

## TEMA 11. EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

### I. INTRODUCCIÓN.

Noción de mercado: el art. 38 CE “*reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”. En un mercado los bienes y servicios se intercambian libre y voluntariamente, compitiendo los empresarios entre sí para atraerse a los consumidores, pudiendo éstos elegir la oferta que más les interese. La libre competencia es pues el eje sobre el que gira la economía de mercado.

Limitaciones a la libre competencia: la libre competencia es un valor deseable en sí mismo. Sin embargo, en estado puro no existe en ningún mercado. Las limitaciones o restricciones a la libre competencia son de índole diversa:

- Planificación: es la primera e históricamente la más importante limitación; aun en las economías de mercado, en ciertas áreas la libre competencia cede ante la intervención del Estado (precios máximos, fijación de las características de los productos, requisitos administrativos para la creación de empresas,...) (ej. transporte por metro en España). En los últimos años, sin embargo, el ámbito de la planificación se ha ido reduciendo (“desregularización”), y los gobiernos han intentado introducir elementos de competencia en mercados tradicionalmente planificados (telecomunicaciones, energía, transporte...).

- Monopolio: bien establecido por el Estado (históricamente, en España existieron monopolios de sal y de fósforos), bien surgido espontáneamente, a través de la concentración empresarial, o bien exigido por la naturaleza técnica de los productos (bucle local de telefonía), es la negación misma de la competencia. A unos efectos similares puede llevar el oligopolio, por el riesgo de que los oligopolistas se colusionen y actúen de facto como un monopolio.

- Actos o conductas de los empresarios: los empresarios pueden suprimir la competencia bien concertándose, mediante acuerdos o conductas paralelas que supriman la lucha entre sí, o bien abusando de su posición de dominio en el mercado.

En todos los países desarrollados existen restricciones estatales a la competencia, que obedecen a diversos motivos: defensa del pluralismo, protección de intereses nacionales estratégicos, aseguramiento de la prestación de servicios universales. En consecuencia, no toda restricción de la competencia es intrínsecamente negativa. De hecho, la bondad o maldad de una práctica debe enjuiciarse a la vista de la situación económica concreta de ese mercado en ese momento dado. En materia de defensa de la competencia no cabe aplicar dogmáticamente principios uniformes.

La inclusión de esta materia –de marcado carácter Administrativo- en el ámbito del Derecho mercantil ha sido siempre discutida; la propuesta de Código Mercantil de 2013 viene a zanjar el debate, al contemplarla en su Libro Tercero, “*Del Derecho de la Competencia y la propiedad industrial*”, en los términos que se examinarán más adelante.

## II. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO.

La lucha contra las prácticas monopolistas y las colusiones entre empresarios es tan antigua como el derecho económico. El emperador Zenón es recordado no tanto por su lucha contra los herejes del monofisitismo, como por la llamada “Constitución de Zenón” del año 483. Era una auténtica ley de protección de los consumidores, y preveía penas contra aquellos que restringiesen el comercio de alimentos mediante convenios colusorios o creando monopolios.

El derecho moderno de defensa de la competencia nace en EE.UU., y sigue siendo una rama del Derecho básicamente anglosajona. En 1891 se promulga el *Sherman Act*, la primera legislación *antitrust* para evitar los monopolios y cárteles, y sobre todo para evitar que el poderío económico de los empresarios arrollara la economía de mercado. Esta ley (después múltiples veces completada y modificada: *Clayton Act*, *Celler Kefanver Act*, etc.) es la madre de toda la legislación posterior, y sigue en vigor.

En 1897 en Alemania se produjo una decisión del *Reichsgericht* de carácter contrario a la normativa americana: el Tribunal alemán llegó a la conclusión de la licitud de los cárteles, siempre y cuando hubieran sido convenidos de buena fe. Esta limitación pasó rápidamente al olvido y en pocos años Alemania se convirtió en el país de los cárteles y de la concentración económica, sin control por parte del Estado.

