



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**

Repositorio Institucional



Berenguer Fuster, Luis. La promoción de la competencia, otra ausencia en la propuesta de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1029-1042. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21033>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, OTRA AUSENCIA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

LUIS BERENGUER FUSTER*

Resumen

Los intentos de integrar en el Código Mercantil toda la materia relativa a la competencia se han visto frustrados por diversas razones, lo cual tiene como consecuencia que en su interior no se recojan todas las materias que constituyen el Derecho Mercantil. Al haber quedado reducidas las normas de defensa de la competencia a una simple mención y remisión a la Ley de Defensa de la Competencia, cualquier referencia al capítulo de promoción de la competencia ha quedado también fuera del texto del Código, pero es una de las materias a las que la Autoridad española de la Competencia se ha dedicado con intensidad, con anterioridad a la ley vigente y fundamentalmente a partir de la Ley 15/2007. En el texto se analizan los apartados en los que se ha plasmado esa dedicación: informes sectoriales, informes sobre proyectos normativos, ayudas públicas y legitimación activa.

Contenido

1. Introducción. - 2. El derecho de la competencia como derecho mercantil; o en cualquier caso como derecho público de la economía. - 3. La promoción de la competencia. - 3.1. Los informes sectoriales - 3.2. Los informes sobre los Proyectos Normativos - 3.3. Informes sobre Ayudas Públicas. - 4. La gran novedad: la legitimación activa. - 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que los intentos de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación para englobar en un solo cuerpo legal la totalidad de los preceptos relativos a la competencia pasaban por la práctica derogación de la Ley de Defensa de la Competencia, que quedaría reducida a regular los aspectos organizativos y estructurales de la Autoridad de competencia (Comisión Nacional de la Competencia, convertida en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de su ley de creación 3/2013), pero el resto de los preceptos relativos a la competencia quedarían incluidos en el Código Mercantil. Ahora bien, esos intentos quedaron limitados en la medida en la que la sempiterna lucha por las competencias ministeriales hizo presencia y el hecho de que el Código Mercantil estuviera en el ámbito del Ministerio de Justicia,

* ExPresidente de la CNC, Broseta Abogados.

mientras que la materia de competencia perteneciera, en su tratamiento, al Ministerio de Economía hizo fracasar el intento. En buena medida resulta lamentable que meros conflictos de competencias, quiero imaginarme que exclusivamente relativas a la autoría de la iniciativa, termine influyendo de manera decisiva en la configuración de un texto legal de esta magnitud, sin duda la más importante tarea legislativa en el área del Derecho aplicable a las empresas.

A pesar de ello, sería injusto reconocer que algunos hitos se han conseguido. Entre ellos, sin duda, el más importante ha sido en la configuración del ámbito de la competencia como un todo, terminando con la separación en textos diferentes de la libre competencia y la competencia desleal.

El Libro Tercero de la Propuesta de Código Mercantil, lleva la denominación de “Del Derecho de la competencia y la Propiedad industrial”, e incluye un Título I sobre los principios generales en materia de competencia, para posteriormente regular la competencia desleal (Título II); la defensa de la competencia (Título III); las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (Título IV) y los códigos de conducta (Título V).

En el texto elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, como se ha indicado, se incluían buena parte de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia, que quedaría en tal caso reducida a regular los aspectos institucionales y organizativos, pero esa propuesta, a mi entender sobradamente fundada, no superó las objeciones del Ministerio de Economía y Competitividad, con lo cual la presencia de los preceptos relativos a la competencia en el Anteproyecto de Código, a pesar de que quienes omitieron las propuestas de preceptos no se percataron de modificar el texto de la Exposición de Motivos preparada por la Comisión de Codificación¹, ha quedado reducida a solo dos artículos, el 330-1², y el 330-2³, que se limitan a enumerar dos de las conductas prohibidas con remisión a la legislación de la competencia.

En definitiva, de los grandes bloques que integran el Derecho de la competencia: conductas prohibidas, control de concentraciones, ayudas públicas y

¹ Resulta curioso que en la Exposición de motivos del texto publicado por el Ministerio de Justicia se mantenga el siguiente tenor literal (Apartado IV-1) “...una primera innovación importante (que) consiste en incluir dentro del Código no sólo las materias que tradicionalmente se consideran mercantiles, sino también la regulación de la competencia en el mercado, por exigencia de la nueva perspectiva en la que se basa el Derecho mercantil, como Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”, para añadir más adelante (apartado IV-2) “La incorporación de esta materia (el Derecho de la competencia) al Código Mercantil constituye, sin duda, una de las más destacadas novedades del nuevo Código respecto del Código de Comercio”, frases todas ellas que tenían sentido con el texto elaborado por la Comisión de Codificación, pero que carecen de tal sentido una vez que el hacha del Ministerio de Economía podara los textos previstos.

