

LUIS BERENGUER FUSTER
CÉSAR A. GINER PARREÑO
ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA

**LA NUEVA LEGISLACIÓN
ESPAÑOLA ANTE LA
EVOLUCIÓN DEL DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	19
1. LA COMPETENCIA EN ESPAÑA	19
2. COMPETENCIA Y CRISIS ECONÓMICA.....	24
3. UN MENSAJE PARA EL MUNDO EMPRESARIAL.....	26
CAPÍTULO I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA ENTRE LA FILOSOFÍA POLÍTICA, LA ECONOMÍA Y EL DERECHO, por César A. Giner Parreño	29
1. LA HIPÓTESIS DE TRABAJO: LA DEFENSA DE LA COMPE- TENCIA ENTRE LA FILOSOFÍA POLÍTICA, LA ECONOMÍA Y EL DERECHO.....	29
2. LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA DEFENSA DE LA COMPE- TENCIA	37
A) El mercado y la libertad	38
B) El mercado y la eficiencia	39
C) El enfoque de la teoría del bienestar	39
D) La justicia de las instituciones sociales: el utilitarismo como pro- blema	40
E) La justicia de las instituciones sociales: bienestar, libertad y ca- pacidad	42
F) El desarrollo y la libertad	43
G) La justicia, la libertad y la responsabilidad	44
H) Conclusión: mercado, eficiencia y libertad	46
I) El mercado y la competencia obligan y son contrarios a los inte- reses de algunos.....	48

	<u>Pág.</u>
J) Revisión crítica del papel de los mercados en el marco de un enfoque pluralista	49
3. LA ECONOMÍA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	50
A) Los lugares comunes entre los economistas sobre el sentido y alcance de la política de la competencia	51
B) Los desencuentros entre los economistas sobre el sentido y alcance de la política de la competencia. El método de análisis basado en la estructura, la conducta y los efectos	52
C) Los desencuentros entre los economistas sobre el sentido y alcance de la política de la competencia. El método de análisis de la Escuela de Chicago	54
D) Los desencuentros entre los economistas sobre el sentido y alcance de la política de la competencia. Las críticas a la Escuela de Chicago por los llamados «Populistas Modernos»	57
E) Los desencuentros entre los economistas sobre el sentido y alcance de la política de la competencia. El método de análisis <i>antitrust</i> «Post-Chicago»	58
F) Las dificultades de la incorporación del análisis económico a la interpretación de las normas de defensa de la competencia	61
CAPÍTULO II. LOS FINES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA Y SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS, <i>por Luis Berenguer Fuster y César A. Giner Parreño</i>	65
1. INTRODUCCIÓN	65
2. LA FORMACIÓN DE UN MERCADO NACIONAL EN EL SIGLO XIX	66
3. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX: LA «PRIMERA ESPAÑA ECONÓMICA» (1900-1936).....	69
4. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX: LA «SEGUNDA ESPAÑA ECONÓMICA» (1936-1950).....	71
5. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX: LA «TERCERA ESPAÑA ECONÓMICA» (1950-1975) Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA DE 1963	71
6. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DE LOS SIGLOS XIX Y XX: UNA DIGRESIÓN SOBRE LA «CULTURA DE COMPETENCIA» DEL EMPRESARIADO ESPAÑOL.....	76

	<u>Pág.</u>
7. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX: LA «CUARTA ESPAÑA ECONÓMICA» (1975-2007) Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1989 Y SUS REFORMAS HASTA LA VIGENTE LEY DE 2007	79
8. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX. LA «CUARTA ESPAÑA ECONÓMICA» (1975-2007): LA DESCENTRALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	91
9. LOS CAMBIOS ECONÓMICOS ESTRUCTURALES EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX. LA «CUARTA ESPAÑA ECONÓMICA» (1975-2007): LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	106
10. EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE LA PRIMERA CRISIS ECONÓMICA DEL NUEVO MILENIO.....	111
11. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES SOBRE LOS FINES DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA	113
 CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DEL ART. 1 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por César A. Giner Parreño	 119
1. INTRODUCCIÓN	119
2. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO Y ESPAÑOL: EL CAMINO DEL ORDOLIBERALISMO HACIA POSICIONES DE LA ECONOMÍA NEOCLÁSICA	121
A) La aplicación formalista del Derecho de la competencia.....	122
B) La interpretación flexible del Derecho de la competencia.....	123
3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA Y LA CONSECUCCIÓN DE UN MERCADO ÚNICO.....	133
4. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA ECONÓMICA...	136
A) La recepción en el Derecho de la competencia de la eficiencia como fin de la disciplina	136
B) La regulación de las restricciones verticales: eficiencia y poder de mercado	138
5. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. LOS INTERESES DERIVADOS DE OTRO TIPO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	151
A) La política de protección de medioambiente: el Derecho de la competencia ante los retos del desarrollo sostenible.....	152

	<u>Pág.</u>
B) El Derecho de la competencia y la política industrial	155
C) El Derecho de la competencia y las políticas de empleo	156
D) El Derecho de la competencia y las políticas de consumo.....	158
E) El Derecho de la competencia y la política de cultura	159
F) El asunto <i>Wouters</i> : la tensión entre el Derecho de la competencia y los intereses nacionales de los Estados de la Unión Europea.....	164
CAPÍTULO IV. LA INTRODUCCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO, por Antonio Robles Martín-Laborda	167
1. INTRODUCCIÓN	167
2. CLASES DE ABUSO DE UNA POSICIÓN DE DOMINIO.....	168
A) El abuso por explotación	168
B) El abuso por exclusión.....	170
3. LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE ABUSO DE UNA POSICIÓN DE DOMINIO.....	174
4. LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE.....	178
5. RAZONES PARA EL ESCEPTICISMO: LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN.....	185
A) La finalidad del art. 82 TCE	186
B) El criterio de ilicitud.....	189
CAPÍTULO V. LAS CONCENTRACIONES EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por Luis Berenguer Fuster	195
1. INTRODUCCIÓN	195
2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN	198
A) La fusión de dos o más empresas	199
B) La toma de control.....	200
C) Las empresas en común.....	202
3. SUPUESTOS EN LOS QUE EXISTE OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR.....	203
4. EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ...	205
A) El análisis de las cuestiones de competencia. El test sustantivo.....	205
B) Criterios de valoración sustantivos que han de ser utilizados por la CNC.....	209
C) Estructura de todos los mercados relevantes	209
D) La posición y fortaleza de las empresas afectadas	210
E) La competencia real o potencial. Barreras de entrada.....	213

	<i>Pág.</i>
F) Los denominados «contrapesos».....	215
G) El poder de negociación de la oferta o la demanda.....	215
H) Las eficiencias derivadas de la concentración económica.....	216
I) La excepción de la empresa en crisis	219
J) Las restricciones accesorias.....	220
K) Criterios utilizados por el Consejo de Ministros	221
5. EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE CONCENTRACIONES	222
A) Iniciación del expediente.....	223
B) Formulario abreviado	223
C) Suspensión de la ejecución.....	224
D) Levantamiento de la suspensión	224
E) Expediente de concentración y oferta pública de adquisición de acciones	225
F) Instrucción y resolución del procedimiento	229
G) Tramitación en primera fase.....	229
H) Tramitación en segunda fase	230
I) Los compromisos y condiciones	231
J) Intervención del Consejo de Ministros.....	232
K) Incumplimiento de las condiciones	233
6. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA Y DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS.....	234
 CAPÍTULO VI. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y PROCEDIMIENTO EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por Luis Berenguer Fuster	
237	
1. INTRODUCCIÓN	237
2. DE UN MODELO DE DOBLE AUTORIDAD A OTRO DE AUTORIDAD ÚNICA	241
3. EL SISTEMA INSTITUCIONAL DE LA LEY 15/2007.....	243
A) Consideraciones generales	243
B) Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia.	244
C) Órganos de la Comisión Nacional de la Competencia	245
D) El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia	246
E) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.....	246
F) La Dirección de Investigación	247
G) El fortalecimiento de la independencia de la Comisión Nacional de la Competencia	247
H) Funciones de la Comisión Nacional de la Competencia	248
I) Responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia	250
J) La estructura orgánica de la Comisión Nacional de la Competencia	251

