

CAPÍTULO TERCERO: LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

A. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. GÉNESIS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. LAS LEYES DE 1963 Y DE 1989.

Siguiendo “la tendencia generalizada en Europa tras la Segunda Guerra Mundial” el Gobierno español firmó el Convenio sobre Ayuda Económica, de 26 de Septiembre de 1953 con el Gobierno de los EE.UU, en que se había fijado que el Estado español asumía el compromiso de “desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción y un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional”¹. La firma del Tratado de Roma (1957) y la solicitud de adhesión al Mercado Común han sido los dos siguientes hechos con importancia significativa con vistas a la aprobación de la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que fue la primera Ley antitrust en España, y la creación por esta Ley del Tribunal de Defensa de la Competencia². La Ley establecía una jurisdicción especial: “se pretendía asimilar en gran medida el poder judicial y se limitaban extraordinariamente las posibilidades de enjuiciamiento contencioso de las Resoluciones”³ de dicho órgano. Según Soriano García se distinguía organizativamente entre un Fiscal Administrativo⁴ - el Servicio de Defensa de la Competencia y un Tribunal Administrativo Judicial - el Tribunal de Defensa de la Competencia con funciones de resolución y tampoco se indicaba con precisión la naturaleza administrativa del órgano creado: “se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, adscrito en lo administrativo, en el Ministerio de Comercio” (art. 7 de la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia). De este modo, en palabras de Garrigues, la intención del legislador no ha

¹ Soriano García, J.E. "Derecho público de la competencia", ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 270; véase asimismo Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, p.37.

² Sobre el desarrollo de la legislación de competencia en España : Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, Bercovitz, A. “La formación del Derecho de la competencia”, Madrid, 1975, pp.71 y ss., Galán Corona, E. “Acuerdos restrictivos a la competencia” ,ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pp.103- 128.

³ Soriano García, J.E. "Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 274.

⁴ Ver Baena del Alcázar, M. “Regulación jurídica de la intervención administrativa en la economía”, Madrid, 1966, p.205.

sido privar al Ministerio de Comercio de una competencia, que se consideraba propia del mismo Ministerio para trasladarla a otra jurisdicción, sino de regular la suya de forma tal que la haga eficaz en orden de cumplimiento de los fines que ha de realizar.⁵ Así, el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia se designaba por el Jefe del Estado y los ocho vocales se nombraban por Decreto, a propuesta del Ministro de Comercio⁶ (art. 8 LRPRC). Sin embargo, según el apartado 2 del art. 7 “el Tribunal gozará de plena y absoluta independencia”⁷.

Es de interés observar que existía, además, un Consejo de Defensa de la Competencia creado como órgano consultivo del Ministerio de Comercio, cuyo Presidente era el Director del Servicio de Defensa de la Competencia y compuesto por 6 vocales, representantes de los Ministerios de índole económica y 6 vocales, representantes de los sindicatos. Aunque sus funciones debían ser meramente consultivas, tenía atribuida la facultad de proponer la iniciación de los expedientes, que según Garrigues excede el carácter consultivo del órgano.⁸

Baño León⁹ considera que el “eclecticismo entre el neoliberalismo y el intervencionismo administrativo”, manifestado en la Ley tenía las siguientes características en el plano orgánico:

- El Tribunal de Defensa de la Competencia era un órgano administrativo funcionalmente independiente, quasi jurisdiccional, pero el Servicio de Defensa de la Competencia que es quien instruye los expedientes, era un órgano administrativo sujeto a la jerarquía ministerial que se integraba en el Ministerio de Comercio.
- La separación entre el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia pretendía hacer creíble la idea de que el segundo constituye una jurisdicción especializada: de ahí la exclusión del control contencioso-administrativo de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 29 LRPRC).
- El Tribunal de Defensa de la Competencia no disponía de la plenitud de competencias en la materia de prácticas restrictivas y carecía del instrumento más

⁵ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.110.

⁶ Véase Guillen Caramés, J. “Libre competencia y Estado autonómico”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p.40.

⁷ Sobre la contraposición independencia/integración en el Ministerio de Comercio, véase Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.111- 112.

⁸ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.120-121.

⁹ Baño León, J. M. “Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia”, ed. Mc Craw Hill, 1996, p. 30.

importante en este ámbito: la potestad sancionadora quedaba en manos del Gobierno¹⁰, ya que las sanciones se proponían por el Tribunal (art. 15.1b) y 28 de la LRPRC). La desobediencia de las intimaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no podía ser sancionada por el mismo.

- Existía una clara incongruencia entre el art. 1.2 y el art. 10 de la LRPRC: la Ley reservaba la declaración de prácticas prohibidas al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero los Tribunales de Justicia exigían el cumplimiento de acuerdos contrarios a la LRPRC, mientras el TDC no los hubiera declarado.

Es de gran interés observar que ha habido en aquellos tiempos varias discusiones respecto a la naturaleza jurídica del TDC. Distinguidos juristas como Garrigues lo califican como “un Tribunal jurisdiccional con carácter administrativo”¹¹, siendo su argumento principal que la subsunción de una concreta hipótesis de hecho en una norma legal es una actitud propia de los Tribunales: se trata no sólo de cuestiones de hecho, sino también de cuestiones de derecho, resueltas por el TDC en instancia única, cuyo fallo produce los efectos de la cosa juzgada material¹². Según el mismo autor el carácter jurisdiccional del órgano se confirma por la facultad del TDC de declarar la nulidad de los acuerdos colusorios (art. 13 LRPRC). En esta misma línea García Trevijano considera que se trata de un órgano judicial con competencias especializadas¹³. Pero en la tesis de otros autores como Carretero, se trata de un órgano de la Administración con carácter jurisdiccional, porque el TDC era juez y parte a la vez, decidiendo sobre un expediente tramitado por la propia Administración, sustituyéndola si fuera necesario, no por vía del examen, sino activamente¹⁴. Se ha mantenido asimismo una postura intermedia, que pone de manifiesto que el TDC tiene sólo parcialmente la naturaleza de Tribunal, pues no pertenece al orden jurisdiccional y sólo un sector de sus actuaciones son revisables por los tribunales contencioso- administrativos¹⁵.

¹⁰ Véase Berenguer Fuster, L. “Sistema de defensa de la competencia”, ed Alternativas, Madrid, 2004, p.11.

¹¹ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.111.

¹² *Ibíd*, p.115.

¹³ Cit. por Cases, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.243.

¹⁴ Carretero Pérez, A. “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia”, RDAF N 9, 1964, cit. por Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.43; véase asimismo Mendizábal Allende, R., que no estima exacto afirmar que la independencia del TDC puede ser un argumento a favor de la naturaleza judicial del TDC- “El Tribunal de Defensa de la Competencia”, cit. por Cases, L. “Derecho administrativo”, op.cit., p.245.

¹⁵ Véase Sosa Wagner, F. “Jurisdicciones administrativas especiales”, ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1977, p.112.

Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia fue considerado por una gran parte de la doctrina un órgano con "orientación cuasi-judicialista"(es decir, que ejerce en parte funciones de carácter judicial¹⁶) por la preferencia de la selección del personal del jurídico y fiscal, por el paralelismo con el régimen de incompatibilidades del poder judicial, por el régimen de responsabilidades, etc...Se creaba un órgano que tenía todo el "monopolio legal" de aplicación de la Ley 110/1963- en el epígrafe IV.3.1. de la Exposición de Motivos se señalaba que la determinación de prácticas restrictivas como contrarias al orden público económico por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia constituía una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en relación con los hechos probados, lo que excluía el control judicial sobre los hechos (art. 10 de la LRPRC): las declaraciones de resolución de prácticas prohibidas tenían efectos constitutivos y eran irrevisables¹⁷ : el art. 29 de la LRPRC excluía las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia del control posterior y sólo se admitía el recurso de súplica ante el Pleno del Tribunal¹⁸.Es decir, establecía la LRPRC una doble previsión: por un lado el art.29 excluía del recurso contencioso-administrativo las resoluciones que el TDC dictase y de otro, el art.31 reconducía al recurso contencioso- administrativo la impugnación de los acuerdos del TDC de imposición de multas y contra aquellos no exep tuados en el art.29 por infracciones de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma, causando indefensión¹⁹.

Respecto al SDC, establecido por la misma Ley(el génesis del SDC se estudiará más adelante), en palabras de Garrigues se trata de un "servicio preparatorio de la actividad del Tribunal"²⁰.En el mismo sentido Casés afirma que "la acción del SDC se caracterizaba por limitarse a ser preparatoria de la del TDC.De este modo el Órgano Administrativo no adoptaba decisiones o resoluciones, sino que limitaba su tarea a aportar al órgano jurisdiccional la información necesaria y las pruebas oportunas para que éste pudiese adoptar las decisiones pertinentes"²¹.

¹⁶ Véase Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.11.

¹⁷ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia" op. cit., p. 277-279.

¹⁸ Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.110.

¹⁹ Véase Guillén Caramés, J. "Libre competencia...", op.cit., p.43, bajo línea y Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.248.

²⁰ Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.118.

²¹ Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.252; véase asimismo Guillén Caramés, J. "Libre competencia...", op.cit., p.45.

Y ¿cuáles eran las consecuencias del establecimiento de dicho sistema de defensa de la competencia en España?

Como el derecho no puede alejarse de la realidad política y económica, una norma sólo es eficaz cuando existe un entorno favorable para su aplicación: Casés afirma que la LRPRC “era una norma que no se adecuaba al régimen económico intervencionista, propio del momento en que aparece”²² y en palabras de Guillén se trataba de “una evidente desconexión entre el sistema de defensa de la competencia recién implantado y el conjunto de la política económica”²³. En España en 1963 no había una cultura de aplicación de las normas de competencia. La Ley 110/1963 fue motivada en buena medida por necesidades de homologación al derecho de los países de la Comunidad Europea²⁴ y a falta de medidas de liberalización de la economía española se aplicó pocas veces: en 22 años de actividad el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó poco más de 300 resoluciones²⁵. La escasa eficacia del TDC se ha comentado por la doctrina en varias ocasiones²⁶.

La entrada de España en la CE enfrentó a la economía española al objetivo de transformarse para competir en el Mercado europeo. En este contexto la LRPRC no podía responder a las nuevas necesidades tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista de su aplicación por las autoridades correspondientes. Este sistema legal ha sido sustituido ya en la época constitucional por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) con un sistema que promoviera la libertad de empresa y la libre competencia. Se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia ya como un órgano de la Administración sin paralelismos con órganos jurisdiccionales.²⁷ El SDC se ha mantenido como un órgano integrado en el Ministerio de Economía con facultades de instrucción. Las instituciones de defensa de la competencia no sólo se configuraban como órganos, encargados de perseguir conductas, puesto que también deberían de actuar como reguladores del Mercado en materia de competencia y existía

²² Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.217.

²³ Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.49.

²⁴ Véase en este contexto Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.38- 40.

²⁵ Pérez-Bustamante, R. “Lección inaugural: fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España”, en Ortíz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 25.

²⁶ Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.48; Baño Leon, J.M. “Potestades administrativas...”, op.cit., p.30; Tribunal de Defensa de la Competencia “La libre competencia en España”, 1996 disponible en www.tdcompetencia.es, p.12.

²⁷ Pérez Bustamante, R. “Lección inaugural...”, op.cit., p.25 ; Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.11.

una tendencia a encomendar estas funciones reguladoras del Mercado (que son funciones de índole administrativa, expresión de la potestad administrativa de policía) a las Administraciones Independientes²⁸

Como afirma Fernández López, los borradores de anteproyectos trataban en principio una modificación más profunda de las autoridades de defensa de la competencia, aunque de signo muy diverso, hasta que, al final, el Proyecto de ley, aprobado por el Gobierno no supuso un modelo tan revolucionario pues conservó parte de las estructuras vigentes, a las que modificó para su adecuación al nuevo marco económico español y europeo. Aquellos modelos iban desde el que proponía la incardinación del SDC en la estructura del TDC, potenciando las facultades de éste y dejando las del Servicio reducidas a las meramente instructoras y de representación internacional. Otro, diametralmente distinto, partía de la base de crear un Ente Público (Instituto de Defensa de la Competencia), dirigido por un responsable nombrado y removable por el Gobierno, que integraba una Secretaría General, el SDC y el Tribunal y éste último reducido en sus funciones casi a la mera decisión sobre los expedientes, mientras que el Servicio y la Secretaría General se configuraban con importantes facultades consultivas, de redacción de informes y otras, pareciendo que incluso se les encargaba el diseño de la política de competencia.²⁹

El Tribunal de Defensa de la Competencia fue diseñado como un órgano de la administración pública funcionalmente independiente, dependiendo orgánicamente del Secretario de Estado de Economía³⁰. La Ley de Defensa de la Competencia del año 1989 ya no considera dicho Tribunal como un órgano jurisdiccional: la aplicación de la Ley, en cuanto trata de garantizar el orden económico constitucional en el ámbito de la economía de Mercado desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda a Organos Administrativos (Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia). En la misma Exposición de Motivos se destaca que estos últimos tienen carácter especial tanto por la esencial complejidad de la materia, como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración activa, todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos.

²⁸ Ver Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.10.

²⁹ Véase Fernández López, J.M. "Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial 1", GJUEC N 204, diciembre, 1999, pp.79 y ss.; Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia" en la misma GJUEC, p.73.

³⁰ Fernández-Lerga Garralda, C. "Derecho de la competencia", ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 375.

Conforme a la evolución sustantiva de la política comunitaria en materia de defensa de la competencia, se establecía el TDC como un órgano independiente cuya finalidad, acorde con el sistema de defensa de la competencia, diseñado por la UE y a escala global, es garantizar la competencia como bien superior en un determinado modelo político económico. Este órgano debería garantizar el buen funcionamiento del mercado competitivo (un mercado desarrollado, a diferencia de las condiciones de mercado existentes en los años -60 y -70 en España) evitando distorsiones y acumulaciones de poder económico.

II. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.

La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia no aclara la naturaleza jurídica del Tribunal y qué tipo de organización administrativa es: organismo público, organismo autónomo, administración independiente... La Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado tampoco precisa esta cuestión³¹, pero por su parte la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha modificado la naturaleza jurídica del TDC: este órgano se configura ahora como un organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos, establecidos en la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Aunque en palabras de Moreno Molina se pueden ver algunos paralelismos con los órganos jurisdiccionales³², se trata de un órgano administrativo cuyas características - que se aclaran a continuación - lo sitúan en el concepto de agencia independiente. Según Cases Pallarés "la estructura organizativa de la Ley de Defensa de la Competencia tiene como característica fundamental la consideración del Tribunal de Defensa de la Competencia como un Organismo Administrativo Independiente

³¹ Moreno Molina, A. M. "Aspectos institucionales del derecho de la competencia" en Calvo Caravaca, A. L. y Morales Limones, P. B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2000, p.442.

³² -el funcionamiento colegiado-art.24 LDC

-el riguroso régimen de incompatibilidades e inamovilidad-art.22 y 23 LDC

-el procedimiento contradictorio con fase probatoria, las "diligencias para mejor proveer"- art.43 LDC

-las decisiones del TDC ponen fin a la vía administrativa-art.43.3.LDC.

de la Administración activa"³³: en méritos del art. 20 de la Ley de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia ejerce sus funciones con plena independencia. El mismo autor indica que con la creación del Tribunal como Administrativo Independiente se pretende separar las decisiones de carácter político de las decisiones en el ámbito de la competencia y que se trata de una mayor garantía de la neutralidad frente a los grupos de intereses.

Así, el mismo art. 20 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia se configura como organismo autónomo³⁴. Las principales notas en las que se debe de enfatizar en relación con la independencia del Tribunal son las siguientes³⁵:

1. La autonomía orgánica, que se garantiza por:

- La creación y disolución por ley (La Ley de Defensa de la Competencia).
- La personalidad jurídica propia (art. 20.1 LDC).
- El patrimonio separado (art. 20.4 LDC).
- La elaboración de anteproyecto de Presupuesto.
- La capacidad de autoorganización: la elaboración por el Tribunal de su propio Reglamento interno en virtud del art. 24.3. LDC, aunque dicho Reglamento se aprueba por el Gobierno.
- La colegialidad del Organo.
- Su sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 20 LDC).

2. La Autonomía funcional.

Según Salvador Martínez³⁶ el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede recibir órdenes e instrucciones del Gobierno, aunque está adscrito al Ministerio de Economía. La autora apunta que, al contrario, según Betancor Rodríguez no caben instrucciones, pero sí directrices que son actos menos intensos que las órdenes.

³³ Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", ed Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 281.

³⁴ Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.18 destaca que el hecho de ser organismo autónomo exclusivamente significa que el sistema de contratación es propio al Derecho Privado y no del Derecho Administrativo, pero no implica mayor independencia del TDC.

³⁵ En esta misma línea resulta especialmente interesante el artículo de Bétancor Rodríguez, A. "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos" en Arana Muñoz, J. R. (dir.) "La Administración Pública española", ed. INAP, Madrid, 2002, pp.599 – 619.

³⁶ Salvador Martínez, M. "Autoridades Independientes", ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 234.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen efecto vinculante y agotan la vía administrativa.

3. La autonomía personal³⁷.

- Mandato mayor de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia que del Gobierno que los ha designado.
- Causas tasadas de cese y suspensión en el ejercicio del cargo (art. 23 LDC).
- Causas de incompatibilidad (art. 22 LDC).
- La consideración de altos cargos de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 21.3 LDC).

En cuanto a las tres características analizadas (la autonomía orgánica, funcional y personal) se puede afirmar, que la autoridad de defensa de la competencia en España posee los principales rasgos de las Agencias Independientes, existentes en los EE.UU, con especial referencia a la FTC, aunque hay que tener en cuenta el hecho que cuando las necesidades públicas aconsejan atribuir poderes normativos y casi judiciales a la Administración, en el derecho norteamericano se crean Agencias, mientras que en el derecho continental las agencias independientes no son un medio para incrementar los poderes de la Administración, sino para justificarlos³⁸ y esta es una de las principales diferencias respecto a las Agencias Independientes estadounidenses. Como se ha observado, la FTC ocupa un lugar específico en el sistema de equilibrio de poderes, pero configurándose como un órgano administrativo. En la misma línea de observaciones, conforme a las de Baño Leon conducen las reflexiones de Casés, citando a Tornos Más, en sentido que la independencia del TDC pretende atribuir una mayor legitimación a la actuación de la Administración de la que deriva la tradicional presunción de validez de los actos administrativos. Así, Tornos Más indica que el sistema organizativo se caracteriza por “mantener la aplicación de la ley en la esfera administrativa, pero a través de unos órganos dotados de independencia, de manera que, la legitimidad de sus resoluciones se encuentre en esta independencia y no en la genérica presunción de validez de los actos administrativos”³⁹. Así, en la recapitulación

³⁷ Parada Vázquez, R. "Derecho administrativo I", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 401; Cases Pallares, L. "Derecho de defensa de la competencia" op. cit., p. 401, Jiménez de Cisneros Cid", op. cit., p. 312.

³⁸ Baño Leon, J. M. "Potestades administrativas...", op.cit.

³⁹ Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.402, cit. a Tornos Más, J. "Comercio interior y exterior".

de Casés, la legitimidad deriva de la acción misma de un órgano que no depende de los responsables políticos de la Administración.

Sin permitirme desviaciones injustificadas del tema, apuntaré otra diferencia con el sistema institucional de defensa de la competencia norteamericano, por lo que sería necesario aceptar otra perspectiva sobre la independencia del TDC, pero en el ámbito comunitario. Desde esta perspectiva el TDC se establece como una de las autoridades que integran la Red de Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia, con la obligación de realizar sus facultades en estrecha coordinación y colaboración con la Comisión (estableciéndose dicha autoridad comunitaria como el eje principal de la Red) y las demás autoridades de competencia de los Estados- miembros. Sin entrar en detalle, y aceptando esta perspectiva, considero que la independencia del TDC respecto a la Comisión y las demás autoridades de competencia europeas podría aceptarse de una manera relativa y esta es otra diferencia respecto a la autoridad de competencia estadounidense.

Considero necesario añadir una nota importante respecto a la independencia del TDC: especialmente criticada por la doctrina es la designación gubernamental⁴⁰ del Tribunal de Defensa de la Competencia, la dependencia funcional (art. 21.1 LDC) respecto al Servicio de Defensa de la Competencia⁴¹ y la integración formal al Ministerio de Economía - "adscrito al Ministerio de Economía, el cual ejerce un control

⁴⁰ Casés Pallares, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", op. cit. pp. 400-404; La designación gubernamental de los vocales ha sido criticada asimismo por G. Ariño y Lopez de Castro: los autores afirman que frente a esta designación podría haberse establecido al menos una comparecencia obligatoria ante el Parlamento de las personas propuestas, Ariño Ortiz, G. y Lopez de Castro, L. "Derecho de la competencia en sectores regulados", ed. Comares, Granada, 2001 y recientemente por Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.25, quien afirma que "indudablemente no es posible exigir un nombramiento parlamentario como si fuera un órgano constitucional, que no lo es, pero hay ciertas fórmulas intermedias, que resultan aconsejables, tales, como exigir una previa comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso o del Senado" y que se establezca que no puede ser nombrado el que no obtenga la mayoría de los miembros de dicha Comisión.