² El artículo 330-1, bajo el título “Prohibición de prácticas colusorias”, reza del siguiente tenor literal: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia”

³ Esta propuesta de precepto y bajo la denominación “Prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio”, reza del siguiente texto: “Se prohíbe, conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”

promoción de la competencia, la propuesta de Código Mercantil solo se ha dedicado a mencionar, más que regular, por cuanto que la regulación se contiene en la legislación de la competencia, las conductas prohibidas, con olvido de los demás extremos, con lo que se puede afirmar que el intento de integrar plenamente la legislación de la competencia, siguiendo el modelo francés, en el Código mercantil ha terminado en un acto fallido.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO DERECHO MERCANTIL; O EN CUALQUIER CASO COMO DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA

Con tamaña reducción puede señalarse que en el Anteproyecto de Código Mercantil brille por su ausencia cualquier referencia a la promoción de la competencia. Es cierto que podría ser objeto de debate si la actuación en ese campo por parte de las Autoridades de la competencia, en el caso español por parte de la CNMC responde propiamente a la materia mercantil o pertenece primordialmente al campo de lo propiamente administrativo, pero hay que reconocer que ese debate sería totalmente intrascendente. Las barreras entre las distintas disciplinas jurídicas hace tiempo que cayeron y si no han desaparecido del todo se debe en buena medida a la influencia de los planes de estudios y los departamentos universitarios. No tiene sentido en estos momentos preguntarse a qué campo de las disciplinas jurídicas pertenece el Derecho de la competencia, que tiene aspectos propios del derecho administrativo pero que, en cualquier caso, al menos en nuestro país, es ampliamente aceptado que es una disciplina que se inserta en el campo del Derecho Mercantil⁴. Pero, como se ha indicado, ése es un debate estéril puesto que, cada vez con mayor amplitud y como consecuencia de la amplia intervención del Estado en el campo de la economía, normas administrativas propias del Derecho público, entre ellas las de la competencia, pasaron a formar parte del Derecho mercantil, que pasó a integrar aquello que fue denominado como Derecho público de la economía, que venía a desbordar la primitiva visión privatística del Derecho mercantil.

Por lo tanto no habría resultado descabellado que la totalidad de las normas sustantivas, e incluso procesales, del Derecho de la competencia hubieran tenido cabida en el Código mercantil. Y entre ellas las normas relativas al control de concentraciones y la promoción de la competencia.

⁴ Como consecuencia de la elaboración de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, un grupo de jóvenes profesores de Derecho mercantil del departamento del profesor Garrigues, entre los que destacó el profesor Alberto Bercovitz, precisamente Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en el momento de aprobarse el texto del Anteproyecto de Código Mercantil, dedicaron a la materia un buen número de sesiones del Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Madrid, y publicaron algunos comentarios a la nueva Ley; en cualquier caso, en el año 1964, el Maestro Joaquín Garrigues publicó la primera monografía al respecto “La Defensa de la Competencia Mercantil en España”. A partir de ese momento, el campo del Derecho de la competencia pasó a ser considerado como materia mercantil, y fueron los mercantilistas quienes dedicaron a su estudio los mejores esfuerzos.

3. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

No cabe duda que el ámbito de la promoción o abogacía de la competencia es uno de los ámbitos de mayor potencialidad de crecimiento entre las tareas que tienen encomendadas las Autoridades de Competencia, junto a la persecución de las conductas anticompetitivas y el control de las operaciones de concentración, siendo un elemento preventivo y, en cierta medida, complementario de estas últimas tareas.

Es bien conocida la definición que la International Competition Network hace la promoción de la competencia: conjunto de actividades de la Autoridad de la Competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todo a través de la interacción con otras Administraciones Públicas, la interacción con agentes económicos y la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia; pues bien, dentro de esta amplia definición, desde el momento de su creación por la Ley 15/2007, la Comisión Nacional de la Competencia en España (CNC; hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC tras la modificación introducida por la creación de este último organismo en virtud de la Ley 3/2013) tuvo en el punto de mira que la mayor responsabilidad para promover el entorno más competitivo correspondía a las Administraciones Públicas, y, al mismo tiempo, como la otra cara de la misma moneda, que una buena parte de las situaciones en las que la competencia quedaba restringida estaba amparada, cuando no patrocinada expresamente, por la actuación de las Administraciones Públicas, por lo que centró buena parte de su actividad en realizar actuaciones encaminadas a conseguir un comportamiento pro-competitivo de las distintas Administraciones Públicas, especialmente en sus funciones normativas.

