



CORTES GENERALES

DIARIO DE SESIONES DEL

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

COMISIONES

Año 1999

VI Legislatura

Núm. 778

ECONOMÍA, COMERCIO Y HACIENDA

PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. D. FERNANDO FERNÁNDEZ
DE TROCÓNIZ MARCOS

Sesión núm. 79

celebrada el miércoles, 20 de octubre de 1999

Página

ORDEN DEL DÍA:

Comparecencias relacionadas con el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

— Del señor catedrático de Fundamentos del análisis económico de la Universidad Complutense de Madrid señor Segura Sánchez. (Número de expediente 219/000598.)	23066
— Del señor profesor titular de Derecho administrativo y especialista en derecho de la competencia (Cases Pallarès). (Número de expediente 219/000599.)	23072
— Del abogado señor Martínez Lage. (Número de expediente 219/000600.)	23078
— Del señor catedrático de organización de empresas (Salas Fumás). (Número de expediente 219/000601.)	23083
— Del abogado señor Creus Carreras. (Número de expediente 219/000602.)	23086
— Del abogado señor Jiménez Laiglesia. (Número de expediente 219/000603.)	23092

Se abre la sesión a las nueve y treinta minutos de la mañana.

COMPARECENCIAS RELACIONADAS CON EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:

— **DEL SEÑOR CATEDRÁTICO DE FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, (SEGURA SÁNCHEZ). (Número de expediente 219/000598.)**

El señor **PRESIDENTE**: Señoras y señores diputados, buenos días.

Iniciamos esta sesión de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso de los Diputados, a los efectos de continuar con las peticiones de comparecencia efectuadas por diferentes grupos parlamentarios para centrar y ampliar el juicio y el conocimiento lo más posible, en la discusión de la reforma de la Ley del 17 de julio de Defensa de la Competencia. Hoy tenemos el honor, y le doy las gracias por su presencia, de contar con don Julio Segura, a los efectos de que nos muestre a la Comisión la valoración que le merece esta reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual tiene la palabra.

El señor **CATEDRÁTICO DE FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID** (Segura Sánchez): Gracias por la invitación para poder debatir con ustedes el tema que profesionalmente les interesa.

La explicación la voy a hacer en cuatro puntos. En el primero trataré de explicar brevemente mi posición sobre la política de defensa de la competencia y la evolución que ha tenido en el mundo esta política.

En los dos siguientes puntos haré algunos comentarios de carácter más bien marginal sobre cambios propuestos en el proyecto de ley de reforma de la de 1989 y cambios menores que me hubiera gustado ver introducidos, para terminar entrando en lo que supongo que es el tema de debate crucial, que son las dos cuestiones que han enfrentado más posiciones, por lo menos desde el punto de vista de la prensa, que es la genérica de independencia del Tribunal del Defensa de la Competencia o de la política de defensa de la competencia y el asunto de las competencias en telecomunicaciones.

Espero, además, que la primera parte de mi intervención no la consideren ustedes pedante en el sentido de que, como decía Whitehead, insigne matemático de primeros de este siglo, al hablar de las matemáticas es igualmente un error dedicar la atención a los procesos técnicos sin considerar las ideas generales, ahí comienza el camino de la pedantería. Voy a tratar de ser contrapedante en el sentido matemático de la palabra.

Como es bastante evidente, en las dos últimas décadas hemos vivido en todo el mundo un proceso de liberalización de mercados, de eliminación absoluta de las trabas comerciales —por lo menos las tradicionales—, de reducción significativa de los costes de transporte y de un proceso de innovación tecnológica que, por una parte, ha favorecido los procesos de desconcentración geográfica de la producción y, por otra parte, en el área informática ha permitido innovaciones muy importantes en los procesos tanto productivos como de prestación de servicios. Éste es el conjunto de causas que han dado lugar a que estemos viviendo desde hace unos cuantos años una ola de fusiones muy importantes en todo el mundo, fusiones que no solamente afectan al mundo financiero, sino al mundo de servicios cualificados e incluso al mundo industrial en determinadas áreas. Pensemos, por ejemplo, en la aviación civil sin ir más lejos.