⁴¹ En la opinión de Casés, L. ("Derecho administrativo...", op.cit., p.405) el mantenimiento actual de la separación de funciones en dos órganos y la existencia del posterior recurso "implicará que el particular encontrará un procedimiento de 3 fases: una de instrucción ante el SDC, otra de resolución ante el TDC y, en su caso, una tercera de revisión ante el orden contencioso- administrativo. Ello genera importantes duplicidades y una lógica lentitud en la resolución final de las controversias". Además "la separación de la fase instructora del TDC supone una reducción de su operatividad". Casés habla de una "dependencia material" en cierto modo del TDC respecto al SDC, porque si el SDC no desarrolla con plenitud sus funciones, el TDC no podrá desarrollar tampoco las suyas. Así, la actitud del TDC depende de una forma significativa de la actividad de un órgano ministerial. En consecuencia, el TDC puede ver limitada su actividad por la decisión del Ministerio que dicta órdenes e instrucciones al SDC. A esto se puede añadir la observación de Escudero, A., Ferrer, R., García, J.A., Rincón, R., Sopeña, V., Zuelco, T. en "Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español", ed. Dykinson, Madrid, 2002, p.34, que "este modelo de instrucción por el Servicio y resolución del Tribunal se está quebrando últimamente en virtud

de eficacia sobre su actividad”(art. 20.6 LDC). En este contexto Fernández Ordóñez⁴² señala que es necesaria una reforma y que es indispensable fortalecer técnicamente y garantizar la independencia de la autoridad encargada de la defensa de la competencia, para lo cual sería útil aprender de la experiencia alemana de un órgano único, así como revisar el sistema de nombramientos y devolver al Tribunal de Defensa de la Competencia su función de advocacy, etc... Beneyto Pérez y asimismo Berenguer Fuster⁴³ proponen dar forma a un único órgano que elimine la dualidad existente – SDC / TDC – obviando las críticas acerca del sistema.⁴⁴ Para estos autores ello no es óbice para mantener la diferencia entre el órgano encargado de la instrucción y el órgano encargado de la resolución de los expedientes. Además, en la organización institucional, por ejemplo, de los EE.UU esta separación de funciones existe en el esquema de un órgano único, la FTC.

Se puede sugerir asimismo un cambio en el sistema pero no desde el punto de vista organizativo (un órgano único), sino desde el punto de vista funcional: ampliar las competencias de control del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia, posibilidad de remitir al Gobierno propuestas de reformas de la legislación sobre competencia y conferir al Tribunal de Defensa de la Competencia las relaciones con la Comisión y las autoridades comunitarias de competencia.

III. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA.

Recientemente se ha aprobado una nueva norma en relación con las directrices comunitarias, establecidas con el Reglamento N 1/ 2003: se trata del Real Decreto 2295/2004 de 10 de diciembre (BOE N 308 de 23 de diciembre de 2004) relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. Este Real Decreto establece el siguiente esquema de reparto de competencias entre el TDC y el SDC⁴⁵ respecto a la aplicación del derecho comunitario de la competencia:

de la paulatina traslación de competencias del Tribunal a favor del Servicio llevada a cabo por nuestro legislador”; véase asimismo Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, p.11.

⁴² Fernández Ordóñez, M.A. “La política de competencia en España”, “Papeles de economía española”, N 100/2004, p. 131.

⁴³ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., pp.24-25.

⁴⁴ Beneyto Pérez, J. M. “Introducción” al “Tratado de derecho de la competencia”, op. cit., p .LXXXIII.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.LXXXIV.

El TDC se configura como un órgano encargado de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE y de su derecho derivado y de informar a la Comisión sobre los expedientes de concentraciones. (art.1 del citado Real Decreto N 2295/2004).

El SDC se configura, con carácter exclusivo, como un órgano de instrucción tanto en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, como también en los expedientes de concentraciones. El Servicio estará asimismo encargado con la misión de coordinación entre las autoridades españolas y la Comisión y entre las autoridades españolas y las autoridades de competencia de los demás Estados – miembros en la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.(art.2 y art.4 del citado Real Decreto 2295/2004).

En opinión de una gran parte de la doctrina , la LDC precisa una rápida reforma que responda a las exigencias actuales de una adecuada política de competencia en paralelo con las normas comunitarias.Además, se precisa la revitalización de los órganos de defensa de la competencia, mediante el reforzamiento de su independencia⁴⁶. En este contexto el 20 de mayo de 2005 ha sido publicado el “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”⁴⁷ que plantea un cambio general del régimen institucional antitrust en España: se propone dar forma a un órgano único de defensa de la competencia. Aunque el sistema actualmente existente se valora positivamente en cuanto a la capacidad técnica de análisis, la garantía de la separación de las funciones de instrucción y resolución y la independencia del órgano, se considera que se presentan debilidades relacionadas con la necesidad de reforzar la eficacia en la actuación y la inadecuada articulación de las actuaciones en los diferentes planos⁴⁸: se trata de 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.

⁴⁶ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.5 y pp.24-25.

⁴⁷ Ministerio de Economía y Hacienda, “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”, 20 de enero de 2005.

⁴⁸ *Ibíd.*, p.8 y pp.33 – 35; en este mismo contexto Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.5, afirma que la dualidad actual TDC/SDC no es sostenible; en la p.13 el autor señala que mientras se mantenga el esquema actual de dualidad no podría hablarse de plenitud de independencia de los órganos de defensa de la competencia, máxime si, como ha ocurrido con posterioridad a 1996, muchas de las reformas introducidas en la Ley han sido encaminadas a fortalecer el Servicio en detrimento del Tribunal, que es el órgano independiente; ver asimismo la postura de Casés: nota 40, *supra*.

Con el objetivo de conseguir un avance del esquema institucional en España se considera que hay que avanzar en cuanto a la eficacia, transparencia, independencia y coherencia, para lo que se dan cuatro propuestas principales:

1. Creación de una única Autoridad Independiente de competencia que realice las actuales funciones del SDC y TDC.
2. Búsqueda de mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones.
3. Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales.
4. Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial en la defensa de la competencia.

En esta parte del trabajo me centraré sobre el primer punto de las propuestas: la creación de una única Autoridad Independiente de defensa de la competencia en España.

Se considera que hay dos alternativas principales: o bien integrar el SDC en el TDC o bien crear una nueva Autoridad Independiente que integre las funciones que actualmente ejercen estos dos órganos. Así se propone la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Dentro de los límites de la LOFAGE “la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia 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”⁴⁹.

En cuanto a la estructura de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se proponen alternativamente:

- un esquema vertical, con un órgano colegiado de resolución y dirección de la institución, del que dependerá el órgano de instrucción
- un esquema piramidal, con un Presidente del que dependerían los dos órganos: un órgano colegiado de resolución y otro de instrucción

Se estima más conveniente la segunda propuesta, ya que en el primer supuesto no quedarán claramente separadas las funciones de instrucción y resolución, dada la dependencia jerárquica de la primera respecto a la segunda. Así se propone que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dirigida por su Presidente, tenga tres pilares fundamentales: el Consejo o TDC – órgano colegiado de resolución, la

⁴⁹ *Ibíd.*, p.34

Dirección de Investigación o SDC – órgano de instrucción y vigilancia y la Secretaría General– órgano de gerencia y de funciones horizontales.

IV. EL SISTEMA DE ELECCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. Elección de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia está regido por el Pleno, integrado por el Presidente y 8 Vocales, nombrados por el Gobierno (mediante Real Decreto), a propuesta del Ministro de Economía.

Los Vocales tienen que ser juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio (art. 21.1 LDC). El Vicepresidente se elige por el Pleno.

En opinión de Casés se trata de “un órgano de pura designación gubernamental”, el autor citado destaca “el casi ilimitado margen de decisión”⁵⁰ de que dispone el Gobierno para designar los vocales del TDC y la designación de los miembros es la primera nota significativa para apreciar la independencia del órgano⁵¹. En el mismo sentido Berenguer Fuster pone de manifiesto que “hasta ahora el TDC es nombrado por el Gobierno entre profesionales con determinada antigüedad, pero sin ningún límite ni control”⁵², sugiriendo la iniciativa de proponer los candidatos al Gobierno, a las CC.AA y, en el supuesto que sean jueces o magistrados, al Consejo General del Poder Judicial. Tras ser superado el trámite parlamentario, el nombramiento correspondería al Gobierno (el autor recomienda la elección de los vocales por la Comisión de Economía del Congreso o del Senado)⁵³.

Conviene poner de relieve, en este contexto, que una de las notas que garantizan la independencia de la autoridad encargada con la misión de defensa de la competencia en los EE.UU es la aprobación parlamentaria del nombramiento presidencial de los vocales de la FTC.

2. Quorum y mayorías.

El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona en Pleno, que se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente, el Vicepresidente y cinco

⁵⁰ Casés, L “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.284- 285.

⁵¹ *Ibíd*, p.287.

⁵² Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.25.

⁵³ Ver nota 39, *supra*.

vocales (art. 24.1 LDC) .Para la adopción de los acuerdos se necesita una mayoría absoluta (art. 24.2 LDC).

3. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Anteriormente se ha enfatizado (en relación con la FTC) que las Agencias Independientes son órganos con un alto nivel de especialización, compuestas por expertos en la materia (en nuestro caso, en materia de defensa de la competencia), lo que explica la exigencia de que los miembros sean juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio. En este contexto resulta especialmente importante la afirmación de Garrigues, que cuando se trata de una ley destinada a regular el funcionamiento del mercado, “materia ésta de suyo cambiante y mudable que reclama una preparación especial y una gran sensibilidad en los llamados a poner en movimiento la ley, si quieren armonizar los postulados de la justicia con las exigencias de la política económica de cada momento”.⁵⁴

El art. 22 LDC, establece las incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia: el Presidente y los Vocales deben de ejercer su función con dedicación absoluta y tienen las incompatibilidades establecidas para los altos cargos de la Administración del Estado. El propio Tribunal de Defensa de la Competencia resuelve sobre las recusaciones e incompatibilidades de los miembros (art. 27 c) LDC). Casés Pallarés apunta que “La Ley de Defensa de la Competencia no contiene ninguna previsión respecto a la actuación del Presidente y de los Vocales cuando han cesado de su cargo. Un rígido sistema de incompatibilidades parece que exigiría también establecer ciertas limitaciones a las actuaciones futuras de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia durante un plazo de tiempo determinado”⁵⁵.

Como se ha señalado, los requisitos de elección y las incompatibilidades son una garantía más para la independencia del TDC. Sin embargo, coincido con Garrigues al afirmar que “la independencia de un Tribunal no está en las palabras de la ley, sino en la

⁵⁴ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.104.

⁵⁵ Casés Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia" , op. cit., p. 289.

conducta de las personas...yo creo que la cuestión de la independencia es un problema de personas y no de declaración de principio”⁵⁶.

4. Duración del mandato y cese de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El nombramiento del Presidente y los vocales por un período determinado constituye una garantía más frente a la posibilidad de capturas .Su mandato es de 5 años⁵⁷, renovables por una sola vez (art. 21.2 LDC), un período equivalente al del de la mayoría de las legislaciones de competencia. Se trata de un mandato mayor que del Gobierno que ha designado los miembros: de este modo se evitan en gran medida las relaciones de dependencia política Tribunal de Defensa de la Competencia - Gobierno. Este sistema garantiza en cierto grado la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia⁵⁸. La exigencia de no renovación del mandato excepto por una sola vez garantiza un mayor grado de aislamiento del órgano de defensa de la competencia de varios tipos de capturas (políticas, regulador-regulado, etc...). La Ley 9/2001 ha introducido algunos cambios en la Ley 16/89 de Defensa de la competencia en relación con el período de permanencia del Presidente y los Vocales si se trata de sustitución de otros miembros antes de la finalización de su mandato y la permanencia en el cargo de los miembros, una vez expirado su mandato hasta la toma de posesión de los nuevos vocales (art. 21.2 LDC)⁵⁹.

Como se ha puesto de relieve anteriormente en el trabajo, el Gobierno no puede cesar libremente a los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia, ni suspenderlos en el ejercicio de sus funciones (art. 23 LDC).

De acuerdo con el art. 23 LDC las causas de cese de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia son:

1. Renuncia - en palabras de Soriano García⁶⁰ se trata de un acto soberano del cargo nombrado que no puede ir contra el orden público o en perjuicio de terceros. La única causa que impediría la renuncia de un vocal es la afectación del funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁵⁶ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.112.

⁵⁷ En contra, Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.25, propone un mandato de 9 años, sin posibilidad de reelección.

⁵⁸ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p. 287.

⁵⁹ Sobre este tema ver Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y sus principales novedades" en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 301.

⁶⁰ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 308.

2. Expiración del término de su mandato(cese automático).
3. Incompatibilidad sobrevenida.
4. Haber sido condenado por delito doloso - la separación definitiva se produce cuando la condena sea firme.
5. Incapacidad permanente.
6. Cese, determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo a propuesta de 3/4 partes del Tribunal. El incumplimiento grave de los deberes se puede referir a incumplimiento del deber de secreto y confidencialidad o a otras causas (incumplimiento de la Ley en relación con el art. 20.1 LDC, etc....). Es una cláusula que garantiza una vez más la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, porque el propio Tribunal decide sobre los incumplimientos. Nótese que en este caso no es el Gobierno que decide sobre el incumplimiento grave, sino el Pleno del Tribunal(art.27c) LDC). Soriano García⁶¹ considera que se trata de incumplimientos graves que ocasionen la "paralización grave o entorpecimiento de la institución, su desdoro y pérdida grave de prestigio" por causas éticas.

Se prevén asimismo tres causas de suspensión en el ejercicio del cargo (art. 23.2 LDC):

1. Cuando se dicte un acto de prisión contra un vocal o un acto de procesamiento por delito doloso.
2. Cuando se acuerde un expediente disciplinario o de declaración de incapacidad transitoria. En el caso del expediente disciplinario se trata de acumulación de varias causas que lleven a la suspensión en las funciones.
3. Sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal/accesoria.

De este modo el Gobierno no puede suspender los vocales del TDC en sus funciones, lo que garantiza la independencia de la autoridad. Se puede observar una semejanza en las causas de cese, previstas en las legislaciones de competencia.

⁶¹ *Ibíd*, p. 310.

V. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

De acuerdo con el art.27a)LDC corresponde al Pleno elaborar su Reglamento de régimen interior, en el cual se se establecen sus funciones administrativas y la organización de sus servicios.El Reglamento se somete a la aprobación del Gobierno.

Según el art. 5 del Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, los máximos Órganos de dirección del Tribunal de Defensa de la Competencia son:

- a) El Presidente.
- b) El Pleno.

El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta rango de Secretario de Estado y es Presidente del Pleno (art. 6.1 del Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia). El Presidente tiene las siguientes funciones (art. 6.2 del Estatuto):

- a) Ostentar la representación legal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- b) Vigilar el desarrollo de las actividades del Tribunal de Defensa de la Competencia velando el cumplimiento del Estatuto y sus necesidades de desarrollo.
- c) La dirección, coordinación, evaluación y supervisión de los Organos de él dependientes.
- d) Dar cuenta al Ministerio de Economía de las vacantes que se produzcan en el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- e) Ejercer funciones de jefatura en relación con el personal del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con la Ley.
- f) Aprobar los gastos y ordenar los pagos del Tribunal de Defensa de la Competencia salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de conformidad con lo previsto en el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.
- g) Ser Órgano de contratación del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- h) Suscribir, previa autorización del Pleno, convenios de colaboración con los Organismos competentes de las CC.AA. en el marco de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 1/2002.
- i) Designar a tres vocales para que formen parte del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado.

- j) Resolver las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral.
- k) Resolver las cuestiones no asignadas al Pleno.

De este modo el Presidente realiza sobre todo funciones de dirección y organización, pero asimismo tiene atribuidas facultades de coordinación con las CC.AA.

El Presidente puede delegar sus funciones (art. 6.3. del Estatuto).

Del Presidente dependen las siguientes unidades (art. 6.4 del Estatuto):

A. Gabinete del Presidente.

B. La Gerencia, a la que corresponde la gestión de recursos humanos, régimen interior, mantenimiento y conservación, gestión de suministros y contratos administrativos, la gestión presupuestaria, financiera, contable y patrimonial del Tribunal de Defensa de la Competencia, la elaboración del anteproyecto de presupuesto y el control de su ejecución, la preparación de la liquidación y rendición de la cuenta del organismo y la actualización de su patrimonio.

C. La Subdirección General de Informes que se encarga de la asistencia técnica y elabora informes sobre: los anteproyectos de normas con rango de ley en relación con la competencia; operaciones de concentración, toma de control y ayudas públicas; la respuesta de consultas de las Comisiones de las Cámaras legislativas sobre los proyectos de Ley sobre cualquier cuestión relativa a la competencia; los informes que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia haya de remitir sobre materia de competencia a requerimiento del Gobierno o cualquiera de los Datos Ministeriales, las CCAA., las Corporaciones Locales y de las Organizaciones Empresariales, sindicatos, o consumidores, etc...

D. La Subdirección General de Estudios que se encarga de realizar estudios de investigación en materia de competencia, en sectores económicos y de Mercado.

Las unidades C y D son unidades especiales de apoyo al Presidente y al Pleno.

Se adscriben orgánicamente al Presidente la Intervención Delegada, sin perjuicio de su dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado (art. 6.5 del Estatuto). Se adscribe al Presidente asimismo la Abogacía del Estado, sin perjuicio de su dependencia orgánica y funcional de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

El Tribunal de Defensa de la Competencia está regido por el Pleno, cuyas competencias se establecen en el art. 4 del Estatuto y coinciden con las del Tribunal de Defensa de la Competencia (analizándose más adelante en el trabajo):

- a) Resolver y dictaminar los asuntos que tiene atribuidos por la Ley de Defensa de la Competencia.
- b) Autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, a los que se refiere el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- c) Aplicar en España los arts. 81.1 y 82 del TCE.
- d) Informar sobre las operaciones de concentración de acuerdo con el art. 15 bis. de la Ley de Defensa de la Competencia.
- e) Dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales (según la Ley 7/1996 de 15 de enero).
- f) Interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- g) Realizar funciones de arbitraje, tanto de derecho, como de equidad (en particular las establecidas en el art. 7 de la Ley 21/1997 de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos).
- h) Elaborar el informe en cuanto a indemnizaciones de daños y perjuicios (art. 13 LDC).
- i) Elaborar el informe en materia de ayudas públicas (art. 19 LDC).
- j) Elaborar, a solicitud de la Junta consultiva en materia de conflictos, el informe, previsto en el art. 3.1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia defensa de la competencia.
- k) Recabar de los Órganos autonómicos el informe preceptivo no vinculante al que se refiere el art. 5 de las competencias del Estado y las CC.AA. en materia de defensa de la competencia.
- l) Las demás que establezcan las leyes.

Al Pleno se atribuyen, asimismo las siguientes facultades:

?? Consultas por las cámaras legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las CC.AA., las corporaciones locales, las cámaras de comercio y organizaciones empresariales, sindicales o consumidores y usuarios - art. 26.1 LDC, art. 4.2. Estatuto.

?? Elaboración de trabajos de investigación en materia de competencia, art. 4.3. Estatuto.

?? Proposición motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de competencia, establecimiento de acuerdo con las normas legales - art. 26.2 LDC ,art. 4.4. Estatuto.

?? El Tribunal de Defensa de la Competencia informará los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, la Ley de Defensa de la Competencia, así como los proyectos de Reglamentos de exenciones por categorías y otros Reglamentos - art. 26.3 LDC.

Según el art. 9 del Estatuto corresponde al Pleno, asimismo:

- a) Elaborar su Reglamento de régimen interior.
- b) Elegir entre sus miembros el vicepresidente.
- c) Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente, Vicepresidente y los vocales.
- d) Nombrar y acordar el cese del secretario.
- e) Proponer o, en su caso informar el proyecto de relación de puestos de trabajo del personal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- f) Preparar el anteproyecto de presupuestos del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- g) Elaborar la memoria anual.
- h) Mantener relación con otros organismos analógicos.

Se puede resumir que la capacidad de autoorganización constituye una nota propia de la independencia del TDC en el ejercicio de sus funciones⁶². Así, el propio Tribunal puede establecer la organización interna adecuada para llevar a cabo eficientemente sus funciones.

