformidad en la aplicación de las normas.

- (55) El **ámbito de la descentralización** afecta al control de las conductas restrictivas de la competencia, es decir a la aplicación de los artículos 1, 4, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia⁽⁴⁴⁾. En estas materias, la asignación de casos se realiza con base en el ámbito geográfico en que se producen los efectos de las conductas restrictivas objeto de los procedimientos, con independencia del lugar de realización de las mismas. La Ley establece un procedimiento de asignación muy ágil y basado en la información recíproca entre órganos estatales y autonómicos. Con la finalidad del mantenimiento de la uniformidad y coherencia en la aplicación de las normas por una diversidad de órganos, se prevé la posibilidad de que el SDC participe en calidad de interesado en los procedimientos autonómicos y la solicitud de informe por los órganos estatales a los de las Comunidades Autónomas especialmente afectadas por conductas cuyos procedimientos corresponden al Estado.
- (56) Al objeto de la adecuada coordinación y coherencia del sistema, se han creado dos **instituciones nuevas**, con participación paritaria estatal y autonómica, que son ya plenamente operativas: El Consejo de Defensa de la Competencia, órgano de colaboración e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia, y la Junta Consultiva en materia de conflictos, órgano técnico para la emisión de un dictamen en caso de conflictos en la asignación de casos
- (57) En este contexto, las distintas Comunidades Autónomas disponen de competencia plena en materia organizativa para crear sus respectivos **órganos** de defensa de la competencia, de acuerdo con los requisitos legales establecidos que exigen la separación bifásica de los procedimientos y la cualificación, independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico del órgano resolutorio. Mientras se crean y entran en funcionamiento tales órganos autonómicos, el Estado sigue ejerciendo las competencias que les corresponderían para evitar vacíos en la aplicación. Si bien varias Comunidades Autónomas disponen ya de instituciones de defensa de la competencia, sólo han empezado a funcionar plenamente en Cataluña.

⁽⁴⁴⁾ El Estado ostenta las competencias normativas, el conocimiento de las conductas restrictivas con afectación supraautonómica o sobre el mercado nacional, el control de concentraciones, de ayudas públicas y la aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

III.2.c. Control jurisdiccional

- (58) Existen tres instancias competentes para la **revisión** de los actos y decisiones de los órganos administrativos, sin que haya procedimientos especiales en esta materia, que son las salas de lo contencioso-administrativo de:
- La Audiencia Nacional para la revisión de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.
 - Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas para la revisión de las resoluciones de los órganos que resuelven en el ámbito autonómico.
 - El Tribunal Supremo, como única instancia de revisión de las decisiones del Consejo de Ministros en materia de control de concentraciones y como segunda instancia de recurso de los órganos anteriores.

III.2.d. Reguladores sectoriales

- (59) El modelo español de defensa de la competencia, al igual que los del resto de países de nuestro entorno, se caracteriza por un **sistema de aplicación horizontal**. En efecto, existe una ley general que se aplica a todos los sectores económicos sin excepción y órganos con competencia exclusiva para su aplicación, buscando la coherencia y una aplicación no fragmentada y uniforme a nivel sectorial. Sin embargo, al igual que ocurre en otros países, junto a las instituciones de defensa de la competencia existen reguladores sectoriales, que tienen como misión básica asegurar que la aplicación de la normativa sectorial lleva a un funcionamiento del sector correcto, objetivo, transparente y en condiciones de libre competencia. Las dos principales instituciones existentes en España son la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) y la Comisión Nacional de Energía (CNE) ⁽⁴⁵⁾.
- (60) La **cooperación** entre ambos grupos de autoridades se lleva a cabo a través de mecanismos legales de coordinación establecidos básicamente con la finalidad de:
- Poner en conocimiento de las autoridades de competencia posibles prácticas u operaciones detectadas por los órganos reguladores —muy próximos a la actividad del sector.

⁽⁴⁵⁾ Creadas por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

- Apoyar a los órganos de defensa en sus investigaciones y análisis en estos ámbitos y
- Asegurar la participación técnica de los reguladores cuando se trata de expedientes que afectan a su sector mediante la solicitud de informes tanto en control de concentraciones como en prácticas restrictivas de la competencia⁽⁴⁶⁾.

III.2.e. Aplicación privada del derecho de competencia

- (61) En la actualidad, el marco relativo a la aplicación directa por parte de los jueces de la normativa de competencia es diferente según se trate de las normas nacionales o de las comunitarias. La aplicación de las **normas nacionales** de competencia por parte de los jueces requiere, con carácter previo, la firmeza de la declaración administrativa de existencia de una infracción de la LDC⁽⁴⁷⁾. Por tanto, sólo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su resolución en el plazo que corresponda y esperar a que cobre firmeza lo que supone, si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial⁽⁴⁸⁾.
- (62) Sin embargo, en virtud de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y tras la reciente entrada en vigor del Reglamento 1/2003, las autoridades administrativas y los jueces nacionales tienen competencia para la aplicación directa de las **normas comunitarias** de competencia. Con las adaptaciones internas realizadas, la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE en el ámbito de la jurisdicción civil corresponde en España a los jueces mercantiles⁽⁴⁹⁾, que pueden aplicar las mencionadas normas en su conjunto sin necesidad de que exista una declaración previa administrativa de los órganos de competencia nacio-

⁽⁴⁶⁾ Aunque la Ley no lo prevé explícitamente, en algunas ocasiones estos órganos actúan también como colaboradores en la función de vigilancia de los Acuerdos de Consejo de Ministros en materia de concentraciones

⁽⁴⁷⁾ Artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia: “La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos previstos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.”

⁽⁴⁸⁾ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2003 (CAMPSA) y 2 de junio de 2000 (DISA).

⁽⁴⁹⁾ Artículo 86 ter.2.f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

nales o comunitarios⁽⁵⁰⁾. El procedimiento se basará en los principios de justicia ro-gada y, con objeto de mantener la coherencia en la aplicación, la normativa comu-nitaria establece:

- La figura del *amicus curiae*, dando la posibilidad a la Comisión Europea y a las au-toridades nacionales de competencia para que presenten observaciones escritas u orales en los procedimientos civiles.
- La obligación, para los Estados Miembros, de remitir a la Comisión copia de las Sentencias resultado de procedimientos jurisdiccionales civiles. Esta obligación se canaliza a través del Servicio de Defensa de la Competencia, al que los jueces mer-cantiles deben remitir sus sentencias con este objeto⁽⁵¹⁾.
- La posibilidad de que los jueces mercantiles consulten a la Comisión Europea.
- La prohibición de adoptar decisiones incompatibles con una previa de la Comisión Europea y la obligación para los órganos jurisdiccionales de evitar adoptar deci-siones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comi-sión cuando haya incoado un procedimiento, debiendo el juez nacional apreciar si procede suspender su procedimiento en este caso⁽⁵²⁾.

(63) Actualmente la normativa de enjuiciamiento civil no prevé ningún procedimiento es-pecial en materia de *amicus curiae*. A falta de una previsión específica y dada la flexibilidad del Reglamento comunitario, la presentación de observaciones podría realizarse en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia y bas-taría un escrito de la Comisión Europea o de la Autoridad nacional de competencia solicitando una comparecencia en virtud del Reglamento comunitario⁽⁵³⁾.

(64) En relación con los mecanismos de **remisión de asuntos de los jueces civiles a los jueces mercantiles** cuando la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE

⁽⁵⁰⁾ No obstante, dichas actuaciones tienen distinto alcance, ya que las autoridades administrativas actúan como la Comisión en aras del interés público y los jueces en aras de derechos individuales, y con dis-tintos efectos, ya que sólo los órganos jurisdiccionales pueden anular los contratos o conceder indem-nizaciones por daños y perjuicios.

⁽⁵¹⁾ Disposición adicional única de la Ley de Defensa de la Competencia, introducida por el artículo 95 de la Ley 62/2003, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁽⁵²⁾ Artículo 16 del Reglamento 1/2003.

⁽⁵³⁾ Se daría traslado a las partes, que previsiblemente no podrían presentar observaciones, Si no existiera recurso de las partes sobre sentencia en primera instancia las autoridades de competencia no podrían intervenir en segunda instancia.

se suscite en un momento posterior a la presentación de las demandas, la normativa de enjuiciamiento civil⁽⁵⁴⁾ regula y establece actualmente los cauces necesarios para la solución de estas situaciones, mediante la declaración de incompetencia (o declinatoria) de los jueces civiles y el planteamiento de la demanda ante el juez mercantil.

III.3. Valoración

(65) Los principales **criterios** que suelen ser utilizados en comparaciones internacionales para valorar la actuación de una autoridad de competencia son:

- Capacidad técnica, con personal cualificado y especializado, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, así como en determinados sectores estratégicos o especialmente relevantes en cuanto a la defensa de la competencia.
- Transparencia: el análisis debe ser transparente en cuanto a las políticas, prácticas y procedimientos, los órganos competentes para adoptar cada decisión, los criterios en los que se basan dichas decisiones, así como en la fundamentación y motivación de éstas.
- Rapidez en la toma de decisiones: minimizar costes para empresas, a través de procedimientos con plazos ajustados y supuestos tasados para su suspensión.
- Seguridad jurídica: tanto en el respeto escrupuloso de los derechos y garantías establecidos en los procedimientos de defensa de la competencia como en los principios sobre los que se basan las decisiones en materia de competencia, establecidos en la normativa aplicable, en la jurisprudencia en la materia, así como en el respeto a los precedentes ya existentes.
- Eficacia en la actuación e independencia política y sectorial de las autoridades de defensa de la competencia.
- Recursos suficientes, tanto humanos como materiales, para realizar adecuadamente las funciones propias de las autoridades de defensa de la competencia.

III.3.a. Fortalezas

(66) En este contexto, el sistema español presenta las siguientes fortalezas:

⁽⁵⁴⁾ Artículos 48 y siguientes, sobre competencia objetiva, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Capacitación técnica para el análisis.- En general, la capacidad técnica y la disponibilidad de personal cualificado por parte de las autoridades españolas de competencia está en línea con la de los países más avanzados en este terreno. En particular, cabe señalar la importante participación de licenciados tanto en derecho como en ciencias económicas.
- Organización institucional.- La aplicación de la LDC por parte de la Administración refuerza el carácter de interés público de la defensa de la competencia y ha permitido consolidar una “cultura de la competencia” que, en alguna medida, ha disciplinado el comportamiento de los agentes económicos. La existencia de una autoridad dual y la independencia del órgano resolutorio han respondido adecuadamente a la separación de las dos fases de instrucción y resolución.
- Establecimiento de plazos máximos para el procedimiento administrativo.- La existencia de plazos máximos para la adopción de decisiones en los distintos tipos de procedimientos supone una importante garantía para los operadores económicos y exige la celeridad en la actuación de la administración.
- Seguridad jurídica y garantías del procedimiento.- En términos comparados, el sistema español es especialmente garantista de los derechos de las partes. Además, se caracteriza por una enorme transparencia, tanto en el ámbito de conductas (dada la publicidad de las resoluciones) como en el de concentraciones (dada la publicación de todos los informes y decisiones relativos a las operaciones notificadas). Finalmente, todas las decisiones están sujetas a revisión bien administrativa (en el caso de las decisiones del servicio) o bien jurisdiccional (en el de las resoluciones del TDC y órganos autonómicos así como acuerdos de Consejo de Ministros sobre concentraciones).
- Influencia de la defensa de la competencia dentro de la política económica general.- Las autoridades de defensa de la competencia no sólo deben reaccionar ante las actuaciones de los operadores privados sino también propiciar una cultura de competencia en los agentes públicos. En este sentido, las autoridades de defensa de la competencia han tenido una influencia innegable en la articulación de la política económica en España, al margen de su ubicación en la estructura administrativa del Estado.

(67) En el ámbito de la valoración de la estructura institucional, cabe señalar que, si bien la asunción por las **Comunidades Autónomas** de sus competencias en la materia

podría sugerir un cierto riesgo de falta de coordinación o coherencia del sistema, la experiencia práctica hasta el momento no ha presentado ningún problema ni en cuanto al mecanismo de asignación de asuntos ni en cuanto a la posible incoherencia de las decisiones adoptadas en los diferentes ámbitos. El incipiente desarrollo de las competencias autonómicas hace imposible una valoración general sobre el funcionamiento de los mecanismos de coordinación y cooperación previstos en la Ley 1/2002. Por tanto, no parece preciso hacer propuestas de modificación del marco normativo⁽⁵⁵⁾, contando con que, a medida que el sistema se desarrolle, se permitirá una aplicación administrativa de las normas de defensa de la competencia más extensa y próxima a las conductas.

III.3.b. Debilidades

(68) Sin embargo, hay algunos aspectos del sistema institucional susceptibles de mejora, especialmente para lograr maximizar la coherencia y eficacia del sistema. En concreto, cabe apuntar tres debilidades: duplicación ineficiente de determinados trámites del procedimiento y largo plazo para obtener una decisión firme, inadecuada delimitación de competencias con reguladores sectoriales e inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial.

i) Duplicación de trámites del procedimiento y longitud de plazos hasta la firmeza de las resoluciones.

(69) La existencia de **dos órganos** distintos en la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores hace posible la reiteración de determinadas actuaciones que puede ralentizar el procedimiento. Igualmente, aunque la posible interposición de recursos contra distintos actos de instrucción supone una garantía procesal, también puede ser utilizada con fines dilatorios por parte de las empresas y resultar en una carga innecesaria de trabajo para el órgano que debe decidir sobre el fondo.

(70) Esta duplicación es especialmente importante por cuanto absorbe unos **recursos especialmente escasos**. En efecto, las autoridades españolas de competencia disponen de unos medios humanos y materiales claramente menores a los de los países de nuestro entorno. Por ello, la realización de trámites redundantes y la interposi-

⁽⁵⁵⁾ Sin perjuicio de su posible participación en la labor de análisis de ayudas públicas que se plantea en el capítulo correspondiente.

ción de recursos dilatorios resulta en una ineficiente asignación de dichos medios, que no podrán destinarse a actuar de oficio para descubrir y perseguir las conductas más dañinas para el bienestar general.

- (71) La larga **duración de los procesos de revisión** jurisdiccional así como las garantías en cuanto a suspensión cautelar previstas en la normativa procesal impiden disponer de resoluciones ejecutables a corto o medio plazo, con los perjuicios que ello supone para las empresas afectadas y para la protección del interés público. En última instancia, el retraso puede resultar en la ineficacia de las resoluciones. Este problema es especialmente grave en relación con aquéllas que requieren precisamente una ejecución inmediata, las de aplicación de medidas cautelares, asunto que se tratará con mayor detalle en el capítulo correspondiente a las conductas restrictivas de la competencia.

ii) Inadecuada delimitación de competencias con los reguladores sectoriales

- (72) Si bien la normativa es clara con respecto a la exclusividad de los órganos de competencia en su aplicación, la invocación de las disposiciones de la LDC por parte de los reguladores sectoriales puede dar lugar a cierta confusión y tener consecuencias negativas como el *forum shopping* o la presentación de denuncias paralelas. Ello puede conducir a situaciones de **inseguridad jurídica** para los operadores, restan-do credibilidad a los procesos sectoriales y al sistema de defensa de la competencia.