En 1991 Robert Coase recibió el Premio Nobel de Economía, esencialmente por sus tesis sobre el papel de los lobbies y la captura del regulador, tesis que podrían resumirse en los siguientes términos: es más sencillo y más seguro conseguir la protección de tus beneficios mediante una regulación adecuada que a través de la formación de un cártel. Este pensamiento se visualiza en una recomendación formulada a los empresarios por uno de sus discípulos, en tono cáustico por supuesto: para aumentar sus beneficios puede usted formar un cártel, pero es peligroso porque siempre es posible que sea detectado por las Autoridades de Competencia y en ese caso las sanciones serían considerables; puede usted adquirir una firma competidora, pero eso no sólo es caro sino que toda fusión es difícil de digerir por la diferencia de culturas empresariales; hay algo mucho más sencillo y barato: contrate usted un lobby y consiga que la Administración apruebe una normativa que le proteja de la competencia.

No se trata en estos momentos de iniciar un capítulo, que en cualquier caso respondería a un debate de gran actualidad sobre la responsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas a la hora de amparar, e incluso patrocinar, conductas contrarias a la libre competencia, que en España ha tenido recientes acontecimientos

que la han puesto de manifiesto⁵, pero la cuestión en cierta medida relacionada es la de tratar de poner fin a actuaciones de las Administraciones Públicas que permitan o amparen restricciones a la libre competencia. Y para ello, si bien el enforcement puede convertirse en un instrumento idóneo, y no sería de extrañar que en el futuro vaya utilizándose cada vez más, no es menos cierto que el papel de la promoción de la competencia, menos coactivo por supuesto, puede resultar decisivo.

Las Autoridades españolas de la competencia tienen una destacada historia, al menos a partir de los años noventa del pasado siglo, en materia de promoción de la competencia, mediante la emisión de determinados informes en los que se ponían de manifiesto las restricciones de la competencia que quedaban amparadas por la regulación.

Así, en el año 1992 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia publicó el Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones en el que se ponían de manifiesto las restricciones a la competencia que se contenían en la Ley pre-constitucional de Colegios Profesionales de 1974⁶, que tras no pocos avatares terminó influyendo en la reforma de dicha ley llevada a cabo por la Ley 7/1997, e incluso por la Ley 25/2009, o Ley Ómnibus, aprobada en adaptación de la Directiva de Servicios, aunque cuando a fecha de hoy la gran reforma de la legislación de los colegios profesionales sigue pendiente.

Vaya lo anteriormente manifestado como ejemplo de la incidencia, no exenta de dificultades, que puede tener la actuación de las Autoridades de la competencia en materia de promoción, en la elaboración de unas normas favorecedoras de la competencia, y de la importancia de conceder a dichas Autoridades unas amplias facultades en materia de promoción de la competencia.

⁵ La cuestión se puso de manifiesto en la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 (Productores de Uva y Mosto de Jerez) en la que se declaró contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía por haber propiciado un acuerdo colectivo entre productores de uva y los bodegueros, si bien no se le sancionó por ser el primer supuesto en que se declaraba contraria a las normas de la competencia una conducta de quien no había actuado como operador económico. La Resolución fue anulada parcialmente por la Audiencia Nacional por considerar que la actuación de la Administración, sin llegar a generar confianza legítima, producía equívocos en los operadores económicos, en una más que discutible tesis que venía a ocultar uno de los problemas de mayor actualidad en la aplicación del derecho de la competencia, como es el protagonismo, al que es necesario poner coto, de determinadas Administraciones Públicas, para propiciar acuerdos y otras conductas contrarias a la libre competencia. Con la tesis defendida por la Audiencia Nacional, quienes quieran formar un cártel, basta con buscar el amparo de una Administración pública para gozar de un espacio de impunidad altamente lesivo para el funcionamiento del mercado.

Esa línea de actuación fue seguida por la CNC en las Resoluciones de 10 de marzo de 2013 (Puerto de Barcelona) y 26 de septiembre de 2013 (Puerto de Valencia) en las que las respectivas Autoridades Portuarias fueron sancionadas.

Es cierto que en algunas legislaciones, lo que no ocurre en la española, aunque es cierto que ésta tampoco lo prohíbe, está prevista específicamente la sanción a los funcionarios y responsables públicos que infrinjan las normas de la competencia; en el ámbito latinoamericano ha obtenido gran trascendencia la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia al Alcalde de Bogotá, por haber resuelto determinado concurso público infringiendo las normas de la competencia.

⁶ La incidencia de este informe y los intentos de reforma, en principio fallidos, de modificar la legislación de los Colegios Profesionales están relatados en mi artículo “Una asignatura pendiente: la reforma de los Colegios Profesionales” en “El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España” Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez páginas 435 y ss.