VI. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribuidas facultades de inspección o la potestad normativa como la FTC de los EE.UU., pero cuenta con un

⁶² Casés, L."Derecho administrativo...", op.cit., p.290; Salvador Martínez, M "Las autoridades independientes", op.cit., p.293.

amplio margen para decidir acerca de las sanciones sobre las prácticas restrictivas de la competencia, potestades de autorizar conductas en los supuestos previstos, así como algunas otras funciones que se van a analizar adelante en el trabajo.

Analizando las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, Hierro⁶³ apunta que el Tribunal no tiene ahora la exclusividad de una potestad declarativa sustraída del Poder Judicial, sino una mezcla de funciones consultivas y decisorias, sustraídas a la Administración activa, o, mejor dicho, que lo convierten en un órgano independiente con funciones activas. Bajo un criterio convencional de clasificación de los Órganos Administrativos por su función (Órganos activos, consultivos y de control), el autor concluye que el Tribunal es de naturaleza mixta y produce, como Órgano activo, declaraciones de voluntad en materia de autorizaciones singulares y de sanciones, y, como Órgano consultivo, declaraciones de juicio en materia de concentraciones, ayudas públicas y otros.

En contra, Soriano García⁶⁴ afirma que desde la perspectiva de sus funciones, el Tribunal actúa de una forma mixta, y tiene atribuidas actividades propias de órganos activos, consultivos y de control, pero se puede calificar como un órgano más de control que propiamente activo. Considero que dicho órgano es sobre todo un órgano de control, (incluidas sus funciones arbitrales) y consultivo.

Las facultades del Tribunal de Defensa de la Competencia se pueden dividir en tres grandes bloques:

1. La potestad sancionadora.
2. Autorizaciones de determinadas conductas.
3. Otras actuaciones del Tribunal como la función consultiva, las competencias parajudiciales, la función tutelar respecto al Servicio de Defensa de la Competencia y las competencias en materia de las concentraciones y ayudas públicas.

A continuación se ofrecerá un esquema de la potestad sancionadora del TDC, analizando las diferentes clases de decisiones del TDC en la materia.

⁶³ Hierro, L. "Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento" en REDA, nº 71/1991, pp. 333-344.

⁶⁴ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., pp. 329 y ss.

1. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1.1. Visión general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispone de un amplio poder de imposición de sanciones sobre conductas restrictivas de la competencia, siempre teniendo en cuenta los principios y garantías en relación con los derechos de los ciudadanos en el proceso que básicamente son los siguientes⁶⁵:

- a) Principio de legalidad (art. 25.1 de la Constitución Española).
- b) El principio de irretroactividad de la norma penal.
- c) El principio de tipicidad de las penas.
- d) El principio de responsabilidad.
- e) El principio de proporcionalidad de las penas.
- f) El principio "non bis in idem".
- g) Preferencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo.

Estos principios generales se pueden concretar en las siguientes garantías:

- a) Necesidad de procedimiento previo.
- b) Separación - órganos de instrucción/órganos de decisión.
- c) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- d) Derecho a un proceso público.
- e) Derecho de audiencia.
- f) Derecho a asistencia jurídica.
- g) Derecho a no declarar contra sí mismo.
- h) Presunción a la inocencia.
- i) Resolución motivada.

Se debe recordar que el sistema, establecido por la Ley de Defensa de la Competencia es un sistema de prohibición general con excepción (de las conductas autorizadas) - las conductas que no están prohibidas expresamente por la Ley están permitidas, pero en base a una autorización previa. En relación con esta nota, Soriano García apunta que en el ámbito de la competencia la ilegalidad "no resulta inspirada en

⁶⁵ Ver en general Nieto, A. "Derecho Administrativo Sancionador", ed. Tecnos, Madrid 2003 ; Ferrer Fembaud, L. "Principios de la potestad sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en el derecho de la competencia español" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, pp. 143-177.

un "mala per se", sino en una "mala secundum quid", puesto que cabe precisamente la autorización, caben las excepciones... y caben también las compensaciones en atención de otros bienes jurídicos", además de la exculpabilidad en casos de menor importancia⁶⁶.

La potestad sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia se manifiesta en la represión de las prácticas restrictivas como garantía de la competencia en el mercado: En el Anexo nº 1, se puede ver el gráfico de los expedientes sancionadores resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003 y en el Anexo nº 2 - las multas impuestas por el Tribunal en el mismo período.

1.2. Decisiones⁶⁷ (declaraciones) de existencia de prácticas restrictivas a la competencia.

En virtud del art. 46.1 de la Ley de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia puede declarar:

- La existencia de prácticas prohibidas/acuerdos prohibidos/abuso de posición dominante.
- La inexistencia de prácticas prohibidas/acuerdos prohibidos/abuso de posición dominante.
- La autorización de acuerdos o prácticas efectuales.

Esta resolución puede ir acompañada, de acuerdo con el art. 46.2 de la Ley de Defensa de la Competencia por:

- La orden de cesación de las prácticas prohibidas.
- La imposición de condiciones/obligaciones determinadas.
- La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas.
- La imposición de multas.
- La autorización de la práctica.
- Cualesquiera otras medidas autorizadas por la Ley de Defensa de la Competencia.

⁶⁶ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op.cit. p. 359.

⁶⁷ Los actos del TDC, que se aprueban en el Pleno y deciden sobre el fondo del asunto se denominan Resoluciones, que están compuestas por:

- los Antecedentes de Hecho
- los Fundamentos de Derecho
- el Fallo, que recoge la decisión tomada

Se puede observar la semejanza con el modelo de las resoluciones judiciales.

Es decir, hay que distinguir entre los elementos constitutivos del fallo(art.46.1 LDC) y los elementos generadores de la condena por la realización de las prácticas prohibidas⁶⁸(art.46.2 LDC).

Las decisiones de existencia de prácticas restrictivas de la competencia tienen carácter declarativo y basándose en ellas, los interesados pueden acudir a la jurisdicción civil por sus pretensiones de daños y perjuicios.

1.3. Decisiones para imposición de sanciones que acompañan las declaraciones de existencia de prácticas restrictivas a la competencia.

1.3.1. Decisiones de cese de las infracciones(art.9 LDC).

En este caso el Tribunal, prudentemente, puede otorgar un plazo para la cesación de la práctica. El objetivo de este plazo es eliminar paulatinamente tal situación de restricción de la competencia y no consolidarla, con el fin de no desequilibrar totalmente el mercado.⁶⁹

Considero que se trata de decisiones muy importantes respecto a la estructura y la dinámica del mercado, logrando la exclusión de la práctica restrictiva de la competencia.

1.3.2. Decisiones para ordenar una actuación determinada.

1.3.2.1. La imposición de condiciones/obligaciones determinadas.

Aquí se trata de una decisión de carácter constitutivo, cuyo fin es adecuar la actitud del sujeto a las condiciones del Mercado competitivo. Estas obligaciones (o condiciones) pueden imponerse aparte de otras sanciones (orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas; multas). El Tribunal de Defensa de la Competencia debe de conocer bien la situación del mercado y el Servicio de Defensa de la Competencia tiene que controlar el cumplimiento de dichas obligaciones o condiciones por parte de las empresas. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene que revisarlas si se produce un cambio sustancial en el futuro. Estas obligaciones pueden consistir en ordenar a la empresa para que se abstenga en el futuro de realizar las prácticas prohibidas(párrafo 1.3.1.) -por ejemplo las resoluciones RTDC de 4 de octubre 2004, expediente 570/2003, asunto Gas Extremadura, que ordena el cese de la conducta y abstención de conductas semejantes, -la RTDC de 15 de septiembre 2004, expte

⁶⁸ Véase Escudero, A y otros “Apuntes...”, op.cit., p.177.

568/03, asunto ASEMPRE/Correos o RTDC de 18 de junio 2004, expte 547/02 asunto Gas Natural Alicante u ordenar otras actuaciones, por ejemplo en la RTDC de 1 de abril de 2004, el Tribunal ordena a Telefónica a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo.

1.3.2.2. Orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público(art.9 LDC).

Con el objetivo de remoción de los efectos de estas prácticas es muy importante que el Tribunal de Defensa de la Competencia defina el interés público concreto.

En este caso como en el caso de las decisiones de cese existe también la posibilidad de mantener una situación contraria a la competencia durante un tiempo determinado con el objetivo de no distorsionar el Mercado. Soriano García da como ejemplo el fallo de la RTDC de 10 de junio de 1993 (Expte. 319/92, Asunto Liga de Fútbol), cuyo nº 6 establece que el Tribunal "ordena la cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/1994". Esta dilación no fue aceptada judicialmente y doctrinalmente, porque se entendía que no cabía una condena "pro futuro". Pero según Soriano García se puede imponer "una tolerancia controlada durante un lapso de tiempo"⁷⁰.

1.3.3. Decisiones para imposición de multas a las empresas y asociaciones de empresas.

1.3.3.1. Multas coercitivas.

Para asegurar un respaldo a las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, la Ley de Defensa de la Competencia le atribuye la potestad de imponer multas coercitivas, independientemente de las multas sancionadoras (art. 11LDC), de 60,10 a 3005, 06 euros al día. Los objetivos de estas multas, según la Ley de Defensa de la Competencia (art. 11LDC) son los siguientes:

- La cesación de una acción que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.
- La remoción de los efectos distorsionadores de las condiciones de competencia, provocados por la infracción.

⁶⁹ Sanz, I. "Procedimiento de infracción y de autorización en el derecho de la competencia", en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid 2002, p. 297.

⁷⁰ Esta resolución ha sido analizada por Soriano García, J.E. "Derecho público de la competencia", op. cit. 497.

- El cumplimiento de los compromisos adoptados por dichos sujetos en el marco de un acuerdo de terminación convencional del procedimiento.
- La obligación de publicación de la decisión por cuenta del infractor.

De este modo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene atribuidos amplios poderes para imponer multas coercitivas⁷¹, correspondiéndole decidir:

- En qué momento procede su imposición.
- La cuantía de la multa.
- Si procede imponer una nueva multa coercitiva.

Conviene ofrecer los siguientes ejemplos de multas coercitivas: la RTDC de 8 de enero 2004, expte. 553/03 asunto Fedicar, donde el Tribunal establece la obligación de pagar las multas en caso de no cesación de la práctica y en los procedimientos de imposición de medidas cautelares, se pueden citar las RTDC de 4 de febrero de 1998, expte. MC 21/97, asunto Tabacalera y RTDC de 22 de diciembre de 1997, expte. MC 25/97, asunto Tabacalera/Mc Lane.

1.3.3.2. Multas sancionadoras procesales.

El art. 10.6. LDC dispone, que con independencia de las multas sancionadoras por infracciones sustantivas si el Tribunal apreciara mala fé o grave temeridad en la actuación de alguna de las partes ante el Servicio de Defensa de la Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, puede imponer una multa no superior a 30.051,61 euros.

1.3.3.3. Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.

En méritos del art. 10 LDC el Tribunal de Defensa de la Competencia puede imponer multas en los siguientes casos:

- Por la infracción deliberada o por negligencia de los arts. 1 y 6 LDC y la infracción del art. 4.2. LDC.
- Por la infracción de los arts. 81 y 82 TCE.

La multa sancionadora es la típica sanción de condena y es una de las características de los procedimientos sancionadores, pero, desde la perspectiva de la labor pedagógica que desempeña el Tribunal, no tiene que acompañar siempre a la declaración del fallo condenatorio⁷². (Como afirma Soriano García "la abogacía" en pro del derecho de la competencia es una obligación legal del Tribunal (art. 26.3. LDC) e

⁷¹ Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de defensa de la competencia", op. cit., pp. 340-341.

igualmente establece el TJCE). Esto es habitual cuando un hecho delictivo aparece por primera vez en la jurisprudencia, o cuando después de una solicitud de autorización presentada el Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentra con una conducta por parte de la empresa, contraria a la libre competencia - RTDC de 29 de Junio de 1995 expte. 358/95 asunto Fecavem.

De este modo se podrían adecuar eficazmente las exigencias de defensa del mercado con las garantías de seguridad jurídica.

La cuantía de la multa asciende hasta 903 614 euros que puede ser incrementada hasta 10% del volumen de ventas, correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 10.1 LDC).

La multa es recaudable en vía ejecutiva.

Además de los casos mencionados anteriormente, no se impone multa por infracciones sustantivas cuando:

- Se solicita la autorización por las conductas a que se refiere la petición realizada en el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la decisión sobre la misma, en caso de que el TDC en un examen provisional de la solicitud no haya adoptado una decisión, oponiéndose a los actos que constituyen su objeto (art. 10.4 LDC).
- Se ha presentado una notificación a la Comisión (este supuesto queda excluido de aplicación por la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del nuevo Reglamento N 1/2003 de procedimiento).

La imposición de una sanción económica a una persona jurídica puede llevar aparejada la sanción, prevista en el art. 10.3 LDC: se trata de una multa de 30.050,60 euros a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión⁷³ y esto contribuye a la efectividad de la decisión de la imposición de la sanción. Según el ap. 2 del art. 10.3 LDC quedan excluidas de esta sanción aquellas personas que formando parte de órganos colegiados de administración, no han asistido a las reuniones o han votado en contra o salvando su voto. Casés constata la poca operatividad de dicha previsión legal.⁷⁴

⁷² Sanz, I. “Procedimiento de infracción...”, op. cit. pp. 293-295; Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit. p. 497.

⁷³ Véase comentario de dicha previsión legal en Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.345-346, citando a Nieto, A. “Derecho administrativo sancionador”.

⁷⁴ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.348.

El Tribunal ha venido entendiendo asimismo que por aplicación de la correspondiente norma procedimental penal (art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la extinción de la personalidad jurídica del presunto culpable extingue la acción para perseguir la infracción: no cabe condenar administrativamente un sujeto que ya no existe por la disolución y liquidación de la empresa antes de finalizar el expediente administrativo, aunque resulta procedente declarar la ilicitud de la práctica realizada - RTDC de 10 de junio de 1997, expte. 370/96 asunto Desmotadoras de algodón.

1.3.3.4. Método para calcular las multas.

Los parámetros que establece el art. 10.2 LDC son los siguientes⁷⁵:

1. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia: se consideran graves restricciones per se los acuerdos horizontales de fijación de precios. Al contrario, se considera que las restricciones verticales ocasionan menores daños al mercado y a los consumidores y tienen menor importancia.
2. La dimensión del mercado afectado: no se trata sólo del mercado geográfico del producto, sino también del mercado definido.
3. La cuota de mercado de la empresa/empresas - hay casos en que se deben de sumar las cuotas de mercado de las empresas para conocer el daño real producido.
4. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios: hay que analizar las barreras de entrada para los competidores y la intensidad y extinción del daño, causado a los consumidores. De este modo la potestad sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia se convierte en una garantía más al Estado Democrático de Derecho.
5. La duración de la restricción de la competencia: es importante estudiar el mercado para verificar si la restricción de la competencia tiene efectos persistentes, afectando de forma duradera la economía o si se trata de un efecto transitorio.
6. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas, un clásico supuesto del Derecho sancionador.

Casés acertadamente afirma que la voluntad del sujeto(entiendo la voluntad del directivo o representante de la empresa ha de tenerse en cuenta para determinar la sanción y cita, en este contexto la RTDC de 27 de noviembre de 1992, según la cual “hay que indicar que si bien la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, la

⁷⁵ Sanz, I. "Procedimiento de infracción ...", op.cit., pp. 293-295.

falta de representación mental del tipo encarnado en la conducta del sujeto ha de ser tenida en cuenta. Pero no para entender que no se ha cometido la falta o infracción, sino para atemperar la reacción punitiva". De este modo el TDC entiende la voluntad como una meta para considerar la conducta, desde la perspectiva de una visión global y aplicar "con justicia" las potestades sancionadoras del mismo Tribunal.

En relación con dichos criterios, que establece el art. 10 con objetivo de calcular las multas se pueden dar los siguientes ejemplos:

La RTDC de 28 de octubre de 2003, expte. 551/02, asunto Funerarias Castellón, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia establece que sobre la multa - base "es preciso considerar los demás elementos que el art. 10 establece... y como más destacados, la falta de reiteración, el seguimiento de la recomendación por aproximadamente la mitad de las empresas pertenecientes a la Asociación imputada y la dimensión del Mercado afectado", la RTDC de 26 de mayo de 2003, expte. 539/02, asunto Cofarca, donde el Tribunal califica la conducta como "grave", por causa de que produce cierre de mercados mediante un abuso de posición de dominio, la cuota del mercado afectado es 90% de la provincia de Las Palmas, el volumen de negocios alcanza más de 130 millones de euros, pero la imputada presta toda su colaboración, la RTDC de 14 de noviembre de 2003, expte. 540/02, asunto Gas Natural, donde, para cuantificar la sanción, el Tribunal emplea como criterios la modalidad y la duración de la campaña publicitaria, realizada por la empresa; etc...

1.3.3.4. Prescripción.

El art. 12 de la Ley de Defensa de la Competencia establece los siguientes plazos de prescripción:

- 4 años para las infracciones. El plazo empieza a correr desde el día en que se ha cometido la infracción.
- 4 años para las sanciones.

La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal de Defensa de la Competencia o del Servicio de Defensa de la Competencia, tratándose en su caso tanto de actos de investigación, como de instrucción o de persecución de la infracción, siempre "con el conocimiento formal del interesado" o por actos realizados por los interesados con el fin de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores (art. 12.3 LDC). Casés Pallarés⁷⁶ sugiere que se determine con más exactitud qué actos

⁷⁶ Casés Pallarés, L. "Derecho administrativo de defensa de la competencia", op. cit., p. 349.

de la Administración interrumpen los plazos de prescripción (art. 12. 2 LDC), porque la Administración puede practicar periódicamente actos tendentes a perseguir las conductas o el cobro de las multas, quebrando así la operatividad de la prescripción como garantía de los derechos de los ciudadanos. En mi opinión el mismo TDC puede autolimitarse de practicar tales actos que van en contra de la eficacia administrativa y tienden a la arbitrariedad, quebrando tanto los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica.

1.3.4. Decisiones para adoptar medidas cautelares.

Conviene recordar que se trata de unas medidas que garantizan la eficacia de la resolución⁷⁷ y en efecto el orden público y no exclusivamente un interés particular. Estas pautas ponen de relieve la difícil labor del TDC en medidas cautelares, debiendo partir de una visión global y tomar en consideración factores de índole económica, sopesando intereses privados y decidiendo en interés público.

Además, como señala Baño León⁷⁸ la velocidad del proceso económico puede impedir, en ocasiones que el acto de adopción de medidas cautelares llegue a tiempo de evitar daños cuando, por ejemplo la práctica restrictiva de la competencia amenace la propia existencia de la empresa-denunciante.

El autor ofrece algunos criterios claves para la imposición de las medidas cautelares:

1. El principio de necesidad, de acuerdo con los arts. 106.1 de la CE y el art. 40.2 de la LPA.
2. La irreparabilidad del daño que se produce al interés público afectado⁷⁹, que según Baño León normalmente coincidirá con el interés privado opuesto a la conducta, aunque no necesariamente, porque la conducta puede afectar, por ejemplo, directamente a los consumidores. La medida debe ser excepcional.
3. La reparabilidad del daño que se infringe con la medida provisional.

⁷⁷ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.181; en general se puede consultar Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.302- 305.

⁷⁸ Baño León, J.M. “Potestades administrativas ...”, op. cit., pp. 172-176.

⁷⁹ Como advierten Ortells Ramos, M. y Bellido Penadés, G. “Las medidas cautelares en derecho de la competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los tribunales civiles”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.28, los daños al interés público son irreparables con el medio de reparación consistente en la responsabilidad indemnizatoria, de ahí que el único tratamiento adecuado es el de impedir que tales daños se realicen. Con los daños a singulares competidores ocurre de manera diferente: son esencialmente indemnizables, aún contando con dificultades considerables de evaluación.

4. Fumus boni iuris: no se puede adoptar una decisión de este tipo excepto cuando existe una apariencia fundada que sostiene la decisión propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia.

5. Respecto a todas las garantías jurídicas (art. 45.3): la audiencia de los interesados.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia⁸⁰ puede proponer las siguientes medidas cautelares(art. 45.1 LDC)⁸¹:

- Ordenes de cesación.
- Imposición de condiciones.
- Fianza, excepto la personal para responder como indemnización de los daños y perjuicios que ocasione la parte a quien se imponga.

El art. 45 impone tres garantías más para los interesados:

- Los plazos breves para oír las partes (5 días) y resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares (3 días) - art. 45.3 LDC.
- Lo establecido en el art. 45.2 LDC: no se pueden dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales⁸².
- La adopción de medidas cautelares en ningún caso puede exceder de 6 meses y cesan con la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 45.6 LDC).
- Además, existe la posibilidad de suspensión, modificación o renovación a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia con la modificación de las circunstancias o por descubrimiento de nuevos hechos, no conocidos en el momento de dictar la resolución sobre medidas cautelares.