Esta ola de fusiones es cuantitativamente la más importante del último medio siglo o tres cuartos. Sin embargo, no es una ola sin precedentes en el mundo occidental. De hecho, a fines del siglo XIX se produjo la primera gran ola de fusiones en ferrocarril, en siderurgia, y en metalurgia, que es lo que condujo a que personas tan poco proclives a la intervención como los senadores norteamericanos alumbraran en 1890 la Ley Sherman, que no solamente perseguía el logro de una mayor eficiencia tratando de impedir lo que hoy llamamos práctica restrictiva de la competencia, sino que como idea última y explícitamente manifestada, la ley consideraba que determinados grados de concentración económica podían ser incompatibles con la democracia. Es una posición opinable con la que yo simpatizo, pero en cualquier caso es una idea con una larga tradición, 110 años en estos momentos.

Todos los economistas estamos básicamente de acuerdo en que este proceso que he descrito de liberalización de mercados, disminución de trabas comerciales, expansión del comercio y de la renta es positivo si las ventajas de la mayor eficiencia que puedan conseguir los mercados se trasladan a los consumidores, y el traslado a los consumidores implica básicamente reducción de precios, mejora de las calidades a iguales precios y un aumento de la diversificación de los productos en el sentido de un mayor abanico de elección para los consumidores. Sin embargo, para que estas ventajas de la competencia se trasladen a los consumidores y, por tanto, se trasladen a la sociedad en general, es preciso limitar el ejercicio del poder de mercado de unas empresas que por razones de las concentraciones son cada vez mayores y, como es obvio, el poder del mercado crece con el grado de concentración, lo midamos como lo midamos, y, por otra parte, con los comportamientos estratégicos de los propios agentes o de las propias empresas. Pienso, por ejemplo, en dos aspectos concretos. En el proceso de innovación financiera que ha vivido el mundo occidental durante las últimas dos décadas su resultado ha sido claramente positivo en términos de eficiencia, es decir, ha permitido que se cubran mejor los riesgos y que se financien mejor las actividades las específicas que antes no tenían instrumentos adecuados de financiación, pero también han dado lugar a un proceso de sobreinnovación enca-

minada a evadir regulaciones fiscales y regulaciones de solvencia en el mundo; o piensen ustedes en el tema de la diversificación de productos por los mayores niveles de renta per cápita y por tanto por mayor abanico de potenciales demandas. La diversificación está muy bien, pero en general, o en casos concretos, se han producido procesos de proliferación o diversificación excesiva como forma de evitar la entrada de nuevos competidores en los mercados, es decir, un problema básicamente de que las empresas con poder de mercado pueden generar barreras a la entrada de nuevos competidores, y los beneficios de la competencia dependen crucialmente de que estos beneficios se generalicen, se transmitan a precios y no sean apropiados fundamentalmente por las empresas.

Todo ello a lo que conduce en último extremo es a un acuerdo generalizado, por lo menos entre los economistas, respecto de la mayor importancia de la política de defensa de la competencia, y también la mayor dificultad técnica que el propio desarrollo y la propia complejidad del mundo económico ha traído en estos últimos años. Posiblemente, técnicas sencillas de regulación, por ejemplo, en el área de las concentraciones, como decir una concentración en principio es perseguible si aumenta el índice, tal como hacían los americanos hace unos años, en estos momentos es un instrumento insuficiente por poco elaborado técnicamente.

Para terminar este primer punto, yo creo que existen sólidas bases para defender la necesidad, tanto por razones de eficiencia como por razones de equidad, de una política de defensa de la competencia que sea independiente, que tenga capacidad de obligar a los agentes, y cuyas decisiones sean recurribles solamente ante los tribunales ordinarios de justicia.

Entro en el segundo punto, que es algunos cambios muy seleccionados que introduce el proyecto de ley. En general, una parte del proyecto de ley lo que hace es la adaptación a los órganos comunitarios de defensa de la competencia la legislación española, y desde este punto de vista creo que todos son aspectos bienvenidos. Sin embargo, quería señalar tres puntos menores, por otra parte, en los cuales no he conseguido discernir bien cuál es el sentido de las modificaciones. Hay uno que afecta a cuatro artículos, que es el cambio en el sistema de multas, cuyo criterio no acierto a discernir, aunque este es un tema bastante menor.