Tras ese primer informe, el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó otros dos, que agrupaban diversos sectores y propuestas, y que tuvieron gran resonancia y en cierta medida contribuyeron a eliminar rigideces en la regulación económica, abriendo determinados sectores a la competencia. Tales informes fueron “Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios (1993)” y “La Competencia en España: Balance y nuevas propuestas (1995)”.⁷

Conscientes de esta realidad, tanto los autores de la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 como la propia CNC pusieron en su punto de mira que la labor de promoción de la competencia debería poner su objetivo en la actuación de las Administraciones Públicas, y, a tal fin, la CNC utilizó los cuatro instrumentos que la Ley le dotaba: la elaboración de informes sectoriales, la elaboración de informes sobre los proyectos normativos, los informes sobre ayudas públicas y, como gran novedad, la legitimación activa.

Pero este reforzamiento de las labores de promoción de la competencia tuvo igualmente su reflejo en la organización de la institución de la competencia, en la medida en la que en el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia⁸ se creó la Dirección de promoción de la Competencia.

3.1. Los informes sectoriales

El capítulo que podría destacarse como de mayor tradición en materia de promoción de la competencia consiste en el de la emisión de informes; en este orden de cosas, la Ley de 2007 reafirmaba una competencia que el Tribunal de Defensa de la Competencia, precedente de la CNC, ya tenía y había utilizado con profusión, conforme se ha señalado con anterioridad: la elaboración de informes sectoriales. Buena parte de estos informes, al igual que en el pasado, al estudiar los problemas de competencia detectados en un determinado sector (Colegios Profesionales, sector de la Inspección Técnica de Vehículos, Transportes, etc) terminaban haciendo recomendaciones de regulación que en definitiva tenían como destinatarias a las Administraciones Públicas.

La creación de la Dirección de la Competencia en febrero de 2008 supuso un reforzamiento, gracias a los nuevos medios técnicos y materiales, un reforzamiento para la emisión de informes, cuyo aumento fue considerable⁹, especialmente en aquéllos que

⁷ Tras estos informes generales, y hasta la Ley de 2007 que implicó la extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia, éste siguió elaborando ciertos informes sectoriales, bien por propia iniciativa, bien por encargo del Gobierno o el Parlamento: “Informe sobre el precio fijo de los libros (1997); Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial” (2003); “Informe preliminar sobre la Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas” (2004); “Informe sobre la prestación de servicios de Inspección Técnica de Vehículos” (2004); “Restricciones legales a la competencia en el transporte de mercancías por carretera” (2005) e “Informe sobre las barreras de entrada en el sector de cemento” (2006)

⁸ Aprobado por el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, en él se creó (Capítulo segundo, Sección quinta, artículos 15 a 17) la Dirección de la Promoción de la Competencia.

⁹ En el año 2008 se emitieron cuatro informes (relativos a la competencia en los mercados de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España, sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera, sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros por autobús, y sobre Colegios y servicios profesionales). Por su parte en 2009 se emitieron tres informes

venían referidos al análisis de sectores en los que se detectaban problemas de competencia.

Pero, además de los informes sectoriales, la actividad de promoción de la competencia de la extinta CNC se extendió igualmente a la elaboración de Guías y Recomendaciones, siendo de destacar las Guías dedicadas a las Asociaciones Empresariales y la relativa a la contratación pública.

Pero, ahora bien, con independencia de estos últimos documentos que contenían recomendaciones parciales referidas a problemas específicos, se aprobaron dos documentos de vocación general, encaminados a conseguir que la regulación que se elaborara fuera procompetitiva, especialmente en uso momentos en los que se estaba unificando la elaboración de las diversas memorias que deberían acompañar a los proyectos normativos, con la finalidad de que en las memorias se incluyera el impacto que sobre la competencia podría tener la propuesta normativa¹⁰.

Nuevamente se ha de mencionar una idea recurrente que está presente en todas las tareas de promoción de las Autoridades de la Competencia, es decir que es frecuente la regulación anticompetitiva, protectora de privilegios y cotos cerrados, y por ello resulta trascendental la tarea de tales autoridades para evitar que la regulación contenga distorsiones de la competencia, de la misma forma que no resulta extraño que, como se ha indicado con anterioridad, actuaciones diferentes de las normativas de diferentes Administraciones Públicas, amparan comportamientos anticompetitivos de las empresas. Por ello, de entre los documentos consistentes en Guías y Recomendaciones, se pueden destacar dos de ellos que contenían recomendaciones específicamente dirigidas a esas Administraciones y venían a recoger los principios de la “better regulation”; me refiero a las “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una Regulación Eficiente”, del año 2007, y a la “Guía para la elaboración de las Memorias de Competencia” de 2008. En estos documentos, se encontraba la preocupación que cualquier reforma normativa, especialmente por las presiones e informaciones inadecuadas que los lobbies pudieran hacer llegar al autor de la propuesta se protegieran restricciones de la competencia. Por este motivo en los documentos comentados básicamente se recomendaba a la Administración Pública que elaborara una norma que sometiera su contenido a un triple test. El primer paso consistiría en