Para garantizar la efectividad de las medidas cautelares y su cumplimiento, el art. 15.4 dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia por sí o a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia puede imponer multas coercitivas con las

⁸⁰ Los interesados, también pueden plantear medidas cautelares: por vía de recurso si la negativa del Servicio de Defensa de la Competencia causa indefensión - por ejemplo RTDC de 23 de diciembre de 1996, expte. MC 15/96, asunto Tabacos de Canarias; en otros casos el Tribunal establece que no procede la adopción de las medidas cautelares - RTDC de 21 de marzo de 2002, expte. MC 34/02, asunto Fedifar.

⁸¹ Se proponen asimismo medidas innovativas como de abrir o mantener abierto el mercado para asegurar la competencia, u ordenar el suministro de toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro- RTDC de 14 de diciembre de 2001, expte. MC 33/01, asunto Iasist/3M/SIGESA. En el primer caso es necesario un exacto análisis del Mercado y un análisis de las empresas correspondientes. Dicha medida debería ser excepcional por la posibilidad de establecerla basándose en información incompleta sobre el mercado o las empresas.

garantías y la cuantía que se han analizado anteriormente, por ejemplo RTDC Expte. MC15/96 asunto Tabacos de las Canarias, Resolución de 11 de Julio de 1997, RTDC de 4 de febrero 1998, expte. MC 21/97 asunto Tabacalera, etc...

Existe una resolución - clave del Tribunal de Defensa de la Competencia - Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de Junio de 1991, MC 2/91, asunto "Mutua Automovilista Madrileña", que establece las siguientes características del procedimiento cautelar⁸³, un procedimiento, que según otra resolución del TDC "debe ser administrado con sumo cuidado por este órgano"⁸⁴ :

- a) Es un procedimiento instrumental, asesorio al principal, al cual se encuentra estrechamente vinculado (art. 45.1 LDC).
- b) Este procedimiento tiene como característica un marcado carácter de provisionalidad: las medidas cautelares tienen una duración limitada (no pudiendo exceder de 6 meses y debiendo cesar cuando se ejecute la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) (art. 45.6 LDC).
- c) Es un procedimiento sometido a mutabilidad, puesto que cabe la modificación de las medidas en cuanto se alteren las circunstancias reales que se tuvieron en cuenta para su adopción o se produzca un aumento, disminución o desaparición del periculum in mora o una disminución del fumus boni iuris (art. 45.5 LDC).
- d) Es un procedimiento sumario y de urgencia, pues, dado que su objeto no admite demora, se simplifican los trámites y se establecen plazos muy breves para dictar resolución (art. 45.3 LDC).
- e) Salvaguarda los intereses de las partes en conflicto de manera equilibrada, al establecer, de un lado que en el caso de que sean los interesados los que propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá exigirles la prestación de fianza (art. 45.1 in fine) y, de otro, que no se podrán dictar medidas que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales (art. 45.2 LDC).

La misma Resolución define así los requisitos para la adopción de las medidas cautelares:

⁸² Estas garantías son aceptadas por Ortells Ramos & Bellido Penedés "Las medidas cautelares...", op.cit., pp.52-61, como límites objetivos de las medidas cautelares, adoptadas por el TDC.

⁸³ Véase asimismo Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op.cit., p.967, citando a Menéndez, A. en sentido que se trata de un procedimiento instrumental, accesorio al principal, de marcado carácter de provisionalidad, sometido a mutabilidad, sumario, urgente y que salvaguarda los intereses de las partes.

- a) Que se haya incoado el correspondiente expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- b) Que se aprecie en dicho expediente que las conductas objeto del mismo están causando daños o los interesados o al Mercado que, si no se atajan de inmediato, puedan conducir a que la resolución que dicte el Tribunal resulte ineficaz.
- c) Que exista una solicitud formal del Servicio de Defensa de la Competencia o de los interesados.
- d) Que se dé audiencia a los interesados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y
- e) Que las medidas no originen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen violación de derechos fundamentales.
- f) Que el tiempo por el que se impongan no exceda de 6 meses.

Se puede dar el siguiente ejemplo de imposición de medidas cautelares – la RTDC de 11 de enero de 2002, expte. R. 464/00, asunto Funerarias Castellón- el Tribunal de Defensa de la Competencia establece las siguientes medidas cautelares:

- Ordenar a las asociaciones la cesación de la práctica y exigir el pago de las cantidades impuestas por la carta de la Asociación de 6 de marzo de 2000 por cada corona o adornos enviados.
- Ordenar que en término de 3 días desde la notificación de la Resolución, remita la parte dispositiva de esta Resolución por carta de la Asociación a sus asociaciones y a todas las empresas floristas a las que había remitido la carta.

Considero que las Resoluciones de adopción de medidas cautelares son un Acto - clave en relación con el interés público, así que se deben respetar todos los criterios de su concesión, los trámites de este procedimiento y se deben apreciar todos los aspectos, relacionados con los intereses públicos y privados en el asunto concreto.

2. AUTORIZACIONES DE DETERMINADAS CONDUCTAS.

2.1. Visión general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, aplicando el derecho nacional o comunitario, podría autorizar determinadas conductas. La autorización puede derivar de una decisión singular del Tribunal de Defensa de la Competencia o de un Reglamento de Exención por Categorías – REC (adoptado por el Gobierno).

⁸⁴ Véase RTDC de 9 de diciembre de 1992, Expte. MC-5/92, asunto Gestevisión Telecinco.

En el presente trabajo se va a analizar el primer supuesto - las autorizaciones singulares del Tribunal de Defensa de la Competencia y asimismo la retirada de las exenciones por categorías para determinados acuerdos y prácticas.

En el Anexo Nº 3 se puede ver el gráfico de los expedientes de autorizaciones singulares, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003.

Como ya se ha señalado anteriormente en el trabajo, el nuevo sistema de defensa de la competencia en la Unión Europea (el Reglamento N 1/2003) está basado en la prohibición general con excepción legal de las conductas restrictivas a la competencia. A diferencia de este sistema, el sistema establecido por la Ley de Defensa de la Competencia es un sistema autorizatorio para determinadas conductas⁸⁵. Con objetivo de suprimir la diferencia entre la legislación española y comunitaria se sugiere⁸⁶ eliminar el sistema de autorizaciones singulares y, siguiendo las directrices comunitarias, sustituirlo con un sistema de autoevaluación por parte de las empresas, aunque existen opiniones en contra de esta propuesta⁸⁷.

Como es sabido, la autorización es una técnica de limitación de la actividad administrativa de ordenación de las actividades de los sujetos⁸⁸ (en palabras de la mayoría de la doctrina esta actividad es aceptada como potestad de policía⁸⁹).

Ramón Parada⁹⁰ expone en breve los dos conceptos de autorización desarrollados por la doctrina:

⁸⁵ En defensa del establecimiento del dicho sistema por la LRPRC, Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.60, afirma que "este sistema parece el más justo, porque el hecho de la notificación que hagan los empresarios a la autoridad competente supone ya el deseo de someterse a la ley, y este hecho basta para que se pueda iniciar la ejecución del acuerdo, a reserva de que tendrán que cesar en esas prácticas si más tarde la autoridad las declara ilícitas", considerando asimismo las negativas del sistema por su enorme costo y su posible atasco. Otra negativa, en opinión de Garrigues es que, siguiendo dicho modelo, los acuerdos son juzgados por su letra más que por su realización práctica. Al contrario, en el sistema de los EE.UU los acuerdos se juzgan no por su letra, sino por su realización práctica. De este modo queda aclarado que es difícil afirmar, por regla general, que tipo de sistema, el de la autorización o otro, es el "correcto" o eficiente para un determinado país, sino hay que estudiar primero las condiciones de mercado del país (considerando el desarrollo de la regulación pro-competencia a nivel comunitario y a escala global), el nivel de competencia (efectiva) existente para poder decidir si conviene suprimir el sistema de autorización y establecer otro modelo, analizando asimismo el coste del establecimiento de este nuevo sistema. Si se decide adoptar el modelo de excepción legal, es conveniente analizar los efectos de este modelo a nivel comunitario (se trata de un modelo adoptado recientemente), es decir, esperar que se produzcan estos efectos y valorarlos.

⁸⁶ Ministerio de Economía y Hacienda, "Libro Blanco para la reforma...", op. cit., p.54; Véase asimismo Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.28.

⁸⁷ Alonso Soto, R., comentario, www.mineco/dgdc/sdc/Libro_Blanco/Ricardo%20Alonso%20Soto.

⁸⁸ Parejo Alfonso, L. "Derecho administrativo", ed. Ariel, Madrid 2003, p. 640.

Ranelletti sitúa el centro de gravedad de la autorización administrativa en la preexistencia de un derecho subjetivo y de este modo la autorización se configura como un Acto declarativo a diferencia de la concesión.

Otto Mayer acepta la autorización como "prohibición con reserva de permiso" que, consta de dos partes distintas: la primera la prohibición y la segunda la reserva de permiso que puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor o menor amplitud de acción asignada a la voluntad de la autoridad.

En el mismo sentido Merkl afirma que existe un permiso policial cuando se hace una excepción de una prohibición general, apoyándose en la autorización jurídica enlazada a esa prohibición, esto es, una reserva de permiso⁹¹.

Se puede resumir que la mayoría de la doctrina administrativa en España acepta la autorización como un Acto declarativo que controla el ejercicio de un derecho preexistente (Ranelletti) para su acomodación a las exigencias del interés general⁹².

Parejo Alfonso⁹³ ha puesto de relieve que la autorización es un Acto reglado y debido (a dictar según estrictamente, el cumplimiento o no de la pertinente regulación) declarativo (porque se limita a comprobar dicho cumplimiento o incumplimiento, sin constituir situaciones jurídicas algunas) y en directa dependencia del grado de intensidad de la intervención administrativa y en definitiva del objeto del control administrativo.

Separándose de la doctrina expuesta anteriormente y apoyándose en la definición de Otto Mayer, Soriano García, ve en la autorización en el derecho de defensa de la competencia una dispensa⁹⁴ que es constitutiva de un derecho subjetivo⁹⁵.

En último lugar, para Cases Pallarés⁹⁶ la autorización no es un permiso administrativo que posibilite a las empresas ejercitar un derecho preexistente, sino una

⁸⁹ Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español", ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1968, p. 190, ver asimismo Vedel, G. "Derecho Administrativo", ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 223.

⁹⁰ Parada, R. "Derecho administrativo I", ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 381.

⁹¹ Merkl, A. "Teoría general del derecho administrativo", ed. Comares, Granada, 2004, p. 333.

⁹² Cruz Ferrer, J. en el Manual, varios autores, "Derecho administrativo II", ed. Universitas, Madrid, 1998, p. 603 ; Parejo Alfonso, L., op. cit., p. 646.

⁹³ Parejo Alfonso, L., "Derecho Administrativo", op.cit, p.640

⁹⁴ Soriano García, J.E., "Derecho público de la competencia" op. cit., p. 554; Manzanedo Mateos, J. A. "El comercio exterior...", op.cit, p.15

⁹⁵ Para la diferencia entre autorización y dispensa ver Baño León, J.M. "Potestades administrativas...", op.cit p.25; en la tesis de Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior ...", op. cit., p. 15 las dispensas posibilitan la actuación al margen de la Ley; la dispensa es por lo tanto una institución excepcional y particular y es una técnica derogatoria de prohibiciones generales, mientras que con la autorización se posibilita actuar conforme a la Ley y en este último caso se trata de una técnica normal de control previo.

decisión administrativa mediante la cual se considera, en interpretación de las circunstancias concurrentes en cada momento, si procede excepcionar el régimen de competencia, establecido por la Ley de Defensa de la Competencia.

Se puede resumir que la autorización singular en derecho administrativo de la competencia es un Acto favorable, resolutorio de efectos constitutivos, dictado conforme al interés público. En este sentido Parejo Alfonso⁹⁷ subraya que no todas las técnicas clásicas de intervención responden al modelo ideal y que existe una gran variedad de soluciones y una de estas técnicas es una clase de autorizaciones que por su régimen se acerca mucho a las concesiones⁹⁸, que como es sabido son actos constitutivos.

Y si se intenta calificar la autorización singular en derecho de defensa de la competencia desde la perspectiva de la forma de la atribución de la potestad, es difícil calificarla como “reglada” o “discrecional”. Soriano García⁹⁹ apunta que:

"El par de conceptos reglado - discrecional ofrece siempre cierto punto de tensión, especialmente cuando está aplicándose a los poderes económicos, toda vez que la naturaleza reglada de la autorización supone apostar por la existencia de un derecho subjetivo previo y por una disminución de los poderes administrativos, ya que si el otorgamiento de la autorización es una mera aplicación de la norma al caso concreto, será relativamente sencillo controlar si la Administración ha actuado correctamente en dicho proceso aplicativo de la norma y, en otro caso, discutirlo ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Por el contrario, si concluimos que el otorgamiento es discrecional - pese a las técnicas de reducción de la discrecionalidad - sin duda alguna aumentan los poderes de la Administración.”

Nos atenemos a la tesis de Cases Pallarés¹⁰⁰, según la cual "el ejercicio de esta potestad de dirección de los comportamientos en el Mercado, es de carácter discrecional".

⁹⁶ Cases Pallarés, L. “Derecho administrativo de defensa de la competencia”, op. cit., p. 363.

⁹⁷ Parejo Alfonso, L. “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 651.

⁹⁸ Siempre respetando las diferencias, porque según la definición clásica de G. Vedel “Derecho administrativo”, op. cit. p. 708, con la concesión una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente a cambio de una remuneración... (que consiste en la mayoría de los casos en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio).

⁹⁹ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 555.

¹⁰⁰ Cases Pallarés, L. “Derecho administrativo de defensa de la competencia”, op. cit., p. 363.

Otra cuestión es si existe, en el caso de estas autorizaciones singulares un derecho oponible frente a la discrecionalidad administrativa o se debe recurrir a la figura del interés legítimo¹⁰¹.

Es importante añadir una nota más como característica de la autorización singular en materia de defensa de la competencia y esto es que se trata de una relación entre el interés general y el interés particular del administrado que debe ser estudiada detalladamente por la Administración: la autorización se puede dictar sólo a instancia de la parte interesada, pero siempre está basada en razones públicas. Desde la doctrina de las clases de Actos Administrativos la autorización singular en derecho administrativo de la competencia se puede calificar como un Acto basado en el interés general y favorable, resolutorio de efectos constitutivos y complejo, porque la competencia resolutoria es compartida por dos órganos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia)¹⁰².

Otra cuestión es si esta clase de resoluciones es reconocimiento de un derecho subjetivo (Ranelletti) preexistente o de un interés legítimo (Manzanedo Mateos).

Se trata de un Acto que crea una relación con la Administración que no se agota con la autorización, sino da origen a un vínculo continuado (la autorización se puede revocar, modificar o derogar).

2.2. Los supuestos de autorizaciones según la Ley de Defensa de la Competencia (art. 3LDC).

Se debe tener siempre en consideración que la defensa de la competencia no es un valor absoluto¹⁰³, sino que sobre este valor deben prevalecer otros como el interés público u otros valores económicos que se deben de considerar. En mi opinión las autorizaciones singulares cumplen una función de balance entre la defensa de la competencia y otros valores socio-económicos, subordinados al objetivo de la

¹⁰¹ Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior...", op. cit., p. 104.

¹⁰² En todo caso, siempre se debe tener en cuenta la siguiente nota de Manzanedo Mateos: "es necesario precisar que difícilmente las clasificaciones poseen tal grado de elaboración que puedan resultar omnicomprendivas de la progresiva creación de necesidades realmente experimentadas, tratar de forzar los supuestos reales para que se amolden a categorías abstractas carecería de base científica; por ello las clasificaciones tienen valor como orientación parcial y limitada, máxime en Derecho Administrativo, donde la realidad proteica y multiforme, aparece dotada de una agilidad y fecundidad típicas de una rápida evolución". Esta constatación se refiere asimismo a la clasificación de las técnicas en derecho de defensa de la competencia, donde la regulación jurídica debe seguir la evolución rápida del Mercado (nacional y comunitario). A esto se puede añadir que no siempre la realidad encaja en las dogmas de la lógica, que no hay reglas preestablecidas y muchas veces es la evolución que determina la lógica jurídica y no al revés.

dispersión del poder económico en un mercado concreto. La cuestión se plantea en sentido que si este balance debe ser considerado a priori por un órgano administrativo o la evaluación de la compatibilidad de los efectos de la conducta que afectan a la libre competencia y los demás valores socio-económicos debe estar a priori en manos de los propios agentes económicos y debe ser considerada por la Administración a posteriori. Creo que la determinación del sujeto que realiza a priori la valoración depende del desarrollo del mercado competitivo (en un determinado país o región) y de la cultura de la competencia, entendida como la aceptación por las propias empresas y competidores de las reglas de defensa de la competencia. Considero que en mercados con un nivel inferior de competencia la valoración de estos factores económicos y colectivos complementarios a la libre competencia debe ser encomendada a priori a órganos administrativos, en caso de que se acepte que dichos órganos actúen en interés general y lejos de capturas, aunque, como se va a señalar más adelante dicho interés general es una fórmula relativa, difusa y dinámica (un típico ejemplo de este dinamismo son algunos acuerdos de transferencia de tecnología que a largo plazo pueden resultar perjudiciales para el conjunto de la sociedad). Al contrario, cuando se trata de un mercado plenamente operativo (competitivo) que dispone de sus propios mecanismos de autoregulación, es suficiente una valoración a posteriori a todos estos valores, anunciados en la norma, valores colectivos y económicos, que expondré a continuación.

2.2.1. Valores colectivos (art.3.1. LDC)

En este supuesto se da la posibilidad de autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas en caso de que:

- Contribuyen a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o,
- A promover el progreso técnico y económico cuando, cumulativamente se dan las siguientes circunstancias:
 - a) Se permite a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
 - b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
 - c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

¹⁰³ TDC “La libre competencia en España”, op.cit., p.25; Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.350.

2.2.2. Factores económicos (art. 3.2LDC).

Se pueden autorizar asimismo los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas en caso de que:

- Se encuentren justificados por el interés económico general,
- Se encuentren justificados por el interés público,

cuando alternativamente se dan las siguientes circunstancias:

- a) Su objeto es defender y promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el Mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España.
- b) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos.
- c) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia.

En palabras de Garrigues¹⁰⁴, en comentario de la LRPRC, donde también se establecían tales preceptos, en la valoración de las conductas entra en juego el arbitrio del TDC que no es total, sino está limitado por la ley. Pero en este contexto hay que tener en cuenta que la valoración de estas conductas por el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia resulta difícil por el gran número de conceptos jurídicos indeterminados, incluidos en el art. 3LDC como promoción del "progreso técnico o económico", "interés económico general", "interés público", "elevación suficientemente importante del nivel social y económico". Aquí se va a añadir una nota sobre el concepto de "interés público". En la doctrina se dan varias aceptaciones del mismo como por ejemplo la de Alonso Mas¹⁰⁵: según la tesis de la autora "la expresión interés público... puede considerarse básicamente formal: un interés será público cuando así lo haya calificado el Legislador o el Constituyente".

Y en palabras de Ramón Parada¹⁰⁶ el interés público es "un interés común que aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, si favorece al menos a una fracción importante de sus miembros". Es difícil determinar la fracción importante y los intereses en juego dentro de la fracción y entre varias fracciones de la sociedad. Parece que en el

¹⁰⁴ Véase Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.58 y asimismo Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.363.

¹⁰⁵ Alonso Más, M^a José, "La solución justa en las resoluciones administrativas", ed. Universidad de Valencia, 2004, p. 85.

caso de este concepto el mecanismo de determinar el interés público es muy semejante a la "regla de la razón" del derecho norteamericano.

El art. 4.4 LDC prevé asimismo la posibilidad de una autorización provisional en caso del silencio del Tribunal de Defensa de la Competencia en plazo de 3 meses después de la presentación de la solicitud de autorización. En la tesis de Tornos Más se trata, en este caso de “compatibilizar el interés privado en poder actuar con rapidez y agilidad en el mercado y el interés público en no perder el control de estas actividades por el transcurso de breves plazos sin adoptar una resolución expresa, caso, en que no se trata de ningún supuesto de silencio administrativo”.¹⁰⁷ En caso de no autorización no se prevén efectos retroactivos con respecto del acuerdo notificado por el período de aplicación provisional - RTDC de 30 de abril 1997, expte. r 206/97, asunto Cooperativa Farmacéutica Asturiana .

En caso de una aplicación frecuente del citado precepto es posible que varias empresas se beneficien de la situación de no ser multadas por el período de silencio del Tribunal de Defensa de la Competencia y esto crea peligro de que se produzcan daños al Mercado por la inactividad administrativa justificada por el art. 4.4 LDC.

La Ley de Defensa de la Competencia, en su art. 10.4 prevé asimismo la posibilidad de interposición de autorización en un expediente sancionador. En este caso la situación está pendiente hasta la conclusión del expediente autorizador, pero sólo cuando después de un examen provisional el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha adoptado una decisión oponiéndose a la ejecución de los actos que son objeto de la autorización (art. 10.4 in fine).