Después de la II Guerra Mundial los fundadores de la CE decidieron crear un mercado común europeo, que fuera auténticamente competitivo, y que no estuviera lastrado por prácticas anticompetitivas y monopolios; la nefasta experiencia alemana de antes de la Guerra, y el precedente americano llevó a la inclusión de los arts. 85 y 86 Tratado de Roma (hasta fechas recientes, arts. 81 y 82 TUE, con texto idéntico, y hoy –desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de enero de 2010, arts. 101 y 102 del TFUE, *Tratado de Funcionamiento de la UE*), de capital importancia para la creación de un espacio económico europeo. Aparte de la normativa general del TFUE, la mayoría de los Estados europeos se ha dotado de una normativa propia, que supone una recepción de la ideología de la legislación *antitrust* americana (ej. *Kartellgesetz* alemán 1958, ley francesa de 1977 sobre control de concentraciones y otras muchas más).

Estas normas de defensa de la competencia pretenden asegurar la existencia de una competencia efectiva en el mercado. Se protege, por lo tanto, el interés general de los ciudadanos. Por ello es el Estado quien se encarga directamente de la represión de las prácticas que tiendan a socavar esa competencia efectiva. Pero además de estas leyes *antitrust*, todos los Estados europeos han promulgado normas sobre competencia desleal (que en cambio no están reguladas en el TFUE), cuyo objetivo es asegurar que esa competencia se desarrolla de buena fe dentro de los usos comerciales generalmente aceptados.

La normativa de defensa de la competencia es una legislación administrativa y sancionadora: es la Administración la que pone en marcha el procedimiento. Las conductas prohibidas por estas leyes son las siguientes:

(i) Los acuerdos expresos o tácitos por los que los empresarios se ponen de acuerdo para no competir entre sí (ej.: fabricantes de cemento que se ponen de acuerdo en el precio de su producto); la principal consecuencia jurídica es que los empresarios deben cesar en tal conducta anticompetitiva, y que además son sancionados por la Administración; en el ámbito civil, los contratos son nulos. Este tipo de acuerdos se conocen como “prácticas colusorias” (porque los empresarios se ponen de acuerdo entre sí para no competir).

(ii) La normativa es más dura cuando un empresario tiene una posición dominante en un mercado: en este caso, no solo le está prohibido realizar “prácticas colusorias”, sino que también se le prohíbe que realice prácticas abusivas (ej.: en un puerto hay un único suministrador de carburante, que se niega a vender *fuel* a los barcos si no es conjuntamente con aceite de motores). Las prácticas abusivas son perfectamente legales siempre que no haya posición dominante. Pero en el momento en que el empresario ha alcanzado esta situación, se le exige un nivel de actuación más cuidadoso, para proteger a sus competidores más débiles y no perjudicar a los consumidores. La consecuencia jurídica del abuso de posición dominante es que el empresario debe cesar en su conducta y además es sancionado. Nótese que la consecuencia no es que el Estado intervenga y obligue al empresario a deshacer su posición de dominio: tener una posición de dominio es perfectamente legal, en tanto no se abuse de ella.

(iii) La Administración únicamente puede intervenir para prevenir posiciones de dominio, cuando dos empresas deciden unirse (p.e. porque se fusionan, o porque una adquiera a la otra). En este caso, si como consecuencia de la futura concentración se van a producir efectos nocivos para la competencia, la Administración puede condicionar la operación (p.e. obligando a que se vendan determinadas filiales) o incluso prohibirla. Nótese que el control de las concentraciones no es arbitrario: la Administración solo puede prohibir o condicionar una operación para defender la competencia en el mercado, no por razones políticas o para defender determinados intereses (al menos así lo establece la normativa - pero la tentación de disimular motivos políticos bajo argumentos competitivos es evidente).

La legislación de competencia desleal (Ley 3/1991, que estudiaremos en el Tema siguiente) es una normativa de naturaleza jurídico privada; el actor no es la Administración, sino cualquier empresario perjudicado por un competidor que está actuando deslealmente (es decir, violando los principios de buena fe comercial). El perjudicado puede acudir directamente a los tribunales, pidiendo que el competidor desleal sea obligado a cesar en su conducta, y condenado a resarcir los daños y perjuicios causados.