- (73) Por otro lado, dada la evolución de la normativa sectorial europea en las industrias de red, va a existir un contexto que exigirá reforzar la coordinación de las actuaciones de los órganos reguladores con las autoridades de competencia. El sistema actual podría adolecer de insuficientes mecanismos claros para compatibilizar una aplicación eficiente de la regulación sectorial ex-ante, cuando no exista competencia efectiva o cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia no basten para remediar los problemas, con la actuación de las autoridades de competencia en el resto de los casos.

iii) Inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial

- (74) Sin perjuicio de las ventajas de mantener la preeminencia de la acción pública, desde distintos ámbitos se ha señalado la importancia de establecer cauces para la **acción privada**; la defensa de los intereses de operadores que puedan verse dañados por las conductas anticompetitivas. En este ámbito, no existe una adecuada imbricación del sistema judicial en la defensa de la competencia por diferentes motivos:

- El **tratamiento diferente** en la jurisdicción civil según se aplique el Derecho nacional o comunitario de competencia, más evidente desde la adopción del nuevo marco de modernización comunitario, introduce una gran complejidad en el sistema y da un trato diferente a conductas que pueden ser esencialmente similares.
- El **ejercicio privado** de las acciones indemnizatorias o de nulidad basadas en la normativa nacional se ve en la práctica limitado por la necesidad de contar con una resolución administrativa firme antes de la interposición de la denuncia.
- La carencia de procedimientos específicos en la normativa procesal para aplicar las novedades de la “**modernización**”, como la figura del *amicus curiae*, a pesar de la aplicación directa del Reglamento comunitario, puede reducir la seguridad jurídica.

III.4. Propuesta de reforma

(75) La reforma del esquema institucional español debe tratar de avanzar en cuanto a eficacia, transparencia, independencia, y coherencia, sin por ello perder las principales fortalezas que ya se han conseguido en cuanto a seguridad jurídica, separación de instrucción y resolución, garantías del procedimiento e influencia de la defensa de la competencia en la política económica. Para ello, se avanza cuatro propuestas principales:

- (i) Creación de una única autoridad independiente de competencia que realice las actuales funciones del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- (ii) Búsqueda de mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones.
- (iii) Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales.
- (iv) Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial en la defensa de la competencia.

III.4.a. Una única autoridad independiente de defensa de la competencia

(76) La eficiencia en la asignación de recursos, la eficacia e independencia del sistema se verían reforzadas mediante la unificación del SDC y del TDC, naturalmente mante-

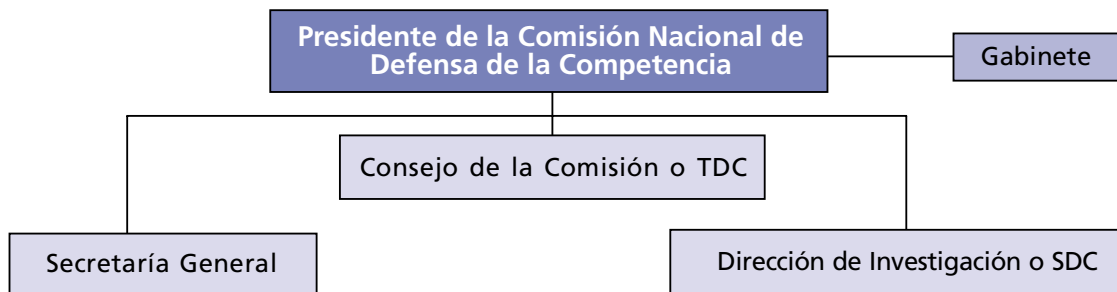
niendo la necesaria separación entre las fases de instrucción y resolución del procedimiento sancionador. Para ello, hay dos alternativas principales: integrar el SDC en el TDC o bien crear una nueva autoridad independiente que integre las funciones que actualmente tienen estos dos órganos. Con el fin de reforzar la defensa de la competencia, aprovechar las sinergias, evitar duplicidades, asignar eficazmente los recursos y garantizar la separación de los órganos instructor y resolutorio, se propone la creación de una nueva **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**.

- (77) Dentro de los límites de la LOFAGE, dicha Comisión iría más allá de lo previsto para los organismos autónomos y, por tanto, se enmarcaría dentro de la tipología de otros **organismos públicos singulares** creados por ley, con un régimen jurídico caracterizado precisamente por su diversidad, en atención a sus especiales características y funciones⁽⁵⁶⁾.
- (78) En cuanto a la **estructura** de dicha autoridad, habría dos propuestas alternativas:
- Por una parte, un esquema vertical, con un órgano colegiado de resolución y dirección de la institución, del que dependería el de instrucción.
 - Por otra parte, un esquema piramidal, con un Presidente del que dependerían los dos órganos: uno colegiado de resolución y otro de instrucción.

La primera opción respondería a la idea de integrar el SDC en el TDC, lo que plantea el problema de que no quedarían claramente separadas las funciones de instrucción y resolución, dada la dependencia jerárquica de la primera con respecto a la segunda. Adicionalmente, el hecho de que el órgano colegiado fuese responsable de la dirección de la institución le restaría operatividad y eficiencia ya que no podría centrarse exclusivamente en la resolución de los expedientes en aplicación de la LDC. Por tanto, parece más conveniente la segunda opción.

- (79) En este contexto, la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**, dirigida por su Presidente (con un Gabinete de asesores), tendría tres **pilares** fundamentales: El Consejo o TDC, órgano colegiado de resolución, la Dirección de Investigación o SDC, órgano de instrucción y vigilancia, y la Secretaría General, órgano de gerencia y de funciones horizontales.

⁽⁵⁶⁾ La Disposición Adicional 10 de la LOFAGE prevé la existencia de órganos atípicos por su especial autonomía, dentro de los que se incluyen: Consejo de Estado, Banco de España, Agencia Estatal Tributaria, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



- (80) El **Presidente de la Comisión** ostentaría la representación y la dirección de la institución. Adicionalmente, participaría en las reuniones del Consejo con voz y voto. El **Consejo de la Comisión** o TDC sería un órgano colegiado formado por un determinado número de Consejeros y un Secretario, que tendría la competencia de dictar resoluciones en aplicación de la LDC. Por razones de eficacia en la toma de decisiones, parece conveniente un número reducido de Consejeros —entre cuatro y cinco—, dando voto de calidad al Presidente en caso de ser impar su número.
- (81) En cuanto al sistema de **nombramiento**, resulta preciso contar con un procedimiento que garantice la solvencia técnica así como la independencia. Para ello, parece conveniente que tanto el Presidente como los Consejeros sean nombrados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, previa audiencia pública o examen de méritos en la Comisión de Economía del Congreso.
- (82) El Presidente y los Consejeros tendrían un **mandato** determinado, con dos alternativas principales: un mandato largo no renovable, o un mandato más corto renovable. Con el fin de lograr el adecuado equilibrio entre la estabilidad e independencia y la renovación del Consejo, parece conveniente un mandato de seis años renovable una vez. El Consejo debería renovarse por mitades cada tres años.
- (83) La **Dirección de Investigación** o SDC se centraría en la instrucción de los expedientes en aplicación de la LDC⁽⁵⁷⁾. Finalmente, al margen de las funciones de gestión diaria, que realizaría la Secretaría General, existen un conjunto de **funciones horizontales** que deberían tener un encaje adecuado en el organigrama de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia para poder prestar sus servicios a los

⁽⁵⁷⁾ En cuanto a su organización interna, caben dos opciones: mantener la actual estructura de unidades por tipo de expediente (control de concentraciones, prácticas restrictivas de la competencia, ayudas públicas) o bien pasar a una estructura basada en los sectores productivos, en línea con la reciente reforma de la DGCOMP de la Comisión Europea.

distintos órganos: relaciones internacionales, relaciones institucionales con otras unidades de la Administración General del Estado y con los órganos de las Comunidades Autónomas, estudios e informes, Servicio Jurídico y Gabinete de Análisis Económico.

- (84) La nueva autoridad debe contar con **medios** suficientes para realizar su función y poder potenciar la actuación de oficio. Para ello, debería recibir las tasas por el estudio y análisis de operaciones de concentración y, además, una partida con cargo a los Presupuestos Generales del Estado⁽⁵⁸⁾.
- (85) Finalmente, también es preciso garantizar la **transparencia** y los mecanismos de control de las actividades de la Comisión, que debe responder ante la sociedad por su actuación (ver apartado VI). Debe estudiarse la posibilidad de propiciar la comunicación por medios electrónicos, con los adecuados mecanismos de seguridad para salvaguardar en todo caso la confidencialidad de la información que tenga este carácter, para agilizar la tramitación de los expedientes.

III.4.b. Buscar mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones

- (86) Con el fin de que las resoluciones administrativas sean realmente efectivas y la actividad de las autoridades disuasoria, sería conveniente explorar vías para agilizar los procedimientos de revisión jurisdiccional de las decisiones administrativas. En concreto, se podría plantear el **recurso en instancia única**, eliminando el recurso ante el Tribunal Supremo de las sentencias relativas a determinadas resoluciones que requieren una aplicación especialmente rápida: las recaídas en sede de medidas cautelares.

III.4.c. Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales

- (87) Dado el carácter horizontal de la defensa de la competencia y las ventajas de la especialización, parece importante **mantener la aplicación horizontal** de la normativa de competencia por parte de la autoridad especializada. Con objeto de procurar una aplicación coherente de las normas de competencia en los sectores con órganos reguladores, se propone:

⁽⁵⁸⁾ Aunque también se puede plantear la posibilidad de gravar otras actuaciones administrativas tales como las autorizaciones de ciertos acuerdos entre empresas - opción prevista en la normativa portuguesa - no tiene mucho sentido en el contexto de posible eliminación de las autorizaciones singulares.

- (i) Eliminar posibles situaciones de incertidumbre respecto al ámbito de **competencias** respectivo de los órganos reguladores y de la autoridad de competencia. En este ámbito cabe proponer una aclaración de las competencias respectivas con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos y de las propias instituciones.
- (ii) Reforzar los mecanismos de **colaboración** y coordinación ex-ante entre ambos tipos de órganos, fundamentalmente en relación con la determinación de conceptos del ámbito de la defensa de la competencia, en el marco de la normativa sectorial existente.

III.4.d. Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial

- (88) Con objeto de permitir la acción privada en la defensa de la competencia, cabe proponer la remoción de los obstáculos para la **aplicación directa** en la jurisdicción civil de la normativa en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Ello permitiría:
- Mantener la coherencia con el sistema comunitario, si bien cabe señalar que la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE por los jueces nacionales presenta determinadas circunstancias especiales, entre las que destaca la primacía de la Comisión Europea.
 - Reforzar las garantías de los ciudadanos, que podrían ver tutelados sus derechos individuales por parte de los jueces, sin tener que esperar a una resolución firme de las autoridades de competencia.
 - Lograr una aplicación más extensa del Derecho español de competencia.
 - Permitir a las autoridades administrativas centrarse en aquellas infracciones que afecten al interés general garantizando al mismo tiempo una adecuada defensa de los intereses particulares.
- (89) Para ello, sería preciso **revisar el artículo 13.2** de la LDC y dotar expresamente a los jueces de la competencia para aplicar las normas relativas a conductas restrictivas de la competencia. Adicionalmente, es preciso prever mecanismos que garanticen la coherencia del sistema y que cada jurisdicción se ocupará principalmente de aquellos asuntos para los que está mejor situada. En concreto, cabe proponer:

- (i) La atribución de la competencia para la aplicación en el ámbito civil de las normas relativas a acuerdos entre empresas, abusos de posición de dominio y competencia desleal a los **juzgados de lo mercantil**, como ya ocurre en relación con los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- (ii) El establecimiento de mecanismos eficaces para que la Administración pueda centrarse en los asuntos que revistan un mayor interés público, quedando en manos de los jueces la tutela judicial efectiva de aquellas conductas que afectan principalmente a los intereses privados de determinados operadores (cláusula **de minimis**, que se tratará en el apartado correspondiente a conductas restrictivas).
- (iii) Explorar la posibilidad de que los jueces **suspendan** los procesos civiles en caso de concurrencia con un expediente administrativo en tanto recaiga una resolución, no necesariamente firme.
- (iv) Reforzar la coordinación administración-jurisdicción mediante la introducción explícita de la posible **solicitud de informes** a las autoridades de competencia por parte de los jueces así como de una figura similar al **amicus curiae** en la aplicación jurisdiccional civil de las normas nacionales de competencia.
- (v) Así mismo, sería necesario contar con una vía de **información sistemática** de los litigios existentes a la autoridad de competencia que le permita intervenir en aquellos relevantes desde el punto de vista del interés público.
- (vi) Finalmente, prever expresamente en la normativa de enjuiciamiento civil los procedimientos para la **remisión** de asuntos entre la jurisdicción civil y la mercantil.

IV. LUCHA CONTRA LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

IV.1. Análisis comparado

- (90) En general, los sistemas de defensa de la competencia persiguen dos tipos de actuaciones: acuerdos entre empresas y conductas unilaterales (abuso de posición de dominio). Existe un notable paralelismo de los procedimientos y competencias de las diferentes autoridades, que pueden actuar de oficio o a instancia de parte, contemplan la adopción de medidas cautelares, prevén alguna forma de pliego de cargos, derecho de alegaciones y acceso al expediente, y pueden incluir excepcionalmente audiencia pública. Las principales diferencias se derivan de la estructura institucional, que ya ha sido considerada anteriormente. Por ello, el presente apartado se centrará en cuatro aspectos concretos: poderes de investigación, plazos máximos de resolución, sistemas de sanción y procedimientos de clemencia (*leniency*) existentes en otras jurisdicciones.
- (91) En relación con los **poderes de investigación**, la mayoría de sistemas disponen un amplio catálogo de actuaciones para la detección de las prácticas restrictivas y la búsqueda de pruebas, que suelen incluir:
- Acceso a locales, terrenos o medios de transporte de la empresa. En general, las inspecciones requerirán de una previa autorización judicial y en algunos casos se prevé explícitamente que se desarrollarán con asistencia de un agente policial, como es el caso francés. Excepcionalmente, el nuevo Reglamento 1/2003 prevé la posibilidad de desarrollar inspecciones también en el domicilio del personal de la empresa.
 - Examen de libros, facturas u otros documentos profesionales y obtención de copia de los mismos en cualquier formato;
 - Realización de entrevistas y solicitud de aclaraciones.
- (92) En cuanto al **plazo** máximo de resolución, en la mayoría de los sistemas de derecho comparado no se establece un período máximo de resolución, aunque en la práctica éste suele tener una duración media de 18 meses a 2 años⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Un caso particular lo constituye el sistema italiano, en el que es la propia Autoridad de Competencia la que establece en el momento de la incoación el plazo previsto para realizar la instrucción (normalmente de 9 a 12 meses), plazo que podrá ampliarse, de oficio o a instancia de parte, en el caso de investigaciones especialmente complejas.

- (93) En cuanto a las **sanciones**, éstas tienen carácter administrativo en la mayoría de sistemas. La normativa de los distintos países suele distinguir entre multas sancionadoras y coercitivas, con los siguientes aspectos destacables:
- A la hora de determinar la cuantía de las multas sancionadoras, se suelen utilizar criterios similares: gravedad de la infracción, duración, daño causado para la economía, situación de la empresa sancionada o de su grupo, reiteración, responsabilidad o dolo de la persona implicada⁽⁶⁰⁾, efecto disuasorio de la sanción, etcétera.
 - También suelen coincidir los techos porcentuales de las multas (10% del volumen de negocios), si bien algunos países incluyen, además, un techo cuantitativo o criterios adicionales (a.e. un múltiplo de los beneficios obtenidos gracias a la infracción).
 - En la mayoría de países se prevén multas para las empresas y para las personas físicas responsables. En algunos países también se prevén sanciones penales para las personas físicas implicadas en la infracción⁽⁶¹⁾.
- (94) Existe un consenso generalizado con respecto a que los cárteles, en particular los de “núcleo duro”⁽⁶²⁾, están entre las conductas más lesivas de la competencia y del bienestar general. Al mismo tiempo, son muy difíciles de identificar y de probar en ausencia de colaboración por parte de los propios partícipes en los acuerdos. Ante esta situación, progresivamente se han ido introduciendo programas de “**clemencia**” o *leniency* en los principales sistemas normativos de nuestro entorno, que consisten en la eliminación o reducción de las sanciones para las empresas que denuncien la existencia de cárteles o aporten pruebas sustantivas para su persecución. Estos programas responden a la idea de que, desde la perspectiva de los consumidores y usuarios, el interés por que se descubran y prohíban cárteles secretos prima sobre el interés en que se multe a empresas cuya colaboración permite descubrirlos.