Soriano García apunta¹⁰⁸ que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que ponga fin al expediente sancionador en este caso contendrá por separado la declaración que proceda sobre la práctica y se adjuntará a la misma la declaración que proceda concediendo o denegando la autorización -RTDC de 6 de octubre de 1993, expte. 332/93, asunto Relojos Breitling: el Tribunal declara la existencia de la conducta prohibida y autoriza el contrato-tipo de distribución selectiva.

¹⁰⁶ Parada, R. “Derecho Administrativo”I, op. cit., p. 381.

¹⁰⁷ Tornos Más, J. “Comercio interior y exterior”, citado por Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.356.

¹⁰⁸ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 511-515.

Simultáneamente pueda suceder que se conceda una autorización y que se imponga la sanción. Así que si la práctica resulta autorizada se debe de tener en consideración la autorización para modular la condena.

2.3. Renovación, modificación y revocación de las autorizaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁰⁹.

La razón para renovar, modificar y revocar la autorización consiste en que dicho acto surte efectos en un mercado cambiante, con una dinámica que da lugar a cambios inmediatos. De este modo las autoridades de defensa de la competencia están llamadas a efectuar no sólo un control a priori, sino asimismo a posteriori, es decir vigilar la puesta en práctica del acuerdo y por otro lado analizar las relaciones de dicho acuerdo o práctica con las transformaciones del mercado.

Según el art. 4.3. LDC la autorización se renueva a petición de los interesados si persisten las circunstancias que la motivaron. La renovación sucede porque a todas las autorizaciones singulares se impone un plazo que normalmente suele ser de 5 años.

En el caso de la renovación se plantea la cuestión si se trata de un nuevo otorgamiento o sólo de una prórroga¹¹⁰. El Tribunal adopta una decisión ex novo, pero en algunos casos se ha empezado a considerar la posibilidad de prórroga cuando no existe variación sustancial de las circunstancias. Es el caso de las prórrogas en que no se modifican las autorizaciones concedidas - por ej. las recientes RTDC de 28 de septiembre de 2004, expte. A55/93, asunto Morosos Sacos Papel, RTDC de 27 de septiembre de 2004, expte A87/94, asunto Morosos Material Eléctrico.

Por cambio fundamental de las circunstancias, la autorización puede ser modificada o revocada, pero sin abrir un expediente nuevo (art. 4.3 ap. 2 LDC).

En méritos del art. 4.3, ap. 3 LDC la autorización puede ser revocada en dos supuestos:

- Si sus beneficiarios incumplen las condiciones u obligaciones establecidas por el Tribunal.
- Si se comprueba que la concesión se basó en datos relevantes, aportados de forma incompleta/inexacta por las partes.

¹⁰⁹ En general sobre este tema ver Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas ante el SDC (Título III de la Ley 16/89)" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia" vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.883 y sobre el procedimiento ver Fernández Fábrega, A. "Procedimiento...", op.cit., pp.983-988.

¹¹⁰ Sanz, I. "Procedimiento de infracción ..." ,op. cit., p. 305.

Con la revocación se restaura la prohibición general - la excepción de la prohibición deja de existir.

Se pueden dar los siguientes ejemplos de modificación de autorizaciones: las RTDC de 25 de julio de 2002, expte. A 273/99, asunto Distribución Selectiva Carolina Herrera y la RTDC de 16 de julio de 2001, expte. A 265/99, asunto Distribución Selectiva Cristian Dior referentes a la incorporación de un Anexo - Internet al contrato tipo (la modificación es solicitada por el interesado).

2.4. La resolución denegatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia

En caso de denegar la solicitud de autorización (art.- 46.3 LDC) el Tribunal de Defensa de la Competencia debe ordenar la cesación de las prácticas prohibidas previniendo a los interesados que si con posterioridad a la notificación de la resolución desobedecieran, incurrirían en las sanciones analizadas. Se prevé un plazo para cesar de las conductas prohibidas con objeto de adecuarlas al sistema de competencia, establecido en la LDC.¹¹¹

2.5. Retirada de exenciones por categorías. Retirada de exenciones concedidas por Reglamentos Comunitarios.

Como se ha mencionado anteriormente en los REC se fijan condiciones en bloque por vía reglamentaria con tipos de excepción general.

Hay que subrayar que en España en todos los supuestos contemplados en el Real Decreto 374/2003 se hace remisión expresa a los Reglamentos Comunitarios.

La retirada de una exención por categoría se realiza por razones objetivas: no es ni una revisión de oficio ni suspensión de un derecho subjetivo preexistente porque se restablece la prohibición general de la norma. Las razones objetivas pueden ser las siguientes¹¹²:

- cuando en el mercado no exista competencia efectiva de productos idénticos o similares,
- cuando existan prácticas concertadas horizontales relativas a los precios de venta,
- cuando, tratándose de acuerdos de los regulados en el Reglamento(CE) 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre, 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio o 240/1996

¹¹¹ Véase Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.364.

de la Comisión de 31 de enero o aquellos que los sustituyan, el acuerdo afecte a una cuota que supere el 20% del mercado del producto o productos objeto del mismo y de los considerados idénticos o similares por los usuarios

- cuando la existencia de redes paralelas de acuerdos similares provoquen un efecto acumulativo que cause una restricción apreciable de la competencia
- cuando los intermediarios o usuarios no puedan procurarse los productos contemplados en las condiciones practicadas normalmente en mercados diferentes del afectado por el acuerdo o existan obstáculos de acceso de otros proveedores al mercado afectado.

Además, el procedimiento de retirada se puede iniciar cuando se den las condiciones de retirada previstas en el Reglamento Comunitario.

3. Aspectos comunes de todas las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En primer lugar hay que subrayar que las Resoluciones del TDC concluyen el expediente administrativo y contra ellas no proceden recursos en vía administrativa, excepto el recurso potestativo de reposición ante el propio TDC, sino en vía jurisdiccional (contencioso-administrativa).

La segunda nota importante es la obligatoriedad de la inscripción de la Resolución en el Registro de Defensa de la Competencia: esta inscripción no tiene efectos constitutivos. Dicho registro es público y en él se inscriben los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha autorizado y los que ha declarado prohibidos total o parcialmente, así como las operaciones de concentración o de toma de control (art. 35 LDC).

En tercer lugar todas las Resoluciones del TDC deben ser notificadas (art. 46.5 LDC) a los interesados. Las Resoluciones sancionadoras se publican en el BOE y en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o las empresas sancionadas. El coste es a cargo de la persona sancionada, lo que lleva a veces al incumplimiento de dicha obligación¹¹³, aunque la LDC en su art.11d) prevé la imposición de multas coercitivas. El Tribunal de

¹¹² Bermejo Zofío, F. “Procedimiento de conductas restrictivas...”, op. cit. , p.874 y sobre el procedimiento Fernández Fábrega, A. “Procedimiento...”, op.cit., pp.988-989.

¹¹³ Véase Fernández Fábrega, A. “Procedimiento...”, op.cit., pp.953-956.

Defensa de la Competencia puede asimismo acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras (art. 46.5 ap. 2LDC).

Aunque en el primer caso (la publicación de las resoluciones sancionadoras), se puede causar perjuicio a la parte sancionada, las razones de legalidad y seguridad jurídica predominan sobre el interés privado (por ej. la RTDC de 23 de diciembre de 1997, expte. 404/97, asunto Funerarios de Madrid, donde se establece: “Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el BOE y en dos diarios de máxima difusión en Madrid”).

Creo que la publicación de las decisiones sancionadoras es conveniente, siempre incluyendo los nombres de todas las empresas infractoras.

En cuarto lugar en relación con las Resoluciones sancionadoras el art. 13 LDC admite la posibilidad de otras responsabilidades que en cada caso procedan. Aquí otra vez es relevante el principio *non bis in idem*¹¹⁴: las demás autoridades públicas siempre deben de tener en cuenta la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El art. 13 LDC deja abierta la vía jurisdiccional civil para el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 13.2 LDC): el Tribunal de Defensa de la Competencia puede a solicitud del Organo jurisdiccional emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que las partes tienen que satisfacer a los denunciantes y terceros perjudicados (art. 13.3 LDC).

¹¹⁴ En la STS de 20 de febrero 1992 el Alto Tribunal estableció que dicho principio aunque no aparece consagrado constitucionalmente de manera expresa ha de entenderse integrado en el principio de legalidad y seguridad jurídica consagrado en el art. 9 de la Constitución Española. El Tribunal Supremo establece que la inmodificabilidad de las resoluciones firmes y definitivas tiene un amparo constitucional en la norma del art. 24.1 CE, pero también resulta de la normativa legal ordinaria y jurisprudencial (el art. 1252 del Código Civil en concordancia con los arts. 222 y ss. de la Ley del Enjuiciamiento Civil) en relación con la presunción de la cosa juzgada. De tal manera según el TS "no es admisible que en un segundo y ulterior proceso se pueda desconocer o disminuir de cualquier manera el bien reconocido en la Resolución o Sentencia anterior y que de concurrir la cosa juzgada resultaría un contradictio manifiesto entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de accederse a conocer de nuevo". La finalidad del proceso tiende a conseguir la seguridad jurídica así que deviene obvio que cuando haya de desembocarse en dos Resoluciones que puedan resultar opuestas y contradictorias entre sí puede y debe acudir al principio general del Derecho "non bis in idem"... Dicha STS ha sido citada en varias resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, por ejemplo la reciente RTDC de 21 de julio de 2004, expte. 562/2003, asunto Colegio Notarial Bilbao, la RTDC de 1 de abril 2004, expte. 557/03, asunto Astel/Telefónica, etc...

4. OTRAS ACTUACIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.1. Funciones asesoras y de información.

Una de las características del Tribunal de Defensa de la Competencia como Organismo independiente es la facultad de proponer al Gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda para que adopte o inste a la autoridad pública competente la modificación o supresión de las prácticas de restricción de la competencia, establecidas legalmente (art. 2.2 LDC). El Gobierno es libre de seguir o no el informe.

Otras funciones consultivas del Tribunal de Defensa de la Competencia vienen expuestas en el art. 26 LDC:

En primer lugar el Tribunal de Defensa de la Competencia puede ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los Departamentos ministeriales, las CC.AA., las Corporaciones Locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios (art. 26.1 LDC).

Aquí se trata de una importante función asesora que realiza el Tribunal, siendo centro de reflexión y de interposición de opiniones, lo que le permite asimismo perfeccionar sus soluciones en materia de defensa de la competencia.

En segundo lugar el Tribunal de Defensa de la Competencia, a semejanza de la FTC de los EE.UU. realiza estudios y trabajos de investigación en relación con los problemas actuales de la competencia (art. 26.2 LDC). Según Petitbó Juan¹¹⁵ la elección de las actividades sometidas a examen en los informes se sustenta en el hecho de que tanto los servicios como determinadas actividades están fuertemente protegidos de la competencia: en algunos casos, por la imposibilidad material de realizar intercambios a través del comercio exterior, en otros, por la existencia de barreras apoyadas en normas legislativas o administrativas. Se debe insistir una vez más que el informe carecía de carácter vinculante, pero puede servir de directriz para el Parlamento/Gobierno. Es importante destacar que durante la presidencia del TDC de Fernández Ordoñez, el TDC elaboró una serie de estudios en materia de desregulación, inicialmente incluidos en el correspondiente Plan de Convergencia, que fueron objeto de una amplia difusión y de favorables comentarios, por cuanto contribuyeron a introducir competencia en algunos

¹¹⁵ Petitbó Juan, A. "La defensa de la competencia en España a partir del art. 38 de la Constitución Española", en "Economía industrial", Nº 349/350, p. 136.

sectores que habían permanecido al resguardo de ella. Esta facultad del TDC actualmente es suprimida y trasladada al SDC¹¹⁶.

El art. 26.3 LDC define uno de los puntos más importantes de las competencias consultivas del Tribunal de Defensa de la Competencia: el Tribunal emite informes sobre los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifican o derogan los proyectos de normas reglamentarias que desarrollen la Ley de Defensa de la Competencia así como sobre la misma Ley. De este modo el Tribunal puede asesorar el Poder Legislativo o el Gobierno con el fin de mejorar el sistema normativo que establece las prohibiciones en materia de competencia y por otro lado dar su aporte para impedir la aprobación de normas que podrían afectar la competencia en el Mercado español.

A estas funciones se debe añadir la obligación de Tribunal de Defensa de la Competencia de emitir un dictamen no vinculante en materia de control de concentraciones (art. 16 LDC), elaborar el informe en materia de ayudas públicas (art. 19 LDC) y la posibilidad de emitir informe sobre la procedencia y cuantía de la indemnización por resarcimiento de daños y perjuicios por vía jurisdiccional civil (art. 13.3 LDC).

En último lugar, según el art. 27 g) LDC una de las competencias del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia es elaborar su Memoria Anual que refleja las actividades del Tribunal de Defensa de la Competencia durante el año y de este modo es una fuente de información para conocer las funciones y el trabajo del Tribunal durante el año.

4.2. Competencias parajudiciales: la función arbitral.

Otra característica del Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano independiente es su función arbitral. En este sentido el art. 25 g) LDC establece: compete al Tribunal de Defensa de la Competencia asimismo: "realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomiendan las leyes y en particular las establecidas en el art. 7 de la Ley 21/1997 de 3 de Julio, reguladora de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos".

En este sentido según Gómez-Reino y Carnota¹¹⁷ la Ley de Defensa de la Competencia habilita al Tribunal de Defensa de la Competencia para ejercer la actividad

¹¹⁶ Véase Berenguer Fuster, L. "Sisistema...", op.cit., p.25, que recomienda una reforma de la ley con objeto de fortalecer la posibilidad de realizar estudios e informes por el TDC en materia de competencia.

arbitral, pero la deja sin concretar, remitiéndose a lo que prescriban otras leyes, en particular la Ley 21/1997 de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos.

Considero que la actividad arbitral, por su carácter de resolución de conflictos sin el sometimiento riguroso de un procedimiento determinado, presupone una discrecionalidad elevada a la hora de tomar decisiones. Manzanedo Mateos ha puesto de relieve que la actividad de arbitraje es un instrumento muy adecuado “para captar la esencia institucional de una serie de técnicas administrativas concretas cuyo común denominador es la composición de intereses, cuando tal composición se efectúa sustancialmente entre intereses privados y no entre interés público y privado como en el caso de la autorización; por descontado que la actuación administrativa de arbitraje no se ejerce "en vacío", sino en conexión con un interés público, prevalente a los intereses privados en juego; pero lo que matiza su esencia es que estos últimamente se presentan como contrapuestos, pretendiendo su armonización por la acción administrativa”¹¹⁸.

Actualmente la actividad arbitral del TDC tiene carácter limitado.

4.3. La función tutelar respecto al Servicio de Defensa de la Competencia

Se trata de la tutela que efectúa el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el funcionamiento de los mercados, a través del Servicio de Defensa de la Competencia a quien pueda instar abrir investigaciones. A esto se puede añadir el control de los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que se va a analizar más adelante y la posibilidad de formular propuestas motivadas al Gobierno para actuar en casos concretos modificando o suprimiendo situaciones de restricción a la competencia(art. 2.2. LDC).

4.4. Las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones económicas.

Se debe enfatizar una nota general en relación con el control de las concentraciones, tomada del derecho norteamericano: las concentraciones pueden ser positivas para la competencia, sólo aquellas que han sido estudiadas y se considere que puedan afectar negativamente la competencia, deben ser prohibidas.

¹¹⁷ Gómez-Reino y Carnota, E. "El arbitraje administrativo en derecho de la competencia" en RAP N° 162 de 2003, pp. 7-19; González Navarro, F. "La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia", RJN N° 9, 1990; Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", op. cit., p. 389.

¹¹⁸ Manzanedo Mateos, J. A. "El comercio exterior...", op. cit., p. 341.

El Tribunal de Defensa de la Competencia efectúa la segunda fase de la revisión de las operaciones de concentración¹¹⁹: en este sentido debe emitir un dictamen¹²⁰ sobre la concentración en un plazo de dos meses al Gobierno, que tiene atribuida la facultad decisoria en el ámbito de las concentraciones económicas, lo que, en palabras de Berenguer Fuster “pone en cuestión la independencia del sistema institucional de defensa de la competencia”(art. 16.1 LDC).El mismo autor considera que hay que conceder la última palabra al órgano encargado de defensa de la competencia “con independencia de la posibilidad de dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada puede ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional”¹²¹.Si se acepta dicha modificación de la LDC el sistema garantizaría una vez más, en cierto grado, la independencia política del TDC.

En el Anexo N° 4 se pueden ver los expedientes de concentraciones, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003. El objeto del dictamen es la apreciación de los efectos restrictivos previsibles o constatados de la operación; los elementos del análisis del Tribunal son¹²²:

- la estructura del Mercado¹²³.

¹¹⁹ Para un análisis más detallado ver Rodríguez González, M. J. “El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed Bosch, Barcelona 2005, pp.885 – 929 y González Díaz, J. M. “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed Bosch, Barcelona 2005, pp.629 – 747 y para la propuesta de reforma de la normativa española sobre concentraciones entre empresas ver Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco, op. cit. pp.59 y ss.

¹²⁰ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., pp.232- 234 y Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.16.

¹²¹ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.26.

¹²² Arpón de Mendivil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España", en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 321-357.

¹²³ Los elementos del análisis del mercado son los siguientes:

1. Creación o refuerzo de una posición dominante: el Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido que existe posición dominante de una empresa cuando "su poder económico o independencia de comportamiento es tal que le permite actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores" - RTDC de 29 de Julio de 1999, expte 438/38 asunto Interflora.
2. El grado de concentración en el mercado para lo que se emplea el Herfindahl - Hirschman Index (HHI): este índice se calcula sumando los cuadrados de las cuotas individuales de los partícipes en la fusión - por ej. tres empresas participantes con 35%, 35% y 30% = $35^2 + 35^2 + 30^2 = 3350$.
De este modo se dan las siguientes directrices, siguiendo el modelo norteamericano:
 - HHI inferior a 1000 = la concentración se refiere a un mercado poco concentrado y no tendrá efectos anticompetitivos = se puede autorizar.
 - HHI entre 1000 y 1800 = se trata de una concentración moderada: si una concentración produzca un aumento del HHI de más de 100 puntos tras la concentración se pueden producir riesgos para la competencia.
 - HHI por encima de 1800 = se trata de un mercado muy concentrado y si tras la concentración el HHI aumenta con más de 50 puntos en función de los demás elementos de la investigación del mercado se

- Las posibilidades de elección a los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios.
- El poder de las empresas.
- La evolución de la oferta y la demanda.
- La competencia exterior.

Según el mismo TDC es fundamental para la libre actuación en el mercado que los competidores se mantengan independientes. En caso contrario es fácil que la competencia efectiva se vea afectada por conductas restrictivas tales como acuerdos de reparto de mercados, que permiten optimizar los resultados de las inversiones, realizadas en sectores con expectativas de fuerte crecimiento, en contra de los intereses de otros competidores y de los consumidores¹²⁴. Escudero considera, que aun cuando las participaciones accionariales no impliquen el control sobre las empresas que compiten en un mercado, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas supone el acceso a determinada información estratégica y la posibilidad de su intercambio con otros competidores, especialmente si el accionista es miembro de los Consejos de Administración de dos o más de estos competidores. Así, aunque no se produjese la creación o refuerzo de una posición de dominio, la presencia de la empresa fusionada podría amenazar la competencia. En consecuencia, el TDC ha condicionado la autorización de varias operaciones de concentración con objeto de limitar las participaciones cruzadas de las entidades fusionadas en otros competidores y la

pueden producir riesgos para la competencia y si el aumento en el HHI fuera de más de 100 puntos, se considera que la concentración normalmente creará o reforzará una posición dominante.

3. Barreras de entrada:

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha identificado los siguientes elementos que pueden ser barreras de entrada:

- La normativa sobre el acceso a la actividad y su ejercicio y el riesgo de su modificación-asunto BS/BCH, expte. C39/99, y asunto Unión Eléctrica Fenosa/Hidrocantábrico, expte C54/00.
 - La asimetría de la información que está en posesión del que controla el mercado, - asunto Alianza Bus/Enatcar, expte. C45/99.
 - La captura del regulador - asunto Alianza Bus/Enatcar, expte. C45/99.
 - El acceso a los activos estratégicos para el negocio - asunto Unión Eléctrica Fenosa/Hidrocantábrico, expte. C54/00.
 - Los costes de inicio y desarrollo de la actividad - asunto BS/BCH, expte. C39/99.
 - La integración vertical de actividades complementarias en la cadena de producción - asunto BS/BCH, expte. 39/99 y asunto BBV/Argentaria, expte. C47/99.
4. Efectos en otros mercados afectados por la operación - según el art. 34 del RDL 6/2000, modificado por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 2001, Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.
5. La eliminación de un competidor que ejerce una influencia competitiva en el mercado.
6. Si el mercado geográfico coincide con el mercado nacional.