	<u>Pág.</u>
4. LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA CON LA COMISIÓN EUROPEA, LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE LAS CCAA, LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES	253
A) La cooperación con la Comisión Europea y otras Autoridades Nacionales.....	253
B) La coordinación con las autoridades autonómicas de competencia.....	256
C) Mecanismos de intercambio de información y solución de conflictos.....	257
D) Los mecanismos de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.....	258
E) Los mecanismos de cooperación entre la Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales.....	259
F) La aplicación judicial del Derecho de la competencia y los instrumentos de cooperación entre la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos jurisdiccionales	263
CAPÍTULO VII. LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por Luis Berenguer Fuster.....	267
1. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	267
2. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	268
3. LA INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR	271
4. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL EXPEDIENTE.....	275
5. LA FASE DE RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE.....	277
6. LAS SANCIONES.....	279
7. CUANTIFICACIÓN DE LAS MULTAS	283
8. EXENCIÓN DEL PAGO Y REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA: LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA	284
9. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES	285
10. LOS RECURSOS CONTRA LOS ACTOS DE LA CNC.....	287
11. PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES.....	287
CAPÍTULO VIII. CONCLUSIONES, por Luis Berenguer Fuster	289
1. A MANERA DE RECAPITULACIÓN.....	289
2. PROYECCIÓN HACIA EL FUTURO	292
3. ¿QUÉ SE HACE EN NUESTRO ENTORNO?.....	293
4. ÚLTIMAS CONCLUSIONES.....	294

PRESENTACIÓN

En las modernas economías desarrolladas, los gobiernos proclaman su interés por el mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos y como medio para maximizar el bienestar del conjunto de la economía. Un ejemplo de dicho convencimiento se encuentra en el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, de forma contundente, reza como sigue: «La existencia de una competencia efectiva entre empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».

En los últimos años, la confianza en los mecanismos de mercado como instrumento de asignación eficiente de los recursos ha tenido un corolario: las empresas han intensificado la competencia en los mercados domésticos acelerando el paso por la senda de la mundialización. Entre los elementos impulsores de este proceso destaca la intensa liberalización de los mercados, los sectores y las actividades llevada a cabo en multitud de países. La liberalización ha ido acompañada de otras medidas como la eliminación de la regulación ineficiente, la privatización, el reforzamiento de la legislación y de las autoridades de defensa de la competencia y, en consecuencia, la pérdida de importancia de las políticas económicas tradicionales (en general, intervencionistas) como la política industrial.

Pero ahora, en el marco de la actual crisis económica, en muchos países retornan las tentaciones intervencionistas pese a que la experiencia ha

demostrado, casi siempre, sus efectos perversos. En palabras de Luis BERENGUER: «El papel de las autoridades de competencia adquiere una importante relevancia en períodos de recesión. De un lado, debe evitarse que se caiga en la tentación de promover un mayor proteccionismo y en la habitual tendencia a crear campeones nacionales. De otro, hay que señalar que un cártel es tan perjudicial en épocas de bonanza como en épocas de crisis. Un cártel sube los precios y reduce la producción, contribuyendo a la contracción de la economía. Si una operación de concentración reduce sustancialmente la competencia, su aprobación contribuiría a ralentizar la actividad económica más que a lo contrario». Palabras válidas en términos generales pero que, como es lógico, deben ser refrendadas por el escrutinio del análisis científico pues, en ocasiones, puede suceder lo contrario de lo que en un principio pudiera pensarse. Ya decía Clotaldo en *La vida es sueño*: «¡Válgame el cielo! ¿Qué escucho?! Aún no sé determinarme / si tales sucesos son / ilusiones o verdades».

Han pasado más de cien años desde que en Estados Unidos se inició el primer sistema de defensa de la competencia que se ha ido desarrollando con sus fortalezas y conceptos indeterminados —como reconoce Antonio ROBLES en el libro— que someten a los operadores económicos a problemas de inseguridad jurídica. Posteriormente, muchos países han articulado nuevos sistemas de defensa de la competencia, más o menos perfectos, con puntos fuertes pero también con espacios de discrecionalidad. De lo que no cabe duda es de que, con el paso del tiempo, todos los sistemas se han ido perfeccionando. La incorporación del análisis económico a la reflexión jurídica no ha sido ajena a este proceso.

El análisis económico, como el jurídico, es un análisis vivo. Como señala Luis BERENGUER, «el pensamiento jurídico y económico sobre la competencia está en continua evolución; de la misma forma, el proceso de reforma del Derecho de la Competencia, tanto mundial como europeo y, por supuesto, español, no ha concluido». El pasado es una referencia. La experiencia cotidiana y el buen hacer de las autoridades de defensa de la competencia se traducen en una modernización permanente de las correspondientes parcelas del Derecho y la Economía. En consecuencia, recientemente se han introducido nuevos ingredientes en el análisis. Lo destacado es que se trata de ingredientes relevantes. En un reciente trabajo coordinado por P. REY, en la tradición del análisis económico de los mercados, se defiende una aproximación a los fenómenos de la competencia en los siguientes términos: «Un enfoque económico requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de empresas afectan al bienestar del consumidor». Y al amparo de dicho principio, los economistas (M. MOTTA, por ejemplo) han iniciado la tarea de escribir manua-

les de análisis económico de la competencia que ayuden no sólo a los estudiosos de la economía sino, también, a los juristas.

La nueva Ley de 2007 ha mejorado sustancialmente las leyes de defensa de la competencia de 1963 y 1989, aunque deja espacios abiertos para una futura reconsideración. Se han abordado cuestiones fundamentales pero no todas las cuestiones han sido analizadas desde la perspectiva de las últimas consideraciones del análisis económico. No pasarán muchos años sin que se aborden nuevas modificaciones de la Ley. Las indeterminaciones deben eliminarse y deben abordarse cuestiones de importancia en el campo de la defensa de la competencia como las barreras de entrada, especialmente las administrativas, causantes de no pocas restricciones al funcionamiento competitivo de los mercados.

La Ley de 2007 ha acentuado la relevancia del análisis económico siguiendo la evolución natural del Derecho de la Competencia. Ha sido un primer paso al que, sin duda, seguirán otros de mayor calado. El incremento en el número de economistas que trabajan en los órganos de defensa de la competencia es una expresión de dicho principio. Adicionalmente, el texto de la Ley refleja que el análisis de los fenómenos relacionados con la competencia debe combinar los aspectos económicos y jurídicos con una importancia creciente de los primeros y consolidada de los segundos.

