

Tema 1. Introducción

1.1. Origen y evolución histórica

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.

1.2. Marco jurídico

Dentro del marco normativo del derecho de la competencia aplicable en España, podemos distinguir entre:

El marco normativo nacional, que está constituido por:

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
- Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
- Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero.
- Ley 13/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Las distintas normas autonómicas que asumen competencias en materia de la aplicación de la Ley 15/2007, y crean los distintos órganos autonómicos de defensa de la competencia.
- Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.
- Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad.
- Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

La pieza fundamental de este marco normativo nacional es la Ley 15/2007, que vino a sustituir a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y supuso un cambio sustancial en el sistema institucional español de aplicación de las normas de competencia. Así, la Ley 15/2007 configuró un nuevo modelo de competencia en España, entre otras cuestiones estableciendo a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) como autoridad independiente del poder

político, con competencias reforzadas y transparencia y responsabilidad en su gestión.

A su vez, se produce un avance en la descentralización territorial, se amplía la aplicación privada de las normas de competencia (a través de los jueces de lo mercantil), y se incrementa la coordinación entre las distintas autoridades que aplican la normativa de competencia.

Asimismo, se potencia la persecución de las conductas contrarias a la competencia más lesivas, a través, entre otros instrumentos, de la introducción del sistema de clemencia para la detección de cárteles.

Adicionalmente, a fin de utilizar los recursos públicos de forma más eficiente, se ha previsto la exclusión de las conductas de menor importancia del ámbito de las conductas prohibidas por la Ley 15/2007.

Por último, la nueva ley introduce un reforzamiento del rol de promoción de la competencia, tanto en el ámbito privado como en el de las administraciones públicas, entre otros instrumentos, con la potenciación de la función consultiva de la CNC, y la introducción de una nueva figura: la legitimación activa que permite a la CNC impugnar ante la jurisdicción contenciosa administrativa actos de las administraciones públicas y normas con rango inferior a ley que considere lesivos para la competencia.

En el marco normativo comunitario, los principales elementos son:

- Los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas
- Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado [actuales artículos 101 y 102 TFUE]
- Reglamentos de procedimiento en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (Reglamento (CE) nº 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004) y el control de concentraciones (Reglamento (CE) nº 802/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004)
- Reglamentos de exención por categorías, en relación con los acuerdos de especialización (Reglamento (CE) nº 2658/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000), acuerdos de investigación (Reglamento (CE) nº 2659/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000), acuerdos de transferencia de tecnología (Reglamento (CE) nº 772/2004, de la Comisión, de 27 de abril de 2004), acuerdos verticales en general (Reglamento (CE) nº 2790/1999, de la Comisión, de 22 de

diciembre de 1999) y acuerdos verticales sector vehículos de motor (Reglamento (CE) nº 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002).

- Diversas comunicaciones de la Comisión Europea, en las que se desarrolla su práctica en la aplicación de la normativa de competencia relacionada con acuerdos y abuso de posición de dominio¹, y con control de concentraciones².

En línea con los principios generales del derecho comunitario, cuando la normativa comunitaria de competencia sea aplicable a un caso específico, la misma prevalece sobre la normativa nacional en caso de conflicto, por lo que las autoridades de competencia nacionales se verían obligadas a aplicar la normativa comunitaria o a permitir que la Comisión Europea la aplique.

De cara a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de su normativa de desarrollo a los acuerdos entre empresas o a los casos de abuso de posición de dominio, un elemento clave es que, en el caso particular analizado, se pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ha sido interpretado de forma amplia. En este sentido, los acuerdos o prácticas abusivas que abarcan al territorio de un único Estado miembro pueden afectar al comercio entre Estados miembros si dichas conductas restrictivas de la competencia contribuyen a compartimentar el mercado único, incrementando las barreras a la entrada de empresas de terceros Estados miembros.

En lo que se refiere al control de concentraciones, el Reglamento CE 139/2004 establece que la Comisión Europea será competente para analizar una concentración económica cuando las partícipes de la misma superen determinados umbrales de volumen de negocios. La cuantía y configuración de estos umbrales permiten presuponer que existe una afectación al comercio entre Estados miembros cuando se superan.

¹ Estas comunicaciones se recogen en:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

² Estas comunicaciones relacionadas con control de concentraciones se recogen en:

<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>

1.3. Marco Institucional

A) Introducción

Una de las particularidades del derecho de la competencia en España, así como en otros Estados miembros de la Unión Europea, es que conviven dos marcos jurídicos de origen distinto, aunque muy interrelacionados.

Uno corresponde a la normativa comunitaria, cuyo contenido sustantivo viene fundamentalmente recogido en los artículos 101 a 109 del TFUE (que regulan los acuerdos entre empresas, el abuso de posición de dominio y las ayudas públicas) y en el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Otro corresponde a la normativa nacional, que está principalmente recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las relaciones entre ambos marcos jurídicos (comunitario y nacional) son distintas según el ámbito que se trate.

Por una parte, en materia de acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante, la normativa comunitaria y la normativa nacional pueden aplicarse simultáneamente a una misma conducta.

En cambio, en materia de control de concentraciones, o se aplica la normativa nacional o la comunitaria. Pero en ningún caso una misma operación de concentración puede ser autorizada simultáneamente por la Comisión Europea y por las autoridades de competencia españolas.

Por último, en materia de ayudas públicas, sólo es de aplicación la normativa comunitaria, y la normativa nacional sólo puede establecer competencias consultivas no vinculantes.

A la hora de aplicar ambos bloques de normativas comunitaria y nacional, conviven diversas autoridades, que es preciso conocer para entender cómo se distribuyen las competencias entre sí.