(sobre la actividad de los Procuradores de los Tribunales, sobre la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial y sobre la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual). En el año 2010 nuevamente se emitieron cuatro informes (sobre las prórrogas de las concesiones autonómicas interurbanas de viajeros de autobús por carretera; sobre la renovación de concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús, sobre el sector agroalimentario y sobre la certificación de calidad y seguridad). En 2011 se realizaron cuatro informes (sobre el sector de carburantes, sobre el sector postal, sobre el mantenimiento de ascensores y sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario). En 2012 se realizaron dos informes, ambos sobre el sector de carburantes; en 2013 se aprobaron cinco informes relativos a los mercados mayoristas, al transporte de mercancías por ferrocarril, a los medios propios y encomiendas de gestión, al mercado del suelo, y a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España). Finalmente y hasta la fecha (diciembre), en 2014 se han emitido tres informes relativos nuevamente al sector de los carburantes y al servicio de la Inspección Técnica de vehículos, y, por otra parte, al sector aeroportuario.

¹⁰ Finalmente el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio aprobó la unificación de las diversas memorias estableciendo que a cada proyecto normativo se incluyera una memoria sobre su impacto en diversos campos, entre ellos el económico y, dentro de éste, el de la competencia

preguntar si la norma que se promueve contiene restricciones a la competencia; si la respuesta es negativa, se supera el test, pero si es positiva se pasa al segundo paso que consiste en preguntarse si esa restricción es necesaria; si es innecesaria, debe abandonarse o modificarse la norma, pero si es necesaria, se debe pasar al siguiente paso. El final del triple test consiste en preguntarse si existen otras alternativas con las que se pueda conseguir el fin perseguido y que resulten menos restrictivas de la competencia. En el supuesto de que existieran otras alternativas menos perniciosas para la competencia, se debe optar siempre por ellas, con la finalidad de conseguir el menor daño posible al funcionamiento competitivo del mercado.

Una reflexión está presente de forma constante en cualquiera de las actividades que las Autoridades encargadas de la competencia realizan en materia de promoción; reflexión que lógicamente puede servir como conclusión en este apartado, y esa reflexión consiste en que la labor a favor de un mercado liberalizado y favorable a la competencia no sólo puede llevarse a cabo con las funciones propias del enforcement de las normas de la competencia por cuanto que son las propias Administraciones Públicas las que promueven y amparan situaciones de restricciones de competencia y por lo tanto es necesario que las Autoridades de la competencia pongan a su disposición todos los instrumentos, particularmente las tareas de promoción para corregir tales disfunciones.

3.2. Los informes sobre los Proyectos Normativos

El artículo 25 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia regula las funciones consultivas de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, estableciendo que, en todo caso, habrá de dictaminar sobre los proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia. Estos informes son preceptivos aunque no vinculantes, pero en la medida en la que puedan gozar de prestigio las observaciones en ellos contenidas, así como que sean realizados con rigor, han servido, en un cierto número de ocasiones, para corregir algunas desviaciones anticompetitivas que se contenían en las propuestas de normas que se pretendían.

El método de trabajo que ha seguido la CNC, como ahora la CNMC, es el que se contiene en los informes anteriormente citados, es decir, básicamente en someter la propuesta al triple test para detectar si existen restricciones a la competencia, si éstas son, en su caso, necesarias, y si en el supuesto de ser necesarias si existen otras alternativas válidas para el fin que se pretenden y que resulten menos lesivas para el funcionamiento competitivo del mercado.

Sería exagerado afirmar que por esta vía se han evitado todas las restricciones de competencia que se contenían en las propuestas. Son muchos los intereses que se encuentran detrás de determinadas propuestas, y éstos que son poderosos, encuentran siempre las vías para quedar protegidos frente al funcionamiento competitivo del mercado. Y cuando no encuentran aliados en los departamentos ministeriales de carácter sectorial (Industria, Agricultura, Comercio...) los encuentran en la tramitación parlamentaria. Especialmente doloroso resulta que entre los grupos políticos del Parlamento se consiga en ciertas ocasiones la unanimidad para restringir la competencia, como en algunos casos ha ocurrido, por ejemplo en el caso de la

regulación de los Procuradores de los Tribunales, en el que los parlamentarios aprobaron por unanimidad una regulación que beneficiaba a unos 7.000 de estos profesionales en España, en perjuicio de los intereses de los cuarenta y tres millones de españoles usuarios del servicio público de la Justicia. Pero no es cuestión de flagelarse con exceso, pues en un buen número de ocasiones estos informes sobre proyectos normativos han servido para evitar situaciones y regulaciones en las que la competencia quedaba restringida.