⁽⁶⁰⁾ Por ejemplo, en Alemania la multa máxima se reduce a la mitad si la infracción se ha cometido por negligencia.

⁽⁶¹⁾ En Francia, las sanciones son de naturaleza administrativa para las empresas (multa de hasta el 10% del volumen de negocios mundial) y penal para las personas físicas (4 años de prisión y/o multa de hasta 75.000 €). La legislación alemana prevé sanciones administrativas (multas no superiores a 500.000 € o al triple de los beneficios obtenidos con la infracción, en función de cual de los dos criterios sea superior) y penales (hasta 5 años de prisión). También en el Reino Unido e Irlanda se prevén sanciones penales.

⁽⁶²⁾ Los acuerdos horizontales destinados a fijar precios o reparto del mercado se conocen como cárteles de núcleo duro o *hard core cartels*.

- (95) Los EE.UU. fueron pioneros en el sistema y la Comisión Europea introdujo un primer programa en 1996 que se reforzó en 2002. En cuanto a los Estados miembros de la UE, en la actualidad catorce países cuentan con programas de clemencia⁽⁶³⁾ esencialmente similares al modelo comunitario. En general, los distintos modelos de “clemencia” incluyen los siguientes **elementos**:
- Exención total de sanción administrativa a la primera empresa que ofrezca información.
 - Exención de sanciones tanto para empresas como para personas físicas.
 - Posibles reducciones para empresas que colaboren una vez detectado el cártel⁽⁶⁴⁾.
 - Valoración para la aplicación o graduación de la clemencia de la utilidad de la información, de la colaboración del solicitante y participación en el cártel.

IV.2. Situación actual en España

- (96) Como ya se ha señalado, la LDC nació con la idea de superar los defectos de la anterior de prácticas restrictivas, sobre todo en cuanto a la eficacia de la labor sancionadora. Con este fin, la Ley tipifica las prácticas prohibidas, establece un procedimiento sancionador en dos fases, prevé un procedimiento accesorio de medidas cautelares y otro para autorizaciones singulares de acuerdos, y establece las sanciones aplicables.

IV.2.a. Análisis sustantivo

- (97) Desde el punto de vista **sustantivo**, el sistema español de defensa de la competencia está directamente inspirado en el comunitario, prohibiendo las prácticas de las empresas que se consideran por sí mismas lesivas de la competencia, aunque puedan ser autorizadas en determinadas circunstancias. Dentro de las prácticas restrictivas se distinguen tres tipos:

⁽⁶³⁾ Bélgica, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido.

⁽⁶⁴⁾ Bien en la forma de reducción de multas, de entre el 20% y el 50% en el caso de la Comisión Europea, o bien mediante programas de “amnesty plus”, como en los EE.UU. o el Reino Unido, que prevén que si una empresa está siendo investigada en un sector y va a ser multada, puede denunciar la existencia de un segundo cártel. Esto le permitirá obtener inmunidad en el segundo sector, así como una reducción en la cuantía de la multa del primero.

IV. Lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia

- Los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia, prohibidos por el artículo 1 de la LDC y el artículo 81 del TCE,
- Los abusos de posición de dominio por parte de uno o varios operadores, prohibidos por el artículo 6 de la LDC y el 82 del TCE, así como los abusos de dependencia económica.
- Los actos de competencia desleal que falsean de manera sensible la competencia y por tanto afectan al interés público, que pueden ser enjuiciados por el TDC en aplicación del artículo 7 de la LDC

(98) El artículo 1 de la LDC establece una prohibición general de los **acuerdos entre empresas** que tienen aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no hayan tenido efectos, declarándolos nulos de pleno derecho⁽⁶⁵⁾. No obstante, la Ley prevé tres **excepciones** a esta prohibición:

- La excepción legal del artículo 2: La prohibición no se aplicará a los acuerdos que resulten de la aplicación de una Ley, aunque sí a los que se deriven de la actuación de la Administración o sean realizados por ésta sin amparo legal⁽⁶⁶⁾.
- La autorización singular por parte del TDC (art. 3 y 4), a instancia de parte interesada, y que, en un plazo relativamente reducido y con posibilidad de aplicación provisional, se basa en un análisis ponderado de los efectos restrictivos para la competencia y los beneficios para el interés general.
- La exención por categorías. El artículo 5 de la LDC establece la posibilidad de elaborar reglamentos de exención por categorías, esto es, normas que determinen los requisitos básicos que debe tener un acuerdo para obtener la exención de las normas de competencia de manera automática. Hasta ahora la exención por categorías se ha desarrollado reglamentariamente⁽⁶⁷⁾ mediante una remisión directa a los Reglamentos comunitarios correspondientes, de aplicación incluso de manera retroactiva en cuanto a la imposición de sanciones⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ En particular, se consideran prohibidos los que consistan en fijación de precios, limitación de la producción, reparto de mercados, aplicación de condiciones discriminatorias y subordinación de contratos a prestaciones no relacionadas.

⁽⁶⁶⁾ Sin perjuicio de la aplicación del derecho comunitario.

⁽⁶⁷⁾ Actualmente, mediante el Real Decreto 378/03, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la LDC en materia de exención por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

⁽⁶⁸⁾ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 en el asunto Xerox España.

- (99) La prohibición absoluta de determinados acuerdos está formalmente matizada por la posibilidad de no perseguir aquéllos que por su escasa importancia, **de mínimos**, no afecten de forma significativa a la competencia⁽⁶⁹⁾. Sin embargo, a diferencia del derecho comunitario⁽⁷⁰⁾, no se han establecido criterios para determinar cuándo hay “escasa importancia” y, de hecho, la aplicación de este instrumento ha sido limitada.
- (100) El artículo 6 de la LDC establece la prohibición del **abuso de posición de dominio**, incluso si dicha posición ha sido establecida por disposición legal⁽⁷¹⁾. La LDC, al igual que el Tratado CE, no define el concepto de posición de dominio ni de abuso, si bien la práctica está directamente inspirada por la jurisprudencia comunitaria.
- (101) Además de la prohibición de los acuerdos restrictivos y los abusos de posición de dominio, la normativa española incorpora otros dos tipos de prácticas prohibidas sin parangón en el modelo comunitario:
- El abuso de dependencia económica, como infracción diferente del abuso de posición de dominio, prohibida en el artículo 6.
 - Las conductas desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecten al interés público, recogidas por el artículo 7.
- (102) La figura de la explotación abusiva de las situaciones de **dependencia económica**, únicamente prevista en la normativa de Francia y Alemania⁽⁷²⁾, fue incorporada a la LDC en 1999⁽⁷³⁾, si bien ya estaba contemplada en la Ley de Competencia Desleal⁽⁷⁴⁾ y había sido considerada por el TDC.
- (103) En cuanto a la **competencia desleal**, este tipo de prácticas se introdujeron en la LDC con carácter general, en una aproximación basada en la consideración de que

⁽⁶⁹⁾ Artículos 1.3 y 36.1 bis

⁽⁷⁰⁾ Comunicación de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 TCE.

⁽⁷¹⁾ En particular los que consistan en la imposición de precios o de condiciones comerciales, limiten la producción y distribución, negativa de suministro o servicios injustificada, aplicación condiciones discriminatorias y subordinación de contratos a prestaciones suplementarias

⁽⁷²⁾ Ante las quejas de los fabricantes sobre el poder de compra de los distribuidores, Alemania la introdujo en 1957. Francia introdujo una disposición similar en 1986.

⁽⁷³⁾ Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁽⁷⁴⁾ El artículo 16.2 establece que “se reputa como desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para le ejercicio de su actividad”.

se trata de conductas que no sólo afectan al interés privado sino también al orden público económico cuya protección se encomienda a los órganos de competencia. La aprobación en 1991 de la Ley de Competencia Desleal exigía establecer con claridad los límites de la actuación en el ámbito de competencia, dada la concurrencia con la jurisdicción ordinaria. Siguiendo la reiterada doctrina del TDC, en 1999 se matizó la redacción del artículo 7, limitando el conocimiento por el TDC de las conductas desleales a los casos en que se distorsione gravemente la competencia y ello afecte al interés público y se facultó expresamente al Servicio para archivar sus actuaciones cuando no concurrieran las circunstancias anteriores.

- (104) En cuanto a la aplicación práctica del artículo 7 en las resoluciones del TDC, hay tres tipos de consideraciones:
- (i) En la mayoría de los casos se han desestimado los recursos contra acuerdos de archivo o sobreseimiento del Servicio por considerar que no concurren las tres circunstancias exigidas para que una conducta desleal pueda ser constitutiva de una infracción del artículo 7 de la LDC.
 - (ii) En pocas ocasiones se ha declarado una infracción del artículo 7 y, en su caso, se ha impuesto una multa⁽⁷⁵⁾.
 - (iii) En alguna ocasión el TDC ha analizado el acto supuestamente desleal como un posible abuso de la posición de dominio⁽⁷⁶⁾.

IV.2.b. Aspectos procedimentales: La instrucción

- (105) Como ya se ha señalado, el modelo español se caracteriza por la primacía de la **actuación administrativa**, con dos instituciones nacionales separadas de instrucción y resolución. El procedimiento se **inicia** por el Servicio de oficio o por denuncia, pudiendo realizarse una información reservada para determinar la existencia de indicios racionales de infracción. Si no se detectan dichos indicios, se procede a archivar la denuncia. En otro caso, se incoa el correspondiente expediente sancionador.

⁽⁷⁵⁾ Resoluciones 560/03; 535/02; 294/91; 521/01; 485/00; 393/99.

⁽⁷⁶⁾ En la Resolución 557/03 Astel/Telefónica el TDC declaró que Telefónica había cometido una infracción del artículo 6, por su campaña de contenido desleal; en la resolución 417/00 Correos el TDC analizó la conducta denunciada como un posible abuso y estimó el recurso interpuesto contra el acuerdo de archivo.

- (106) Durante la **instrucción**, se practican todos los actos que se consideran necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, que incluyen entre otros:
- (i) La inspección, incluso en la fase de información reservada. La regulación de los poderes de inspección del SDC es muy esquemática⁽⁷⁷⁾ por lo que se sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia⁽⁷⁸⁾. El acceso a los locales se ha de realizar con el consentimiento de sus ocupantes o en su caso mediante mandamiento judicial (incluso cautelar) dictado por el juez de lo contencioso administrativo.
 - (ii) La solicitud de información, para lo cual la LDC establece el deber de colaboración de las Administraciones Públicas y de toda persona natural o jurídica con el Servicio, y la imposición de multa coercitiva para su efectivo cumplimiento.
 - (iii) Información pública en el BOE y en cualquier otro medio.
- (107) Acreditada la existencia de infracción, se formula el **Pliego** de concreción de hechos, que define la acusación y por tanto ha de recoger los hechos constitutivos de infracción, las pruebas de cargo, y los presuntos infractores, notificándose a éstos para que en el plazo de quince días hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimen necesarias para su mejor defensa. La práctica de la prueba se realiza según lo establecido en la Ley 30/92 y su denegación por el Servicio no es recurrible, al poder ser reiterada la propuesta ante el TDC.
- (108) El principio de seguridad jurídica obliga a resolver los expedientes en un **plazo** máximo de 24 meses: 12 meses en la fase de instrucción ante el Servicio y 12 ante el Tribunal. En el supuesto de que el TDC estime un recurso contra un sobreseimiento del SDC, éste tendrá un plazo máximo de 6 meses para la instrucción del expediente. El vencimiento de los plazos máximos señalados determina la caducidad del procedimiento.
- (109) La Ley prevé la posible ampliación y suspensión de plazos en determinadas circunstancias tasadas. En particular, se prevé la posibilidad de **suspensión** del plazo má-

⁽⁷⁷⁾ Artículos 33 y 34 LDC.

⁽⁷⁸⁾ El alcance de la inspección incluye examen de libros, documentos, cualquiera que sea su soporte material, obtener copias y solicitar explicaciones in situ, con las únicas limitaciones derivadas de los derechos de defensa y derecho a la no autoinculpación.

ximo, por el tiempo que medie entre la notificación y el efectivo cumplimiento, cuando se den las circunstancias previstas en la Ley 30/92⁽⁷⁹⁾. Además, la LDC establece la posibilidad de:

- (i) **Interrupción** del plazo máximo en tres circunstancias:
 - La interposición del recurso previsto en el artículo 47 de la LDC.
 - Cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea
 - Cuando sea precisa la cooperación con autoridades de competencia de otros países.
 - (ii) **Ampliación** del plazo excepcionalmente, por un plazo no superior al establecido como máximo (12 meses), cuando el mismo no pudiera ser cumplido debido al número de solicitudes o personas afectadas, mediante motivación clara y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.
- (110) Las notificaciones y **acceso al expediente** a lo largo de la instrucción se realizan conforme a la Ley 30/92. La LDC establece el deber de secreto, que alcanza tanto a los funcionarios como a los particulares que, en su condición de interesados, tengan acceso al expediente. También prevé la LDC el tratamiento de la información confidencial, de oficio o a instancia del interesado.
- (111) Tras la reforma de 1999 la LDC excluyó explícitamente el recurso por denegación de pruebas y previó la inadmisión de plano de recursos infundados, limitando la posible interposición de **recurso** ante el TDC —cuyo efecto es la suspensión del procedimiento principal— a aquellos actos del Servicio que:
- Decidan directa o indirectamente el fondo del asunto.
 - Determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento.
 - Produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ El artículo 42.5 prevé la posible suspensión en caso de requerimiento de información necesaria a los interesados, pronunciamiento preceptivo de las Comunidades Europeas o de órganos de la Administración, pruebas o análisis contradictorios o dirimientes, iniciación de negociaciones con vistas a concluir una terminación convencional.

⁽⁸⁰⁾ Acuerdos de archivo, sobreseimiento, denegación de medidas cautelares, confidencialidad, etc.

- (112) Para garantizar la efectividad de las actuaciones es posible la adopción de **medidas cautelares** por el TDC una vez incoado el expediente y en cualquier momento del procedimiento previa propuesta del SDC. Estas medidas tienen carácter provisional con un máximo de duración de seis meses y acaban cuando se dicta la resolución del expediente o ésta se ejecuta⁽⁸¹⁾.
- (113) De acuerdo con la LDC, el procedimiento ante el Servicio puede terminar de tres formas:
- (i) Elevación del expediente al TDC junto con el preceptivo **Informe-propuesta** con la descripción y calificación de los hechos.
 - (ii) **Sobreseimiento**, antes o después del Pliego, previa audiencia de los interesados, cuando no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas⁽⁸²⁾.
 - (iii) Acuerdo de **Terminación convencional**, adoptado por el SDC y todos los interesados con anterioridad al Pliego de Concreción de Hechos. El acuerdo es recurrible ante el TDC por quienes con interés legítimo no hayan participado en él y el incumplimiento de alguna de sus obligaciones por alguna de las partes puede dar lugar a la imposición de multas coercitivas por parte del TDC.

IV.2.c. Aspectos procedimentales: La resolución

- (114) El **procedimiento ante el TDC** se inicia con la admisión a trámite del expediente (sancionador o de autorización) en el plazo de cinco días, que se pondrá de manifiesto a los interesados para que soliciten la celebración de vista y propongan las pruebas que estimen necesarias. La denegación de prueba no es recurrible en vía administrativa. El TDC puede acordar la celebración de vista, que será reservada y contradictoria, interviniendo en ella los interesados, el Servicio, así como aquellas personas que se consideren necesarias.
- (115) El Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba o requerir informes. Una vez concluidas las actuaciones, el TDC dictará **reso-**

⁽⁸¹⁾ Podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones para evitar el daño que pudieran causar las prácticas objeto del expediente, así como la imposición de fianza de cualquier clase declarada bastante. El incumplimiento de las medidas podrá dar lugar a la imposición por el TDC de multas coercitivas.