El mayor énfasis en el análisis económico es coherente con las nuevas tendencias del análisis de los mercados. La complejidad de los mercados y de las conductas que tienen lugar en su seno introducen elementos que dificultan los análisis de la tríada estructura-conducta-resultados desde la perspectiva de la competencia. La realidad es progresivamente compleja. Este hecho, característico del proceso de elaboración científica, está presente con particular intensidad en la interpretación de los fenómenos económicos coetáneos. Si ya es difícil la acotación de los conceptos y el establecimiento de las relaciones causales entre ellos, más compleja es la contrastación rigurosa de los conceptos con los resultados obtenidos del análisis empírico. La tarea es apasionante y, con frecuencia, apasionada.

Richard POSNER puso de relieve que el análisis económico es un poderoso instrumento para interpretar un amplio elenco de cuestiones legales. Cabe sostener que mediante el empleo de los instrumentos básicos del análisis económico se pueden entender fácilmente asuntos cuya discusión en términos exclusivamente jurídicos no permite destacar su núcleo duro.

El libro *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia* cuyos autores son Luis BERENGUER FUSTER, César A. GINER PARREÑO y Antonio ROBLES MARTÍN LABORDA —Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia el primero, y Profesores Titulares

de Derecho Mercantil los otros dos— incrementa el acervo de nuestros conocimientos con singular maestría. Los autores abordan la evolución y la correspondiente modernización del Derecho español de defensa de la competencia, con especial atención a la última reforma plasmada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El resultado es una magnífica obra como corresponde a un trabajo desarrollado por expertos en el complejo campo de la defensa de la competencia.

El libro va dirigido a los estudiosos del Derecho y la Economía de la Competencia y los mercados y al mundo empresarial. No en vano, aborda cuestiones como la competencia en el contexto de la crisis económica o las conexiones entre la Filosofía Política, la Economía y el Derecho, aunque en el desarrollo de la obra el Derecho refleja una evidente posición de dominio lo que, en opinión de un economista, tanto dominio conlleva, necesariamente, alguna fragilidad en el desarrollo de temas de naturaleza esencialmente económica. Lo mismo sucede cuando los economistas abordan las mismas cuestiones orillando problemas jurídicos de enjundia.

Los autores analizan todo el espectro de cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia. Incluso se refieren a los desencuentros de los economistas, que, en realidad, no son menos ciertos que los desencuentros de los juristas. Afortunadamente, las cosas cambian. Basta una comparación entre la situación actual y la de hace unos años para ver cómo, poco a poco, los principios del análisis económico van impregnando los argumentos de los jueces; en particular de aquellos que trabajan en el área de lo mercantil. Si el proceso continúa, la discusión acerca del coste medio de un Farias no pasará de ser una mera anécdota.

En definitiva, el libro que el lector tiene en sus manos es un libro de indudable utilidad que analiza con singular maestría —y, en muchos casos, de forma particularmente brillante— la poliédrica problemática del Derecho de la Competencia desde todos los ángulos posibles. Todas las cuestiones relevantes han sido tratadas a la luz de la actual Ley de Defensa de la Competencia. En el campo de la Economía y del Derecho las discrepancias son la norma pero este hecho pierde relevancia ante la instancia superior de un trabajo serio, honesto e ilustrado, como el presente, desarrollado desde el conocimiento perfecto de un instrumento fundamental que contribuye a mejorar la competitividad de las empresas, la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores cuando se aplica con seriedad y rigor.

Amadeo PETITBÒ JUAN

Director de la Fundación Rafael del Pino

INTRODUCCIÓN

1. LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

No parece que pueda calificarse la afirmación como exagerada si desde el frontispicio de esta obra manifestamos que los temas relacionados con la competencia se encuentran de gran actualidad en España en los primeros años de este siglo XXI. Basta echar la vista atrás para comprobar que no hace tanto tiempo, durante la vigencia de las anteriores legislaciones de la competencia de 1963 y 1989, la materia propia de la competencia ocupaba no demasiado espacio, no demasiado tiempo, en las enseñanzas de las Licenciaturas en Derecho y en Economía. Es cierto que hubo quienes, en uno u otro campo, pusieron el acento en la necesidad de profundizar en estudios propios de la competencia por la importancia que ese campo de conocimiento iba a adquirir en el futuro. Pero en cualquier caso tales propuestas no eran mayoritarias, ni existía una conciencia generalizada en el mundo empresarial acerca de la necesidad de actuar con las reglas de competencia. Y todo ello conducía a que el número de especialistas existentes en Derecho o Economía de la competencia fuera reducido.

El profesor GARRIGUES en su libro *La defensa de la competencia mercantil* señalaba, al referirse a la puesta de largo de la Ley de 1963, la incompreensión que existía en los medios empresariales de la época sobre la posibilidad de que determinadas conductas, que se consideraban normales en la actuación empresarial, pudieran ser perseguidas como ilegales. Y la verdad es que los primeros años de la existencia de las autoridades españolas de la competencia se vieron plagados de dificultades y, en realidad, no se pudo actuar contra los sectores cuyas actuaciones dañaban la com-

petencia con mayor intensidad. Basta analizar el número, el contenido y los sectores concernidos por las resoluciones del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia para percatarnos de la realidad de esta afirmación.

Tampoco la bibliografía en la materia resultaba numerosa. En el campo de la economía prácticamente se limitaba a algunos capítulos de Tratados o Manuales; en el campo jurídico, resaltaba el aludido trabajo del profesor GARRIGUES. Podemos añadir un dato que afianza la anterior información. En los tiempos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución Española de 1978, hubo propuestas de supresión del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), dadas las dificultades para encajar el modelo de la Ley de 1963 en el diseño constitucional del poder judicial. Afortunadamente tales intentos no triunfaron y se pudo arbitrar una fórmula en la que el modelo tuviera encaje constitucional.

Es cierto que tras la entrada de España en las Comunidades Europeas la competencia en España y, por ende, las autoridades encargadas de su defensa fueron potenciadas. No se puede olvidar que desde el Tratado de Roma la política de la competencia se había convertido en un instrumento fundamental en la política europea. Por ello el Tribunal, y por supuesto también el Servicio de Defensa de la Competencia, resultaron renovados y potenciados, aportando, por la vía de nuevos nombramientos, la savia necesaria para llevar a cabo un fortalecimiento de la aplicación del Derecho de la competencia. Y para completar este proceso se promulgó una nueva Ley de Defensa de la Competencia.

La Ley de 1989 supuso indudables avances pero, en cierta medida, se quedó a medio camino. El mantenimiento del esquema institucional de doble autoridad no sólo implicaba no profundizar en un modelo de reforzamiento de la independencia de las autoridades de competencia, sino que suponía la persistencia de una aplicación de alguna manera judicializada de las normas de la competencia. Es cierto que tras la Constitución de 1978 el TDC se había convertido en una autoridad administrativa, pero se consideraba que las autoridades de competencia, y en concreto el Tribunal, estaban impartiendo justicia. Y ello no sólo quedaba de manifiesto en las formas (el nombre de Tribunal, la utilización de togas...) sino también en cierta tendencia a considerar que el TDC a la hora de dictar sus resoluciones se encontraba ante dos intereses privados en conflicto: el de los perjudicados y el de los presuntos infractores, y debía dirimir entre ellos de una manera parecida al juez civil o mercantil. En buena medida esa concepción, unida a una limitación de los medios del órgano instructor, inducía a no tramitar más que los expedientes que tenían su origen en una denuncia.