¹²⁴Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., pp.211- 212.

presencia de representantes de estas empresas fusionadas en los consejos de dirección de empresas competidoras¹²⁵.

El TDC tiene atribuido, asimismo, el deber de valorar las restricciones accesorias. Arpón de Mendivil ofrece un ejemplo típico de estas: los compromisos de no competencia que asume el vendedor en el caso de venta de su empresa en términos generales por un plazo de tres años cuando la venta incluya asimismo Know-how¹²⁶.

Existen asimismo criterios positivos (art. 16.1 LDC) que se asemejan a los criterios a considerar en los casos de las autorizaciones singulares:

- La mejora de los sistemas de producción y comercialización.
- El fomento del progreso técnico y económico.
- La competitividad internacional de la industria nacional.
- Los intereses de los consumidores y usuarios.

De este modo se ofrece un análisis que incluye tanto los efectos sobre la competencia, como asimismo otros factores importantes de interés público.

Se puede resumir que no existe una facultad decisoria a favor del TDC en materia de concentraciones, sino que dicha autoridad se limita a funciones asesoras al Gobierno, ofreciendo un análisis exhaustivo de las condiciones de mercado y de las mismas operaciones de concentración.

4.5. Las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas¹²⁷.

Como es sabido, la teoría económica ha puesto de relieve que la ayuda pública en general distorsiona la competencia, pero existen ayudas que pueden ser establecidas por los intereses generales o el "interés común" de la UE¹²⁸.

En esta materia el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente (según el art. 19 LDC), de oficio¹²⁹(se trata de una modificación reciente de la LDC, introducida por la Ley 52/1999) o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, para analizar "los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Arpón de Mendivil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones...", *op.cit.*

¹²⁷ Ver Ripoll Navarro, R. y Fuertes Jiménez, E. M. "El régimen de las ayudas públicas I: visión general y aspectos sustantivos" y Rodríguez Curiel, J. W. "El régimen de las ayudas públicas II: Procedimiento" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", ed. Bosch, Barcelona 2005, pp. 1155 - 1300

¹²⁸ Rodríguez Curiel, J. W. "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 388.

¹²⁹ Véase a este respecto Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos de la reforma...", *op.cit.*, pp.72-73 y berenguer Fuster, L. "Sistema...", *op.cit.*, p.18.

efectos sobre las condiciones de competencia, con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros”. Este informe es público. La actuación del Consejo de Ministros ha de producirse a la vista del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia¹³⁰.

La motivación de la modificación o supresión de los criterios de concesión de las ayudas públicas debe ser siempre el mantenimiento o restablecimiento de la competencia¹³¹.

Como se puede observar, la LDC no atribuye al Tribunal instrumentos reales en este ámbito fundamental para el régimen de competencia, es decir existe una capacidad de acción muy limitada del TDC¹³², sin existir ningún procedimiento con garantías formales¹³³. Se delega al Gobierno la facultad de adoptar las decisiones y en este contexto Beneyto señala que se trata de una aparente ausencia de límites en las medidas que el Consejo de Ministros pueda proponer a los poderes públicos. Escudero y otros autores afirman que la razón de todo ello descansa en que existe una contradicción en cuanto que la definición de ayuda es muy similar en el derecho comunitario y nacional de la competencia, mientras que los objetivos que el sistema nacional persigue difieren significativamente de los objetivos que persigue el régimen comunitario: mientras que los arts. 87 y 88 TCE parten de una prohibición general de las ayudas de estado a las empresas en cualesquiera de sus modalidades, que puede ser únicamente exepuada bajo unas determinadas condiciones, el art. 19 LDC no cuestiona la concesión de las ayudas, sino únicamente los criterios de la concesión, es decir, su posible discrecionalidad o selectividad arbitraria, y ello en la medida en que dichas ayudas pueden tener efectos estructurales sobre el mercado¹³⁴. Beneyto¹³⁵ considera que de esta manera, lo que debería suprimirse o modificarse, si se constatan sus efectos anticompetitivos, deben ser los criterios de la concesión y no las ayudas, un análisis básicamente de conveniencia

¹³⁰ Sobre la reforma en el régimen de las ayudas públicas ver Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco, op. cit., pp.62 y ss. donde se propone dotar a las autoridades nacionales de defensa de la competencia de un mayor papel de análisis previo y evaluación.

¹³¹ Rodríguez Curiel, J. W. "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 388.

¹³² Véase Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp.278-279; Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.26; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.374- 375 y 377- 378.

¹³³ Beneyto, J. "Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria", GJUEC, octubre-noviembre 1999, pp.31-41, p.33.

¹³⁴ Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp.278- 279.

¹³⁵ Beneyto, J. "Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria", GJUEC, octubre-noviembre 1999, pp.31-41, p.33.

política. Con objetivo de evitar en cierta medida un tal análisis se puede sugerir la atribución de un mayor papel de evaluación al TDC.

5. Leyes aplicables por el Tribunal de Defensa de la Competencia en cumplimiento de sus facultades en materia de competencia

Las leyes nacionales (además de la normativa comunitaria en la materia) de aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia son básicamente las siguientes: la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia, la Ley 6/1997 de 14 de Abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el RDL 1091/1988 de 23 de septiembre, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RDL 2/2000 de 16 de Junio, el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por el RD 864/2003 de 4 de julio, las normas de desarrollo de las leyes citadas y de las demás normas que resulten de aplicación.

VII. EL CONTROL SOBRE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El control político sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia

Según el art. 20.6 de la Ley de Defensa de la Competencia el Ministerio de Economía ejerce el control de eficacia sobre la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia¹³⁶. El mismo art. 20.6 LDC remite a la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que dispone en su art. 51 que el control de eficacia "tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados". Es importante recordar una vez más que el nombramiento de los vocales del Tribunal de

¹³⁶ Véase Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.18, que señala que se trata de un extraño sistema de concebir la independencia del TDC.

Defensa de la Competencia se efectúa a propuesta del Ministro de Economía y el nombramiento se realiza por Real Decreto.

En este lugar se debe enfatizar en que la independencia de las Agencias Independientes (en nuestro caso el Tribunal de Defensa de la Competencia) nunca es total como señalan García de Enterría y T. R. Fernández¹³⁷, ni es total la ruptura de los vínculos que unen estas autoridades con el Gobierno. En palabras de Fernández Ordóñez¹³⁸ “muchas veces los poderes públicos son los únicos que puedan compensar el inmenso poder de los monopolistas...”.

Bétancor Rodríguez¹³⁹ analiza la cuestión de las competencias para controlar el funcionamiento "gravemente dañoso o contrario a la función legal que le corresponda a las Agencias Independientes". El Gobierno debe asegurar en última instancia que el Tribunal de Defensa de la Competencia cumple la función encomendada, velando por la eficacia del ente y, por otro lado, separando al personal directivo que, por falta de aptitud o diligencia, lo obstaculiza: el Gobierno dirige y controla en la medida establecida por las Leyes las Agencias Independientes, y - de manera correlativa - es el responsable político y administrativo de su correcto funcionamiento, no tanto de su funcionamiento ordinario, pero sí del gravemente dañoso o contrario a la función legal que le corresponde. En cambio, no se le podría exigir responsabilidades cuando su funcionamiento es más o menos discutible o, incluso, contrario a las orientaciones políticas del Parlamento o del Gobierno.

2. El control jurídico sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia

2.1. Jurisdicción.

De acuerdo con lo establecido en el art. 49 LDC y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los actos que agoten la vía administrativa, serán recurribles en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Según el art. 86 de la misma ley las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

¹³⁷ García de Enterría, E. y T.R. Fernández "Curso de derecho administrativo I", 11ª edición, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 430.

¹³⁸ Fernández Ordóñez, M. A. "La competencia", ed. Alianza Editorial, Madrid 2000, p.115.

¹³⁹ Bétancor Rodríguez, A. "Las administraciones independientes", ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 191.

Baño León¹⁴⁰ apunta que la atribución de competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa tiene sus ventajas, porque permite un control más preciso de la legalidad administrativa de acuerdo con las técnicas y principios del Derecho Administrativo: el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano administrativo especializado en una materia determinada y es lógico atribuir competencias para impugnar sus actos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.2. Legitimación.

La doctrina y la jurisprudencia definen la legitimación como la cualidad de quién aparece como recurrente, lo que consiste en hallarse en una específica relación con el objeto de las pretensiones que se ejercitan en el proceso, bien porque es titular de un derecho, bien porque es titular de un interés legítimo. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de enero de 1999 señala que existe un interés legítimo cuando "...pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar el accionante en condiciones legales y materiales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso, de orden moral..."¹⁴¹

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de junio de 1990 señala que "la legitimación es una condición de la admisibilidad del proceso, no de la existencia misma de la pretensión en él deducida; es un derecho a ser demandante en un determinado pleito, no derecho a una sentencia en el sentido pedido por la demanda; pues lo que condiciona el mero ejercicio de la acción no puede a la vez condicionar el resultado del proceso en que se conoce de ella."¹⁴²

El art.19, párrafo 1 letra b) de la Ley 29/ 98 establece que las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos o entidades están legitimados ante el orden contencioso – administrativo¹⁴³.

2.3.El fallo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo.

El fallo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo será la declaración de la inadmisibilidad del recurso(las causas de inadmisión del recurso están tasadas en el art.69 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa), o bien su

¹⁴⁰ Baño León, J. M. "Potestades administrativas...", op. cit, p. 231.

¹⁴¹ Véase asimismo la Sentencia de la AN de 19 de julio de 2001, denegando la legitimación del recurrente.

¹⁴² Jurisprudencia citada por Pedraz Calvo, M. "Control jurisdiccional en España" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia",ed. Bosch, Barcelona 2005; ver asimismo Pedraz Calvo, M "Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del TDC" GJUEC N 212/ 2001, 219/ 2002, 228/ 2003 y 230/ 2004.

¹⁴³ Ver Sentencia 45/ 2004 del Tribunal Constitucional en relación con la legitimación de los Colegios Profesionales.

estimación o desestimación (art.67 a 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa).

En cuanto a la inadmisibilidad el Tribunal Supremo(Sentencia de 26 de diciembre de 1996) ha establecido que “no conculca el derecho de tutela(garantizado por el art.24.1. de la Constitución Española) la Resolución de inadmisión que, comprobada la inexistencia de un requisito procesal, impide al Tribunal conocer el fondo del asunto”.¹⁴⁴

Las sentencias desestimatorias declaran la conformidad a derecho del acto impugnado y lo confirman.

Dentro de las sentencias estimatorias(la estimación puede suponer la declaración de nulidad total o parcial del acto administrativo – art.71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa), se pueden distinguir los siguientes supuestos¹⁴⁵:

- A. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido una infracción, pero revocar la imposición de la sanción (por ej. Sentencia de la AN de 15 de febrero de 2000).
- B. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido infracción y la imposición de la sanción, pero no la cuantía de la misma (Sentencia de la AN de 17 de abril y de 11 de mayo de 2000 donde la AN reduce el importe de la multa, establecido por el TDC).
- C. Se puede confirmar la cuantía de la multa, pero alterar las fechas relevantes para la imposición, o los parámetros tenidos en cuenta por el TDC para calcular la misma, vistas las disposiciones del art. 10 LDC (Sentencia de la AN de 21 de junio de 2000).
- D. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido una infracción, intimar a los responsables a que cesen en la conducta, imponer una sanción, ordenar la publicación del acuerdo sancionador, pero anular una o varias partes del acuerdo de la adopción de actuaciones positivas por las empresas sancionadas (Sentencia de la AN de 12 de diciembre de 2000).

¹⁴⁴ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/95 de 6 de noviembre de 1995.

¹⁴⁵ Pedraz Calvo, M. “Control jurisdiccional en España”, op. cit. pp.1049 –1053.

E. Se puede declarar cometida la infracción cuando el TDC había sobreesido o archivado el expediente, ordenando que se proceda a la imposición de la multa (Sentencia de la AN de 19 de febrero de 2003).

F. Se puede revocar el archivo y ordenar la incoación del expediente sancionador (Sentencia del TS de 22 de mayo de 2002).

Se puede concluir con una nota importante: es necesaria una especialización más estrecha de los jueces en la aplicación del derecho nacional y comunitario de la competencia, tratándose de asuntos económicos con un alto grado de importancia. Los jueces se encuentran con dificultades para identificar algunos supuestos de hecho y además existen cuatro grupos de problemas¹⁴⁶ a la hora de dictar las sentencias:

1. En primer lugar, en relación con las medidas cautelares porque en la práctica resulta difícil dictar la Resolución (de la Audiencia Nacional) antes de transcurridos los seis meses¹⁴⁷.

2. En segundo lugar, en relación con la confidencialidad de los expedientes administrativos.

3. En tercer lugar se dan casos de litigios, donde una multiplicidad de recurrentes provoca múltiples impugnaciones contra un único acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia.

4. En cuarto lugar, si la Sala de lo Contencioso Administrativo dicta una Sentencia declarando cometida una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia y no apreciada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, su pronunciamiento debe limitarse solo a la declaración: la orden de cesación, la imposición de sanciones y la adopción de otras medidas deben ser adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

¹⁴⁶ Pedraz Calvo, M. "Problemas que se plantean en la tramitación y resolución de los recursos contencioso-administrativos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia" en Ortíz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 175-178.; Pedraz Calvo, M. "Control jurisdiccional en España", op. cit., pp.1042 – 1047.

¹⁴⁷ Ver el art. 45.6 LDC.

VIII. LA FINANCIACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Las fuentes de la financiación del Tribunal de Defensa de la Competencia son los siguientes:

1. Los ingresos públicos, procedentes de los Presupuestos Generales del Estado: En el Anexo N° 5 se desglosan los recursos presupuestarios del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El anteproyecto de presupuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia se elabora por el propio Tribunal con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y se debe remitir a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, ya integrado en los Presupuestos Generales del Estado.

2. Asimismo existen ingresos propios derivados de los rendimientos de la actividad y del patrimonio del Tribunal de Defensa de la Competencia - art. 20.4 a) y b). El art. 57.1 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración: el 50% de la recaudación obtenida por el pago de la tasa se afectará a los recursos del Tribunal de Defensa de la Competencia como ingresos propios (art. 57.9 LDC).

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispone asimismo de su patrimonio (art. 20.4 LDC en relación con los arts. 48 y 56 de la LOFAGE).

El control financiero sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia sigue el régimen general de control permanente, llevándose a cabo por una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Tribunal de Cuentas - art. 20.5 ap. 3 LDC.

A través del control del Tribunal de Cuentas se efectúa asimismo el control parlamentario sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia.

B. EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. GÉNESIS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El Servicio de Defensa de la Competencia fue creado por la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, como un Organismo Administrativo sujeto a la jerarquía ministerial, que se integraba en el Ministerio de Comercio. Su función principal era la instrucción de los procedimientos¹⁴⁸. Por medio de la dependencia orgánica del Ministerio de Comercio el Gobierno se aseguraba un control inmediato que limitaba la capacidad de maniobra del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁴⁹. Todavía existen críticas en la doctrina respecto a la naturaleza jerárquica del Servicio de Defensa de la Competencia, integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda porque la instrucción es decisiva para la eficacia de la defensa de la competencia¹⁵⁰. Según Alonso Soto¹⁵¹ con la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (por la Ley 52/1999) se reducen sustantivamente las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia, ampliándose al mismo tiempo, las del Servicio de Defensa de la Competencia. Las "nuevas" facultades, atribuidas al Servicio de Defensa de la Competencia por la Ley 52/1999 son las siguientes:

- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para elaborar informes en materia de liberalización económica.
- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para informar los proyectos de ley que contienen restricciones a la competencia y puede proponer al Gobierno la reforma de la legislación de defensa de la competencia (art. 31 LDC).
- El Servicio de Defensa de la Competencia tiene atribuida la potestad de terminar los procedimientos de modo convencional mediante acuerdo con las partes.
- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para dirigir informes y recomendaciones a las administraciones públicas.

¹⁴⁸ Sobre el génesis del SDC ver especialmente Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., pp.118-120.

¹⁴⁹ Baño León, J. M. "Potestades administrativas...", op. cit, p. 161.

¹⁵⁰ Ibíd, pp. 161-164; Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de enero 1989 "La libre competencia en España"; Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y sus principales novedades" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 300.

¹⁵¹ Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones..." op. cit. pp. 300-302; En el mismo sentido ver Escudero, A. "Apuntes...", op.cit., p.34; Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit, p.81; Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.17.

- El Servicio de Defensa de la Competencia efectúa la cooperación con los organismos de defensa de la competencia de la Unión Europea e internacionales.

II. ORGANIZACIÓN INTERNA DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

El Servicio de Defensa de la Competencia está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda siendo su Director el Director General de Defensa de la Competencia y está estructurado en tres Subdirecciones Generales (Anexo N° 6):

A. Subdirección General de concentraciones cuyas funciones son las siguientes:

- Detección e informe de las operaciones de concentración o de toma de control.
- Análisis e informe de toda operación de concentración notificada de acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia.
- Cooperación con los organismos de la UE en materia de concentraciones económicas.
- Asesoramiento y propuesta en materia de concentraciones.

B. Subdirección General de Conductas Restrictivas de la Competencia, cuyas funciones son las siguientes:

- Instrucción y tramitación de los expedientes de autorización.
- Inspección.
- Información, asesoramiento y propuesta en relación con las conductas que restringen la competencia incluso facultad para informar los proyectos de ley que contienen restricciones a la competencia y propuestas al Gobierno.
- Vigilancia del cumplimiento de las resoluciones del TDC y la ejecución de estas resoluciones.
- Elaboración de informes de recursos administrativos.
- Las relaciones con los Tribunales de Justicia en materia de defensa de la competencia.
- Coordinación con el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Llevar el Registro de Defensa de la Competencia.

- Cooperación en materia de prácticas restrictivas a la competencia con los organismos de la defensa de la competencia de la UE, (especialmente la Comisión) e internacionales.

C. Subdirección de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales, cuyas funciones son las siguientes:

- Estudio e investigación de los sectores económicos.
- Asesoramiento en la aplicación y desarrollo de la normativa de competencia.
- Cooperación y colaboración con las CC.AA, los órganos reguladores sectoriales e institucionales internacionales (especialmente la Comisión), pero asimismo la OCDE, la UNCTAD, etc...
- Estudios e informes sobre la problemática en materia de competencia.

Como se puede observar, analizando la estructura del SDC, el Servicio se encarga de todos los ámbitos en el área de defensa de la competencia y algunos aspectos del control de concentraciones y ayudas públicas, como asimismo de la actividad internacional, incluyendo las relaciones con las autoridades comunitarias.

III. FACULTADES Y FUNCIONES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. FACULTADES DE INVESTIGACIÓN .

Las amplias facultades de investigación e inspección del Servicio de Defensa de la Competencia encuentran su justificación jurídica en el art. 33 LDC. Dicho artículo establece la posibilidad de los funcionarios debidamente autorizados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia para realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de la Ley (art. 33.1 LDC): esta fórmula abstracta permite a los funcionarios realizar todo tipo de investigaciones con objeto de detectar las infracciones de la LDC (y estos amplios poderes de investigación están en paralelo con las disposiciones comunitarias en este ámbito), encontrando estos amplios poderes su justificación en la adaptación constante a la dinámica del mercado. Con este propósito el art. 32 LDC establece el deber de colaboración e información a "toda persona natural o

jurídica"¹⁵² (art. 32.1 LDC). El incumplimiento de la obligación establecida puede ser sancionado por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia con multas coercitivas de 60, 10 a 3.005,06 euros por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de aportación de datos e informaciones en el plazo fijado (art. 32.2) y la obstrucción de la labor inspectora puede ser sancionada por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia con una multa coercitiva de hasta 900 euros diarios (art. 33.4 LDC). De este modo las facultades de inspección están cumplimentadas por facultades sancionadoras¹⁵³.

El art. 33.2 LDC establece los siguientes métodos de investigación para los funcionarios¹⁵⁴: examinar, obtener copias o extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable y, si procediera retenerlos (por un plazo máximo de 10 días). Los funcionarios pueden solicitar asimismo explicaciones verbales y pueden ir acompañados de expertos y peritos (art. 33.3 LDC). Todos estos textos legales garantizan la posibilidad de obtener la mayor cantidad de datos para el esclarecimiento de los hechos.