⁽⁸²⁾ El Sobreseimiento puede ser total o parcial, respecto de alguna conducta o imputado.

lución en el plazo máximo de veinte días, con lo que queda finalizada la vía administrativa. Las resoluciones del TDC se basarán en la calificación de la práctica correspondiente y podrán contener:

- Orden de cesación de las prácticas prohibidas.
- Imposición de condiciones u obligaciones determinadas.
- Orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.
- Imposición de multas.

(116) Las **multas** pueden ser de hasta 901.518,16 €, cantidad que puede ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal. Además, la LDC establece la posibilidad de sancionar con una multa de hasta 30.050,61 € a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, salvo que no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra salvando su voto. La cuantía de las sanciones se fija en función de la importancia de la infracción, previendo la LDC su determinación atendiendo a determinados aspectos⁽⁸³⁾.

(117) La LDC establece como una de las funciones del Servicio la de **vigilar** la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adoptan por el TDC, pudiendo distinguirse dos tipos de actuación: vigilancia de ejecución —del pago de la sanción y, en su caso, publicación de la resolución— y vigilancia de cumplimiento⁽⁸⁴⁾.

IV.3. Valoración

IV.3.a. Fortalezas

(118) Al margen de los aspectos positivos que ya han sido señalados en el ámbito institucional —separación de instrucción y resolución, independencia del órgano que re-

⁽⁸³⁾ Modalidad y alcance de la restricción de la competencia; dimensión del mercado afectado; cuota de mercado de la empresa correspondiente; efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; duración de la restricción de la competencia y reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

⁽⁸⁴⁾ Dependerá del tipo de resolución: Medidas cautelares, orden de cesación, autorización con modificaciones o con condiciones, denegación de autorización, etc...

suelve, plazos máximos para el procedimiento— la LDC ha otorgado a los órganos de competencia unos **poderes administrativos** amplios, compensados por el respeto de las garantías fundamentales nacidas en el proceso penal. En general, existe un gran equilibrio entre el respeto de los derechos procesales de las empresas y los requisitos de la compleja labor instructora (sobre todo en cuanto a transparencia y acceso al expediente).

- (119) La labor de los órganos de competencia se ha visto generalmente confirmada por los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, lo que permite concluir que su actuación es mayoritariamente **correcta** desde la perspectiva sustantiva y formal, a pesar de que la obtención de pruebas suficientes para acreditar las restricciones a la libre competencia cada vez es más complicada.

IV.3.b. Debilidades

- (120) Las principales debilidades del sistema se refieren, en esencia, a la carencia de instrumentos adecuados para garantizar una mayor eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia, tanto en el plano sustantivo como en el procedimental.

i) Inadecuada tipificación de las infracciones

- (121) La LDC contempla determinados **tipos** de infracción o habilitaciones para que el TDC enjuicie (abusos de dependencia económica y competencia desleal) cuya deficiente definición hace que se planteen dudas sobre la necesidad de mantenerlos como tipos independientes, a la vista de su escasa aplicación hasta ahora y su posible protección mediante otras normas u órganos.

ii) Indefinición de los acuerdos de “escasa importancia”

- (122) La LDC no concreta la aplicación del artículo 1.3, al no establecer la definición y efectos de los acuerdos de **“escasa importancia”**, pudiendo ésta referirse a la conducta en si misma o a las empresas que los celebran, lo que supone valorar su incidencia en el mercado que previamente ha de definirse.
- (123) Adicionalmente, se ha señalado la relativa indefinición con respecto a los **efectos** de la “escasa importancia” en cuanto a si se trata de acuerdos que presentan insuficiencia de interés público para la actuación administrativa o bien en los que no con-

curren los requisitos para que haya infracción de la LDC⁽⁸⁵⁾. Ello, junto a la ausencia de mecanismos para la aplicación por parte de los jueces de la normativa española de competencia, supone un límite para el uso de la cláusula de minimis en la práctica, puesto que, si se entiende que la “menor importancia” no excluye la existencia de un acuerdo prohibido y la Administración decide no actuar, podría no quedar garantizada la tutela judicial efectiva de los intereses en conflicto.

iii) Falta de armonización con el sistema comunitario

- (124) Al margen de la aplicación directa por parte de los jueces (aspecto que ya ha sido comentado en el apartado de estructura institucional), la principal diferencia entre el sistema español y el comunitario, sobre todo a raíz de la reciente entrada en vigor del Reglamento 1/2003, es el mantenimiento en la normativa nacional del sistema de **autorización singular** de aquellos acuerdos prohibidos que cumplen los requisitos del artículo 3 de la LDC: Si el acuerdo no afecta al comercio intracomunitario, deberá solicitarse autorización singular, mientras que si afecta al comercio intracomunitario, no estará prohibido y deberá ser autoevaluado por la empresa con arreglo a los Reglamentos, comunicaciones y directrices aplicables.

iv) Duplicidad de trámites del procedimiento y rigidez de los plazos

- (125) La actual estructura dual resulta en la duplicación de determinados trámites, lo que alarga los plazos para la resolución y resta eficacia al uso de los recursos públicos. Adicionalmente, el procedimiento puede verse retrasado por el sistema de **recursos**⁽⁸⁶⁾. A pesar de los intentos de limitarlos, los interesados han seguido interponiéndolos por todo tipo de cuestiones incidentales⁽⁸⁷⁾, lo que a la postre convierte al recurso en una táctica dilatoria de las empresas que resta agilidad y eficacia al procedimiento sancionador.
- (126) Por otra parte, la **rigidez** de los plazos, en determinados casos especialmente difíciles o en los que se aporta información relevante que cambia el análisis en una fase avanzada de la tramitación, puede resultar en que no se adopte la mejor decisión

⁽⁸⁵⁾ Esta segunda interpretación estaría en línea con la aplicación del concepto en el caso de la normativa comunitaria.

⁽⁸⁶⁾ Los recursos paralizan el procedimiento hasta que se produce la resolución motivada del Pleno del TDC.

⁽⁸⁷⁾ Tales como admisiones a trámite, solicitudes de información, supuesta caducidad de expediente, providencia declarando concluidas las actuaciones, providencias de rectificación de errores materiales, providencia de abandono de la vía de terminación convencional, etc.

sino la única posible antes de la caducidad del expediente. El sistema de suspensión y de ampliación del plazo máximo ha demostrado ser en la práctica muy poco operativo debido a las limitadas previsiones de la LDC y el carácter general de la Ley de Procedimiento Administrativo (LRJPAC).

v) Carencia de un programa de clemencia para la detección de cárteles

(127) España carece en la actualidad de un programa de clemencia. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una tradición jurídica en esta materia, sí existen en él figuras de fundamento similar que permiten reducir e incluso exonerar a los sujetos de las sanciones que correspondería imponerles por la comisión de infracciones penales o administrativas⁽⁸⁸⁾.

(128) Es importante señalar que, en el marco de la modernización de la normativa comunitaria, se ha impulsado la creación de la **red europea de autoridades de competencia** previéndose, entre otros aspectos, un refuerzo de los intercambios de información entre ellas⁽⁸⁹⁾. Uno de los obstáculos para el intercambio de información es precisamente la ausencia de un sistema de alcance europeo de programas de clemencia plenamente armonizado. Para solventarlo, se ha establecido que cuando una autoridad tramite un asunto como consecuencia de una solicitud presentada en el marco de un programa de clemencia deberá poner la información a disposición de los miembros de la Red, que no podrán utilizarla para abrir una investigación, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un expediente a partir de informaciones que tengan su origen en fuentes distintas⁽⁹⁰⁾.

vi) Insuficiencia de instrumentos eficaces para terminar con las conductas prohibidas

(129) La experiencia práctica pone de manifiesto el escaso uso del instrumento de **medidas cautelares**, probablemente debido a los retrasos en su ejecución derivados del propio procedimiento administrativo. El carácter accesorio de las medidas cautelares,

⁽⁸⁸⁾ Por ejemplo, en el ámbito penal, en materia de narcotráfico, rebelión y terrorismo. También hay en materia de delitos fiscales, en lo relativo a consumo de drogas en lugares públicos o tenencia ilícita, en tráfico ilícito de seres humanos o inmigración ilegal.

⁽⁸⁹⁾ Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03)

⁽⁹⁰⁾ El Servicio de Defensa de la Competencia ha firmado el 15 de junio de 2004 la declaración conjunta que incorpora este compromiso.

la posibilidad de recurso de cada acto ante el TDC, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, unidos a la posible suspensión de las mismas en tanto se sustancian los recursos, hacen que haya casos en los que una vez resuelto el expediente por el TDC siguen estando pendientes de resolver las medidas cautelares en el orden jurisdiccional.

- (130) Si bien el procedimiento de **terminación convencional** supone una vía efectiva para lograr los objetivos de la defensa de la competencia y, en particular, la terminación de las infracciones en un plazo rápido, la experiencia práctica de su aplicación en España es desalentadora: sólo un expediente se ha terminado por esta vía⁽⁹¹⁾. Las razones de su poca aplicación pueden radicar en la rigidez del procedimiento y, en concreto, en la exigencia de que se produzca sólo en primera fase, antes del Pliego de Concreción de Hechos, y deba contar con el acuerdo de todas las partes, incluyendo a los denunciados.
- (131) La Ley carece de una tipificación adecuada de las distintas **infracciones** a efectos de graduación de las multas. No prevé un procedimiento adecuado para la **vigilancia** del cumplimiento de las resoluciones del TDC y para la sanción en caso de incumplimiento, ni mecanismos para la revisión de las resoluciones cuando se produzcan cambios sustantivos en la estructura de los mercados.

vii) Insuficiente definición de los instrumentos de instrucción e inspección

- (132) La labor instructora se ve dificultada desde su inicio por la presentación de denuncias que no aportan ningún medio de prueba ni definición del mercado afectado. Adicionalmente, es preciso prever mecanismos que permitan al SDC no sólo sancionar en el caso de incumplimiento del deber de colaborar (artículo 32 de la LDC) sino también cuando las respuestas a los **requerimientos de información** son falsas o incompletas y concurre mala fe.
- (133) En cuanto a las **inspecciones** los problemas por el momento son más teóricos que prácticos ya que en general el Servicio ha contado con la colaboración de las empresas inspeccionadas y sólo en una ocasión se ha requerido el mandamiento judicial ⁽⁹²⁾. No obstante, cabría aclarar determinados aspectos como el acceso a locales distintos a los de la sede social de la empresa, actuación de los inspectores como au-

⁽⁹¹⁾ El caso 2398/02, DAMA versus SGAE.

⁽⁹²⁾ En el caso 1603/97 contra compañías aéreas.

toridad pública, determinar que se entiende por obstaculización de la inspección una vez permitido el acceso a los locales, y tiempo máximo de espera para que la empresa de su consentimiento y para que lleguen los asesores jurídicos.

IV.4. Propuestas de reforma

(134) El principal objetivo de las propuestas de reforma propuestas es el de **aumentar el beneficio social de la intervención administrativa**. Ello exige conjugar la garantía de seguridad jurídica de los operadores económicos con el refuerzo de la eficacia administrativa. Para ello, se proponen actuaciones tanto sustantivas como procedimentales en cinco ámbitos:

- (i) Centrar el objeto de la Ley en la defensa de la competencia
- (ii) Adaptar la normativa española al modelo comunitario
- (iii) Reforzar los instrumentos para la detección y prueba de las prácticas más graves
- (iv) Prever un procedimiento ágil y eficaz para el cese de la infracción
- (v) Graduar las infracciones, aclarando los criterios para la fijación de las multas

IV.4.a. Centrar el objeto de la Ley en la defensa de la competencia

(135) La experiencia en el análisis de las situaciones de **abuso de dependencia económica (artículo 6.1b)** y de las **conductas desleales** que pueden afectar gravemente a la competencia y al interés público (artículo 7) apunta a la conveniencia de, o bien eliminar estos tipos de infracción de la LDC, o bien aclarar su redacción. En concreto, en caso de mantenimiento, cabría separar el abuso de dependencia económica como un ilícito diferenciado del abuso de posición de dominio y eliminar las limitaciones a los supuestos contemplados en el mismo. En el caso de la competencia desleal, cabría eliminar cualquier duda con respecto a que la afectación grave de la competencia implica la afectación del interés público.

(136) Para permitir a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia centrar su actuación en aquellos asuntos que generen mayores problemas desde la perspectiva de competencia, parece preciso prever la no persecución de las conductas de **menor importancia** por parte de las autoridades administrativas, sin que ello implique la

inexistencia de infracción y, por tanto, impida la persecución por las autoridades autonómicas, en su caso, o por los jueces. En concreto, cabe proponer la concreción del artículo 1.3 introduciendo elementos cuantitativos de cuota de mercado, sobre la base de la comunicación de mínimos de la Comisión Europea. Adicionalmente, cabría valorar la aplicación de este principio a las infracciones vinculadas con competencia desleal, en caso de mantenerse dentro de la LDC.

IV.4.b. Adaptar la normativa española al modelo comunitario

(137) Al margen de la aplicación directa del derecho nacional por parte de los jueces y de la previsión dentro del procedimiento de las novedades previstas en el Reglamento 1/2003, parece conveniente replantearse el sistema español de **autorización singular**, mediante la modificación de la LDC o bien la adopción de un Real Decreto de desarrollo, con dos alternativas:

- (i) Adoptar la visión comunitaria, de forma que todo acuerdo que cumple determinados requisitos⁽⁹³⁾ no está prohibido, ya se declare expresamente en un Reglamento de exención o lo justifique el operador previa autoevaluación, con lo que desaparecerían las autorizaciones singulares.
- (ii) Adoptar las premisas comunitarias pero establecer para determinados acuerdos, cuya tipificación debería hacerse reglamentariamente, la posibilidad de un procedimiento similar a la “declaración negativa” aplicada por la Comisión Europea hasta la promulgación del Reglamento 1/2003, abriendo de esta manera un cauce de examen, análisis, modificación si lo requiriese, y seguridad jurídica para el operador, de carácter voluntario.

IV.4.c. Reforzar los instrumentos para luchar contra las prácticas más graves

(138) Con el fin de disponer de un instrumento importante para la lucha contra los cárteles, cabe valorar la introducción de un sistema de **clemencia**. Esta propuesta, basada en el grado de madurez del sistema español de defensa de la competencia y en la conveniencia de alinearse con los modelos del ámbito comunitario, debería tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Es preciso garantizar la compatibilidad con el principio de igualdad consagrado en el art.14 CE.

⁽⁹³⁾ Los del artículo 81.3 del TCE o del 3.1 de la LDC.

- La clemencia administrativa no garantizaría la clemencia civil o penal; por tanto, el miembro del cártel que colabora podría estar exento de multas pero no de pagar la indemnización correspondiente por los daños causados por su conducta a otros particulares⁽⁹⁴⁾.

(139) Esta propuesta se concretaría en un **modelo** inspirado en el de la Comisión Europea. Así, el trato favorable a las empresas partícipes en un cártel que quieran ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dependerá de tres elementos: El orden en que se facilite la información, el momento en que se aporte y la relevancia de la información para la resolución del expediente. Sólo habría inmunidad total para la primera empresa en acudir a la autoridad, previamente a que ésta hubiese iniciado su propia investigación, y aportando información sustantiva sobre la existencia y actividades del cártel. En otro caso, se podría valorar una reducción de la sanción hasta un 50%. En todo caso, es importante tener en cuenta que la eficacia del programa de clemencia depende directamente de la amenaza real de sanción a los miembros del cártel, lo que depende tanto de la cuantía legal de las sanciones como de la eficacia de la propia actuación administrativa.

IV.4.d. Establecer un procedimiento ágil y eficaz para el cese de la infracción

(140) Una de las principales ventajas de la integración de las dos instituciones administrativas que actualmente aplican la LDC en el ámbito estatal es precisamente la posible reducción de los **plazos** del procedimiento, especialmente en la fase de resolución, que se desarrollaría ante el Consejo de la Comisión o TDC sobre la base de la instrucción de la Dirección de investigaciones o SDC.