Resulta preciso reconocer, no obstante, que la legislación de 1989 tuvo otros muchos aspectos positivos y, sobre todo, dejó sentadas unas bases

que permitieron una profunda reforma del sistema y de la actuación de las autoridades de la competencia. Posiblemente la más importante fuera el otorgamiento al TDC de ciertas atribuciones y competencias que desbordaban su papel de influencia jurisdiccional. En particular, la facultad consistente en la elaboración de informes sobre la situación de los sectores en los que la competencia estaba restringida, o bien el análisis de las situaciones de limitación de la competencia ocasionada por las normas o las actuaciones de las Administraciones Públicas resultaron atribuidas al TDC, y éstas son competencias con escaso contenido jurisdiccional. Una serie de informes elaborados en la primera mitad de los años noventa del pasado siglo contribuyeron a poner de manifiesto que el TDC no era exclusivamente un órgano encargado de dirimir conflictos, sino también una autoridad administrativa encargada de formular propuestas en materia de liberalización y apertura de mercados. De la misma forma que la inclusión de un procedimiento de control de las operaciones de concentración, con el informe del TDC, contribuyó a dar una imagen menos judicializada de la autoridad española de competencia. Pero, el grueso de la actividad consistía en la condena de las conductas anticompetitivas, y en ese campo seguía imperando la anterior concepción del TDC como órgano de resolución dirimiente entre conflictos privados, aun cuando resultaba evidente que si se perseguían conductas anticompetitivas no era por la lesión de intereses privados, sino porque se producía un ataque al interés público, que consistía en la defensa del funcionamiento de un mercado que debía ser libre y competitivo. Ahora bien, el impulso de los órganos de la competencia, sus nuevas funciones, la existencia de un procedimiento en materia de concentraciones, son todos ellos elementos que se traducen en una extensión de la cultura, de la competencia en España y entre el empresariado español.

En el texto se analiza el proceso de reforma y modernización del Derecho español de la competencia, en buena parte, aunque no de forma exclusiva, influido por un proceso de modernización del Derecho comunitario, que se desarrolló a partir de los años noventa, y la culminación del proceso de reforma con la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo contenido queda ampliamente comentado en el texto.

Como consecuencia de todo este proceso se ha producido en nuestro país una extraordinaria expansión de la aplicación del Derecho de la competencia; de los estudios sobre la materia, jurídicos y económicos; y hasta, si se nos apura, de la cultura de la competencia, como antes se dijo, entre la ciudadanía y los emprendedores. Si hace unos años, las publicaciones en materia de competencia eran escasas, en la actualidad se han generalizado en el campo jurídico y en el económico. En las fechas actuales, cuando todavía no se han cumplido los dos años desde la publicación de la vigente

Ley, y poco más de uno desde su Reglamento, se han publicado más de cuatro libros de comentarios a la nueva norma, existen varias revistas jurídicas cuyo tema central es el Derecho de la competencia, ciertamente muchas más que en las restantes ramas del Derecho mercantil, y cada vez son más las tesis doctorales que se elaboran en Derecho y en Economía sobre temas de competencia. Los profesionales especialistas en la materia han proliferado, y el número de despachos de abogados y consultoras económicas que cuentan con departamentos especializados en materia de competencia se ha incrementado de forma exponencial.

La nueva norma de 2007 ha permitido una intensificación en la aplicación de las normas de la competencia y, al tiempo, un sustancial cambio en su contenido. No sólo las labores de promoción de la competencia se han incrementado, o bien se han agilizado considerablemente los expedientes de control de las operaciones de concentración empresarial, sino que, además, se ha producido un cambio considerable en la orientación en el campo de la persecución de las conductas anticompetitivas. Este cambio implica un fenómeno que puede calificarse como de «desjudicialización» de la aplicación de las normas de la competencia en España. Varias circunstancias han contribuido a la plasmación de ese principio. En primer lugar, el incremento de las facultades de investigación, el programa de clemencia y una decidida voluntad de abrir expedientes por propia iniciativa, han producido que el porcentaje de expedientes sancionadores abiertos como consecuencia de denuncia haya disminuido considerablemente. Lamentablemente, el hecho de que la Ley española no permita que algunas denuncias sean archivadas limita en cierta medida que la persecución de las conductas prohibidas pueda convertirse exclusivamente en un elemento más, y posiblemente el más importante, para llevar a cabo políticas pro-competencia, en la medida en que implica que, con frecuencia, han de emplearse recursos públicos en persecución de conductas que tienen lugar en sectores que pueden no ser considerados prioritarios. Para reforzar esta apreciación hay que recordar que con la nueva Ley se ha potenciado considerablemente la posibilidad de aplicación privada de las normas de la competencia y, por ello, quienes se vean perjudicados por una conducta anticompetitiva pueden iniciar sus acciones ante los Jueces de lo Mercantil. Es preciso tener en cuenta que, si se permitiera que las denuncias fueran archivadas «por falta de interés público suficiente», de la misma manera que la Comisión Europea puede desestimar las denuncias «por falta de interés comunitario», sería más fácil emplear los recursos en investigar y expedientar las conductas que pueden considerarse más dañinas, particularmente los cárteles. Pero ese extremo, que ciertamente no forma parte de la tradición jurídica española, no se ha considerado oportuno que fuera introducido en nuestra legislación.

En paralelo a todo este proceso se ha ido produciendo una extensión de la cultura de la competencia. Cada vez son más reducidos los sectores que incumplen las normas de la competencia porque en realidad desconocen que sus conductas resultan contrarias a la Ley y al interés público; día a día la cultura de la competencia se va imponiendo, aun cuando para ello haya sido preciso incrementar el poder sancionador de las autoridades de la competencia, lo cual unido al incremento de las inspecciones realizadas en las empresas y asociaciones de ellas ha producido que las noticias sobre las actuaciones de las autoridades de la competencia sean moneda corriente en los medios de comunicación. Y ello ha contribuido, sin duda, a dar a conocer que determinados comportamientos, que algunos podrían considerar como lícitos y normales en el mundo empresarial, pueden ser perseguidos y sancionados. Es evidente que para ello ha sido necesaria la potenciación de la autoridad de la competencia, el incremento de su independencia y un destacado impulso de las actividades de promoción de la competencia. En definitiva un conjunto de elementos que han sido posibles gracias a la creación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) por la Ley de 3 de julio de 2007.

Queda mucho trabajo por hacer a pesar de los grandes avances de la disciplina que en esta introducción han quedado solamente apuntados. En particular, los antecedentes históricos de la legislación española de competencia y los textos positivos demuestran que no se puede identificar con rigor un modelo de política jurídica y económica de la competencia exclusivo y excluyente para la aplicación de la disciplina en España. A la vista de los antecedentes y de las normas jurídicas en la materia, la política de la competencia se ha situado siempre dentro del marco de la política general del Estado, tal y como ha sido recogida en las Leyes y en su interpretación por las autoridades de competencia, y ha respondido a la pluralidad de fines que demandaba el interés general de la sociedad. A lo largo de este trabajo se considera necesario avanzar en un enfoque integrado y pluralista para reforzar mutuamente las instituciones sociales y para ello las bases de información para la toma de decisiones sobre la valoración de las instituciones no deben ser angostas y limitadas. Por añadidura, más de un siglo de aplicación de la normativa antitrust en los Estados Unidos ha demostrado las dificultades de la Economía para proporcionar una base de información analítica sólida que permita resolver las diferencias entre los diversos modelos de aplicación del Derecho de la competencia. Las discusiones han llegado a un punto que reclama un análisis sosegado de los enfoques confrontados sobre la naturaleza de la actividad empresarial, las características de los mercados y el papel en todo este entramado del Estado. Si estas aseveraciones son ciertas, el Derecho de la competencia como problema vuelve a tomar un perfil fuertemente ideológico que abona un

importante espacio para la reflexión política y científica, a la que invitamos al lector de este trabajo.