Por ello se prevé asimismo la posibilidad de investigación domiciliaria¹⁵⁵:

El art. 34 LDC establece las condiciones específicas de la investigación domiciliaria: el acceso a los locales puede realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial. El primer supuesto no exige muchas precisiones a diferencia del caso de no consentimiento de los ocupantes o cuando se corre el riesgo de su oposición (art. 34.3 LDC). En este último caso el Director del Servicio de Defensa de la Competencia debe solicitar autorización de entrada al domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. En la solicitud de autorización deben constar: los sujetos investigados, los datos, documentos, y operaciones que serán objeto de la inspección, la fecha y el alcance de la investigación. De todas las entradas en locales y de la inspección se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por uno de sus ocupantes, a la que se debe adjuntar, en su caso, la relación de documentos retenidos temporalmente (art. 34.4 LDC). Con ello se pretende que el

¹⁵² El Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado varias veces, enfatizando la importancia del deber de colaboración e información, por ejemplo RTDC de 23 de julio de 1997, expte. R213/97, asunto Arquitectos de Madrid, RTDC de 9 de Julio de 1997, expte. R. 209/97, asunto Fútbol Televisado I, RTDC de 18 de octubre de 1993, expte. A63/1993, asunto TV Autonómicas, etc.

¹⁵³ Véase Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.326-328.

¹⁵⁴ Sobre la importancia de las facultades de información e inspección ver Fernández Ordóñez, M. A. "La competencia", ed. Alianza Editorial, Madrid 2000, p.131; Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op.cit., pp.852-853; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.317.

¹⁵⁵ Ver asimismo Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.76.

Servicio de Defensa de la Competencia no efectúe inspecciones genéricas en busca de informaciones y pruebas inculpatorias: las inspecciones deben organizarse, por tanto, de manera altamente seleccionada y con objetivos definidos.¹⁵⁶ El art. 34.6 LDC establece una garantía de confidencialidad, en sentido que los datos y las informaciones obtenidos sólo pueden ser utilizados para las finalidades, previstas en la Ley.

En todo caso, hay que subrayar que la investigación domiciliaria debe realizarse respetando los límites, impuestos por el art.18 de la Constitución Española¹⁵⁷.

Soriano García¹⁵⁸ da ejemplo con la RTDC de 8 de julio de 1991, expte. N° 265/90, recurso de súplica, asunto Productores de Pollos, de la cual se pueden extraer las siguientes consideraciones en relación con lo anteriormente expuesto:

A. Según el Tribunal de Defensa de la Competencia las investigaciones no precisan la existencia de un expediente sancionador que formalmente haya sido abierto, sino que pueden desarrollarse perfectamente en el contexto de unas diligencias preliminares para averiguar si hay indicios de prácticas restrictivas de la competencia que puedan motivar posteriormente la apertura de oficio de un expediente, lo cual no significa que se produzcan al margen de la legalidad.

B. Dichas investigaciones deben cumplir una serie de requisitos establecidos para garantizar la seguridad jurídica, tales como la existencia de una orden de investigación dictada por el Director General de Defensa de la Competencia en la que conste:

1. El motivo que fundamenta la investigación.
2. El sujeto pasivo de la misma.
3. Los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia autorizados para realizarla.
4. Las informaciones, datos o documentos que se pretende obtener y el levantamiento de un acta que recoja las vicisitudes de la inspección.

De este modo se puede proceder a una Información Reservada¹⁵⁹ para evitar la apertura de un expediente sancionador cuando los hechos que se denuncian no vienen respaldados por algún principio de prueba que fundamente su verosimilitud - se trata de un mecanismo para proteger los intereses de los ciudadanos para no ser objeto de

¹⁵⁶ Santos, S. “La prueba en el procedimiento sancionador de la LDC” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed.Dykinson, Madrid, 1999, p.313.

¹⁵⁷ Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.170.

¹⁵⁸ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., pp. 341-342.

procedimientos injustificados y de una mayor eficacia. Por ello el Servicio de Defensa de la Competencia en la fase del procedimiento de Información Reservada no tiene la obligación de realizar todas las indagaciones necesarias y de buscar todas las pruebas que pida el denunciante sino el deber de indagación de los elementos para fundar el acuerdo de archivar la denuncia o incoar el expediente. Por esta razón, acertadamente afirma Fernández López¹⁶⁰, este tipo de investigaciones no deberá prolongarse en el tiempo y alcanzar a supuestos en que existen ya indicios de infracción.

2. LA POTESTAD DE INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE.

Según el art. 36 LDC el procedimiento se inicia por el Servicio de oficio (por iniciativa propia, por orden superior, por el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁶¹) o a instancia de la parte interesada (por denuncia¹⁶²). Sólo el Servicio está facultado a iniciar expediente "cuando se observen indicios racionales" de la existencia de conductas prohibidas. Se trata siempre de responder a intereses y necesidades y objetivos públicos y los particulares no ostentan nada más que la posición general de "impulsores externos"¹⁶³ del procedimiento - Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992. Se trata de, en palabras del propio Tribunal "una actuación popular, ya que tiene vocación de permitir la dictatio ad populum en temas de competencia"¹⁶⁴. Pero como señala Casés, el carácter público de la denuncia no implica que ésta pueda originar en todo caso la incoación del expediente, ni determina el objeto del mismo.¹⁶⁵

Así, la iniciación no es un acto obligatorio para el Servicio de Defensa de la Competencia, sino que puede inadmitir o terminar convencionalmente el procedimiento, en los siguientes supuestos (art. 36 bis 1 LDC):

¹⁵⁹ Según el propio TDC en la RTDC de 28 de enero de 1994, asunto Caja Municipal de Ahorros, se trata de una "previa averiguación de los hechos"; a este respecto en detalle se puede consultar Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.310-311; véase asimismo Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.82.

¹⁶⁰ Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.82.

¹⁶¹ A este respecto se puede observar que la relación del TDC con el SDC por lo que se refiere a la apertura del procedimiento no está resuelta con claridad en la Ley. El TDC está fuera de la línea jerárquica en que se insiera el SDC, pero el art.25 de la LDC enumera en su letra f), entre las competencias del TDC la de "interesar la instrucción de expedientes por el SDC". En la doctrina existe una discusión si esto significaría la de ordenar la incoación del expediente- ver Bermejo Zoffo, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op.cit, p.840.

¹⁶² Sobre la iniciación por denuncia ver Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.307-308.

¹⁶³ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., p. 438; Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., p.171.

¹⁶⁴ RTDC de 2 de noviembre de 1992, cit. por Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.307.

¹⁶⁵ Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.309-310.

a) En los casos "de minimis", cuando por economía procesal se decide no perseguir una determinada conducta por su escasa importancia, aunque la conducta reúna las condiciones de los arts. 1 y 6 LDC.

b) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas de falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal cuando el Servicio de Defensa de la Competencia estime que no concurren las circunstancias previstas en el art. 7 LDC.

c) Acordar la terminación convencional de una investigación por posible infracción de los arts. 1, 6 y 7 LDC siempre que se cumplan los dos requisitos siguientes:

- Que la conducta sea contraria a la LDC,
- Que la conducta esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

La terminación convencional no se puede acordar en dos casos (art. 36 bis ap. 2 LDC):

- Si resulta contraria al ordenamiento jurídico y resulta perjudicial para terceros ,
- Si está notificado el pliego de concreción de hechos¹⁶⁶.

Se trata, en efecto, de prácticas aún no llevadas a cabo, o sólo iniciadas y que , con las debidas correcciones, no afectarían al interés público¹⁶⁷.

El art. 36 bis ap. 3 LDC establece los requisitos mínimos de los actos - acuerdos de terminación convencional de los procedimientos:

- La identificación de las partes intervinientes.
- El ámbito personal, territorial y temporal.
- El objeto y alcance de los compromisos.

Los acuerdos deben ser firmados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia y los interesados (art. 36 bis, ap. 4 LDC). Contra dichos acuerdos, como se va a leer más adelante, cabe recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 47 LDC). Según algunos autores, aunque esta facultad puede permitir una mayor flexibilidad en los procedimientos, puede causar asimismo tensiones por el reconocimiento de una discrecionalidad del Servicio de Defensa de la Competencia. En mi opinión se podría pensar atribuir dichas facultades de terminación convencional de

¹⁶⁶ Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., p.173.

¹⁶⁷ Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.84.

los procedimientos al Tribunal de Defensa de la Competencia o al Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia conjuntamente¹⁶⁸.

La incoación del expediente en los demás casos se acuerda mediante providencia - un acto de trámite (art. 36.4 LDC) en que se procede al nombramiento de Instructor y de Secretario que se notifica a los interesados antes de decidir la incoación de un expediente sancionador.

Por otro lado, cuando el Servicio de Defensa de la Competencia considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones¹⁶⁹ (art. 36.3 LDC).

El acto con el que se acuerda el archivo de actuaciones es un juicio solamente sobre la capacidad de apertura del expediente (no sobre el fondo del asunto) que es recurrible ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 47 LDC).

Un problema de especial importancia es la publicidad de la iniciación del expediente. Como señala Soriano García¹⁷⁰ existen dos principios en tensión:

1. La protección del Mercado y del interés público.
2. Evitar el daño a empresas que al final del procedimiento pueden no ser sancionadas.

El legislador ha ofrecido una solución que depende del arbitrio del Servicio de Defensa de la Competencia, empleando fórmulas como "se podrá publicar una nota sucinta, sobre los extremos fundamentos" del expediente con el propósito de que "cualquiera pueda aportar información" (art. 36.5 ap. 1 LDC). Con estas fórmulas, por un lado se da la posibilidad del Servicio de Defensa de la Competencia de proteger la parte interesada y por otro lado, en caso de que se decida la publicación, se da la posibilidad de adquirir más datos sobre el asunto.

Respecto a la publicación Casés afirma que "la justificación o procedencia de la publicidad de la incoación del expediente sancionador relativo a conductas prohibidas

¹⁶⁸ Arujo Boyd, M. "Comentario a la Ley 52/1999 de 28 de diciembre..." en Ortiz-Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 257; a este respecto Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., pp.84-85, indica que la posibilidad de adoptar o supervisar los acuerdos de terminación convencional por el TDC dilataría el procedimiento, privando a éste de su finalidad de terminar las actuaciones administrativas, pero considera que respecto a la supervisión parece suficiente la fórmula adoptada finalmente por el legislador, al posibilitar recurso ante el TDC a aquellos que acrediten un interés legítimo y no hubiesen tomado parte en el acuerdo. Así, en el supuesto de estimar el recurso, el TDC podrá dejar sin efecto el acuerdo y ordenar continuar el procedimiento y, en suma, sancionar las conductas prohibidas. El autor citado considera que así se obtiene suficiente garantía y al mismo tiempo se respeta la finalidad de la terminación convencional; ver asimismo Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.70 y 75.

¹⁶⁹ Ver Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op. cit., p.863 y Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op. cit., p.952.

por la LDC se debe encontrar en la naturaleza misma de las infracciones que se persiguen. En el expediente tramitado, además de los derechos de los directamente interesados, existe un interés público. Las conductas prohibidas por la LDC son contrarias al interés público y para ello se han de arbitrar mecanismos para posibilitar el conocimiento de su persecución más allá del normalmente estrecho vínculo de interesados”¹⁷¹. Considero que en este caso hay que considerar tanto el interés público como asimismo los intereses de los supuestos infractores, porque un perjuicio para determinadas empresas, si se trata de sectores importantes de la industria o el comercio, puede llevar a distorsiones del mercado.

La nota se puede publicar en el BOE y, en su caso, en cualquier otro medio de difusión que garantice una publicidad suficiente (art. 36.5 ap. 2LDC).

La Ley de Defensa de la Competencia prevé (en la fase de iniciación) la facultad del Servicio de Defensa de la Competencia de acumular expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa - se trata de un acto de trámite confiado a la discrecionalidad del Servicio de Defensa de la Competencia y no susceptible de recurso.

3. LA INSTRUCCIÓN DE LOS EXPEDIENTES. ACTOS DE INSTRUCCIÓN.

3.1. Instrucción del expediente sancionador.

De acuerdo con el art. 37 LDC el Servicio practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades (art. 37. 1 LDC). Según Casés se trata de una fase decisiva para el devenir del expediente en la que el SDC desarrolla plenamente su papel de órgano instructor.¹⁷²

Tal y como afirma Santos, a diferencia de los órganos administrativos ordinarios, el Servicio de Defensa de la Competencia tiene atribuidas unas prerrogativas muy superiores a las de ellos¹⁷³ - esto se debe a la misión específica de los órganos de defensa de la competencia. A ello se debe añadir una nota específica en materia de pruebas: la obtención de pruebas documentales es especialmente difícil¹⁷⁴ (la gran

¹⁷⁰ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 446.

¹⁷¹ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.315-316.

¹⁷² *Ibíd*, p.317.

¹⁷³ Santos, S. “La prueba en el procedimiento sancionador de la LDC...”, op. cit., p. 312.

¹⁷⁴ Para la obtención de la información que precise, el Instructor acudirá a todo tipo de fuentes, incluida la documentación existente en la Dirección General, en las asociaciones empresariales y en el Registro Mercantil Central donde se encuentran los estatutos, los poderes y las cuentas anuales de las sociedades- Escudero, A. “Apuntes...”, op.cit., p.172; asimismo Bermejo Zoffó, F. “Procedimiento de infracción...”, op.cit., p.856.

mayoría de los acuerdos que se denuncian como contrarios a la competencia se realizan de forma verbal o se mantienen en secreto). Por ello es necesario recurrir, con frecuencia a las pruebas de presunciones. En este caso resulta conveniente recordar los tres requisitos fundamentales para aplicar la prueba de presunciones (se trata de una doctrina generalmente aceptada por el sistema continental):

- Los hechos sobre los que se base la presunción han de ser plenamente probados.
- Existencia de un nexo causal entre los hechos probados y la infracción alegada.
- No debe existir otra justificación, que no sea la de la comisión de una infracción a la Ley, más plausible para explicar los hechos probados.

Las diligencias durante la fase de instrucción son meros actos de trámite que no resuelven de fondo el asunto ni paralizan el procedimiento - RTDC de 18 de octubre de 1993, expte. A63/93, asunto TV Autonómicas.

Las facultades del Servicio de Defensa de la Competencia durante la fase de instrucción resultan especialmente importantes ya que conforme a las pruebas obtenidas, el Servicio de Defensa de la Competencia redactará el "Pliego de Concreción de Hechos"¹⁷⁵, donde quedan fijados los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. Sobre estos hechos posteriormente resolverá el Tribunal de Defensa de la Competencia. En palabras del propio Tribunal de Defensa de la Competencia "el pliego de concreción de hechos es el único acto que define la acusación y las personas imputadas" - RTDC de 16 de enero de 1997 - expte. R171/96, asunto Unión Explosivos

2. Una vez cerrado el período probatorio, no cabe añadir hechos nuevos.

Si el Servicio de Defensa de la Competencia estima que existan conductas que podrían constituir infracción, redactará un informe¹⁷⁶ que debe expresar (art. 37.3 LDC):

- Las conductas observadas.
- Sus antecedentes.
- Sus autores.
- Los efectos producidos en el Mercado.
- La calificación de los hechos.
- Las responsabilidades que corresponden a los autores.

¹⁷⁵ Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de infracción...", op.cit., pp.854-855; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.329.

¹⁷⁶ Véase Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp.174- 176 y Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.330.

El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para valorar las pruebas y estas pruebas se recogerán en el informe final expresando si se han practicado o denegado (art. 37.1 ap. 3 LDC). El art. 37.2 LDC prevé, en la misma línea, que en cualquier momento del procedimiento, antes de redactar el informe, los interesados podrán aducir alegaciones (se trata de argumentaciones en relación con el expediente).

El informe final, acompañado del expediente se remite al Tribunal de Defensa de la Competencia. Conviene enfatizar en que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene que atenerse a la calificación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia.- RTDC de 10 de junio de 1993, expte. 319/92, asunto Liga de Fútbol.

Según Soriano García¹⁷⁷ el Pliego de Concreción de Hechos concreta el material fáctico y sobre éste material fáctico se establecen las calificaciones jurídicas posteriores, así que en el informe final se concreta la acusación. Se considera que dicho informe es un acto de juicio, pero no un acto de juicio definitivo. Se trata de una subsunción inicial del material fáctico en lo dispuesto en la Ley, porque la resolución del TDC es el acto de juicio definitivo.

Cuando tras la instrucción necesaria, el Servicio de Defensa de la Competencia considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento¹⁷⁸ (art. 37.4 LDC). El sobreseimiento es un acto del Servicio de Defensa de la Competencia con el que el Servicio expresa su voluntad de no dar comienzo a las actuaciones del expediente sancionador. A diferencia del archivo de las actuaciones que implica la no apertura del procedimiento, el sobreseimiento es un acto de cierre del procedimiento; es un acto de juicio en el que, tras la valoración de las conductas en relación con el material fáctico, se concluye que se ha de terminar el expediente no imputando conductas a los sujetos implicados¹⁷⁹. Contra el acuerdo de sobreseimiento se puede interponer recurso en méritos de los artículos 47 y 48 LDC (art. 37.4 LDC).

3.2.Instrucción del expediente de autorización.

La instrucción del expediente de autorización tiene como finalidad comprobar los supuestos de hecho que podrían justificar la autorización. De este modo, por no existir en general limitaciones a derechos y libertades de los interesados no se dan los obstáculos para la publicación de la nota, prevista en el art. 36.5 de la LDC. El

¹⁷⁷ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 459.

¹⁷⁸ Bermejo Zofío, F. “Procedimiento de conductas restrictivas...”, op. cit., p.858.

procedimiento de autorización es el único procedimiento, previsto en la Ley de Defensa de la Competencia que no se puede incoar de oficio por la Administración.

El Servicio de Defensa de la Competencia puede hacer todas las investigaciones necesarias.

Es importante que la solicitud de autorización (art. 38.2 LDC) contenga todos los datos necesarios "para poder apreciar la naturaleza y efectos de la conducta": los datos identificativos de las partes, el objeto de la solicitud y la información sobre el mercado afectado.

Concluidos todos los trámites del procedimiento ante el Servicio, el mismo debe remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia con la calificación de los hechos (art. 38.4 LDC). En los supuestos previstos en el art. 3.1 LDC se exige el informe preceptivo (y no obligatorio) del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Cuando el Servicio de Defensa de la Competencia estime que la autorización es procedente, ha de hacer, por un lado, expresa indicación del supuesto de autorización aplicable conforme al art. 3 LDC y, por otro lado, señalar si es preciso incorporar modificaciones, condiciones y obligaciones y el período de tiempo por el que ha de otorgarse la autorización - art. 8.4 del Real Decreto 378/2003 de 28 de marzo por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

4. OTRAS ACTUACIONES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. .

4.1. Proyectos de normas, informes y estudios.

El Servicio de Defensa de la Competencia elabora proyectos de normas en relación con la defensa de la competencia (art.31 j LDC) - un ejemplo es la elaboración durante el año 2003 del proyecto de Real Decreto relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia. Además, el SDC está dotado con la facultad para estudiar y someter a la aprobación del Gobierno las oportunas propuestas de modificación de la LDC (art.31 l LDC).

El Servicio de Defensa de la Competencia juega asimismo un papel importante en materia de promoción de competencia (advocacy) a través de la realización de

¹⁷⁹ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., p. 459.

informes sobre proyectos normativos (Proyectos de Ley, de Reales Decretos o de órdenes ministeriales) procedentes de otras unidades del Ministerio de Economía o de otros Ministerios. Por ejemplo, en el año 2003 se han analizado en total unos 120 proyectos normativos¹⁸⁰: se trata de un análisis del contenido del proyecto normativo desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Se viene llamando la atención sobre aquellas disposiciones cuyos efectos producen barreras de entrada o cierre de mercados. Se elaboran informes sobre concentraciones, ayudas públicas, comercio interior, seguridad alimenticia, colegios profesionales, materias presupuestarias, transportes, materias medioambientales, etc... En las mismas áreas el Servicio de Defensa de la Competencia realiza estudios con objeto de investigar las consecuencias de las actuaciones de los agentes económicos en el Mercado.

4.2.Funciones en materia de control de concentraciones.

Como se ha señalado anteriormente, las concentraciones tienen un efecto considerable sobre la estructura del mercado y de aquí- sobre la libre competencia. En este contexto es importante la labor que realiza el Servicio en dicho ámbito.

4.2.1. El Servicio de Defensa de la Competencia puede requerir la notificación de la operación de concentración (en plazo de 20 días del requerimiento). Incumplida esta obligación, el Servicio de Defensa de la Competencia puede incoar de oficio el expediente o/e imponer sanciones:

- Multas coercitivas de hasta 12 048 euros por día de retraso de la notificación.
- Multas sustantivas.

Los dos tipos de multas son acumulables.

4.2.2. El Servicio de Defensa de la Competencia estudia la concentración en la Iª Fase de revisión de la operación¹⁸¹ (la IIª fase se realiza por el Tribunal de Defensa de la Competencia y la IIIª fase- por el Gobierno). Para ello el SDC tiene atribuidas las facultades de recabar información, establecidas en los analizados arts.32, 33 y 34 LDC. Esta Iª fase puede finalizar conforme con las siguientes alternativas¹⁸²:

- el SDC puede proponer al Ministro de Economía y Hacienda la autorización expresa de la concentración - art. 15 bis 1 y 2 LDC. La autorización puede ser tácita.