(141) Como una propuesta general habría que intentar **eliminar la posible duplicación de actuaciones y los recursos internos**. Para ello, el órgano instructor debería limitarse a proponer al órgano resolutorio, con dos efectos distintos:

- En el caso de archivo de una denuncia, sobreseimiento del expediente, terminación convencional, o imposición de medidas cautelares, se eliminarían los recursos internos, y las decisiones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia serían recurribles directamente ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁽⁹⁴⁾ Este problema es general a todos los países con sistemas administrativos de defensa de la competencia en los que, sin embargo, los programas de leniency tienen alta efectividad.

IV. Lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia

- En el caso de elevación de informe-propuesta sancionador sobre el fondo, cabría plantear que la actividad de resolución se limite a tres tipos de decisiones: que existe infracción, que no existe o que procede seguir investigando o practicar las pruebas que se han denegado en primera instancia, devolviendo el expediente en este último caso al SDC para que continúe la instrucción.
- (142) Al margen de cualquier modificación de plazos, es preciso un refuerzo de la **flexibilidad**. En efecto, aunque en algunos asuntos puede no ser preciso un plazo de doce meses para la resolución, en otros, la complejidad del análisis, el número de interesados, o la aportación de pruebas en una fase avanzada del análisis, exige contar con instrumentos para poder adoptar la decisión más correcta. Por tanto, sería conveniente:
- (i) Unificar la terminología de la LDC y la de la LRJPAC, aclarando cuáles supuestos operan automáticamente y cuáles son facultativos.
 - (ii) Aclarar y adaptar a las características de los expedientes sancionadores en materia de competencia las posibilidades de suspensión de plazos por parte de la Administración. En concreto, debería preverse la petición de información a terceros que carezcan de la condición de interesados; la petición de informes no preceptivos a Organismos Públicos; la colaboración y coordinación con la UE y con los países integrantes de la Red Europea de Autoridades de Competencia.
 - (iii) Incluir supuestos específicos en los que se pueda dar ampliación del plazo máximo, adaptando al procedimiento lo previsto en la LRJPAC. Entre estos supuestos podrían estar: aparición de nuevos interesados o planteamiento de cuestiones de confidencialidad en una fase avanzada del expediente
 - (iv) Disponer expresamente que la suspensión del plazo no conlleva la interrupción del procedimiento, por tratarse de dos técnicas jurídicas distintas.
 - (v) Disponer expresamente que las decisiones de ampliación y de suspensión no son recurribles.
- (143) El mantenimiento de las **medidas cautelares** sólo tiene sentido en la medida en que se disponga de un procedimiento ágil y efectivo para adoptarlas. En este sentido, la integración del SDC y del TDC en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia permitiría eliminar los posibles recursos y mejorar este instrumento, aunque no resolvería el retraso y la posible suspensión cautelar en caso de recurso ante la jurisdicción ordinaria. En concreto, la propuesta podría basarse en cuatro principios:

- (i) Decisión por parte del Consejo de la Comisión en un plazo rápido (de 15 días) sobre la base de la propuesta del instructor del expediente.
 - (ii) La tramitación del expediente de cautelares en ningún caso debería paralizar la tramitación del expediente principal.
 - (iii) Eliminación del plazo máximo de duración de las medidas cautelares
 - (iv) Habría que llegar a algún tipo de solución para que en el caso de recurso ante la jurisdicción ordinaria, éste se resolviera en un breve plazo de tiempo. En este sentido, cabría plantearse el recurso en una sola instancia (excluyendo expresamente el posible recurso ante el Tribunal Supremo).
- (144) Para hacer la instrucción más eficaz sería conveniente clarificar y aumentar los poderes tanto de inspección como de **investigación**⁽⁹⁵⁾. Habría que analizar la posibilidad de que los inspectores fueran considerados autoridad pública y en su caso prever explícitamente la prestación del auxilio necesario para el ejercicio de sus funciones. Como medida cautelar en el desarrollo de las inspecciones cabría introducir la posibilidad de proceder al precinto de locales, documentos y libros durante el tiempo imprescindible para la inspección a para la resolución de los conflictos que surjan. De igual manera habría que clarificar el régimen sancionador en caso de negativa al acceso y a la negativa a colaborar en el desarrollo de una inspección, diferenciando entre obstrucción a la entrada y obstrucción a la inspección.
- (145) Para lograr restablecer efectiva y rápidamente las condiciones de competencia efectiva en los mercados, es imprescindible potenciar el uso de la **terminación convencional**⁽⁹⁶⁾, mediante las siguientes modificaciones:
- (i) Las empresas imputadas podrán presentar ofertas de compromisos para una terminación convencional del expediente en cualquier momento del procedimiento.
 - (ii) La resolución por la que se termine convencionalmente un expediente debe ser pública y contener las obligaciones en que se transformen los compromisos ofertados por las empresas.

⁽⁹⁵⁾ En el sentido de incluir la posibilidad de imponer multas para aquellos supuestos en que la información suministrada sea incorrecta o incompleta, de manera similar a como tiene establecido el Reglamento 1/2003.

⁽⁹⁶⁾ El nuevo Reglamento 1/2003 obliga a las autoridades nacionales de competencia a aplicar los artículos 81 y 82 a las conductas cubiertas por estos artículos, y prevé, entre otras decisiones, la posible aceptación de compromisos, término equivalente al de acuerdo de terminación convencional.

- (iii) El incumplimiento de las condiciones deberá estar sujeto a un procedimiento sancionador y de vigilancia adecuado.
 - (iv) Limitar la exigencia de acuerdo a las empresas denunciadas en el procedimiento principal, sin perjuicio de que el resto de interesadas también sean consideradas como tales en la terminación convencional pudiendo realizar alegaciones y, en su caso, recurrir el acuerdo si no lo han suscrito.
 - (v) Las resoluciones de terminación convencional serán recurribles de la misma manera que la resolución de un expediente tramitado mediante el procedimiento normal.
- (146) Con el fin de garantizar la efectividad de las decisiones, cabe prever que las resoluciones que pongan fin a expedientes sancionadores puedan imponer explícitamente **condiciones** para resolver los problemas de competencia detectados. En concreto, cabría plantearse el posible establecimiento de condiciones estructurales, en línea con las previstas en el Reglamento 1/2003. Finalmente, podría ser conveniente establecer algún mecanismo para la revisión de resoluciones en caso de cambio en la estructura competitiva de los mercados.

IV.4.e. Graduar las infracciones y aclarar criterios de determinación de la multa

- (147) La **graduación de las infracciones** en muy graves, graves y leves permitiría una adecuada correlación entre éstas y las sanciones impuestas, lo que reforzaría la transparencia y objetividad de las decisiones del TDC.
- (148) En cuanto al **cálculo de las multas**, podría estudiarse la posibilidad de aplicar una metodología similar a la seguida por la Comisión Europea⁽⁹⁷⁾. De acuerdo con la misma, el importe de las multas se basa en la aplicación de un importe base⁽⁹⁸⁾ para cada tipo de infracción al que se aplican incrementos por circunstancias agravantes y reducciones por circunstancias atenuantes.
- (149) Adicionalmente, si bien el máximo del 10% del volumen de ventas parece adecuado, cabría revisar al alza los **importes fijos** que pueda prever la LDC, incluyendo las sanciones relativas a personas físicas, que tienen un valor importante como referente para las decisiones judiciales y deben reflejar convenientemente el perjuicio social derivado de las prácticas anticompetitivas.

⁽⁹⁷⁾ Comunicación para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (98/C 9/03)

⁽⁹⁸⁾ El importe base de la multa se determina en función de la gravedad y la duración de la infracción. A la hora de valorar la gravedad de la infracción se toman en cuenta su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (si pueden determinarse) y la dimensión del mercado geográfico.

V. CONTROL DE CONCENTRACIONES

V.1. Análisis comparado

(150) En general, el control de concentraciones es un instrumento relativamente novedoso en los distintos regímenes de defensa de la competencia. Mientras que la lucha contra los cárteles o los abusos de posición de dominio constituyen la base de las políticas de defensa de la competencia, el control ex —ante de los cambios estructurales sólo se incorpora en los regímenes más avanzados tras un cierto tiempo de experiencia. El análisis sustantivo de las concentraciones sigue unas pautas bastantes similares en los diferentes países que, en general, disponen de procedimientos en dos fases para analizar en profundidad sólo determinadas operaciones. Sin embargo, existe una enorme diversidad con respecto al ámbito del control de concentraciones y los procedimientos de análisis y decisión.

V.1.a. Ámbito del control de concentraciones

i) Sistema de notificación

(151) Tanto el sistema comunitario como los de los principales Estados miembros⁽⁹⁹⁾, A excepción del Reino Unido, tienen un modelo de **notificación obligatoria** con efectos suspensivos sobre la ejecución de la operación⁽¹⁰⁰⁾. La notificación puede realizarse en cualquier **momento** antes de la ejecución en la mayoría de países, incluyendo la Comisión Europea tras la reciente adopción del Reglamento 139/2004, aunque en algunos casos se mantienen los plazos para la notificación.

ii) Definición de operación de concentración

(152) En general, el procedimiento de control de concentraciones se refiere a cambios permanentes en la estructura de **control** de las empresas, adoptándose un criterio cualitativo de control que, más allá de una determinada participación en el capital o en los órganos de administración de una empresa, viene dado por la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre sus principales decisiones.

⁽⁹⁹⁾ Al igual que el sistema de los EE.UU.

⁽¹⁰⁰⁾ En el Reglamento comunitario se prevén excepciones a la obligación de suspensión, para el caso de OPA y posibilidad de dispensa motivada caso por caso.

(153) Esta noción de concentración incluye tanto las fusiones o adquisiciones de una empresa por parte de otra como las estructuras de control conjunto, es decir, la creación de una **empresa en participación** o toma de control de la misma por parte de varios operadores. En este ámbito, existen distintos modelos para el tratamiento de las empresas en participación atendiendo a dos elementos: por una parte, a si la empresa tiene “plenas funciones”, es decir, es permanente y tiene estructura y medios suficientes para actuar como un operador independiente de sus matrices en el mercado; por otra parte, a su carácter principalmente concentrativo o cooperativo, es decir, a si su objeto último es la actuación independiente o la mera coordinación de la conducta competitiva de sus matrices. Así, hay tres sistemas principales para el tratamiento de las empresas en participación:

- (i) Consideración de toda empresa en participación como operación de concentración, sin distinguir entre su carácter concentrativo o cooperativo, aunque la coordinación se valore en función de los criterios establecidos en las normas sobre conductas restrictivas⁽¹⁰¹⁾.
- (ii) Consideración como concentración sólo de aquellas empresas en participación de carácter concentrativo. Las de carácter cooperativo se tratan como acuerdos entre empresas⁽¹⁰²⁾.
- (iii) En algunos sistemas no se distingue de forma estricta qué operaciones quedan sometidas al control de concentraciones o al control de prácticas restrictivas, por lo que puede ocurrir que una misma empresa en participación se someta al mismo tiempo a ambos controles⁽¹⁰³⁾.

iii) Umbrales

(154) La práctica totalidad de regímenes de control de concentraciones dispone de criterios cuantitativos para determinar qué operaciones son potencialmente relevantes desde la perspectiva de competencia y, por tanto, pueden o deben estar sujetas a control. Estos criterios se basan en dos tipos de indicadores:

⁽¹⁰¹⁾ Comisión Europea, Francia (con la excepción de las JV consideradas alianzas estratégicas), y Portugal.

⁽¹⁰²⁾ España, Italia y Holanda.

⁽¹⁰³⁾ En Alemania quedan exentas del análisis de los aspectos cooperativos las empresas en participación si: 1) actúa en el mercado de forma independiente, 2) las empresas matrices no se encuentran presentes en los mismos mercados, y 3) no está exclusiva o predominantemente activa en mercados verticalmente relacionados con los de sus empresas matrices.

- Absolutos: Volumen de ventas de las partes de la concentración.
 - Relativos: Cuotas de mercado o participación relativa de las partes.
- (155) Son pocos los estados que tienen umbrales basados en la participación relativa de las empresas en los mercados⁽¹⁰⁴⁾. Dentro de la UE, junto con España, cabe destacar a Reino Unido⁽¹⁰⁵⁾, Portugal⁽¹⁰⁶⁾ y Grecia⁽¹⁰⁷⁾. En cuanto al umbral de volumen de ventas, existe un amplio consenso con respecto a la necesidad de establecer un nexo con el país o jurisdicción correspondiente, es decir, que la obligación de notificar no dependa sólo del volumen de ventas mundial de las partes. Así, dentro de la UE hay un amplio abanico de umbrales que pueden atender al volumen de ventas mundial del conjunto de los partícipes⁽¹⁰⁸⁾ y, adicionalmente, a algún indicador o nexo con la jurisdicción competente, como:
- Volumen de ventas dentro del país del conjunto de partícipes⁽¹⁰⁹⁾.
 - Facturación de al menos dos de los partícipes en la concentración⁽¹¹⁰⁾.
 - Volumen de ventas de sólo uno de los partícipes o, específicamente, el de la empresa objeto de la adquisición⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ En el ámbito mundial, Australia tiene umbral de cuota de mercado y en Nueva Zelanda no existen umbrales pero para operaciones no notificadas se investigará si la cuota de mercado post-concentración es superior al 40% o al 20% en mercados “concentrados”.

⁽¹⁰⁵⁾ La notificación —voluntaria— se basa en la creación o incremento de un 25% de cuota de oferta o compras (share of supply) en el mercado británico o en una parte substancial del mismo.

⁽¹⁰⁶⁾ Creación o refuerzo de una cuota superior al 30% del mercado nacional de un determinado bien o servicio o de una parte sustancial del mismo.

⁽¹⁰⁷⁾ De los diez nuevos Estados Miembros de la UE solamente Letonia y Eslovenia tienen umbrales de notificación relacionados con cuotas de mercado.

⁽¹⁰⁸⁾ Por ejemplo, los 5.000 millones de € que determinan la dimensión comunitaria, 150 millones de € de la normativa francesa o 113,4 millones de € de la de Holanda.

⁽¹⁰⁹⁾ Éste es el caso de España, con el umbral de 240 millones de €, de Portugal, con 150 millones de € del conjunto de los partícipes, o de Italia, donde los umbrales se actualizan anualmente en función de la inflación, estando uno de ellos determinado en la actualidad por la facturación conjunta en el mercado italiano superior a 398 millones de €.

⁽¹¹⁰⁾ Este umbral se basa en la consideración de que las operaciones en las que una de las partes sea relativamente pequeña no son susceptibles de alterar la competencia en los mercados. Es el caso de la normativa Comunitaria, que exige una facturación individual en la UE de 250 millones de € a al menos dos partícipes, España, con 60 millones de €, Portugal, con 2 millones de €, de Francia, con 15 millones de €, y de Holanda, con 40 millones de €.

⁽¹¹¹⁾ 70 millones de libras de la empresa objeto de la adquisición en el Reino Unido. o facturación en el mercado italiano de la empresa objeto de la adquisición superior a 40 millones €.

- En algunos regímenes existen reglas de minimis o algún tipo de excepciones, que excluyen del control algunas operaciones aunque superen los umbrales cuantitativos determinados⁽¹¹²⁾.