2. COMPETENCIA Y CRISIS ECONÓMICA

A la hora de exponer algunas de las ideas que han estado presentes en la elaboración del presente trabajo, no se puede obviar una breve reflexión sobre la incidencia de la gran crisis financiera internacional en la aplicación de las normas de la competencia. O preguntarnos sobre cuál es el papel del Derecho de la competencia en épocas de crisis. Hay que tener presente que, justo al tiempo de iniciar sus pasos la nueva autoridad española de la competencia, sobrevino un periodo de crisis que venía a poner fin en el mundo a un largo periodo de quince años de crecimiento sostenido. Y en este nuevo escenario empezaron a oírse voces sobre la conveniencia de derogar los principios de la competencia como instrumento para combatir la crisis. No resultan extrañas tales voces porque en épocas de crisis existe una tendencia a exigir un mayor proteccionismo y la restricción de la competencia en el mercado con el pretendido objeto de contribuir al sostenimiento de la economía hasta que lleguen tiempos mejores. Frente a esa tentación hemos de formular el mayor de los rechazos, ya que resulta necesario garantizar el funcionamiento de los mercados para superar los periodos de recesión económica. La economía no sale por sí sola de un periodo de recesión y la recuperación económica requiere de emprendedores y de innovación, y ello sólo es posible si existe un régimen competitivo que asegure que las puertas del mercado permanecen abiertas.

En épocas de crisis siempre hay quien defiende que las políticas públicas deberían ir encaminadas a apoyar al tejido empresarial aunque ello lleve implícito una relajación de los principios de la competencia. Las autoridades de competencia deberían ser más permisivas autorizando empresas a fusionarse sin límites, permitiéndoles coordinar sus estrategias y proteger sus mercados de la entrada de nuevos competidores con el objetivo de fortalecerlas y contribuir al crecimiento económico y al mantenimiento del empleo.

Frente a ese planteamiento habría que preguntarse sobre los efectos que tendría esa permisividad sobre la actividad económica. Fomentar la creación de monopolios y el proteccionismo fortalecería efectivamente a las empresas presentes en el mercado a corto plazo, pero la reducción de la competencia hace aumentar los precios, por lo que no contribuiría a la recuperación de la actividad económica sino más bien a todo lo contrario, con independencia de que aislar a las empresas de las presiones competitivas las aislaría también de los incentivos a innovar, lo que se traduciría en una pérdida de competitividad que podría tener consecuencias catastróficas

para la economía a largo plazo. Fomentar los monopolios y el proteccionismo es la mejor manera de perpetuar la crisis.

De ahí que resulte necesario mostrarse cautelosos ante las posturas que sugieren la derogación de las normas de la competencia en época de crisis, ya que las experiencias del pasado provocaron unos resultados desastrosos. Así, cabe recordar que, como respuesta a la crisis de 1929, la Administración Roosevelt promovió en los Estados Unidos la *National Industrial Recovery Act*, que debería estar vigente en el periodo 1933-1935. El experimento consistía en derogar las normas de la competencia permitiendo códigos por industria para una «competencia justa». Tales códigos implicaban, directamente o indirectamente, restricciones de la producción y acuerdos de precios, y permitían la imposición de barreras de entrada. En buena medida el Gobierno apoyaba la imposición de los códigos si las empresas que los suscribían permitían el incremento de ciertos derechos laborales y sindicales, por considerar que la norma iba a contribuir a la estabilidad de los precios y al incremento del empleo. Pero los efectos de la norma fueron exactamente los contrarios de los pretendidos. La desaparición de la competencia incrementó los precios y la producción. La menor producción redujo el empleo y, en definitiva, retrasó la recuperación económica. Todo ello por la desaparición de lo que, en aquel momento, se llamó «la competencia destructiva». Afortunadamente el Tribunal Supremo anuló la norma, si bien por razones distintas.

Ante la pregunta de cuál debe ser el papel de la política de la competencia en tiempos de crisis, la respuesta es que la política de la competencia no entiende de crisis. Los principios que la guían son válidos tanto en épocas de bonanza como en épocas de crisis. Incluso más si cabe en estas últimas porque los posibles errores podrían tener efectos fatales. La recuperación económica requiere de un entorno estable y unas políticas macroeconómicas apropiadas, pero también de una dinámica competitiva que permita la creación y el crecimiento de las empresas y la aparición de nuevas oportunidades para los trabajadores. Y, al fin y al cabo, son las empresas y sus trabajadores los que guiarán la salida de la crisis.

Las recesiones económicas afectan a la competencia en los mercados. La disminución de la demanda y las dificultades de acceso al crédito afectan a la viabilidad de algunas empresas que se verán avocadas a salir del mercado o a fusionarse con otras empresas. El número de empresas se reducirá, así como la calidad del juego competitivo. Por tanto, es esencial vigilar el funcionamiento de los mercados para facilitar la entrada de nuevas empresas que contribuyan al crecimiento, al empleo y al bienestar.

El papel de las autoridades de competencia adquiere una importante relevancia en periodos de recesión. De un lado, debe evitarse que se caiga

en la tentación de promover un mayor proteccionismo y en la habitual tendencia a crear campeones nacionales. De otro, hay que señalar que un cártel es tan perjudicial en épocas de bonanza como en épocas de crisis. Un cártel sube los precios y reduce la producción contribuyendo a la contracción de la economía. Si una operación de concentración reduce sustancialmente la competencia, su aprobación contribuiría a ralentizar la actividad económica más que a lo contrario.

Es cierto que en Europa se ha producido una situación de excepcionalidad en el control de ayudas públicas que pudiera distorsionar el juego competitivo, pero también es cierto que esta situación ha respondido al riesgo sistémico que un posible colapso de parte del sistema financiero pudiera suponer para las economías europeas. En todo caso, esta situación de excepcionalidad debe ser transitoria y reversible de forma que no dañe irremediadamente el funcionamiento de los mercados.

Sin embargo, en otros campos como en el abuso de la posición de dominio, en los acuerdos colusorios entre empresas, en el control de las concentraciones o en la vigilancia activa de los mercados, no cabe excepción alguna y debe reafirmarse la vigencia de los principios de la libre competencia, pues de olvidar esta circunstancia, tanto a corto como a largo plazo, cualquier desviación contribuiría a la profundización de la crisis.