Legislación aplicables: en el área de defensa de la competencia coexisten normativa europea y española, lo que añade la dificultad de tener que determinar en cada caso cuál es la ley aplicable. La normativa europea en materia de defensa de la competencia está constituida por:

- el art. 101 TFUE (prácticas colusorias);
- el art. 102 (abuso posición dominante), ambos desarrollados por el importante Regto. 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004;
- para el ámbito de control de concentraciones, también el 1 de mayo de 2004 fue una fecha especialmente relevante, al entrar en vigor el Reglamento 139/2003, que deroga

el anterior Reglamento de Concentraciones, el 4064/89, de 21 de diciembre de 1989. Esta normativa constituye una auténtica revolución en el ámbito del control de concentraciones, y al texto citado se añaden - los arts. 107-109 TFUE contienen también limitaciones a las ayudas otorgadas por los Estados o las empresas nacionales, en la medida en que distorsionan la competencia a nivel europeo.

La normativa española de defensa de la competencia estaba contenida en la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en sus reglamentos de desarrollo. Esta normativa se vio “modernizada” en nuestro país por la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*B.O.E.* núm. 159, de 4 de julio de 2007).

Aunque la normativa es muy similar, lo que es diferente es el órgano administrativo que tiene competencias: si estamos en el ámbito del Derecho europeo, las facultades corresponden en principio a la Comisión Europea. No existe pues un organismo autónomo europeo sino que es una simple Dirección General de la propia Comisión quien actúa (lo que ha llevado a frecuentes críticas de que las decisiones europeas en materia de competencia están politizadas).

Pero la Comisión Europea en Bruselas no puede pretender aplicar la normativa en todo el espacio de la UE; por eso, a raíz del Reglamento 1/2003, la Comisión ha atribuido facultades a las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros, para que también puedan aplicar la regulación comunitaria de defensa de la competencia, eso sí, en estrecha cooperación con la Comisión, y reservándose ésta la capacidad de inspeccionar y sancionar los casos más graves (ver arts. 4 y 5 Reglamento 1/2003 sobre aplicación de las normas de competencia).

### **III. ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

El derecho de defensa de la competencia utiliza exclusivamente conceptos jurídicos indeterminados (posición dominante, mercado relevante, prestaciones equivalentes...), otorga gran discrecionalidad a la Autoridad administrativa (mediante una simple autorización, una práctica colusoria que es ilegal, nula y duramente sancionada deviene legal, válida y exigible) y le encomienda decisiones de gran calado político económico (autorizar o prohibir la concentración entre *Honeywell* y *General Electric*, o entre *Endesa* y *Gas Natural*, por coger dos ejemplos recientes). El riesgo de que decisiones en materia competitiva se contaminen por razones políticas es evidente. La solución más apropiada consiste en atribuir las competencias a una Autoridad administrativa independiente, aislada de influencia política y sometida únicamente a control judicial.

En España, los órganos a los que se confía la defensa de la competencia son de carácter administrativo: la entonces Dirección de Investigación (el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia), que iniciaba e instruye los expedientes era una simple oficina integrada en la entonces CNC, la cual era también un órgano administrativo, adscrito al Ministerio de Economía, aunque ejerce sus funciones “con plena independencia”. Recuérdese además que las decisiones de más calado, las que se dictan en materia de concentraciones, están reservadas al Gobierno.

En junio de 2013 se publicó la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (B.O.E. nº 134, p I-42191), que “aglutina” no sólo a la CNC, sino a todo tipo de órganos reguladores (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, del Juego, de la Televisión, etc.). Este nuevo “macro-regulador”, la CNMC, y la forma de tramitar esta ley, ha sido duramente criticado por un amplio sector doctrinal.

La situación española –que dista de ser satisfactoria- se vino a complicar aún más en virtud de la STC de 11.11.99, que declaró inconstitucional la LDC de 1989, por invadir competencias de las Autonomías. Dado que éstas tienen, según sus Estatutos, competencias en materia de comercio interior, el TC entiende que se debe reconocer a las CCAA competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, siempre que las prácticas colusorias o el abuso de posición dominante se realicen en su territorio y no afecten al mercado *supra* comunitario (es decir, cada CA puede tener, si lo desea, un órgano administrativo análogo a la CNMC, para que aplique la LDC en su territorio).