Pero por destacar también los aspectos negativos, se pueden destacar otros supuestos en las que las apreciaciones y esfuerzos de la Autoridad de la competencia han resultado baldíos, particularmente a la hora de adaptar, en ciertos aspectos, la directiva de Servicios, o bien en materia de Colegios y servicios profesionales¹¹.

En el primero de esos apartados hay que reconocer que a pesar de los esfuerzos de la CNC para que la adaptación de la Directiva de Servicios sirviera para derogar la legislación autonómica que, al amparo de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, exigía la tramitación de una segunda licencia para la apertura de grandes superficies comerciales, tal derogación no ha sido posible, a pesar de los efectos nocivos de tal legislación, como ha puesto de manifiesto el paso del tiempo, ratificando lo que ya en su día, al informar sobre la tramitación parlamentaria de la Ley de Ordenación del comercio Minorista, puso de manifiesto el Tribunal de Defensa de la Competencia. .

Por otra parte, en materia de Colegios y servicios profesionales, si bien es cierto que la Ley denominada Ómnibus, de adaptación de la Directiva de Servicios¹², amplió los espacios en el que se movía el mercado de servicios profesionales, las presiones corporativistas impidieron que se tramitara conjuntamente una Ley de Colegios profesionales que arramblara definitivamente con la ley preconstitucional de Colegios Profesionales de 1974. En su lugar, la disposición adicional cuarta de dicha ley mandataba al Gobierno para que en el plazo de doce meses presentara un proyecto en el que se determinara cuáles eran las profesiones que quedarían sometidas a la colegiación obligatoria. Naturalmente transcurrió el plazo sin que se presentara el anunciado proyecto. En una nueva legislatura, la surgida de las elecciones de noviembre de 2011 se llegó a aprobar por el Gobierno¹³ un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, sobre el que emitió informe la CNMC, consiguiendo que algunas de las observaciones en él contenidas fueran introducidas en el texto que finalmente se remitió al Consejo de Estado, que emitió su dictamen en febrero de 2014 sin que hasta el momento el Gobierno haya aprobado el texto del Proyecto que debe ser remitido a las Cortes para su tramitación. Un nuevo elemento para reflexionar sobre el papel de los

¹¹ Al hacer estas reflexiones no puedo dejar de recordar una anécdota cuyo protagonista es precisamente el destinatario de este *Liber amicorum*, el profesor Rafael Illescas en unas Jornadas Autonómicas de la Competencia que tuvieron lugar en Valencia en el año 2008. Hablaba el profesor Illescas sobre la promoción de la competencia y haciendo gala de su bien conocido sentido del humor, además de un cierto sentimiento de frustración vino a decir que buena parte de las observaciones a favor de la liberalización de los mercados que entonces hacía la Comisión Nacional de la Competencia eran “lamentos de un justo que clama en el desierto”

¹² Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de determinadas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

¹³ En noviembre de 2013

lobbies para proteger poderosos intereses contenidos tras la legislación restrictiva de la competencia.

3.3. Informes sobre Ayudas Públicas

El control de las ayudas públicas es fundamental para garantizar la unidad de mercado y evitar las distorsiones en la asignación de recursos. Es cierto que la función fundamental de control de las ayudas públicas en el territorio de la Unión Europea corresponde a la Comisión Europea, que tiene poder coactivo para declarar la nulidad de ayudas públicas por ser contrarias a la competencia y al comercio entre los Estados miembros, pero la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 estableció un nuevo ámbito de actuación en este ámbito en cuya virtud la CNC, como ahora la CNMC, pueden emitir informes y recomendaciones sobre el esquema de ayudas estatales y autonómicas, al tiempo que tiene la obligación de realizar un informe anual de seguimiento de las ayudas públicas, en el que se pueden poner de manifiesto las distorsiones de competencia de determinadas ayudas.

Desde la vigencia de la Ley 15/2007, la CNC publicó cinco informes sobre Ayudas públicas, comenzando por el correspondiente al primer año íntegro de su existencia, es decir 2008. Este Informe se centró especialmente en cuestiones de carácter general al tiempo que incluyó un capítulo referido a la estadística de las ayudas concedidas en España.