3. UN MENSAJE PARA EL MUNDO EMPRESARIAL

La intención de los autores de esta obra no ha sido escribir un Tratado jurídico o económico sobre la competencia. El presente libro contiene una serie de reflexiones no necesariamente dirigidas al mundo de los expertos sobre los principios de la libre competencia y su aplicación en España. Es cierto que, aunque la vocación jurídica de sus autores haya producido que algunas de estas reflexiones se hayan deslizado hacia el mundo del Derecho, nunca ha sido nuestra intención escribir sólo una obra jurídica. Hemos pretendido hacernos preguntas de las razones por las que el buen funcionamiento del mercado requiere de ciertas normas competitivas que, con frecuencia, sus propios actores no terminan de entender. No terminan de entender que no se puedan coordinar las estrategias y las conductas con los competidores, cuando tan rentable a corto plazo resulta hacerlo. No se entiende tampoco que cuando ha sido necesario un gran esfuerzo para obtener una posición de liderazgo en el mercado, que puede llegar a ser posición dominante, ello no pueda implicar beneficios extraordinarios que se reflejen en la cuenta de resultados. O que una decisión de fusionarse, que es fruto del ejercicio del principio de libertad de empresa, pueda ser obstaculizada por las autoridades administrativas. Por todo ello, hemos pre-

tendido explicar que determinadas conductas que, a corto plazo, pueden resultar rentables, aunque perjudiquen a los demás actores y a los consumidores, a largo plazo generan ineficiencias para la propia empresa. Por no hablar de los efectos dañinos para el funcionamiento del mercado.

De la misma manera hemos pretendido explicar cuáles son las nuevas reglas en la aplicación de las normas de la competencia en España. La obra no queda reducida a un simple ejercicio teórico sobre el origen y desarrollo de los principios de la competencia, sino que tiene igualmente utilidad práctica. Porque no se trata sólo, y así lo hemos entendido, de exponer las razones de ciertos principios teóricos, sino de explicar cómo se aplican en la realidad. A usted, amable lector, le corresponderá enjuiciar si hemos conseguido ese propósito.

CAPÍTULO I

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA ENTRE LA FILOSOFÍA POLÍTICA, LA ECONOMÍA Y EL DERECHO

César A. GINER PARREÑO

1. LA HIPÓTESIS DE TRABAJO: LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA ENTRE LA FILOSOFÍA POLÍTICA, LA ECONOMÍA Y EL DERECHO

Adam SMITH escribió en su *Riqueza de las Naciones* que «raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, pero cuando lo hacen, la conversación termina en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para subir los precios». Hay muchas manifestaciones de la admonición *smithiana* en diversos lugares. El periódico *The New York Times* publicó, el 24 de febrero de 1983, una conversación telefónica entre dos ejecutivos importantes de líneas aéreas. Robert Crandall era presidente de American Airlines y, Howard Putnam, de Braniff Airways. El contenido de la conversación fue el siguiente:

«CRANDALL: Me parece una solemne estupidez que nos dediquemos a aplastarnos... y ninguno de los dos ganemos ni un... centavo. PUTNAM: ¿Tienes alguna sugerencia? CRANDALL: Sí, tengo una. Sube un 20 por 100 tus... tarifas. Yo subiré las mías a la mañana siguiente. PUTNAM: Robert que... CRANDALL: Tú ganarás dinero, y yo también. PUTNAM: ¡No podemos hablar de precios! CRANDALL: ¡Oh... Howard! Podemos hablar de cualquier... cosa que queramos».

La conversación transcrita plantea un problema. La libertad de pacto, ciertamente, puede dar a luz un acuerdo relativo a la formación de los precios, pero ese pacto puede perjudicar a otros intereses que merecen consideración y probablemente protección. En concreto, los ciudadanos pagarán más dinero para desplazarse de un lugar a otro como resultado de la falta de competencia entre las dos compañías aéreas y, al mismo tiempo, probablemente los recursos económicos de los consumidores están siendo mal asignados. Parece justificada, pues, la intervención del Estado correctora de un fallo del mercado provocado por la autonomía de la voluntad; una intervención del Estado encaminada a que las partes cesen en la aplicación de la política comercial de fijación de precios de venta de los billetes aéreos.

La denominada «prensa salmón» informa diariamente de «sucesos» de esta naturaleza en todas las partes del mundo. Algunas veces los hechos alcanzan una dimensión tan importante que son recogidos en toda clase de medios de comunicación y llegan al conocimiento de muchos ciudadanos: ¡qué podemos decir del caso Microsoft! Todos sabemos algo de Bill Gates, uno de los hombre más ricos del mundo. Y probablemente también resulten conocidos los hechos que han dado lugar a uno de los pleitos más importantes en los Estados Unidos durante la última década, litigio que enfrentaba a la compañía Microsoft con la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

El procedimiento judicial llegaba a cuestionar el futuro de una de las compañías más valiosas del mundo, el futuro de uno de los sectores de mayor crecimiento de la economía: el sector de los programas informáticos. El Departamento de Justicia demandó a Microsoft ante un Tribunal federal porque, entre otras razones, consideraba ilegal el ofrecimiento conjunto del sistema operativo Windows y de su navegador de Internet. La empresa Microsoft pretendía, según el Departamento de Justicia, expandir el fuerte *poder de mercado* que poseía en el mercado de los sistemas operativos a un mercado que tenía poca relación con ellos, el mercado de los navegadores de Internet, impidiendo la entrada al mercado y el ofrecimiento de nuevos productos a compañías competidoras, como era el caso de Netscape.

Estos hechos sugieren, igualmente, algunos interrogantes: ¿Debe el Estado controlar el poder de mercado de las empresas? La libertad de empresa, la propiedad privada y la autonomía de la voluntad: ¿Amparan toda clase de comportamientos de las empresas en los mercados? ¿Puede el Estado adoptar una decisión de reestructuración y división en unidades más pequeñas de una gran empresa con mucho poder de mercado?

Los Estados a lo largo de la historia más reciente han tomado la decisión de aprobar normas jurídicas que les permiten, a través de los órganos en cada caso diseñados, intervenir en los mercados para controlar sus fa-

llos provocados, a la sazón, por los operadores económicos. La decisión de intervención puede ser, sin lugar a dudas, de mayor o menor calado, según permita el ordenamiento jurídico. En los Estados Unidos, a título de ejemplo, un juez federal puede incluso ordenar la división de una compañía en otras más pequeñas. La reestructuración y división de la compañía telefónica AT&T en siete empresas más pequeñas —conocidas, desde entonces, como las «Baby Bells»— constituye un caso claro de los amplios poderes de los Tribunales del otro lado del Atlántico en la materia *antitrust*. Más recientemente, el intento del juez federal Jackson de provocar la creación de unas «Baby Bills», en referencia al principal accionista de Microsoft ha fracasado.

En todo caso, los ejemplos y comentarios anteriores revelan la existencia de una realidad normativa que, de ahora en adelante, se identificará con el nombre de «Derecho de la competencia», cuerpo de normas jurídicas llamado asimismo «Derecho antitrust» o «Derecho antimonopolio».

El Derecho de la competencia ha sido justificado con teorías distintas que han dado lugar a polémicas vivas, apasionantes y apasionadas, sobre el fundamento de su existencia y sus límites. Discusiones acaloradas sobre su función y contenido han presidido su centenaria existencia que data de finales del siglo XIX, cuando un movimiento político, social y económico singular dio lugar, en los Estados Unidos, a la aparición de una legislación antimonopolio (*antitrust*), contenida principalmente en la denominada Ley Sherman (Sherman Act).