B) Autoridades comunitarias

En el ámbito comunitario, destacan:

La Comisión Europea, que como órgano ejecutivo de la Unión Europea, es competente para aplicar la normativa comunitaria.

- En el ámbito de acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante, su competencia convive con la de las autoridades nacionales de los Estados miembros. No obstante, si a un determinado caso le es de aplicación la normativa comunitaria, y la Comisión Europea incoa un procedimiento sancionador en relación con el mismo, ésta pasa a ser la única autoridad competente para estudiar dicho caso, incluso si el mismo estaba siendo investigado por una autoridad nacional de un Estado miembro en aplicación de la normativa de competencia comunitaria o nacional³.
- En el ámbito de control de concentraciones, la Comisión Europea es el único órgano competente para aplicar los procedimientos de autorización previstos en el Reglamento CE 139/2004.
- En el ámbito de ayudas públicas, la Comisión Europea es la única autoridad competente para acordar la compatibilidad con la normativa comunitaria, siempre que la cuantía de la misma supere unos determinados umbrales. Excepcionalmente, el Consejo de la Unión Europea puede autorizar por unanimidad una ayuda pública contra el criterio de la Comisión Europea⁴.

El Tribunal General (antes del TFUE era el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si bien en puridad no son autoridades de competencia, se ocupan del control jurisdiccional de la actividad de la Comisión Europea en este campo. Asimismo, su interpretación de la normativa comunitaria de competencia es vinculante tanto para la Comisión Europea como para las autoridades nacionales de los Estados miembros.

C) Autoridades nacionales

En el ámbito nacional, hasta fechas muy recientes, nuestra autoridad era la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Dentro de la misma se distinguía entre:

- La Dirección de Investigación, que era el órgano de instrucción de los expedientes en materia de acuerdos entre empresas, abuso de posición de dominio y control de concentraciones.
- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que era el órgano de resolución de los expedientes que instruye la Dirección de Investigación, así como el competente para aprobar los estudios e informes consultivos

³Ver artículo 11.6 del Reglamento CE nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁴ Ver artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

que elabora la Dirección de Promoción de la Comisión Nacional de la Competencia.

La CNC tenía, entre otras, las siguientes competencias:

- Aplicar la normativa comunitaria en materia de acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante, salvo que la investigación del caso la asuma la Comisión Europea.
- Aplicar la Ley 15/2007 en materia de acuerdos entre empresas (artículo 1), abuso de posición dominante (artículo 2) y actos desleales que falsean la libre competencia y afectan al interés público (artículo 3), siempre que la conducta investigada afecte a la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, o que en la Comunidad Autónoma afectada no exista una autoridad con competencias en la materia.
- Autorizar las operaciones de concentración económica que superen los umbrales del artículo 8.1 de la Ley 15/2007, siempre que no sea competente la Comisión Europea para autorizar dicha operación de concentración económica.

Sin embargo, la Ley 13/2013, de 4 de junio, ha creado la nueva **Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados** (CNMC), que inició su andadura en octubre de 2013, y está todavía “organizándose”. Este nuevo organismo, calificado ya como el “macroregulador”, agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007. En la actualidad se han establecido dichas autoridades en: Galicia, País Vasco, Aragón, Cataluña, Castilla y León, Madrid, Castilla-La Mancha, Valencia, Extremadura, Andalucía, Murcia y Canarias.

Las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas se ocupan fundamentalmente de la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 en los casos en los que la conducta investigada no afecte a la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, conforme a los criterios de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

El Consejo de Ministros, que puede intervenir excepcionalmente en el procedimiento de control de concentraciones económicas instruido por la Comisión Nacional de la Competencia, siempre que se cumplan determinados criterios, que se describen en el módulo de concentraciones.

Los Juzgados de lo Mercantil, en la medida que tienen competencias para aplicar los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los casos privados que les planteen particulares, cuando consideren que han sido perjudicados por conductas contrarias a la normativa de competencia. En este sentido, los Juzgados de lo Mercantil podrán acordar la cesación de las conductas anticompetitivas y las reparaciones que estimen convenientes.

La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que tampoco son una autoridad de competencia en sentido estricto, pero que tienen la competencia para revisar las decisiones de la CNMC. Asimismo, el Tribunal Supremo puede establecer jurisprudencia vinculante en relación con la interpretación de la normativa nacional de la competencia.

D) Coordinación entre autoridades

La coexistencia de dos marcos jurídicos distintos del derecho de la competencia (nacional y comunitaria) y la multiplicidad de autoridades con competencia para aplicarlos, exigen un importante esfuerzo de coordinación entre las distintas autoridades.

Esta coordinación se produce fundamentalmente a través de los intercambios de información, que en muchos casos están institucionalizados. Entre los mismos, se puede destacar los siguientes ejemplos, que se producen en el marco del análisis de casos específicos:

- Los intercambios de información que tienen lugar entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros, en la investigación de casos a los que les sean aplicables los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que se canaliza a través del "*European Competition Network*".
- Los intercambios de información, que tienen lugar entre la Comisión Nacional de la Competencia y las autoridades de competencia autonómicas, de todas las denuncias y actuaciones de oficio en la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.

- Los mecanismos de reenvío de operaciones de concentración económica entre la Comisión Europea y los Estados miembros, recogidos en los artículos 4.4, 4.5, 9 y 22 del Reglamento CE 139/2004. Estos mecanismos de reenvío, que son aplicables a iniciativa de las empresas notificantes (reenvíos artículos 4.4 y 4.5) o de las autoridades de competencia (reenvíos artículo 9 y 22), permiten que una operación de concentración no sea autorizada por la autoridad de competencia inicialmente competente conforme a los umbrales de notificación, sino por la mejor posicionada para estudiar el caso.