Para dar cumplimiento a la STC, se tuvo que promulgar una Ley especial (Ley 1/2002 de 21 de febrero), que permitió a las CCAA crear órganos administrativos para aplicar la LDC en relación con prácticas colusorias y abusos de posición dominante, que solo afecten al ámbito de la respectiva Comunidad. En materia de concentración de empresas, sin embargo, el Estado se ha reservado todas las funciones. Baleares, Murcia, Galicia, Madrid, Cataluña, Extremadura, Aragón, Islas Canarias, La Rioja, Valencia y el País Vasco crearon órganos propios de defensa de la competencia, y en la actualidad casi todos excepto tres o cuatro han desaparecido del mapa.

#### **IV. PRÁCTICAS COLUSORIAS.**

Las prácticas colusorias están reguladas en el art. 101 TFUE, si afectan al comercio intracomunitario, y por los arts. 1 a 5 LDC en caso contrario. La técnica legislativa seguida en ambos ordenamientos es muy similar:

- una prohibición genérica;
- una lista no exhaustiva de ejemplos;
- la posibilidad de que prácticas colusorias sean autorizadas, bien individualmente, bien por categorías;
- en caso que se declare que una práctica es colusoria, obligación de cesar, nulidad de los acuerdos y sanciones para los infractores.

La prohibición genérica de prácticas colusorias [art. 101 TFUE y art. 1 LDC] contiene los siguientes elementos:

- la práctica puede consistir en un acuerdo entre dos o más empresas (que no pertenezcan al mismo grupo), en una recomendación de una asociación empresarial, o sencillamente en una conducta conscientemente paralela entre dos o más empresas (en este último caso, la ley presume que existe un acuerdo tácito, que motiva tal conducta); nótese que no hace falta que exista un acuerdo formal, basta que la actuación de varias empresas en el mercado no pueda ser explicado sin una coordinación consciente entre ellas;

- el efecto inmediato o potencial de la práctica tiene que consistir en impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia.

Las prácticas colusorias pueden darse tanto entre operadores que se encuentren situados en la cadena de producción de modo horizontal (fabricantes que fijan precios) o de modo vertical (fabricante que impone el precio de venta a su distribuidor o que le exige que distribuya sus productos en exclusiva).

La prohibición genérica se queda en una enunciación de principios, tan genérica que es difícil aplicarla al caso concreto. Por ello, tanto el art. 101 TFUE como el art. 1 LDC contienen una lista enunciativa de las prácticas colusorias más frecuentes:

(i) Fijación de precios u otras condiciones de transacción: es sin duda el supuesto más claro de práctica colusoria, y aquél en el cual la Comisión Europea y la CNC son más inmisericordes.

(ii) Limitar la producción, el desarrollo técnico o la distribución: las limitaciones a la distribución son las más importantes dentro de esta categoría; se trata de prácticas colusorias de carácter vertical, en las que el fabricante desea imponer al distribuidor el precio de venta al público, o prohibirle que venda productos de la competencia.

(iii) Reparto del mercado: el entonces TDC sancionó en el año 1997 a las empresas desmotadoras de algodón, por repartirse el mercado de producción de algodón bruto, fijando precios de compra y cupos máximos a la desmotación del algodón, imponiéndose sanciones para los que superasen dichos máximos. El acuerdo en cuestión afectaba al 90% del mercado.

(iv) Aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

(v) Exigir prestaciones suplementarias ajenas al contrato principal: ej. imponer un seguro de accidentes con una determinada compañía aseguradora vinculada.

Consecuencias: únicamente la Comisión Europea o la CNMC pueden declarar que una determinada práctica es colusoria y sancionarla. Tal sanción no puede ser impuesta por los Tribunales de Justicia, por estar reservada por ley a un órgano administrativo. Lo que sí pueden los Tribunales, por supuesto, es revisar en vía de recurso las decisiones de la Autoridad administrativa. Las decisiones de la Comisión son recurribles ante el TJCE, y las de la CNMC ante la Audiencia Nacional.