En el artículo 10 del proyecto de modificación aparece una multa por mala fe o temeridad, con un tope de 5 millones de pesetas. En el artículo 11 se aumenta la sanción máxima de 150.000 a 500.000 pesetas, pero se hace que no sea repetible, antes sí era repetible. En el artículo 32 se rebaja la cuantía de las multas por no prestar colaboración e información al servicio de defensa de la competencia, pero en el artículo 29 se mantiene el tope máximo de multas que puede poner por no facilitar datos el Tribunal de Defensa de la Competencia. Aunque es un tema menor, no entiendo muy bien cuál es la lógica que hay detrás de elevar ciertas cuantías, reducir otras y no hacer repetible la sanción del artículo 11, pero este, insisto, es un tema menor.

La idea de las tasas del artículo 57 nuevo a mí me parece una idea muy positiva. Posiblemente por deformación profesional de economista yo creo que el sistema de tasas para algún tipo de consultas o para algún tipo de acciones del Tribunal es absolutamente defendible; lo que pasa es

que en ese caso yo creo que debería reflejar los costes efectivos del servicio. Obviamente, no tengo información para tratar de hacer una estimación de cuáles son los costes efectivos del servicio o del Tribunal, pero sospecho que las tasas son, insisto, algo bajas, es la sensación que tengo. Quizá una sugerencia sobre todo si se acepta alguna enmienda es que en el artículo 26 se puedan pedir consultas no solamente a organismos públicos, sino también a algunos organismos privados que tienen componentes públicos, como puedan ser sindicatos, patronales, cámaras de comercio, etcétera.

Un último punto, más bien porque se den ustedes cuenta de que me he leído la ley, es decir, estoy en parte examinándome. En el artículo 28, sobre el tema de funciones del presidente, hay una innovación que es la que determina el criterio del reparto. A mí esto me parece muy sensato porque lo que quiere decir es que antes no debía haber criterios de reparto en el sentido objetivo, sino que el presidente decidía la asignación de los casos, y sin embargo no entiendo muy bien cómo el presidente puede delegar las funciones que considere oportunas. Yo estoy acostumbrado, aunque no soy capaz de decir cuáles, a que existan funciones que no deberían ser delegables en el vicepresidente, aunque el presidente quisiera.

Respecto a algunos cambios menores que me hubiera gustado ver sobre todo relativos al capítulo II, de concentraciones, uno es el relativo al artículo 14, criterios con los cuales se considera que una concentración en principio es objeto de investigación de oficio. La primera, que adquiere el incremento del 25 por ciento del mercado, de una parte sustancial del mismo, me parece inevitable aunque muy imprecisa, porque el problema es cuál es el mercado relevante o cuál es la parte sustancial del mismo; eso no se sabe hasta haber iniciado el proceso de investigación, y yo creo que es inevitable poner algún tipo de tope. Pero el segundo punto, volumen de ventas —y de nuevo es más bien una pregunta a ustedes—, no entiendo muy bien el cambio, la lógica que hay detrás de ese cambio. La Ley de 1989 fijaba 20.000 millones de pesetas al año en el ejercicio anterior, el decreto-ley de 1999 fijaba 10.000 millones y se vuelve a 20.000 millones en la propuesta. Seguro que hay una explicación detrás, pero a mí se me oculta. A mí el límite de 10.000 millones me parece bajo, he de decirlo; no sé si el de 20.000 millones es adecuado, pero en cualquier caso es el doble de uno que me parece bajo.

En el artículo 16, que se refiere a los temas que ha de tratar preceptivamente el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que se hace es reproducir la Ley de 1989, y a mí hay algunas cosas que me suenan un poco rancias de esa Ley de 1989, desde el punto de vista técnico. En primer lugar, no me gustan mucho las listas, es decir, aunque esto parece quizá una propuesta excesiva, yo eliminaría el artículo 16, ¿por qué?, porque las listas de cosas que tiene que tener una sentencia o un informe de un tribunal condiciona mucho y obliga con frecuencia a organizar la evidencia y la argumentación con arreglo a seis puntos concretos, que con frecuencia algunos no tienen ninguna relevancia y otros sí la tienen. Por ejemplo, de los seis puntos que se mencionan, la definición del mercado relevante es obvio que es crucial, y posiblemente es el aspecto más importante. El segundo punto es la estructura

del mercado. ¿Qué se quiere decir con la estructura del mercado? ¿Es la estructura productiva del sector o es la estructura de la demanda? Si es la estructura de la demanda, el tercer punto, que son posibilidades de elección, ya está en esa estructura. Por eso no sé muy bien qué quiere decir la estructura del mercado, sobre todo no sé qué quiere decir como diferenciado de la evolución de oferta y demanda, que es el punto 5, de la competencia exterior, que es el punto 6.