¹⁸⁰ Información disponible en www.mineco.es/dgdc/sdc.

¹⁸¹ El procedimiento de esta primera fase está analizado recientemente por Rodríguez González, M.J. "El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas" en Beneyto Pérez, J.M. "Tratado de derecho de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.917-921.

¹⁸² Arpón de Mendivil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones...", op. cit. pp. 340-342.

- Solución negociada: el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia puede instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación-art. 45 ter LDC. Las partes tienen dos opciones - rechazar la terminación convencional del expediente o presentar los compromisos¹⁸³.

En nuestra opinión es conveniente dotar de esta facultad al Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano resolutorio o, como segunda alternativa, que los dos órganos (SDC y TDC) participen juntos en la negociación.

- En caso de que la operación notificada no reúne las condiciones del art. 14, pero permite la consideración por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia que la misma se valore como un acuerdo entre empresas en el sentido del art. 3 LDC, dicha operación queda sujeta al procedimiento sobre las prácticas restrictivas de la competencia (art. 38 LDC) - RTDC de 14 de julio de 1993, asunto Mölnlycke AB.

El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia remite al Tribunal de Defensa de la Competencia aquellos expedientes que considere que pueden obstaculizar la competencia efectiva - art. 15.1 bis LDC. La remisión del expediente al TDC implica que su resolución se demorará 3 meses más y que el órgano competente para decidir ya no será el Ministro de Economía, sino el Gobierno.

En resumen se puede concluir que en los procedimientos de concentraciones económicas la facultad de resolución se atribuye al Ministro de Economía y al Gobierno; así el TDC tan sólo dispone de la facultad de emitir un dictámen no vinculante sobre la operación.

4.3. Funciones en materia de ayudas públicas.

El Servicio de Defensa de la Competencia participa en reuniones y grupos de trabajo, organizados por la Comisión Europea como por ejemplo las reuniones del Grupo de Trabajo de Ayudas Públicas de la Comisión Interministerial de Asuntos para la Unión Europea (CIAUE) con el propósito de estudiar los proyectos de ayudas públicas para su posterior notificación y autorización por la Comisión. Con este mismo objetivo el Servicio de Defensa de la Competencia elabora informes sobre ayudas públicas.

¹⁸³ Ver Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.232.

4.4. Funciones en materia de relaciones con la Comisión y las autoridades internacionales.¹⁸⁴

Los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia participan en reuniones de Directores Generales de Competencia las máximas autoridades de competencia de cada Estado miembro, en que se tratan problemas en relación con las novedades normativas y sobre todo las Comunicaciones, adoptadas por la Comisión. De este modo se garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Competencia en toda la Red de Autoridades Nacionales. Asimismo, los funcionarios participan en reuniones informales entre las Autoridades de Competencia de la UE para investigar temas de interés común con objetivo de conseguir una cooperación más estrecha en la aplicación del derecho de la competencia. El Servicio de Defensa de la Competencia participa en Audiencias y Comités Consultivos sobre expedientes comunitarios, previos a la adopción de decisiones por parte de la Comisión, representado al Estado español. Es importante enfatizar la participación del Servicio de Defensa de la Competencia en reuniones de expertos y grupos de trabajo a nivel comunitario (el año 2004 estas reuniones estaban relacionadas con la modernización de las normas de defensa de la competencia, cuyo comienzo de aplicación coincide con la nueva ampliación de la UE). El Servicio de Defensa de la Competencia participa en conferencias de expertos gubernamentales sobre temas sectoriales ;el Servicio toma parte asimismo en otros foros y mesas redondas como las reuniones de la OCDE, del Global Forum of Competition y en el marco de la OMC - en el Grupo Conjunto de Comercio y Competencia¹⁸⁵. El mandato de este Grupo, está centrado fundamentalmente en tratar los temas previstos en la agenda de trabajo sobre políticas de competencia aprobada por la Cuarta Conferencia Ministerial¹⁸⁶ de la OMC (celebrada en Doha - 14 de noviembre 2001). Su finalidad es preparar la posición de los miembros de la OMC de cara a la eventual apertura de negociaciones sobre el Acuerdo Multilateral de Competencia, en relación con los siguientes aspectos:

- Los principios fundamentales de la OMC.
- Disposiciones en materia de cárteles de núcleo duro.

¹⁸⁴ Sobre este tema se pueden consultar las memorias anuales del SDC, disponibles en www.mineco.es/dgdc/sdc .

¹⁸⁵ A través del Grupo Informal de Expertos, adscrito al Comité 133 de la Comisión Europea, cuya labor está dedicada a "unificar" la posición de la UE ante la apertura de negociaciones de un Acuerdo Multilateral de Competencia.

¹⁸⁶ Ver www.mineco.es/dgdc/sdc/memoria%.

- Modalidades de cooperación voluntaria en legislación de competencia.
- Asistencia técnica y creación de capacidad en los países de desarrollo.

El año 2003 España (a través del Servicio de Defensa de la Competencia) ha participado asimismo en la Reunión Especial de Expertos de la UNCTAD sobre la Revisión de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia y en la ICN (International Competition Network) que es un foro informal de autoridades de competencia, cuyo objetivo es mejorar la aplicación uniforme de la Ley de competencia en el Mercado global - esta red se creó el año 2001 y en su conferencia anual participan tanto los miembros de la ICN como asesores no gubernamentales (el Banco Mundial, OECD, UNCTAD, asociaciones de abogados, etc...).

IV. EL CONTROL SOBRE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El control por el TDC.

Aparte de los controles administrativos jerárquicos (como es sabido el Servicio de Defensa de la Competencia está integrado en las estructuras organizativas del Ministerio de Economía y Hacienda) los actos del Servicio de Defensa de la Competencia están sujetos al control del Tribunal de Defensa de la Competencia. En el Anexo N° 7 se dan los expedientes de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995-2003). Este control del TDC contribuye al establecimiento de un equilibrio entre las funciones del "binomio" que realiza las tareas de defensa de la competencia en España.

2. Legitimación.

Según el art.36 bis. 2 LDC están legitimados para recurrir “quienes acrediten un interés legítimo”¹⁸⁷. Como apunta Fernández Fábrega¹⁸⁸, se trata de una cuestión especialmente delicada, pues un criterio excesivamente amplio puede imponer a quien realmente no es interesado una carga procesal innecesaria, mientras que un criterio demasiado restringido puede acarrear indefensión a quien sí es interesado y éste no podrá defenderse ante el TDC especialmente si fue denunciado.

¹⁸⁷ Véase Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.313.

¹⁸⁸ Fernández Fábrega, A. “Los procedimientos...”, op. cit., p.992, p.1008; Pedraz Calvo, M. “Control jurisdiccional en España”, op. cit., p.1038.

3. Actos recurribles.

El art. 47 ap. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia determina los requisitos de los actos que son susceptibles a recurso:

- Estos actos tienen que decidir: "directa o indirectamente el fondo del asunto".
- Tienen que determinar la imposibilidad de continuar un procedimiento , producir indefensión o producir perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.No se considera que existe indefensión por la denegación de práctica de pruebas solicitadas por la parte interesada, cuando (art. 47 ap. 2LDC):
- La decisión de denegación de las pruebas se adopte por resolución motivada del Servicio de Defensa de la Competencia y
- Las pruebas sean "manifiestamente improcedentes o innecesarias".
- Cuando dichas pruebas se pueden practicar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

De este modo el legislador evita los recursos sobre cuestiones de pruebas que dificultarían y complicarían el procedimiento.

Ejemplos de actos susceptibles a recurso son:

1. La suspensión de la admisión a trámite de la denuncia.

En este caso lo importante es el "interés legítimo", aducido por el recurrente.

Conviene enfatizar que en el caso de suspensión de la admisión a trámite de la denuncia hay que recurrir ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y no ante el superior jerárquico del Servicio de Defensa de la Competencia - RTDC de 17 de diciembre de 1996 expte. R. 176/90, asunto Prestaciones Penitenciarias.

2. En el caso del archivo de las actuaciones, la legitimación para recurrir queda restringida a los que ostentan un interés legítimo. En caso de interposición de este recurso no existe un proceso probatorio - RTDC de 11 de abril de 1995 expte. R. 110/95 asunto Médicos Canarios, RTDC de 13 de enero de 1997, expte. R172/1996 asunto Oil España, porque el archivo de las actuaciones es un acto de juicio no sobre el fondo del asunto, sino sobre la capacidad de apertura del expte. - RTDC de 23 de marzo de 1994 expte R772/94, asunto Contenedores Puerto de Tenerife.

Los efectos de la estimación del recurso han sido puestos de manifiesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 31 de mayo de 1995, asunto Funerarios de Madrid donde se establece que, en tal caso, la estimación del

recurso se equipara a admisión a trámite por el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque esta posición ha sido criticada por la doctrina.

3. Recurso contra el sobreseimiento.

Aquí se ha de analizar la RTDC de 22 de marzo de 1991, expte. A 8/80, asunto Electromedicina, donde se exponen detalladamente las dos maneras de proceder en el caso de recurso contra el sobreseimiento:

3.1. En primer lugar sería posible que el Tribunal entre, sin más trámite, a resolver sobre el fondo del asunto, esto es, a decidir que existen o no prácticas restrictivas a la competencia. Esta solución, según el Tribunal presenta el siguiente inconveniente: se podría llegar a una condena sin que los expedientados gocen de las garantías previstas en el procedimiento sancionador regulado por la Ley de Defensa de la Competencia, porque en el asunto analizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia no se ha formulado ningún tipo de acusación (art. 37LDC), las partes no han tenido la posibilidad de replicar o proponer pruebas ante el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 37.1LDC) o ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 40.1LDC) o solicitar la celebración de la vista (art. 40.1LDC).

3.2. En segundo lugar, cabría devolver el expte. al Servicio de Defensa de la Competencia para que complete la instrucción y lo eleve de nuevo al Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañado del informe correspondiente que califique las conductas observadas (art. 37.3 LDC). En el asunto analizado esta solución no es considerada conveniente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, porque en el expediente figura un material fáctico suficiente para que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda formular su resolución y para que se debata la interpretación jurídica que ha de darse a los preceptos legales, pero de este modo:

- O bien el Servicio de Defensa de la Competencia se vería obligado a formular unas acusaciones en términos que van contra su propio criterio,
- O bien remitiría las actuaciones al criterio Tribunal de Defensa de la Competencia con un informe que exprese los mismos razonamientos que se contienen en el acuerdo de sobreseimiento recurrido.

La decisión que adopta el Tribunal de Defensa de la Competencia en este asunto es estimar que el recurso se equipara a la admisión a trámite de un expediente por el Tribunal.

Según Fernández Fábrega¹⁸⁹ se pueden recurrir varios actos del SDC como por ejemplo: los acuerdos de terminación convencional o de no terminación convencional¹⁹⁰, los actos de terminación convencional de una investigación, los actos de declaración o denegación de la confidencialidad de algunos documentos, la denegación de proponer o la propuesta de medidas cautelares, la denegación o admisión de personación o de ser parte interesada en un procedimiento, la denegación de pruebas, la reclamación de determinada documentación, para su incorporación al expediente, la no comunicación a los denunciados de la denuncia deducida contra ellos, la acumulación de expedientes, la denegación de alegaciones de extemporaneidad, la denegación de caducidad del expediente, las órdenes de investigación, la paralización de la admisión a trámite de una denuncia, la desestimación de una denuncia por silencio administrativo, la Providencia de declaración de concluso un expediente en el SDC, etc...

En la línea de supervisión de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia dispone el art. 36.6 de la Ley de Defensa de la Competencia que "el Servicio dará cuenta al Tribunal de las denuncias recibidas del archivo de actuaciones y de las providencias de incoación de expedientes". Se trata de una supervisión general del órgano resolutorio de defensa de la competencia que debe de tener el control sobre el órgano instructor en el sistema español de defensa de la competencia. Por otro lado, en todos los casos de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia, recibido el recurso, ordena al Servicio de Defensa de la Competencia la remisión del expediente junto con el informe y resuelve después de la presentación de alegaciones, documentos y justificaciones (art. 48 LDC). El Tribunal es el que se pronuncia definitivamente sobre la cuestión de si se debe seguir o no el procedimiento, sin perjuicio del posible recurso contencioso-administrativo contra su resolución.

¹⁸⁹ Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op. cit., pp.997- 999.

¹⁹⁰ Ver Fernández López, J.M. "Debate...", p.85; Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.76.

C. LOS PODERES EJECUTIVOS DE LAS CC.AA. EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

La descentralización del derecho español de la competencia ha sido marcada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/ 99 de 11 de noviembre¹⁹¹ que declara inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida en varias disposiciones de la Ley 16/1989. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional reconoció que la materia defensa de la competencia no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución, por lo que las CCAA también tendrán competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan. El Fundamento Jurídico Octavo de dicha STC reconoce la vigencia de los preceptos de la LDC, a pesar de haber sido declarados nulos, hasta tanto el Estado no fije los puntos de conexión que permitan a las CC.AA ejercer las competencias ejecutivas que les reconocen sus Estatutos de Autonomía. En cumplimiento de esta Sentencia se ha elaborado la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia que ha supuesto una descentralización parcial de los poderes ejecutivos en esta materia¹⁹²: al Estado le siguen correspondiendo la normación, las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado nacional y las actividades relacionadas con las prácticas anticompetitivas en el ámbito comunitario o nacional, o cuando tales actuaciones se realicen en el territorio de más de una CCAA¹⁹³. El legislador ha establecido expresamente el esquema de reparto de competencias entre los órganos de defensa de la competencia de las CCAA. y estatales, empleando tres técnicas¹⁹⁴:

- principio de enumeración que consiste en la atribución al Estado, con carácter exclusivo, además de la normación, de una serie de cuestiones como las concentraciones económicas, las ayudas de Estado, la representación internacional del Estado y la aplicación del derecho comunitario en España

¹⁹¹ Véase Yanes Yanes, P. “Génesis de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia”, GJUEC, N 221, septiembre-octubre, 2002 y Guillén Caramés, J. “Libre competencia y Estado autonómico”, op.cit., pp.123- 151.

¹⁹² Beneyto Pérez, J. M. “Introducción” al “Tratado de derecho de la competencia”, op. cit., p.LXXXV; Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.187.

¹⁹³ Ver Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.175- 178.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. LXXXVI; Martínez Lage, S. “Editorial: la aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial”, GJUECN 218, marzo- abril, 2002, pp.3-10 y Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia a la Ley 1/2002” en la misma GJUEC, pp.10-26.

- principio de territorialidad que delimita las competencias ejecutivas de las CC.AA, en función de la afectación de la libre competencia en su territorio, en las demás materias: represión de las conductas anticompetitivas y el otorgamiento de autorizaciones singulares a conductas lícitas,
- puntos de conexión adicionales sobre la base de varios conceptos jurídicos indeterminados (dimensión del mercado afectado, cuota del mercado de la empresa, modalidad y alcance de las restricciones, efectos sobre competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios) que operan para determinar si existe afectación a nivel nacional o comunitario aun cuando las conductas se realicen en territorio de una CCAA.

La Ley 1/2002 prevé que el conflicto de competencia entre los órganos de defensa de la competencia estatales y autonómicos o de los autonómicos entre sí se debe resolver con la participación de la Junta Consultiva¹⁹⁵ (art.2 y 3 de la Ley 1/2002), integrada por representantes de la Administración central y de las CC.AA., que, previa consulta al TDC y a las autoridades autonómicas afectadas, emitirá un dictamen. Sin embargo, este dictamen no será de carácter vinculante¹⁹⁶. En caso de que las administraciones en conflicto no asumen el resultado de dicho dictamen, la cuestión se remitirá al Tribunal Constitucional para que decida sobre el conflicto de competencias.

Los art. 4 y 5 de la Ley1/2002 establecen algunos mecanismos de colaboración y coordinación¹⁹⁷ como la posibilidad de celebración de convenios de colaboración entre los órganos de defensa de la competencia estatales y autonómicos y la creación del Consejo de Defensa de la Competencia¹⁹⁸ como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las CC.AA. que asume las siguientes funciones:

- realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por las distintas Administraciones Públicas,

¹⁹⁵ Véase Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia...”, op.cit., p.23; García Loygorri, A. “El procedimiento de atribución de competencias en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia”, GJUEC, N 234, noviembre- diciembre, 2004, pp.63-65; Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.253-258.

¹⁹⁶ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.187.

¹⁹⁷ Ver Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia...”, op.cit., p.24.

¹⁹⁸ Véase Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.233- 258 y, además Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.27: Berenguer propone la sustitución de dicho Consejo por una Red Española de defensa de la competencia, en base al modelo de la Red Europea de autoridades nacionales..

- promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y armonizar estos criterios,
- informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de defensa de la competencia en las que las CC.AA. tienen competencias ejecutivas.

Además se establecen mecanismos de información recíproca(art.5.2 de la Ley 1/2002) y la obligación de las autoridades autonómicas de emitir un informe preceptivo(no vinculante) en relación con aquellas conductas que afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva CC.AA(art.5.4 de la Ley 1/2002). En todo caso el SDC podrá intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos de defensa de la competencia autonómicos con el objeto de evitar diferencias jurisprudenciales y doctrinales en la aplicación del derecho de defensa de la competencia(art.5.3 de la Ley 1/2002).

La Ley 1/2002 establece el marco para la creación de las instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en la CC.AA, aclarando las normas de procedimiento aplicables.

Como resultado de la descentralización la Comunidad Autónoma de Cataluña creó, en agosto de 2002, su SDC y TDC, y la Comunidad Autónoma de Galicia creó, con la Ley 6/2004 de 20 de agosto su SDC y TDC. El 6 de mayo de 2005 se ha publicado en el BO del País Vasco el Decreto 81/2005 de 12 de abril de creación de Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del SDC en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En conclusión puede afirmarse que , tanto en la UE como en España, en los últimos años se ha procedido a la descentralización de algunos aspectos relevantes a la política de competencia(existiendo un modelo semejante en países como los EE.UU o Alemania¹⁹⁹).Esto se puede observar como consecuencia y manifestación de la globalización económica, en relación con la desconcentración de las funciones ejecutivas del Estado.Es decir, se trata de una desconcentración en la toma de decisiones y de la descentralización de las autoridades nacionales hacia los Gobiernos regionales y

¹⁹⁹ En general sobre los EE.UU y Alemania, Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.449-698.

locales. Así, dichos Gobiernos adquieren un papel político “revitalizado”²⁰⁰. Debido a estos cambios las autoridades de defensa de la competencia han debido modificar paulatinamente su comportamiento y estructura tradicional (por ejemplo, en la UE) en favor de una mayor coordinación, adaptación e internacionalización de los objetivos de dichas políticas a las modificaciones estructurales del comercio mundial²⁰¹ y a las condiciones de competencia global.

Como se ha destacado anteriormente en el trabajo, la Comisión ha renunciado al “monopolio” sobre la aplicación del art.81.3 TCE y comparte su aplicación con las autoridades de competencia y tribunales nacionales, aunque se mantiene como eje de dicha red de órganos de defensa de la competencia. Los principios de esta descentralización fueron establecidos, como se ha observado, en el Reglamento N 1/2003, por medio del cual se redistribuyen competencias en materia de competencia hacia las autoridades de los Estados-miembros y se establece un nuevo modelo de autoridades- red. Recientemente y en el mismo sentido a los objetivos del dicho Reglamento²⁰², se ha promulgado en España la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia, que establece el reparto de competencias ejecutivas entre el Estado y las CC.AA en materia de defensa de la competencia. Esta distribución de competencias tanto a nivel europeo, como a nivel regional planteará, en los próximos años problemas de coordinación y convergencia. Sin embargo, considero que a largo plazo será eficaz para mantener el sistema actual de defensa de la competencia, basado en el objetivo de distribución de poder económico, porque se ha demostrado (en el caso de los EE.UU) que dicho esquema de distribución territorial de competencias ofrece ventajas para la prevención efectiva de las restricciones de la competencia que representan amenaza para el modelo existente de mercado.

²⁰⁰ Véase Borja, J. y Castells, M. “Local y global”, ed. Taurus, Buenos Aires, 2004, p.17; en otro lugar del mismo libro los autores citados afirman que la globalización “condiciona la construcción de una relación dinámica y creativa entre lo local y global”. Considero que se trata de un aspecto importante en relación con la política de competencia, que se desarrolla paralelamente a este proceso, observado por juristas, economistas y sociólogos; ver asimismo Castells, M. “La era de la información”, ed. Alianza, Madrid, 2001, p.417, donde el autor citado apunta que “la descentralización de las autoridades a los Gobiernos regionales y locales produce una nueva geometría del poder”.

²⁰¹ A este respecto ver el interesante trabajo de Jiménez González, J.L. y Campos Méndez, J. “Efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia”, ed. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2004, p.5.

²⁰² *Ibíd.*