Una vez declarada la naturaleza anticompetitiva de una práctica o de un acuerdo, las consecuencias son las siguientes:

- los infractores deben cesar en su comportamiento anticompetitivo, pudiendo ser sancionados con multas coercitivas si no lo hacen;
- el acuerdo o la decisión es nula de pleno derecho [art. 101.2 TFUE y 1.2 LDC];
- los empresarios colusionados pueden ser sancionados por la Comisión Europea o la CNMC con multas muy significativas (hasta el 10% de la cifra de negocios de la empresa infractora - art. 23 Regto. 1/2003 y 64.1 LDC).

Aplicación privada del Dº de la Competencia: antes, las personas que se sentían perjudicadas por una práctica colusoria (p.e. un competidor excluido del mercado) podían denunciar la conducta ante la Comisión Europea o ante la CNMC o el equivalente en las

CCAA, y una vez declarada la existencia de una práctica colusoria por la administración (o en caso de recurso por el Tribunal correspondiente), el perjudicado podía iniciar una acción civil para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Sin embargo, en la actualidad existen mecanismos para obtener ese resarcimiento patrimonial de forma más directa. Especial importancia tiene, en este sentido, la *DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, que ha sido calificada con acierto como la última gran revolución en el ámbito antitrust, y que va a permitir –ya lo ha hecho- el florecimiento de acciones de daños y perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos.

Esta Directiva ha sido recientemente incorporada a nuestra normativa interna, a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE nº 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017), y la materia se está desarrollando enormemente en la práctica, siendo testigos a diario de reclamaciones –y las correspondientes sentencias de la jurisdicción civil concediendo o denegando los daños y perjuicios solicitados- derivadas de notorios asuntos como los cárteles de los camiones, el azúcar, los sobres de papel o el seguro decenal.

Alegación ante tribunales civiles: además de lo ya comentado, existe otro supuesto en el que una persona puede invocar directamente la normativa de defensa de la competencia, sin tener que pasar por una declaración formal de práctica colusoria por la Comisión o la CNMC: si la contraparte le exige el cumplimiento de un contrato colusorio, puede alegar directamente ante la jurisdicción civil la nulidad ex art. 101.2 TUE y 1.2. LDC. El art. 6 Regto. 1/2003 establece expresamente que “los órganos jurisdiccionales nacionales [se entiende que los civiles] son competentes para aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado”.

Los tribunales pueden solicitar a la Comisión que les remita información o les entregue sus dictámenes en materia de normas de competencia. El Reglamento también prevé que las autoridades de competencia nacionales y la propia Comisión Europea puedan comparecer ante los tribunales nacionales que estén enjuiciando casos que afecten a la defensa de la competencia, para presentar observaciones relativas al caso (es decir, para informar de cuál es su opinión sobre una determinada práctica - piénsese que el derecho de defensa de la competencia busca una finalidad eminentemente económica, que con frecuencia desbordará las competencias del Tribunal civil).

## **V. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.**

Prohibición: la Ley no penaliza el hecho de que una o varias empresas dominen un mercado; el monopolio y el oligopolio no están prohibidos por ley. Lo que el TFUE y la LDC prohíben es que la empresa o empresas que dominan la totalidad o una parte de un mercado exploten de forma abusiva esa situación [arts. 102 TFUE y 2 LDC]. Nótese, por tanto, que mientras que la ley prohíbe todas las prácticas concertadas de limitación de

competencia, únicamente castiga las prácticas individuales de las empresas dominantes que resulten abusivas, que causen daños injustificados.

¿Qué implica esta prohibición en la práctica? Una empresa dominante no puede p.e. fijar precios demasiado altos o demasiado bajos; cargar precios diferentes por transacciones equivalentes; ofrecer a sus distribuidores descuentos ligados al crecimiento de las ventas; vincular la venta de uno de sus productos a que un consumidor compre otro; dar acceso a su propiedad intelectual a sus principales competidores, si dicho acceso es indispensable para competir, etc. Como se ve, el espectro de conductas prohibidas es muy amplio, y depende enormemente del sector en el que se mueva la empresa dominante.