V.1.b. Análisis sustantivo de las concentraciones

- (156) Uno de los elementos esenciales de cualquier sistema de control de concentraciones es el **test sustantivo**, es decir, el criterio con arreglo al cuál una autoridad puede decidir autorizar o prohibir una concentración. Así como existe un acuerdo general sobre el hecho de que determinadas conductas empresariales deben ser prohibidas por ser *per se* negativas para la competencia⁽¹¹³⁾, no existe un principio incontestado que permita determinar ex-ante qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles no. Por ello, los distintos sistemas buscan criterios para decidir, en última instancia inspirados en la teoría económica⁽¹¹⁴⁾, y prevenir cambios estructurales que lleven a la reducción del bienestar general y, en especial, el de los consumidores. Este análisis es complejo, ha de tener en cuenta variables cualitativas y no ignorar los posibles efectos positivos de las concentraciones empresariales derivados de las eficiencias o sinergias por la unión de dos empresas.
- (157) En este contexto, se suelen distinguir dos **tipos de test** sustantivo para el análisis de las concentraciones: el de dominio (*dominance test*) y el de reducción sustancial de la competencia efectiva (*substantial lessening of competition* o SLC). Esta clasificación es extremadamente sintética y, en general, el análisis puede incluso incluir elementos de valoración ajenos a la competencia⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Así, en Alemania se atiende a que uno de los participantes sea empresa independiente con facturación mundial inferior a 10 millones € o al valor anual del mercado relevante en Alemania en el último año inferior a 15 millones €. Las peculiaridades del modelo comunitario hacen que queden fuera de la jurisdicción de la Comisión las operaciones cuyos participantes alcancen más de dos tercios de su facturación agregada en la UE en el mercado de un mismo Estado miembro.

⁽¹¹³⁾ No obstante, todos los sistemas en general prevén algún procedimiento para la autorización singular o general de determinadas conductas o acuerdos que serían ilegales pero pueden ser permitidos por aportar eficiencias, por ejemplo, en términos de progreso técnico, que compensan los efectos restrictivos de la competencia.

⁽¹¹⁴⁾ En esencia, pariendo del paradigma clásico, se considera que las concentraciones pueden resultar en un deterioro de la competencia efectiva en el mercado porque uno o varios operadores adquieran poder de mercado o se cree un oligopolio lo suficientemente estable como para alejar la asignación de recursos del óptimo y, por tanto, resultar en menor cantidad del bien producida e intercambiada y precios más altos, en detrimento del bienestar general de la sociedad.

⁽¹¹⁵⁾ Entre estos elementos es habitual considerar, por ejemplo, la contribución de la concentración a la innovación, al progreso económico y social, o incluso a la competitividad internacional de las empresas propias. Algunos países tienen regímenes específicos para determinados sectores, como los medios de comunicación.

- Los Estados Unidos son habitualmente señalados como paradigma de la aplicación del **test SLC** ⁽¹¹⁶⁾. En el ámbito de la UE, Irlanda y el Reino Unido han adoptado recientemente este test, aunque otros países, como España y Francia, también emplean criterios asimilables.
- Tradicionalmente se ha considerado el sistema comunitario⁽¹¹⁷⁾ como principal exponente del **test de dominio**, principalmente basado en el análisis de si una concentración resulta en la creación o refuerzo de posición dominante de un operador o de varios en el mercado. Sin embargo, con el nuevo Reglamento de control de concentraciones la Comisión Europea ha pasado a tener un test mixto o híbrido que, si bien conserva los elementos del dominio, permite un análisis más flexible alineado con el SLC⁽¹¹⁸⁾.

V.1.c. Procedimiento, plazos y decisión

- (158) Hay dos **modelos** principales de control de concentraciones: el estadounidense, centrado en la decisión por parte de un órgano judicial sobre la base de la propuesta o “acusación” de un órgano administrativo que actúa a modo de fiscal⁽¹¹⁹⁾, y el europeo, basado en el control por parte de la administración. Dentro del control administrativo, hay sistemas en los que la decisión final está en manos del Gobierno y otros en los que es adoptada por un órgano independiente, si bien en este último caso suele reservarse al Gobierno algún tipo de participación o derecho de veto⁽¹²⁰⁾.
- (159) En general, suelen distinguirse dos fases en los **procedimientos** administrativos, que permiten la autorización en un plazo breve de las operaciones que no suscitan pro-

⁽¹¹⁶⁾ La sección 7 de la Clayton Act determina que se prohibirán las concentraciones cuando el efecto de una adquisición puede ser el de reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio. Otros países con un test similar son Canadá, Nueva Zelanda y Australia.

⁽¹¹⁷⁾ Y el de otros Estados miembros como Alemania o Italia.

⁽¹¹⁸⁾ El artículo 2 del Reglamento 4064/89 se basaba en la compatibilidad con el mercado común de las concentraciones “que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”. El nuevo Reglamento 139/2004 se basa en “Reducción sustancial de la competencia efectiva, en particular mediante la creación o refuerzo de posición de dominio”.

⁽¹¹⁹⁾ El Department of Justice o la Federal Trade Commission en el caso de los EE.UU. Dentro de la UE, también los jueces deciden en Austria y Finlandia. En Suecia la prohibición sólo puede ser acordada por un tribunal.

⁽¹²⁰⁾ En Italia, el Consejo de Ministros puede acordar vetar una decisión de la autoridad, por diferentes razones, mientras que en Portugal y Alemania es el Ministro de Economía quien puede vetar, sólo una prohibición y por motivos de interés general.

blemas de competencia y el análisis en profundidad de aquellas más relevantes. Dentro del modelo administrativo, los plazos máximos de resolución están entre los nueve meses máximos del modelo del Reino Unido⁽¹²¹⁾ y los tres del sistema danés.

- (160) Las normativas de defensa de la competencia prevén distintos procedimientos para el **remedio** de los posibles problemas de competencia derivados de la concentración, que, al margen de la prohibición de la operación, pueden basarse en la presentación de compromisos por parte de las empresas⁽¹²²⁾, la imposición de condiciones por parte del órgano que decide⁽¹²³⁾ o bien un régimen mixto⁽¹²⁴⁾.

V.2. Situación actual en España

- (161) Como ya se ha señalado en apartados anteriores, el sistema de control de concentraciones ha registrado desde 1999 **importantes cambios** tendentes a reforzar sus instrumentos, eficacia y transparencia. Adicionalmente, las sentencias recaídas con ocasión de diversos recursos contra actos del procedimiento o Acuerdos de Consejo de Ministros, así como las resoluciones en el ámbito sancionador han puesto las bases para la consolidación de algunos de los principios en que se ha venido basando el control de concentraciones. Finalmente, los avances normativos en relación con la publicación de los informes del Tribunal y del SDC ha permitido la constitución de un cuerpo de precedentes al que puede acceder cualquier interesado.

- (162) Con ello, el sistema se articula en torno a los siguientes principios:
- Notificación obligatoria con efecto suspensivo, previa a la ejecución de las operaciones susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados⁽¹²⁵⁾.
 - Procedimiento en dos fases, caracterizado por la brevedad de los plazos y el efecto positivo del silencio administrativo.

⁽¹²¹⁾ El sistema del Reino Unido es de notificación voluntaria. Dentro de los sistemas de notificación obligatoria, destacan los 7 meses de Francia y la Comisión Europea. En Grecia no hay límite de plazo si se suspende su cómputo para pedir información o investigar en más profundidad.

⁽¹²²⁾ Como ocurre en el sistema comunitario, el de los EE.UU. y el Reino Unido

⁽¹²³⁾ En España.

⁽¹²⁴⁾ En Francia y Alemania se prevé tanto la presentación de compromisos como la imposición de condiciones.

⁽¹²⁵⁾ Como complemento al régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo, se prevé la posible iniciación de oficio, la consulta previa para determinar si una operación supera los umbrales y un régimen sancionador para el incumplimiento de la obligación de notificar antes de la ejecución de la operación.

- Decisión final por el Consejo de Ministros en aquellas operaciones susceptibles de obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva y función consultiva principal del TDC.
- (163) En cuanto al **régimen de notificación obligatoria y previa**, la normativa española tiene un ámbito determinado por la existencia de una operación de concentración que supera alguno de los dos umbrales nacionales⁽¹²⁶⁾:
- Definición de concentración, basada en la existencia de una modificación estable de la estructura de control de las empresas mediante la fusión, la toma de control de la totalidad o parte de una empresa o la creación o toma de control conjunto de una empresa en común con “plenas funciones” y “carácter concentrativo”.
 - Umbrales alternativos de notificación:
 - (i) Cuota de mercado: adquisición o incremento de una cuota en el mercado nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo de al menos el 25%.
 - (ii) Volumen de ventas: volumen de ventas en España conjunto de al menos 240 millones de € siempre que al menos dos de las partes facturen en España al menos 60 millones de €.
- (164) El procedimiento se desarrolla en **dos fases** cuya duración máxima es de cuatro meses, teniendo el silencio administrativo efecto positivo:
- (i) La primera consiste en el análisis de la operación por parte del SDC y la elevación de un informe-propuesta al Ministro de Economía y Hacienda. En el plazo de un mes desde la notificación, el Ministro resolverá remitir o no la operación al TDC y, en caso de remisión, podrá acordar el levantamiento de la obligación de suspender la ejecución de la operación⁽¹²⁷⁾. La Ley prevé también la posible terminación convencional en primera fase.

⁽¹²⁶⁾ La normativa española no se aplicará a aquellas operaciones de concentración que tienen dimensión comunitaria, en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004. Estas operaciones son en principio de la competencia de la Comisión Europea, aunque en determinadas circunstancias puede haber reenvíos de expedientes entre autoridades.

⁽¹²⁷⁾ Es decir, a propuesta del SDC y a petición del notificante, autorizar a las partes para que ejecuten la operación antes de que el Consejo de Ministros adopte la decisión final al respecto.

- (ii) En caso de que el Ministro resuelva enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, se inicia la segunda fase. El TDC realiza un estudio en profundidad de la operación y emite en el plazo de dos meses su dictámen. El procedimiento termina con el Acuerdo de Consejo de Ministros que, en el plazo de un mes tras la emisión del dictámen por el Tribunal, podrá acordar: no oponerse a la operación, prohibirla o bien sujetar su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones. Aunque el informe-dictámen del TDC no es vinculante, el Consejo de Ministros deberá motivar especialmente cualquier decisión en la que se aparte del mismo.
- (165) En cuanto a los posibles **remedios** para solventar los problemas de competencia derivados de la concentración, la normativa prevé dos mecanismos:
- (i) La terminación convencional en primera fase, mediante la presentación de compromisos por las empresas a instancias del Ministro de Economía⁽¹²⁸⁾.
 - (ii) La imposición de condiciones, estructurales o de comportamiento, por el Consejo de Ministros al final de la segunda fase⁽¹²⁹⁾.

V.3. Valoración

- (166) En general, se puede hacer una valoración positiva del sistema de concentraciones existente en la actualidad, por lo que el objetivo de la reforma no es un cambio radical del mismo sino la revisión de algunos aspectos susceptibles de mejora a la luz de la experiencia práctica y de la propia evolución de una realidad caracterizada por la globalización.

V.3.a. Fortalezas

- (167) El **test sustantivo** español, basado en la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados responde a lo que se conoce como SLC⁽¹³⁰⁾. Se alinea también con el modelo comunitario recientemente reformado, es

⁽¹²⁸⁾ Artículo 15 ter LDC.

⁽¹²⁹⁾ Artículo 17.b LDC.

⁽¹³⁰⁾ El criterio de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado se recoge en los artículos 15 bis.1 y 16 de la Ley. Ver también la "Comunicación sobre los elementos esenciales del análisis de concentraciones por parte del SDC" (www.mineco.es/dgdc/sdc).

más flexible ante cambios en la estructura de los mercados, se corresponde más con los conceptos de la teoría económica, permite una mejor cobertura de los aspectos negativos y positivos de las concentraciones y no ha planteado problemas de seguridad jurídica.

- (168) En esta misma línea, el sistema español de control de concentraciones considera la generación de **eficiencias** derivadas de la operación. En concreto, se prevé su consideración en el análisis del TDC, dándose un especial peso a su traslado al consumidor, y en la propia decisión del Consejo de Ministros⁽¹³¹⁾.
- (169) El marco normativo español tiene un **ámbito** determinado por la existencia de un cambio estable en la estructura de control de las empresas partícipes, atendiendo a criterios de hecho y de derecho. De esta forma, está alineado con el modelo comunitario y el de los sistemas de control más avanzados.
- (170) El esquema de control de concentraciones en España determina la **notificación obligatoria** de las operaciones que superen umbrales cuantitativos predeterminados, lo que garantiza el control de los cambios que pueden tener incidencia sobre la estructura de los mercados. Además, el **efecto suspensivo** permite que el control sea claramente preventivo, lo que refuerza la eficacia al impedir la ejecución de operaciones que obstaculicen el mantenimiento de una competencia efectiva sin que el análisis se vea condicionado por la complejidad de deshacer operaciones ya ejecutadas si se declararan improcedentes.
- (171) El control preventivo se completa con unos **plazos reducidos**, entre los menores del mundo, que permiten el necesario equilibrio entre la posibilidad de una toma de decisión motivada por parte de la Administración y el menor coste posible en términos de duración de la suspensión de la ejecución de la operación para la empresa. Desde la perspectiva práctica, es importante señalar que la gran mayoría de las operaciones de concentración notificadas al SDC se aprueban en primera fase por no plantear problemas de competencia. Son pocos los expedientes que se envían al TDC y

⁽¹³¹⁾ Los artículos 16 y 17 prevén la consideración de las eficiencias derivadas de la operación de concentración. En concreto, se prevé que “el Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”. En cuanto al Consejo de Ministros, éste podrá decidir “subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia.”

se deciden por Acuerdo del Consejo de Ministros. De todos los Acuerdos de Consejo de Ministros existentes hasta el momento la inmensa mayoría han aprobado la operación (con o sin condiciones). Por tanto, desde la puesta en marcha del sistema en 1990, la prohibición ha sido la excepción en el sistema español de control de concentraciones.

- (172) Como ya se ha indicado, el **procedimiento** español se basa en dos fases separadas. En línea con la mayoría de países, ello permite una primera fase más rápida y con un plazo menor para resolver las operaciones que no plantean problemas, y una segunda fase más larga para un análisis en profundidad de aquellas operaciones que puedan afectar a la competencia efectiva. Las decisiones del Consejo de Ministros están sujetas al control jurisdiccional del Tribunal Supremo.
- (173) El procedimiento español de control de concentraciones ha ido ganado en **transparencia** durante los últimos años, de tal forma que en la actualidad se publican en la web las operaciones notificadas, los informes del SDC y del TDC, las decisiones de Consejo de Ministros, y las novedades normativas que se van produciendo⁽¹³²⁾.
- (174) El esquema español prevé desde 1999 el pago de una **tasa** por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que contribuye parcialmente a los recursos del TDC⁽¹³³⁾.
- (175) La normativa española también prevé un **régimen sancionador** para el incumplimiento de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros así como de las obligaciones relativas a la notificación de las operaciones⁽¹³⁴⁾.

V.3.b. Debilidades

i) Insuficiente delimitación del ámbito de control

- (176) La Ley prevé la obligación de notificar las operaciones que superen el **umbral de cuota de mercado** previsto en el artículo 14.1.a). La mayoría de notificaciones se

⁽¹³²⁾ En esta línea, durante 2002 se publicaron unas directrices sobre el análisis en primera fase de las concentraciones, lo que supuso un avance sin parangón en otros países con sistemas más consolidados, para fortalecer la transparencia, el control y la seguridad jurídica.

⁽¹³³⁾ Existe este tipo de tasa en Alemania, Irlanda, Grecia, Portugal, Reino Unido o EEUU. La tasa, regulada por el Artículo 57 LDC y Real Decreto 1443/2001, se ha ido haciendo más progresiva a la vez que se ha afectado el 50% de lo recaudado a los recursos del TDC, se ha pasado a un sistema de autoliquidación tributaria y se ha posibilitado el pago telemático.