Cuando en el año 1890 el Congreso de los Estados Unidos debatía la Sherman Act, la mayoría de los ciudadanos de ese país vivían en el campo y en pueblos pequeños. Algunos eran agricultores y muchos otros comerciantes o pequeños hombres de negocios. La economía estadounidense del siglo XIX era agraria. Se trataba de una época en la que se contemplaba a Estados Unidos como la «tierra prometida»: cualquiera que quisiera dedicarse a los menesteres de la agricultura podía encontrar tierra libre para arar casi sin límites. Los agricultores trabajaban y vivían de forma completamente independiente. Un agricultor americano no vivía en un pueblo, sino en la casa que construía en su propia tierra, más allá de la vista de su vecino. La cooperación y el consenso no fueron las virtudes principales de los agricultores, a pesar de su disposición a ayudarse en tiempos de cosecha o en otros momentos de necesidad.

La rápida industrialización de la segunda mitad del siglo XIX en los Estados Unidos trajo cambios importantes que erosionaron los ideales de libertad, independencia e igualdad *jeffersonianos* contenidos en la Declaración de Independencia de 1776. Aquellos granjeros y los hombres de negocios pequeños se sintieron agraviados por el poder económico de los

ferrocarriles y de otras grandes compañías, ya que repentinamente comenzaron a depender de esas empresas para satisfacer la necesidad de transporte de las mercancías o el suministro de maquinaria para las labores agrícolas. El resentimiento aumentó por la existencia de una sensación de trato discriminatorio cuando las compañías ferroviarias aplicaban tarifas diferentes que favorecían a las grandes empresas y perjudicaban a los pequeños empresarios. Esta situación generó un clima de desconfianza hacia las grandes corporaciones que condujo a los ciudadanos del país a un serio debate. Evidentemente, el gobierno podía combatir contra las grandes corporaciones tomando su control, adquiriendo su propiedad; pero la tradición americana que se remontaba hasta los conocidos *Articles* de la Confederación era de desconfianza hacia el gobierno. En definitiva, se consideraba que la concentración de poder en unas pocas manos, fueran gubernamentales o privadas, constituía un problema para la sociedad. El ideal *jeffersoniano* abogaba por un poder dividido y repartido entre granjeros y pequeños comerciantes. De esta suerte, los reformadores de finales del siglo XIX favorecían la división y reestructuración de los monopolios antes que la conversión de su gobierno en empresario.

La adopción de medidas legislativas contra el poder económico privado otorgaba la confianza a las fuerzas del mercado para disciplinar el comportamiento económico. La creación de un monopolio o un cártel podía combatirse mediante la aplicación de normas *antitrust* que restaurasen esa situación ideal del poder dividido y repartido. Pero una vez que se ha producido la reparación, cesa la necesidad de intervención. A partir de ese momento, la «mano invisible» *smithiana* facilitaba la propia disciplina del mercado, sin necesidad de burócratas y reguladores. En resolución, para los ciudadanos del sobredicho país que desconfiaban del poder del gobierno y de las grandes corporaciones, el Derecho *antitrust* aparecía como un remedio adecuado para evitar los abusos del poder económico privado.

El nombre de *antitrust* designa unos remedios específicos para la lucha contra un instrumento jurídico de organización de las compañías conspiradoras. En efecto, las empresas recurrieron a la forma de organización del *trust* debido al poco éxito de los cárteles o *pools* como medios para controlar las condiciones de mercado, especialmente los precios. A través del *trust*, varias compañías que desarrollaban actividades económicas idénticas o semejantes celebraban acuerdos en beneficio mutuo para la eliminación de la competencia ruinosa entre ellas, el control de la producción y la regulación de los precios. Desde un punto de vista jurídico, el *trust* suponía, en primer término, la constitución de un Consejo Central compuesto, normalmente, por los Presidentes de los Consejos de Administración de las diferentes compañías. En segundo lugar, la cesión fiduciaria a los Presidentes de la mayoría de las acciones de cada compañía. A cambio de la

cesión, los accionistas recibían los denominados *trust certificates*, que legitimaban para percibir los dividendos correspondientes a la participación en el capital social, pero el derecho de voto permitía al aludido Consejo Central (*Trustees*) elegir a los administradores de todas las compañías y, por medio de estos últimos, a todos los cargos relevantes de la dirección de las mismas. Con ello se conseguía un control absoluto de las políticas comerciales de cada empresa que formaba parte del *trust*. La formación de los *trusts* en los sectores económicos del ferrocarril, petróleo, azúcar y *whiskey* fue un hecho relevante en los Estados Unidos de fines del siglo XIX.

La presentación en el Congreso de un proyecto de ley destinado a combatir estas organizaciones fue visto con buenos ojos por la ciudadanía. Además de ello, en los debates parlamentarios se sostuvo que entre los fines de la nueva legislación se encontraban, de un lado, la aspiración de evitar los precios excesivos resultantes de los monopolios y de los cárteles y, de otro, la protección de la libertad de industria y comercio. Puede observarse que la consecución de la máxima eficiencia económica como fin del Derecho *antitrust* era sencillamente ignorada por la opinión pública y también por la legislatura.

En el año 1890 fue aprobada la centenaria Sherman Act, que contiene dos normas básicas: la sección 1.^a destinada a condenar las medidas que limitan la competencia con origen en la colusión, y la sección 2.^a que prohíbe la *monopolización* o el *intento de monopolización*. La redacción sugiere que no se condena la mera existencia del monopolio, sino el *comportamiento activo* asociado con la *monopolización* o *intento de monopolización*. Tal y como hoy es interpretada, un monopolista infringe la sección 2.^a cuando realiza un comportamiento abusivo o anticompetitivo. Hay que tener presente que las aludidas normas fueron redactadas con un lenguaje amplio: ¿qué deberíamos entender por «restricción del comercio» en la sección 1.^a? Los órganos jurisdiccionales encargados de la aplicación de la Ley en los Estados Unidos debían concretar el significado de tales términos. De tal suerte que durante el pasado siglo se ha desarrollado un abundante cuerpo jurisprudencial que realmente constituye el contenido del Derecho *antitrust* de los Estados Unidos. Este proceso de construcción no ha seguido una línea de pensamiento uniforme. El Derecho *antitrust* estadounidense ha cambiado a lo largo de los tiempos, ajustándose a las condiciones económicas y sociales del momento: flujos migratorios a las grandes ciudades, progreso tecnológico, producción en masa, recesiones, globalización, los problemas de la llamada «nueva economía»... También influyeron los movimientos políticos y los cambios en la teoría económica.

Es posible describir, someramente, los principales movimientos de aplicación de la Sherman Act a lo largo de su historia. Durante la Presidencia

Taft (1909-1913), la aplicación del Derecho *antitrust* fue intensa. Después siguió una etapa (1920-1935) de decadencia que alcanzó su cénit en los años de la gran depresión. Los primeros años de mandato del Presidente Franklin Roosevelt se caracterizaron por un cierto apoyo gubernamental a los cárteles de crisis en las industrias deprimidas; en la segunda parte de su mandato hubo una intensa aplicación de la Sherman Act debido al papel desempeñado por Thurman Arnold al frente de la División Antitrust del Departamento de Justicia. A fines de los años treinta se asociaba la conducta de los cárteles con gobiernos totalitarios, lo que supuso un aumento del apoyo político a la existencia de una vigorosa política *antitrust*. La cumbre de este nuevo periodo de aplicación intensa de las normas se alcanzó en la década de los sesenta. Después, a partir de mediados de los setenta, se percibió que algunas resoluciones judiciales habían impedido la aplicación de políticas empresariales eficientes en los mercados. Fueron los años de crecimiento y de comienzo de la influencia de la Escuela de Chicago de análisis *antitrust*, lo que implicó una disminución de la aplicación de la Sherman Act que se prolongó hasta el final del mandato del Presidente Ronald Reagan (1980-1988). Durante los mandatos de Bush y Clinton la aplicación de las normas *antitrust* ha sido más activa que en el periodo reseñado con anterioridad. Poco hay que decir del desdichado mandato de George W. Bush.