Los casos de sanciones por abuso de posición dominante van en aumento. Recuérdese la sonada sanción impuesta por la Comisión europea a Microsoft. En España, la sanción más fuerte nunca impuesta por el TDC fue mediante Resolución de 1 de abril de 2004, que condenó a Telefónica de España SAU al pago de una multa de 57 M € por abusar de su posición dominante, mediante determinadas prácticas destinadas a entorpecer la preasignación de llamadas con otros operadores y excluir así a éstos del mercado de telefonía fija.

Posición dominante: la normativa no contiene un concepto jurídico de posición dominante; ni tan siquiera ofrece algún tipo de presunción (p.e. se presume dominio si se tiene más del 50% del mercado), sino que la decisión queda al arbitrio de los órganos de control. La CNC considera que un empresario se encuentra en posición de dominio cuando puede actuar de manera independiente en un determinado mercado, sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes.

También la definición del mercado relevante plantea problemas y dificultades, tanto en la vertiente geográfica (¿es Andalucía un mercado separado para la cerveza?) como del producto (¿es el mercado relevante el de la cerveza o el de las bebidas refrescantes en general?), que no tienen contestaciones claras (p.e. todas las frutas se consideran un mercado, pero se excluye el plátano - STJCE caso *United Brands* 14.2.76). En general se entiende que los productos forman parte de un mismo mercado cuando los consumidores están dispuestos a sustituir unos por otros (en la STJCE 14.5.75, caso *Kali*, el Tribunal llegó a la conclusión que los abonos potásicos simples y compuestos formen un sólo mercado, porque los agricultores según las campañas compran unos u otros).

Una vez definido el mercado relevante hay que determinar si un empresario, o varios empresarios que actúan coordinadamente, ostentan una posición de dominio. Para ello no hay que fijarse sólo en la cuota de mercado, sino también en la estructura de competidores y en las barreras que dificultan la entrada de nuevos competidores (con el resultado de que tener un 50% de un mercado en el que existan tres competidores fuertes y no existan barreras de entrada puede no constituir posición de dominio, mientras que tener el 30% de otro, en el que la competencia está atomizada, sí puede constituirlo).

El abuso: el empresario dominante tiene que actuar de forma abusiva, es decir, de forma diferente a como actuaría si estuviera en un mercado plenamente competitivo.

Nuevamente la Ley enumera, a título enunciativo, determinadas prácticas que se considera constituyen abuso de posición dominante [art. 102 TFUE y 2.2 LDC]:

- (i) Imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.
- (ii) Limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de competidores o consumidores.
- (iii) Negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- (iv) Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
- (v) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Los comportamientos anteriores coinciden en buena medida con los calificados como colusorios, si bien lo que los califica es la nota de comportamiento empresarial no equitativo. En cuanto a las consecuencias jurídicas de un abuso de posición dominante, y los derechos que corresponden a los perjudicados vale lo dicho *supra* en relación a las prácticas colusorias.

## VI. LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES.

La *Sherman Act* americana permite que en el caso de que una empresa abuse de su posición de dominio en un mercado, la sanción que le sea impuesta por vía judicial consista en su desmembramiento y división en varias entidades, de forma que se reconstruya un mercado verdaderamente competitivo.

Cuando se redactó el Tratado de Roma, los fundadores de la CE quisieron reservar las facultades de defensa de la competencia de un órgano administrativo, a la Comisión Europea y no quisieron otorgarle facultades tan amplias como las que tienen los jueces americanos: en Europa el abuso de posición dominante se sanciona únicamente con multas económicas. Con el paso del tiempo, se percibió que los instrumentos de los que disponía la CE no eran suficientemente efectivos, sobre todo en el caso de concentraciones entre empresas.

Este tipo de operaciones plantean indudables ventajas, pues aumenta la eficiencia de la economía al generar economías de escala. Pero también representan un peligro para la competencia, pues la empresa resultante de la concentración puede disponer de un elevado poder de mercado, que la sitúe en una posición de privilegio y acabe por cercenar una competencia eficaz. Muchas fusiones y adquisiciones buscan una legítima generación de economías de escala, pero en otras surge la sospecha de que en realidad se pretende establecer un poder de mercado *cuasi* monopolista.