Resumiendo, a mí me gustaría que en el artículo 16, como sobrevivirá, aparecieran dos menciones expresas, una, a la existencia de barreras a la competencia, barreras tanto de entrada como de salida del sector, y otra referencia, que ésta sí me parece más importante, a tener en cuenta el tipo de regulación, si existe, a que está sometido el sector, porque, como es obvio, yo no creo —sobre este tema comentaré algo después— que un informe sobre defensa de la competencia no deba tener en cuenta si el sector es regulado o no y el tipo de regulación que existe. Otra cosa es que lo tenga en cuenta de una o de otra manera, pero me parece que la diferencia entre sectores regulados y no regulados es un tema importante.

Con esto entro en el cuarto y último punto, que supongo que es el sustantivo, y es el que se refiere a los dos temas de debate en el sentido de que en la prensa han aparecido así. Uno es el tema de la independencia del Tribunal o de la política de defensa de la competencia y otro es el caso de las telecomunicaciones, que ejemplifica algo mucho más amplio que es la política de telecomunicaciones. He de avanzar que en estas dos cuestiones tengo una posición no favorable al proyecto y otra sí favorable al proyecto. Empezaré con la no favorable, que es respecto al tema de independencia y eficacia del Tribunal de Defensa de la Competencia, y lo argumentaré en tres subepígrafes, que son: uno, relaciones Tribunal-servicio; dos, composición y plazos de renovación del Tribunal, y tres, el grado de obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias del Tribunal.

Respecto del primer punto, las relaciones Tribunal-servicio, mi posición es que es mejor que el servicio esté subsumido en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Ya sé que hay evidencias en la Unión Económica y Monetaria de países en que no es así —Francia, Bélgica, Finlandia, Portugal o Grecia—, pero hay igual evidencia de países en que sí están subsumidos o no hay esa diferenciación —Alemania, Italia, Reino Unido, etcétera—, y yo creo que esta posición es más defendible que la separación de servicio y Tribunal, en primer lugar por principios de economía y de eficiencia, es decir, es más económico que estén juntas las dos funciones porque, en último extremo, el servicio, en lo esencial, es una oficina técnica del Tribunal, o debería serlo o yo la vería como tal. En segundo lugar, porque hay algunos casos, posiblemente no sustantivos pero sí de cierta importancia, en que aparecen funciones superpuestas entre el servicio y el Tribunal y que implican riesgos de duplicación o de descoordinación. Voy a poner un ejemplo muy pequeño, pero existen otros de mayor calado. Por ejemplo, ambas instituciones tienen competencias en materias de investigación, de promover investigaciones sobre los problemas de política de defensa de la competencia, ambas tienen competencias que en algunos momentos pueden colidir en el tema del archivo de causas, y existen ries-

gos de duplicación en el sentido de que la intersección de las funciones de ambas no está vacía, sino que tienen funciones superpuestas en alguna medida.

Por otra parte, como es evidente, un servicio subsumido en el Tribunal implica que toda la esfera de la política de defensa de la competencia es más independiente del Ejecutivo. A mí me gusta la política de defensa de la competencia independiente del Ejecutivo, y ya comprendo que esto no le gusta a ningún Gobierno, ni a este, ni al que venga después, ni al anterior ni a ninguno, y en último extremo es la tensión obvia que existe también entre Ejecutivo y comisiones reguladoras. Todos pensamos que debe haber comisiones reguladoras en determinadas actividades, pero lo cierto es que, cuando éstas se ponen en funcionamiento y existen conflictos de posiciones entre el Ejecutivo y la comisión, a los ejecutivos no les suele gustar, no que existan, sino lo que dice la comisión. Por tanto, yo creo que hay razones para defender que es mejor que la esfera de la política de defensa de la competencia sea única y esté integrada en un Tribunal que subsuma el servicio de defensa de la competencia.