El II Informe correspondiente al año 2009 supuso un importante paso adelante, y analizó algunos casos concretos de ayudas, en particular las concedidas a consumidores individuales, y especialmente las concedidas a compradores de automóviles. En este campo el Informe puso de manifiesto los efectos distorsionadores de la competencia del plan 2000E, de ayudas a la compra de automóviles en virtud del cual el Estado subvencionaba con cierta cantidad a los propietarios de vehículos de motor de determinada antigüedad que adquirieran un vehículo nuevo y destinaran el antiguo al desguace. Este plan, que tenía la loable finalidad de proceder a la renovación de la flota automovilística española y la posiblemente no tan loable de proteger a los fabricantes de automóviles, tuvo como consecuencia que los fabricantes e importadores aumentaran los precios de los vehículos en cantidades similares a las de las ayudas, con lo que la subvención no benefició a los consumidores sino a los fabricantes e importadores. Tras este informe, y en sucesivas versiones de los planes de idéntico objetivo (la renovación de la flota española de automóviles) el efecto denunciado se ha corregido.

El mismo criterio, es decir incluir en el Informe un capítulo dedicado a analizar el impacto sobre la competencia de determinadas ayudas se siguió en el III Informe, que incluyó el análisis de los efectos anticompetitivos de determinadas medidas que determinadas Comunidades Autónomas realizaban subvencionando al sector aéreo con la finalidad de promocionar aeropuertos de su territorio sin tráfico suficiente, medidas que pretendían incrementar el número de viajeros pero que incidían en la competencia entre aeropuertos, poniendo muletas a la ineficiencia.

Los Informes siguientes, el IV y V elaborados por la CNC, así como el primero elaborado por la CNMC, volvieron al primer sistema y no se dedicaron a analizar los

efectos sobre la competencia de ayudas concretas, centrándose en el análisis general de las concedidas en España durante la correspondiente anualidad.

4. LA GRAN NOVEDAD: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Al elaborar la norma que habría de convertirse en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, sus autores tuvieron ante sí buena parte de las consideraciones que con anterioridad se han realizado, es decir que la mayor parte de las restricciones de la competencia estaban contenidas en normas administrativas, y se planteó la conveniencia de poner fin, o al menos limitar, a esa circunstancia. Obviamente cuando las restricciones se contienen en una norma con rango de Ley, poco pueden hacer las Autoridades de la Competencia, ya que solo el Tribunal Constitucional puede anular una Ley por ser contraria a la Constitución, y aunque el propio Tribunal Constitucional Español ha declarado que el principio de la libre competencia forma parte integrante del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 34 de la Constitución española, hasta el momento no ha anulado por inconstitucional ninguna norma legal que contuviera restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas. Por otra parte tampoco la Autoridad española de la Competencia tenía legitimación ni para recurrir por inconstitucional una ley, ni tan siquiera para plantear la cuestión de constitucionalidad, mecanismo reservado a los órganos jurisdiccionales cuando, al tener que aplicar una ley, pueden surgirle dudas sobre su constitucionalidad.

Tampoco puede la CNMC, que es una autoridad independiente, pero al fin y al cabo un organismo administrativo, declarar la nulidad de cualquier acto administrativo o norma administrativa de otras Administraciones Públicas por ser contraria a la competencia, pero sin embargo sí que podría instar su nulidad ante la jurisdicción competente, en el caso español la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero para ello debería concedérsele legitimación activa para instar esa nulidad. A tales efectos, la Ley de 2007 introdujo un novedoso precepto en su artículo 12.3, del siguiente tenor literal:

La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Por su parte el artículo 13.2 de la misma Ley concede igual legitimación a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio.

Por su parte, la Ley 3/2013, de Creación de la comisión Nacional de los Mercados y la Competencia modificó este precepto, y aprobó, en su lugar el artículo 5.4, del siguiente tenor literal:

En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones

Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Este novedoso contenido legislativo merece una reflexión, ya que visto el creciente número de disposiciones que resultan aprobadas en España, principalmente como consecuencia del proceso descentralizador, resulta ilusorio que un organismo relativamente pequeño, como antes la CNC y ahora la CNMC pueda tener capacidad para detectar todas las restricciones de competencia que pueden contenerse en tal voluminosa regulación. Ello es cierto pero también es cierto que la mera existencia de esa legitimación refuerza el carácter disuasorio de los informes sobre proyectos normativos que elabora la Autoridad de Competencia, ya que no es lo mismo para quien redacta una norma administrativa tener un informe negativo de la Autoridad de Competencia que saber que pende sobre ella la espada de Damocles de un posible recurso contencioso-administrativo si las restricciones de competencia que han sido detectadas no se corrigen.

Otra reflexión consiste en elegir cuidadosamente los supuestos en los que se ejerce esa legitimación activa; es decir se trata de recurrir las más flagrantes violaciones de las normas de la competencia, con la finalidad de incrementar el efecto disuasorio de la medida ya que una batería de sentencias anulando actos o disposiciones administrativas por vulnerar el principio de la libre competencia lanza un contundente mensaje a los autores de esos actos o normas a favor de realizar una regulación más procompetitiva.