El Derecho de la competencia experimenta cambios normativos importantes según la sucesión de los acontecimientos políticos y económicos. Dice HOVENKAMP, en relación con los Estados Unidos, que «(...) si cien años de política *antitrust* federal nos han enseñado algo es el carácter político y cíclico del Derecho de defensa de la competencia. Cada generación ha abandonado la política de sus predecesores a favor de algo nuevo». El profesor de la Universidad de California informa de la existencia a lo largo de la historia del Derecho *antitrust* estadounidense de la «Escuela del *Common Law*», de la «Escuela de la *rule of reason*», de la «Escuela de la competencia monopolística (*New Deal*)», de la «Escuela de la *workable competition*», de la «Escuela liberal», de la «Escuela del análisis económico del derecho (Escuela de Chicago)» y, más recientemente, de la «Escuela Post-Chicago» —HOVENKAMP, «Antitrust Policy after Chicago», 84 *Michigan Law Review* 213 (1985-1986), pp. 213 y ss.—.

Esta característica del Derecho de la competencia no es seguramente propia, lo mismo sucede en otros sectores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en poco más de un siglo su evolución ha sido acelerada, a veces vertiginosa, al amparo de las convulsiones políticas del siglo XX, de la caída del Muro de Berlín, del movimiento social y económico denominado «globalización del intercambio económico mundial» y, *at last, but not at least*, del desarrollo del pensamiento económico, que ofrece algunos principios

serios y seguros para la interpretación de las normas de este sector del ordenamiento jurídico.

Alrededor de un centenar de Estados disponen ya de legislación en materia de defensa de la competencia. Este rápido crecimiento del Derecho de la competencia en el mundo se explica, entre otras razones, por el triunfo de las economías de mercado frente a las economías planificadas. El nuevo escenario económico mundial favorece a las empresas que son más competitivas, porque están obligadas y habituadas a competir en los mercados internos, en detrimento de aquellas otras que son menos flexibles al no afrontar las exigencias de una competencia nacional y que, correlativamente, se adaptan peor al mercado global.

Es este el momento de advertir y subrayar, a modo de digresión, el papel importante que la Economía representa para la comprensión y aplicación del Derecho de la competencia. En efecto, las normas que van a ser objeto de estudio y exposición disciplinan los comportamientos de las empresas en los mercados, pero no establecen sanciones automáticas para determinados comportamientos. El Derecho de la competencia ha evolucionado, arrojado en la levedad, para desprenderse de ropajes vetustos, y, con apoyo en principios consagrados en la Economía, atiende, en mayor medida que antes, a las razones de los comportamientos de las empresas en los mercados, observa su impacto y provee, en su caso, de remedios y sanciones oportunas. En definitiva, no se puede entender el Derecho de la competencia moderno sin el análisis de los mercados, de su regulación, de las razones de los comportamientos de los agentes económicos. Esto explica el «giro copernicano» que ha experimentado el análisis de legalidad de determinadas prácticas empresariales, valoración que toma en consideración los factores mencionados. Hoy día el Derecho de la competencia constituye un cuerpo de normas jurídicas para cuya aplicación hay que tener presente un conjunto racional de principios derivados de la Economía.

De todas maneras, el pensamiento económico no ha dicho su última palabra. Cabe, en este sentido, esperar aportaciones nuevas de la Economía para el Derecho de la competencia que provoquen cambios en la percepción y aplicación de sus normas. La recepción de esas aportaciones nuevas debe producirse de forma sosegada y prudente con la finalidad de que el órgano encargado de la aplicación de la norma jurídica minimice la posibilidad de error. Para ilustrar las ideas anteriores nada mejor que quedarnos, por un momento, con las reflexiones del profesor SOLOW publicadas en el periódico *The New York Times* el 30 de diciembre de 1984:

«Pensar precisamente y sistemáticamente sobre algo tan complejo e irregular como la economía moderna es muy difícil, quizás imposible. Lo mismo puede decirse acerca de cualquier otro objeto complicado, como la atmósfera de la tierra o

la población de tortugas de la Costa de Georgia. El único modo de hacer progresos consiste en hacer modelos simplificados: esto es, inventar un mundo simplificado. Pueden citarse como ejemplo de los modelos que realizan los economistas: sólo se producen unas pocas mercancías, quizás sólo dos o incluso una; las empresas que las producen son tan pequeñas y numerosas que no tienen poder de decisión sobre los precios; así, sólo pueden aplicar el precio que ordena el propio mercado; todos los consumidores tienen los mismos gustos. Nadie cree que estos modelos sean verdaderos. La verdad es que tales modelos hacen posible entender cómo funciona un mercado simplificado. Sin embargo, el arte de una buena Ciencia Económica consiste en determinar cuándo no conduce a error la extrapolación de las conclusiones del mundo simplificado al mundo real y, al mismo tiempo, cuándo esa extrapolación es peligrosa. Este tipo de método no es tan sólo peculiar de los economistas. Galileo descubrió que todos los cuerpos, independientemente de su peso y densidad, caen a la misma velocidad cuando caen libremente bajo la influencia de la gravedad. Cuenta la leyenda que comprobó su teoría arrojando una pluma y una pelota desde la cima de la Torre inclinada de Pisa. Quizás sea cierto: intenta arrojar una página del *New York Times* y una pelota de tenis desde una ventana alta en un día con viento. Por supuesto, la proposición de Galileo se aplica sólo en un mundo simplificado a objetos que caen en el vacío, en el cual la única fuerza significativa es la de la gravedad. Nadie podría aplicarlo a la realidad. El segundo modo mediante el cual los economistas pierden contacto con la realidad es más prosaico pero probablemente más importante para el bien o el mal. Incluso cuando un análisis económico resuelve con éxito un problema real y propone correctivos efectivos, a menudo, puede olvidarse porque vaya en contra de intereses políticos. En el mundo real una idea útil y práctica en términos económicos puede ser, políticamente, una perdedora segura».

En el Derecho comparado, a pesar de la aplicación continua de principios derivados de la Economía a los casos de Derecho de la competencia, también se encuentran llamadas a la reflexión y a la prudencia en alguna sentencia importante del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. De esta suerte, en el caso *Kodak* el Alto Tribunal norteamericano sostuvo que era necesario consolidar, antes que expandir, los principios derivados de la Economía en su aplicación a los problemas de defensa de la competencia.

En resolución, la interpretación de las normas de defensa de la competencia con arreglo a principios aportados por la Economía presenta los problemas siguientes: *a)* los estudios y análisis económicos se encuentran permanentemente en desarrollo y evolución, debido principalmente a la naturaleza cambiante del propio objeto de su investigación, la Economía; *b)* las conclusiones alcanzadas en sus investigaciones incluso por prestigiosos economistas no suelen ser en muchas ocasiones compartidas y, por tanto, son altamente controvertidas; *c)* los dos modelos principales del análisis económico neoclásico —el modelo del monopolio y el de la competencia perfecta— se fundamentan en proposiciones que con dificultad se cumplen en los mercados *reales*; y *d)* muchas de esas proposiciones encuentran graves problemas probatorios en cualquier clase de procedimiento, administrativo o civil.