⁽¹³⁴⁾ Artículo 18 LDC.

realizan en virtud de este criterio⁽¹³⁵⁾. En algunos foros se aboga por la supresión del umbral de cuota de mercado en atención a tres argumentos principales:

- Pocos países lo tienen: Dentro de la Unión Europea, el principal es Reino Unido.
- Es excesivamente subjetivo porque depende de la definición de mercado de producto y geográfico.
- Genera ineficacia puesto que obliga a examinar muchas operaciones que no plantean problemas de competencia

(177) Sin embargo, cabe defender su mantenimiento sobre la base de los siguientes elementos teóricos y prácticos:

- La cuota de mercado es un indicador del posible poder de las empresas mucho mejor que el volumen de ventas absoluto y, por tanto, está más relacionado con el sustrato económico del control de concentraciones y sus posibles efectos sobre los mercados.
- La normativa española prevé la posible consulta previa para determinar si una operación supera o no el umbral de cuota de mercado
- Los numerosos precedentes nacionales y comunitarios proporcionan una guía útil con respecto a la definición de mercados relevantes
- En realidad, son pocos los casos en que se plantean dudas o conflictos derivados de la definición de un mercado relevante novedoso⁽¹³⁶⁾.

(178) En cuanto al **umbral del volumen de ventas**, su cómputo se basa⁽¹³⁷⁾, entre otros elementos, en el concepto de grupo de empresas determinado por la Ley del Mercado de Valores. Al margen de determinadas lagunas relativas a su cálculo, generalmente solventadas con el recurso a las comunicaciones comunitarias, esta remisión a la normativa del mercado de valores puede plantear problemas que se concretan en:

⁽¹³⁵⁾ El porcentaje alcanzó el 64% del total en 2003.

⁽¹³⁶⁾ De hecho, el SDC no ha incoado ningún expediente sancionador por incumplimiento de la obligación de notificar operaciones que superen el umbral de cuota de mercado relativas a mercado que no hubiesen sido previamente definidos en decisiones públicas de las autoridades españolas.

⁽¹³⁷⁾ El Real Decreto 1443/2001 dispone que, cuando una empresa participe en la operación pertenezca a un grupo de sociedades en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al volumen de ventas de dicha empresa se sumarán los volúmenes de ventas globales de las empresas integradas en aquél.

- Posible falta de consistencia en la interpretación desde la perspectiva de control de concentraciones y de valores, por ejemplo, en relación con el lanzamiento de OPAs.
 - Posible inconsistencia entre el umbral español y el comunitario en caso de control conjunto.
- (179) En España se ha mantenido un **tratamiento diferenciado** de las empresas en participación según su objetivo. Así, las operaciones en que predominen los aspectos cooperativos reciben el tratamiento de los acuerdos entre empresas. Ello genera a veces dudas sobre el tratamiento aplicable a las empresas en participación y una diferencia con respecto al sistema comunitario, que considera concentraciones todas las empresas en participación de “plenas funciones” (*full function joint ventures*).
- ii) Carencia de instrumentos adecuados para garantizar decisiones óptimas**
- (180) Desde la perspectiva sustantiva, el sistema español ha sido en ocasiones tildado de carente de **independencia** debido a la intervención del Ministro de Economía en la decisión de primera fase —envío del expediente al TDC— y a la decisión final por parte del Consejo de Ministros. Es importante señalar que, en la práctica, el Consejo de Ministros sigue el dictamen del TDC en la inmensa mayoría de operaciones y, en los casos de divergencia, los cambios suelen referirse a la concreción de las condiciones a imponer para facilitar su ejecución y vigilancia. En todo caso, la capacidad de decisión del Consejo de Ministros se encuentra limitada por dos elementos importantes:
- Por una parte, por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que delimita claramente los criterios que deben guiar la decisión, en particular, en lo relativo a la imposición de condiciones, que deben basarse en criterios de competencia o en la aportación al progreso económico y social de la concentración, concepto asimilable a la consideración de las eficiencias derivadas de la misma.
 - Por otra, por la necesidad de motivar cualquier divergencia con respecto al informe-dictamen del TDC dispuesta en la normativa de procedimiento administrativo y reforzada por el Tribunal Supremo en su sentencia Prosegur-Blindados del Norte⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁸⁾ Sentencia del Tribunal Supremo sobre la concentración Prosegur-Blindados del Norte de 2 de abril de 2002.

(181) Además, el procedimiento español adolece de tres carencias desde la perspectiva de los “remedios” o **soluciones** de los problemas de competencia:

- (i) Prevé un sistema de **terminación convencional** sólo en primera fase y con un procedimiento rígido relativamente formal y largo que, en la práctica, no se aplica.
- (ii) No prevé la posible oferta de **compromisos** por parte de las empresas sino sólo la imposición de condiciones por el Consejo de Ministros. Si bien ello tiene la ventaja de la celeridad, impide que la propia empresa valore los compromisos que está dispuesta a asumir para la autorización.
- (iii) No prevé la participación activa de **terceros** competidores en la primera fase o en la definición de las condiciones-compromisos, lo que limita el contraste de su eficacia y posibles efectos no deseados.

iii) Posibles rigideces o lagunas en el procedimiento

(182) La celeridad de los plazos del procedimiento es una ventaja importante pero también comporta una cierta **rigidez**, especialmente en la segunda fase. En efecto, no se prevé la posible suspensión del cómputo del plazo para solicitar información precisa para la valoración, ni tampoco la posible extensión de los plazos para plantear o discutir posibles “remedios”; condiciones o compromisos.

(183) Finalmente, hay **otros aspectos** susceptibles de mejora relativos a:

- (i) Ausencia de un procedimiento simplificado para supuestos en que el negocio adquirido es muy reducido o la operación no exige un análisis complejo. En este mismo sentido, falta de flexibilidad de la tasa.
- (ii) Consulta previa. Su ámbito se limita a la superación de umbrales cuando muchas de las dudas que se suscitan en la práctica se refieren a la propia existencia de concentración.
- (iii) Concepto de interesado. La definición del papel de los interesados podría ser más concreta.
- (iv) Procedimiento sancionador. No está específicamente regulado ni adecuadamente sistematizado el régimen de sanciones.
- (v) Capacidades de investigación en primera fase

- (vi) Incorporación expresa de las novedades introducidas en el sistema comunitario, como por ejemplo, posibles reenvíos en fase de prenotificación⁽¹³⁹⁾.

V.4. Propuestas de reforma

(184) Teniendo en cuenta las fortalezas y debilidades del sistema español, cabe proponer una reforma que garantice el mantenimiento de los principales elementos que han configurado un sistema en general ágil y eficaz y, al mismo tiempo, refuerce los puntos débiles que han ido detectándose a través de la experiencia práctica. Los **grandes ejes** de la reforma son los siguientes:

- (i) Mejora de la definición del ámbito de control
- (ii) Refuerzo de la independencia en la toma de decisiones.
- (iii) Perfeccionamiento de los instrumentos de análisis y establecimiento de condiciones.
- (iv) Potenciación de la eficacia y transparencia del procedimiento

V.4.a. Mejorar la definición del ámbito de control

(185) En cuanto al ámbito de la normativa española, resulta conveniente aclarar el concepto de concentración e incluir todo tipo de **empresas en participación con plenas funciones**, tengan o no carácter "concentrativo". De esta forma, la normativa española se alinearía con la comunitaria y, además, se elimina cualquier duda con respecto al procedimiento aplicable a las empresas que, como suele suceder, comportan elementos concentrativos y cooperativos.

(186) Además de algunas mejoras técnicas⁽¹⁴⁰⁾, parece apropiado aprovechar la reforma de la Ley 16/1989 para plantearse una posible modificación en el umbral de notificación basado en la **cuota de mercado**. Esta modificación se puede plantear desde una doble perspectiva:

⁽¹³⁹⁾ Adicionalmente, hay aspectos técnicos en los que el sistema español podría recoger textualmente las definiciones de la normativa comunitaria, como definición de concentración, concepto de control...

⁽¹⁴⁰⁾ Aclaración del ejercicio económico relevante, tratamiento de empresas mixtas financieras-seguros, imputación de cuotas en control conjunto, tratamiento de las personas físicas, de las operaciones fragmentadas, etc.

- (i) **Supresión:** Se produciría una importante reducción del número de concentraciones notificadas en el supuesto de que se mantuviera el umbral de volumen de negocios en la cuantía actual. Por tanto, cualquier cambio debería acompañarse de una reducción del umbral de volumen de ventas y disposiciones para garantizar que el sistema cubre las operaciones susceptibles de afectar a la estructura competitiva de los mercados, teniendo en cuenta en particular aquéllos de ámbito inferior al nacional.
 - (ii) **Mantenimiento** del umbral de cuota de mercado complementado con algún criterio adicional (regla de minimis) para aplicar a determinadas operaciones un procedimiento simplificado, posiblemente con una tasa reducida.
- (187) En relación con el **volumen de ventas**, resulta conveniente introducir mejoras que eliminen las posibles lagunas o inconsistencias, en particular alineando con la normativa comunitaria el cómputo en el caso de grupos y control conjunto. Se podría prever un mecanismo de actualización automática.

V.4.b. Reforzar la independencia en la toma de decisiones

- (188) La integración del SDC y el TDC supone un primer cambio de gran relevancia para la independencia del control de concentraciones. En efecto, la notificación se hará a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, autoridad independiente única, y en ella recaerá la instrucción de todo el expediente, incluyendo la decisión de **primera fase**, es decir, la de si una operación notificada debe o no ser estudiada en profundidad.
- (189) El refuerzo de la independencia pasaría, en segundo lugar, por que la **decisión final** sea adoptada por la propia Comisión sobre la base de criterios exclusivamente basados en competencia, considerando explícitamente las eficiencias como elemento compensador.
- (190) Sin embargo, es importante recordar que el control de concentraciones puede considerarse un elemento importante de la política económica del país y que, sin perjuicio del respeto a la libre toma de decisiones empresariales, puede ser preciso atender a criterios distintos de la competencia que, con el mismo rango de protección constitucional, puedan entrar en contradicción con la decisión de la Comisión. Por tanto, parece conveniente considerar el mantenimiento de algún tipo de posibilidad de **veto** por parte del Consejo de Ministros que, excepcionalmente y sobre la base de criterios

claramente tasados basados en el interés general y, por tanto, en cuestiones ajenas a la defensa de la competencia⁽¹⁴¹⁾, podría vetar o modificar la decisión de la Comisión. Cualquier veto o modificación debería estar suficientemente motivado.

V.4.c. Perfeccionar los instrumentos de análisis y decisión

- (191) El test sustantivo de análisis aplicable en la jurisdicción española se ha mostrado eficaz como método de evaluación de las operaciones de concentración y se alinea con los de las jurisdicciones más avanzadas del mundo. Sin embargo, podría ser conveniente desarrollarlo para detallar la valoración de las **eficiencias empresariales** derivadas de la concentración⁽¹⁴²⁾.
- (192) Para mejorar la calidad de las decisiones y, en concreto, garantizar que se adoptan los **remedios** óptimos para subsanar los posibles problemas de competencia, resulta conveniente modificar el régimen actual, basado en la imposición de condiciones por parte del Consejo de Ministros, pasando a un esquema que incluya dos elementos:
- (i) Posible presentación de compromisos por parte de las empresas partes de la operación. Cabría proponer un régimen mixto que permita tanto la aceptación de compromisos como la imposición de condiciones, en primera y segunda fase.
 - (ii) Posible contraste de los compromisos propuestos con terceros interesados (*market test*).

V.4.d. Reforzar la eficacia y transparencia del procedimiento

- (193) Dado que la negociación de compromisos y su contrate requieren un cierto tiempo y, además, la flexibilidad es vital en este ámbito para lograr las mejores decisiones posibles, parece necesario que los **plazos máximos** del procedimiento se amplíen en caso de presentación de compromisos (en diez días hábiles en primera fase y en quince en segunda).

⁽¹⁴¹⁾ Por ejemplo, garantía de los objetivos de la regulación sectorial, pluralismo informativo, protección del medio ambiente, libre circulación dentro del territorio nacional, productividad de la industria nacional, o progreso técnico.

⁽¹⁴²⁾ La actual redacción de los artículos 16 y 17 de la LDC debería adecuarse para separar claramente el análisis de las eficiencias, que debería integrarse en el de competencia que realiza la autoridad independiente, de los criterios ajenos a la competencia, que quedarían en manos del Gobierno. Además, se podría especificar que la carga de la prueba recae sobre las notificantes, que las eficiencias deben ser cuantificables y trasladables al consumidor en la forma de menores precios o mejores productos, aclarar el tratamiento de la compra de empresas en crisis, y potenciarse el uso de técnicas cuantitativas.

- (194) En cuanto a la **iniciación del procedimiento**, parece adecuado el mantenimiento de los dos sistemas de oficio y a instancia de parte. Igualmente, resulta aconsejable mantener la ausencia de plazo para la notificación y el régimen de control preventivo, es decir, que la operación deba ser notificada a la autoridad antes de su ejecución. Sin embargo, podría ser conveniente **flexibilizar el régimen de suspensión**, en particular en caso de OPAs⁽¹⁴³⁾, para intentar minimizar en lo posible los costes para las empresas afectadas, sujetas a la fluctuación del mercado de valores.
- (195) En cuanto a la **estructura y desarrollo del procedimiento**, se mantendría la estructura actual de dos fases. Sobre la base de la instrucción del SDC o Dirección de investigación, el Consejo de la Comisión sería el órgano competente para :
- a) Decidir la autorización de una operación en primera fase, con o sin condiciones. El plazo para ello se mantendría, con silencio positivo.
 - b) Decidir la apertura de negociación de compromisos en primera fase. En este caso, el plazo podría ampliarse en 10 días hábiles.
 - c) Decidir el paso a segunda fase de la operación de concentración. El informe o resolución por la que se adopta esta decisión operaría como pliego de concreción de los problemas detectados en el análisis preliminar.
 - d) Decidir sobre la declaración de terceros interesados en segunda fase.
 - e) Acordar la celebración de vista.
 - f) Decidir abrir la negociación de compromisos. Esto supondría una ampliación del plazo para la decisión final de la Comisión de 15 días laborables.
 - g) Adoptar la decisión final sobre la operación, que puede ser:
 - Prohibición.
 - Autorización.
 - Autorización sujeta al cumplimiento de condiciones, que podrían basarse en los compromisos ofrecidos por las partes.

⁽¹⁴³⁾ En la normativa comunitaria se prevé que la suspensión se refiere sólo al ejercicio de los derechos de voto y no a la propia adquisición de las acciones. Sin embargo, la experiencia práctica muestra que esta suspensión "cualificada" puede generar serias dificultades si la operación finalmente es prohibida o sometida a condiciones. Por tanto, se trataría principalmente de encajar los plazos del procedimiento de control con los correspondientes a las OPAs.

- (196) Sin perjuicio de lo anterior, puede plantearse la creación de un **procedimiento simplificado**, con un formulario específico y un informe más conciso, que se aplique a determinadas operaciones que no planteen, en principio, problemas de competencia⁽¹⁴⁴⁾. En todo caso, debe preverse la posibilidad de solicitar un formulario completo así como excepciones para el procedimiento simplificado⁽¹⁴⁵⁾.
- (197) Aclarar y reforzar el papel de los **interesados** a lo largo del procedimiento. En particular, parece conveniente mantener la interpretación restrictiva en primera fase para que la Comisión pueda requerir información si lo considera preciso pero ello no introduzca una innecesaria complejidad en el procedimiento. Por el contrario, la participación de terceros es muy importante en el análisis de operaciones que pasen a segunda fase, para permitir una adecuada valoración de los efectos sobre los mercados y una idónea definición de los remedios. En concreto, los operadores económicos presentes en los mercados relevantes podrían participar en el procedimiento por las siguientes vías:
- (i) Respuesta a solicitudes de información o test de mercado que realice la Comisión en primera fase.
 - (ii) Alegaciones con respecto al informe o resolución de la Comisión por la que decide el paso a segunda fase de la operación de concentración.
 - (iii) Participación en una audiencia en segunda fase, que sería preceptiva siempre que lo soliciten las partes de la concentración.
 - (iv) Alegaciones con respecto a los compromisos ofrecidos por las partes de la concentración con miras a una autorización en la segunda fase.
- (198) Reformular la **tasa** para que, en coordinación con el posible establecimiento de un procedimiento simplificado, se refuerce la relación con el valor real de la transacción

⁽¹⁴⁴⁾ Por ejemplo, se podría plantear cuando una de las partes adquiere control exclusivo de una empresa sobre la que ya tiene control conjunto, operaciones en que la adquirente esté prácticamente ausente del mercado español, o en que las cuotas de mercado altas se tengan en mercados pequeños, o en que la adquirente sea una institución financiera sin participación en el mismo u otros mercados, la creación de empresas en participación sin actividad prevista en España, la adquisición del control por parte de los propios gestores de la empresa o por inversores financieros sin participación en ningún mercado próximo al de la empresa adquirida. En todo caso, no parece conveniente transcribir el procedimiento comunitario que, inspirado en el anteriormente vigente test de dominio, atiende muy particularmente al solapamiento horizontal de las partes, dando menor importancia a aspectos que sí son principales en el análisis de las autoridades españolas.