La Comisión Europea intentó en una primera etapa que las operaciones de concentración se consideraran como un abuso de posición dominante, sancionado por el art. 102 TFUE (Decisión de 9.12.71, asunto *Continental Can*). El TJCE dio la razón en teoría a

la Comisión, pero anuló la decisión en el caso concreto, considerando que no se había definido correctamente el mercado relevante y no probado el efecto anticompetitivo (STJCE 21.2.73).

La polémica por el caso Continental Can forzó a que los Estados nacionales decidieran aprobar (¡tras 18 años de discusiones!) un Reglamento comunitario específico, que regulara la forma en que las concentraciones económicas deben ser aprobadas: se trata del Regto. 4064/89, modificado significativamente en 1997, y por última vez en el año 2004 (aunque, en 2013 la Comisión Europea ha lanzado una consulta pública para volver a reformarlo).

España ha tardado mucho en incorporar a su sistema jurídico un régimen (más o menos) similar al europeo en materia de concentraciones: no ha sido hasta el año 1999, cuando el RDL 6/1999 de 16 de abril modificó profundamente el Cap. II de la LDC. Desde entonces, el régimen español descansa sobre los mismos principios que el europeo: comunicación obligatoria de toda operación de concentración, amplios poderes de la autoridad administrativa para autorizar, prohibir o condicionar la operación, en función de criterios concurrenciales.

La normativa comunitaria ha sido objeto de fuertes críticas, pues atribuye un amplio margen de discrecionalidad a la Comisión, utiliza constantemente conceptos jurídicos indeterminados (posición de dominio, mercado relevante, barreras de entrada), y en definitiva no garantiza que un órgano tan politizado como la Comisión Europea - regida por un Consejo de Comisarios designados por los Gobiernos de la Unión - realmente adopte las decisiones exclusivamente en base a criterios concurrenciales (y no políticos).

Tales críticas se pueden trasladar, incrementadas, al sistema español, pues el órgano administrativo independiente –la CNMC- no es quien toma la decisión, sino que está reservado al Consejo de Ministros, que puede tomar en consideración no solo argumentos concurrenciales, sino también motivos de interés general. Las CCAA no tienen competencias en esta materia.

Concepto de concentración: el concepto de concentración que utiliza la legislación es muy amplio y fundamentalmente económico. Las operaciones más típicas son las fusiones y las adquisiciones de acciones (con o sin OPA) o de activos empresariales. Pero el concepto legal es mucho más amplio, e incluye cualquier operación por la que se obtenga el control sobre una empresa. Este control puede ser exclusivo (el adquirente compra el 20% de acciones, pero al ser éstas preferentes le otorgan el 51% de votos), o compartido con otros (tres adquirentes actuando concertadamente compran cada uno el 30% del capital social).

Un caso especial de concentración lo constituyen la creación de una “*joint venture*”, de una empresa en común (p.e. *Volkswagen* y *Ford* crean una empresa común para construir monovolúmenes). Se puede dudar si en estos casos, estamos ante un acuerdo colusorio o ante una concentración empresarial, en la que los socios fundadores comparten el control. Esta segunda interpretación es la que prevalece legalmente, y en consecuencia la

operación se debe notificar como una concentración, aunque la decisión administrativa deberá basarse en los mismos criterios aplicables para evaluar acuerdos colusorios.

Ámbito de aplicación: la normativa europea solo se aplica a las concentraciones “con dimensión comunitaria”, es decir, de gran tamaño y que afectan a varios países. Si una operación reúne estos requisitos, la autoridad competente es la Comisión Europea (aunque ésta puede reenviar el expediente a las autoridades españolas, si estima que afecta principalmente al mercado español). En caso contrario, la operación es de dimensión nacional, y queda sujeta al régimen de la LDC. Para que este régimen nacional resulte aplicable, es necesario que reúna uno de los siguientes requisitos (art. 8 LDC):

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Notificación: toda operación de concentración que tenga dimensión comunitaria debe ser notificada obligatoriamente a la Comisión Europea y la que tenga dimensión nacional a la CNMC. La notificación es previa, y debe formalizarse en un formulario específico. El incumplimiento de esta obligación está sancionado con multas económicas. Tras la notificación se pone en marcha un procedimiento en el que se oye a las empresas afectadas y a otros interesados.