El segundo tema es el de la composición, plazos y posible renovación de los miembros del Tribunal. Yo me quedé de joven muy impresionado en mi primer empleo público, recién acabada la carrera, que era como estadístico facultativo del Instituto Nacional de Estadística, porque el presidente del homólogo inglés estaba nombrado por diez años, y ciertamente era una persona extremadamente prestigiosa, que no ofrecía ninguna duda respecto de su competencia técnica, y aquello —comprendo que fue hace cuarenta años posiblemente— me impactó bastante. Yo creo, y además tengo una cierta experiencia porque estoy en un organismo regulador independiente, como consejero ejecutivo del Banco de España y he sido objeto de renovación de mi mandato hace muy pocas fechas —de todas formas, no me gustan las renovaciones—, que si el organismo debe ser independiente sería mejor que fueran plazos más largos de nombramiento sin posibilidad de renovación, porque la renovación implica posibles conflictos personales de uno consigo mismo al final del primer mandato si se desea que le renueven por el segundo, aunque haya un tope de dos. Por tanto, por decir cifras cualesquiera —no estoy proponiendo estas cifras—, preferiría que el nombramiento de los vocales y el presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia fuera por el modelo inglés —aunque posiblemente sea algo exagerado—, por diez años no renovables. Yo creo que es mejor ir a plazos más largos pero no renovables.

El tercer punto es el del grado de obligatoriedad y cumplimiento de las decisiones del Tribunal o de la esfera de la política de defensa de la competencia. Como se habrán dado ustedes cuenta, yo tengo una posición muy favorable al mayor grado de independencia y de eficacia de la política de defensa de la competencia y, por tanto, creo que cierto tipo de dictámenes o de fallos del Tribunal de Defensa de la Competencia, aparte de ser preceptivos, deberían ser de obligado cumplimiento. No soy capaz de hacerles un listado, pero sí creo que convendría hacer un esfuerzo para seleccionar determinadas materias en las que los fallos del Tribunal de Defensa de la Competencia obligaran a la Administración pública, que no solamente fueran informes

preceptivos pero no de obligado cumplimiento. En el límite, uno vería con gusto que las normas del Tribunal de Defensa de la Competencia o sus fallos pudieran incluso llegar a anular normas legales hasta un determinado nivel. Naturalmente no estoy pensando en leyes —y no es porque esté aquí— ni en decisiones legales que tome el Parlamento, pero sí en temas como órdenes ministeriales o desarrollos reglamentarios de algunas. Lo estoy planteando como tema de reflexión, que supongo que es la perspectiva que yo puedo dar aquí.

Referente a un cuarto punto que se ha mencionado en algunas ocasiones, el tema del control parlamentario, he de decir que el tema de información, de comparecencias y de memorias periódicas al Parlamento me parece algo evidente, pero tampoco vería nada preocupante en que una propuesta de nombramiento de miembros de un tribunal o de una comisión por un plazo muy largo y no renovable pasase por el trámite reglamentario de una presentación ante el Parlamento, no sé si incluyendo o no posibilidades de veto a la propuesta, pero me parece que en todo lo que sea transparencia cuando se va a asentar una persona por un período largo de tiempo en un área importante, donde va a poder tomar decisiones que no están sometidas a dependencia, no me parece mal que las cautelas iniciales que se tomen sean todas las necesarias.

Para terminar, en cuanto al segundo tema que ha dado lugar a debate, el tema de las telecomunicaciones, aquí, sin embargo, comparto la posición del proyecto de ley, y me refiero a las adicionales primera y segunda. En primer lugar, se habrán dado cuenta de que soy partidario de una política de defensa de la competencia fuerte, activa e independiente, y soy igualmente partidario de que las comisiones reguladoras tengan competencias claras y sean independientes en su funcionamiento, pero por eso mismo me parece un error la crítica al proyecto de ley en el sentido de que se vacía de competencias a la comisión de telecomunicaciones cuando se le extraen las competencias sobre política de defensa de la competencia, y perdón por la redundancia. Yo creo que el error es confundir la política de defensa de la competencia y la política de regulación, que son dos áreas distintas de política económica. La política de defensa de la competencia trata de evitar actividades que limiten la competencia, y por tanto su foco de atención son esencialmente las estrategias que siguen las empresas para ejercer poder de mercado. La política regulatoria trata de organizar los mercados cuando existen fallos importantes, y son dos funciones distintas que yo creo que conviene tener claramente separadas, aunque sólo sea por la razón de que existen conflictos potenciales entre ambas áreas. Por ejemplo, puede ocurrir que una regulación determinada limite la competencia o pueda considerarse que limita la competencia excesivamente, y en ese caso, si existen conflictos, es obvio que la resolución de los mismos no puede lograrse dentro de un organismo en que estén las dos partes del conflicto presentes.