⁽¹⁴⁵⁾ Como la dificultad de determinar los mercados relevantes, la existencia de reenvío a o desde la Comisión Europea, la aportación de información no veraz por parte de los notificantes.

y con el coste administrativo del análisis. En todo caso, es preciso tener en cuenta la suficiencia de los recursos de la autoridad con miras a garantizar su independencia. Para ello, cabe plantearse:

- (i) Tasa fija o reducida en operaciones de menor importancia.
 - (ii) Tasa referida al volumen de ventas del negocio adquirido, en notificaciones basadas en superación de cuota de mercado.
- (199) Revisar el **sistema sancionador** en materia de concentraciones. Puede ser conveniente adecuar las sanciones al régimen de notificación, especificar algunos aspectos del procedimiento, sistematizar las infracciones existentes y su calificación, y prever sanciones para el suministro de información falsa o el incumplimiento de los compromisos. En aras a la función disuasoria de las sanciones, podría preverse explícitamente su publicación.
- (200) Al margen de las propuestas señaladas, hay **otras cuestiones** que deberían ser consideradas en la reforma:
- (i) Ampliar el ámbito de la **consulta previa**, para que no sólo se refiera a la superación de umbrales sino también a la propia existencia de operación de concentración.
 - (ii) Prever expresamente la posibilidad de **solicitar informes** a otros órganos de la Administración, tanto del Estado y Comunidades Autónomas, como de la Comisión Europea o autoridades de otros Estados miembros. En su caso, debería valorarse el efecto suspensivo de dichas solicitudes sobre el cómputo de plazos.
 - (iii) Incorporar las novedades del **Reglamento 139/2004** en cuanto al mecanismo de reenvíos, los poderes de investigación, la cooperación con la Comisión Europea y otros Estados miembros.
 - (iv) Revisar el formulario de notificación.

VI. AYUDAS PÚBLICAS

VI.1. Situación actual

- (201) La actuación de los poderes públicos, en particular mediante la concesión de ayudas a las empresas, puede generar distorsiones en las condiciones de competencia en los mercados. Con el fin de garantizar un marco homogéneo en todo el mercado interior, las ayudas públicas susceptibles de afectar al comercio intracomunitario están sujetas al procedimiento de **control por parte de la Comisión Europea** establecido en el Tratado CE.
- (202) Las normas fundamentales del sistema comunitario relativas a las ayudas estatales vienen recogidas en los artículos 87 y 88 del Tratado CE, que se han ido complementando mediante el desarrollo del Derecho derivado⁽¹⁴⁶⁾ y la jurisprudencia.
- El artículo 87 del Tratado CE se basa en un principio general de incompatibilidad con el mercado común de las ayudas públicas, en la medida que afecten a los intercambios comerciales intracomunitarios, siendo la interpretación de “afectación” muy amplia. Pero ello no implica una prohibición total; el mismo artículo recoge una serie de supuestos en los que las ayudas son o pueden ser compatibles con el mercado común, aunque siempre bajo la vigilancia de la Comisión Europea.
 - Por su parte, el artículo 88 TCE establece el procedimiento general de control de las ayudas de Estado. De acuerdo con el mismo, los Estados miembros tiene que notificar cualquier proyecto de concesión de ayuda antes de su ejecución y se confiere a la Comisión Europea la potestad para declarar la compatibilidad de las ayudas propuestas así como su supresión o modificación, siempre que afecten a los intercambios comunitarios.
- (203) La preocupación por reducir los efectos distorsionadores en los mercados de las ayudas públicas ha llevado al **compromiso del Consejo de Estocolmo** que, con el fin de reforzar la competitividad de la Unión Europea y en línea con los objetivos establecidos de disciplina presupuestaria, ha dispuesto la necesidad de reducir y reorientar las ayudas. En este contexto, el control de ayudas de Estado se encuentra en un proceso de modernización con cuatro objetivos principales:

⁽¹⁴⁶⁾ Constituido básicamente por el Reglamento de procedimiento de control de las ayudas de Estado, Reglamentos de exención para categorías de ayudas horizontales como empleo, formación, PYME, PYMES agrarias, I+D en PYME y Encuadramientos, Comunicaciones y demás normativa relativa a diferentes aspectos de carácter general o a ayudas de carácter sectorial.

- Reforzar el enfoque económico en el análisis de las ayudas.
 - Agilizar y reducir el proceso de control mediante la adopción de reglamentos de exención para las ayudas de carácter horizontal.
 - Incrementar la seguridad jurídica y la transparencia.
 - Racionalizar y enfocar los recursos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.
- (204) Como complemento al control comunitario de las ayudas públicas, la **normativa nacional** dispone también de un proceso para su análisis centrado en el artículo 19 de la LDC y de unos requisitos para el trámite interno, recogidos en la Ley General de Subvenciones⁽¹⁴⁷⁾.
- (205) En concreto, por lo que respecta a la LDC, se contempla la posibilidad de que el TDC examine “los criterios de concesión de las ayudas públicas”⁽¹⁴⁸⁾ en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia, y que emita un informe que elevara al Consejo de Ministros y que será público. Sobre la base del dictamen del TDC, el Consejo de Ministros propondrá a los poderes públicos la supresión o modificación de tales criterios y, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o reestablecimiento de las condiciones de competencia⁽¹⁴⁹⁾.
- (206) Por tanto, en España, como en el resto de Estados miembros, no se ha establecido un sistema basado en la prohibición general de las ayudas públicas con excepciones autorizables sino un esquema más bien de recomendación, desde un enfoque técnico de análisis de los efectos de las ayudas públicas sobre las condiciones de competencia.

⁽¹⁴⁷⁾ Ley 38/2003 de 17 de noviembre.

⁽¹⁴⁸⁾ Se definen como ayudas “las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado”. Además, se añade “cualesquiera otras medidas de efecto equivalente”.

⁽¹⁴⁹⁾ Con ocasión de la reforma de la LDC abordada en 1999, se trató de reforzar el uso de este instrumento mediante la actuación de oficio por parte del TDC, la redefinición del concepto de ayuda pública, la mayor transparencia en el procedimiento mediante la publicidad del informe del TDC, y la ampliación del objeto de su análisis a los criterios de concesión de las ayudas.

VI.2. Valoración del sistema

- (207) En la práctica, el artículo 19 LDC se ha aplicado en escasas ocasiones. No obstante, el seguimiento por parte del SDC de las ayudas notificadas sí ha permitido un cierto control interno de compatibilidad de las ayudas con la normativa comunitaria.
- (208) En los últimos años, en línea con los compromisos de Estocolmo y con la tendencia seguida por el conjunto de la UE, los informes de la Comisión Europea constatan una reducción del peso de las ayudas públicas en la actividad económica en España y una reorientación hacia objetivos horizontales. No obstante, las ayudas públicas siguen siendo un importante condicionante de la competencia en los mercados y los instrumentos existentes pueden **no resultar suficientemente efectivos** para lograr una asignación menos distorsionadora de los recursos públicos.

VI.3. Propuestas de reforma

- (209) En atención a todo lo anterior, cabría plantearse una reforma de los instrumentos de seguimiento y control actualmente existentes a nivel nacional. En concreto, sería conveniente que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia pudiese tener un mayor papel en el **análisis previo y evaluación** de los efectos de las ayudas públicas sobre la competencia. El objetivo sería, en última instancia, procurar aumentar la eficiencia, tratar de identificar y minimizar posibles distorsiones y finalmente, en su caso, redirigir las ayudas hacia objetivos horizontales que, compatibles con el mantenimiento de la competencia, coadyuvaran al logro de una mayor productividad interna. Para ello, en la nueva Ley podría plantearse:
- (i) Revisar la **definición de ayuda pública** actualmente contenida en el artículo 19 de la LDC, alineándola con la jurisprudencia y doctrina existentes en el ámbito comunitario⁽¹⁵⁰⁾.
 - (ii) Establecer los mecanismos adecuados para que la Comisión pueda contar con la información sobre las ayudas públicas que se conceden de que disponga la Administración Central⁽¹⁵¹⁾, cualquiera que sea la Administración que las conceda.

⁽¹⁵⁰⁾ En particular, habría que eliminar la expresión recogida al final del apartado 2 del artículo 19 de la LDC, "También se considerarían ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia".

⁽¹⁵¹⁾ Por ejemplo, las ayudas notificadas a la Comisión Europea para su autorización o la información sobre subvenciones públicas.

- (iii) Disponer que, sobre la base de esta información, la Comisión pueda realizar **informes o recomendaciones concretas** sobre los proyectos o medidas. Asimismo, cabría prever la elaboración de un **informe anual** sobre ayudas públicas y competencia, con el objeto de identificar los posibles efectos distorsionadores en los mercados y proponer a los poderes públicos directrices y criterios económicos para lograr una mayor eficacia y eficiencia de las mismas.
- (210) Adicionalmente, cabría explorar la posible participación de los **órganos autonómicos** de defensa de la competencia en el análisis y propuesta sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales de su respectivo ámbito.

VII. PROYECCIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

VII.1. Promoción de la defensa de la competencia

- (211) Junto a la actividad pura de aplicación de la Ley, las autoridades de competencia desempeñan otra tarea fundamental que es la de promoción e impulso de la competencia y del funcionamiento eficiente de los mercados a través de la detección de situaciones de restricción de la competencia y la propuesta de mecanismos para su remoción o adaptación.
- (212) Si bien las normas de competencia se centran en las actuaciones de los operadores económicos, la **actuación de las Administraciones públicas** puede tener una incidencia, directa o indirecta, sobre las condiciones de competencia en los mercados. Aunque este efecto resulta claro en el caso de las normas estatales que regulan los sectores productivos, hay otras muchas actuaciones que, mediante actos de rango inferior al de Ley, pueden incidir sustancialmente sobre la posición relativa de las empresas o las barreras a la entrada en un mercado.
- (213) Estas actuaciones pueden responder a la protección del interés público pero es necesario, en todo caso, asegurarse de que los costes que podrían introducir tales medidas en términos de restricciones de la competencia no superen los beneficios esperados; que dichas actuaciones son proporcionadas con los objetivos perseguidos, en beneficio último del consumidor.
- (214) Por ello, podría plantearse un refuerzo de las funciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el ámbito del **control normativo**, de forma que disponga de información y de instrumentos para tratar de minimizar las distorsiones introducidas por el propio sector público. Para lograr este objetivo, cabe plantear varias propuestas⁽¹⁵²⁾ para permitir a la nueva Comisión:
- Elaboración de informes generales sobre sectores, en su caso con propuestas de liberalización o modificación normativa.

⁽¹⁵²⁾ Cabría plantearse que los órganos autonómicos dispongan de iguales facultades en relación con su respectiva Comunidad.

- Informe sobre cualquier proyecto normativo de ámbito nacional que pueda afectar a la situación de la competencia en los mercados.
- Informe o recomendación sobre cualquier acto administrativo.
- La Comisión tendrá la legitimación necesaria para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales de la competencia.
- En el informe anual de competencia, se podría prever explícitamente un apartado sobre la actuación pública.

VII.2. Transparencia y responsabilidad social

- (215) La incidencia de la defensa de la competencia sobre los intereses de las empresas y sobre el bienestar general exige un especial control de su aplicación. Por ello, es importante disponer de instrumentos para que la independencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se vea completada con una particular responsabilidad ante la sociedad por sus actuaciones.
- (216) Es preciso tener en mente que la aplicación de las normas de competencia es la conjunción del marco normativo con el análisis económico, lo que implica una valoración caso a caso de los diferentes expedientes. Ello imposibilita la codificación en una norma de todas las posibles situaciones a analizar por las autoridades de competencia, que vendrán determinados en cada caso concreto por las condiciones particulares de los mercados en cada momento del tiempo.
- (217) En este marco, y bajo un enfoque dinámico de adaptación a la propia evolución de los mercados, la actuación de las autoridades de competencia debe ser predecible y transparente, procurando ofrecer un marco de seguridad jurídica a los agentes afectados. En este sentido, en primer lugar es fundamental mantener la publicidad de las **decisiones** y resoluciones de las autoridades de competencia, respetando las cuestiones de confidencialidad. En concreto, debería preverse expresamente la publicación de todas las resoluciones como importante ejercicio de control y también de disuasión, facilitando así el respeto al precedente.

- (218) Más allá de la decisión individual, también la difusión de los elementos y criterios que guían los análisis y valoraciones permiten y facilitan a las empresas la adopción de decisiones compatibles con las normas de defensa de la competencia. Por ello, resulta adecuada, como ocurre en el ámbito comunitario, la elaboración de directrices (*guidelines*) en los ámbitos de actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia donde sea necesario⁽¹⁵³⁾.
- (219) En cuarto lugar, elaboración de **informes anuales**: Sobre competencia en los mercados y sobre ayudas públicas.
- (220) Finalmente, nombramiento del Presidente y de los Consejeros previa audiencia del congreso y **comparecencia** al menos anual del Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ante la Comisión de Economía del Congreso.

⁽¹⁵³⁾ En la actualidad, existen ya en nuestro sistema **directrices** en materia de análisis de operaciones de concentración en primera fase que son valoradas muy positivamente por los agentes.

VIII. MODIFICACIONES NORMATIVAS

- (221) La envergadura de las reformas que plantea este Libro blanco debe conducir a una reforma global del sistema de defensa de la competencia. Adicionalmente, puede ser preciso modificar otras normas en el terreno regulatorio y procesal. Todo ello previendo el tratamiento de las situaciones transitorias.
- (222) En lo que se refiere a la **defensa de la competencia**, sería preciso aprobar una nueva Ley, que sustituya la Ley 16/1989. Adicionalmente, puede ser adaptar la Ley 1/2002 y todos los Reales Decretos de desarrollo de la LDC. En la medida en que se modifiquen los artículos 6 y 7 de la LDC, puede proceder la revisión de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.
- (223) Dado que también pueden resultar afectadas las relaciones con órganos reguladores, así como las relativas a determinados **sectores regulados**, ello podría conllevar la modificación de las siguientes normas:
- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.
 - Ley 34/1988, del sector de hidrocarburos.
 - Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio de 1999, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.
 - Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.
 - Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.
 - Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
 - Real Decreto 2486/1998, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- (224) En el terreno **procesal** será necesario modificar determinadas normas para una total adaptación de la Ley española a la nueva realidad jurídica comunitaria por la que Tribunales nacionales pueden aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; en particular, será preciso la modificación de las siguientes normas⁽¹⁵⁴⁾:

⁽¹⁵⁴⁾ Podría ser preciso revisar también la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

VIII. Modificaciones normativas

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Los comentarios sobre el presente documento pueden ser enviados a la Dirección General de Defensa de la Competencia **antes del 20 de marzo de 2005**:

- Libroblanco-competencia@mineco.es
- Fax: + 34 91 583 55 05
- Correo:

“Comentarios al Libro Blanco para la reforma de la Defensa de la Competencia”

Dirección General de Defensa de la Competencia
Paseo de la Castellana, 162 – planta 21
28071 MADRID.