La ley da un amplio margen discrecional para que se tenga en cuenta si los efectos anticompetitivos se compensan por aspectos positivos, como la mejora de la competitividad internacional o de los sistemas de producción. La decisión final corresponde a la Comisión Europea en un caso y al Gobierno español en otro, y puede consistir: en una no oposición a la concentración; en la exigencia de determinadas condiciones que compensen los efectos anticompetitivos (p.e. que se vendan ciertas filiales, o que se abandone la producción de determinados productos, etc.); en la oposición a la concentración, en cuyo caso no se podrá realizar la operación, o si se hubiera realizado, en la obligación de “desconcentrar” (es decir, de vender lo adquirido a terceros independientes).

Las decisiones de la Comisión Europea y del Gobierno son impugnables ante el TJCE y ante el TS. El TS, en dos Sentencias una de 1 de abril y la otra de 2 de abril de 2002 ha anulado sendas decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentración, exigiendo que si el Consejo se aparta del informe de la CNMC, debe motivar su decisión. El TS además sentó el principio que las medidas que limiten la libertad de empresa solo es legítima si resulta “necesaria, adecuada y proporcional” para garantizar la existencia de competencia suficiente en el mercado.

Como podrá comprenderse, la apreciación de estas circunstancias, y el hecho mismo de saber cuándo hay un “interés general”, es algo no exento de discusión y polémica, como pudo apreciarse en el año 2013 en la fusión entre *Antena 3* y la *Sexta*, desaconsejada por la entonces CNC, y aprobada por el Consejo de Ministros.

## VII. EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES.

Sin duda, una de las peculiaridades más exóticas de nuestra actual Ley de Defensa de la Competencia (que estaba también incluida en las anteriores versiones, de 1989, y 1963) es la previsión contenida en su art. 3, que prevé que *la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*

Este ilícito antitrust, acertadamente calificado por un sector doctrinal como un auténtico “casticismo”, integra como elementos del tipo:

1) La existencia de un ilícito desleal (conforme, claro está, a la tipificación de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal);

2) La afectación al interés público (en el texto de la precedente LDC 1989, se añadía con más precisión –aunque quizá era reiterativo-, “que por alterar gravemente la competencia” produzcan esta afectación del interés público).

Salta a la vista la dificultad práctica de aplicar este precepto, en el que se ha querido ver como un “puente” o conexión entre la normativa antitrust y la normativa de competencia desleal, que haría el camino inverso al que opera, en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal, su art. 15 (actos desleales por infracción de normas). ¿El ilícito desleal se subsume en el ilícito antitrust? ¿Hay concurso de normas? ¿El precepto es únicamente habilitador en el plano procesal para que las autoridades antitrust conozcan de un ilícito de deslealtad?

Tras muchos años de jurisprudencia dudosa y contradictoria, parecía que la consagración definitiva de este precepto vendría a través de la RTDC *Telefónica – Retevisión*, de 8 de marzo de 2000, en la que el entonces Tribunal de Defensa de Competencia sancionó al operador de telefonía la mayor multa hasta la fecha impuesta a una única empresa en España (1.400 millones de las pesetas de entonces), por una infracción del art. 3 (que en la redacción de la LDC 1989 era el art. 7), consistente en una campaña de publicidad engañosa y desleal, que al ser llevada a cabo por un operador en posición dominante, en virtud del citado precepto sería considerado un ilícito antitrust.

Sin embargo, en su Sentencia de 20 de junio de 2006, el Tribunal Supremo anuló dicho pronunciamiento, argumentando –en esencia-, que la conducta de Telefónica o es desleal –en cuyo caso ha de ser sustanciada ante la jurisdicción ordinaria- o es un abuso de posición dominante –en cuyo caso tiene que cumplir los elementos del art. 2 LDC-, pero no cabe que sea una especie de “*tertius genus*” a mitad de camino entre una y otra. La cuestión es, pues, ¿de qué sirve entonces este artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia? Algo de esto debe pensar el legislador, ya que en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de Junio de 2013 desaparece –sin explicación alguna- cualquier referencia a este ilícito antitrust.