Un caso paradigmático lo constituye el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra un Decreto del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se aprobaba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera. En el sector de transporte público de viajeros por carretera, la Unión Europea había aprobado un Reglamento en el que se establecía una duración limitada y no superior a diez años de las concesiones de autobús o autocar. Ignorando esta disposición, el mencionado Decreto de la Generalitat Valenciana, bajo la excusa de la aprobación de un plan de modernización, prorrogaba las concesiones vigentes hasta un total de catorce años. Con esta medida se cerraba el mercado a nuevos entrantes, restringiendo la competencia, y autorizando concesiones sin respeto al procedimiento de licitación equitativa y concurrencia pública al que debían someterse las concesiones de los servicios públicos una vez concluido el periodo de vigencia contractual de dichas concesiones.

Analizada la cuestión por Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó la Sentencia de 22 de octubre de 2012, por el que declaró la nulidad del referido Decreto de la Generalitat Valenciana, basándose en la primacía del Derecho Comunitario y en el hecho de que mediante ese incumplimiento se dificultaba la entrada en el mercado de nuevos posibles entrantes, todo ello sin la concurrencia de los requisitos de publicidad y libre concurrencia que ha de regir en la contratación pública.

Pero, transcurridos ya más de siete años desde la vigencia de esa legitimación y aun reconociendo los efectos positivos de su existencia, la reflexión que cabe hacer

permite preguntar si el mecanismo es suficiente para poner fin a las actividades anticompetitivas de las Administraciones Públicas. Es cierto que algunas de ellas terminan quedando protegidas por el hecho de estar contenidas en leyes, que en todo caso deben ser objeto de crítica y denuncia ante la opinión pública¹⁴, pero hay muchos actos de las propias Administraciones que merecen un reproche de mayor contundencia, y en ese orden de cosas la actuación de la CNC ha ido incrementando, no sin problemas, su potestad sancionadora¹⁵. Pero tras el análisis de lo ocurrido hasta el momento, no es descabellado sugerir modificaciones legislativas en las que la Ley reforzara esa potestad sancionadora, facultando con claridad a la Autoridad de la Competencia a sancionar a organismos y funcionarios que promovieran, ampararan o realizaran conductas contrarias a la libre competencia, siguiendo el modelo de algunas legislaciones latinoamericanas¹⁶.

5. CONCLUSIONES

La abogacía o promoción de la competencia es un poderoso instrumento, junto al enforcement y al control de las operaciones de concentración, del que gozan las autoridades de competencia cuando su norma reguladora así lo dispone, como ocurre en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, pero al haber quedado reducida la materia de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil, esa reducción se ha llevado por el desagüe cualquier referencia a esta materia.

Ello no obstante el instrumento de la promoción de la competencia resulta de importancia capital cuando se trata, bien mediante informes bien mediante otras actuaciones, de vigilar las actuaciones de las Administraciones Públicas, con la finalidad de conseguir que en su actuación normativa respondan a los principios de la “better regulation” y eviten restricciones a la competencia, sirviendo como contrapoder a la labor de los lobbies que siempre tratarán de proteger al establecido, creándole un recinto protegido a salvo de la competencia. En esta labor es muy importante conseguir la complicidad de los medios de comunicación para trasladar a la opinión pública los efectos perniciosos para los consumidores de las restricciones de la competencia.

Porque, como señalaba hace más de doscientos años un ilustrado español, el Marqués de Cabarrús, las restricciones al libre comercio siempre se establecen en beneficio de unos pocos y en la ignorancia de los muchos. Pues es labor de las Autoridades de la Competencia abrir los ojos de los muchos poniendo de manifiesto los privilegios que

¹⁴ Un caso paradigmático lo constituye la reciente tramitación en las Cortes de Castilla-La Mancha de un Proyecto de Ley que ampara el reparto de mercado de las farmacias en el suministro a las residencias de la tercera edad, tramitación legislativa que tiene como indisimulado objetivo amparar ciertas conductas puestas de manifiesto y sancionadas por la CNC en su Resolución SESCAM

¹⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC Productores de Vinos y Mosto de Jerez anteriormente citada

¹⁶ Ver, por ejemplo, las legislaciones colombiana y peruana. En Colombia, ya se ha mencionado con anterioridad que la Superintendencia de Industria y Comercio ha llegado a sancionar al Alcalde de Bogotá por una conducta que vulneraba la norma de la competencia.

para unos pocos suponen las restricciones de la competencia, y los perjuicios que suponen para todos los demás.