¿Qué peligro tendría que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tuviera todas las competencias horizontales en los temas de defensa de la competencia? El peligro no creo que sea que es más o menos fácil capturar al regulador con una u otra variante, yo creo que es igual de fácil capturar al regulador, tenga las competencias que tenga, de

regulación sólo o de regulación y defensa de la competencia, el peligro real es que al mismo precio se pueda capturar al regulador y al juez. Si la comisión que sea tiene competencias en regulación y además en defensa de la competencia, al precio de la captura del regulador se captura al juez, y esto me parece un peligro importante.

Existe un argumento de crítica al proyecto de ley en este tema, que tampoco comparto, que es el de que con el proyecto de ley se vacía de contenido la comisión de telecomunicaciones. Como a mí me gustan las comisiones regulatorias con competencias he de decir que posiblemente el modelo de telecomunicaciones, tanto como el modelo de la Comisión Nacional de Energía no son mis ideales. En cualquier caso, para llenar de contenido a la comisión de telecomunicaciones habría que ir por la vía de aumentar las competencias reguladoras, no por la de añadirle competencias de otro tipo que no son reguladoras. Por ejemplo, se puede pensar en cosas como que las comisiones reguladoras tengan competencia para fijar tarifas, que sus decisiones sean de obligado cumplimiento o que ejerzan arbitraje en conflictos entre el sector y el Gobierno, de laudo obligatorio para las partes. Se pueden pensar otras maneras, pero la forma de dar contenido a una comisión reguladora no es que asuma otras competencias que no son reguladoras, en mi opinión, sino que ejerza, con la mayor autoridad posible, las competencias reguladoras.

Termino esta argumentación y toda mi intervención comentando el riesgo de generalización del modelo de que las comisiones reguladoras tuvieran competencias en política de defensa de la competencia, riesgo que ya hemos observado. El otro día vimos en la prensa cómo un vocal de la Comisión Nacional de Energía pedía que esta comisión tuviera competencias para instruir sumarios sobre el sector energético. ¿Que pensarían ustedes —es una ironía, el Banco de España seguro que nunca lo va a pedir— si el Banco de España pidiera las competencias para instruir sumarios sobre concentraciones financieras? Que sería un disparate. ¿Por qué? Por dos razones, aparte de las ya aducidas. En primer lugar, porque crearía una política de defensa de la competencia residual a los sectores no regulados; en este sentido, creo que el argumento de que la política de defensa de la competencia es una política horizontal tiene mucha fuerza interpretado así. En segundo lugar, porque no existen fusiones o prácticas potencialmente restrictivas de la competencia en sectores importantes que no tengan efectos cruzados que un especialista solamente en el sector no es capaz de valorar. Piensen ustedes, por ejemplo, en conflictos potencialmente internos dentro de la propia Comisión Nacional de Energía. ¿Qué ocurre si las eléctricas adquieren posiciones de predominio en el suministro de gas? En principio, es un tema que se puede interpretar como una política de crear barreras a la entrada de nuevos competidores en generación, pero la Comisión Nacional de Energía no es la adecuada para valorarlo, sino el Tribunal de Defensa de la Competencia. Piensen ustedes en concentraciones financieras, como la que se acaba de producir, que solamente tuvieran en cuenta los temas relativos al mercado de servicios financieros y no a lo que son participaciones industriales y accionariales cruzadas en otras sociedades.

En consecuencia, de los dos temas candentes de debate, yo sería partidario más bien de una política de defensa de la competencia con más competencias y mayor grado de independencia respecto del Ejecutivo. En cuanto al tema de las telecomunicaciones, pienso que las comisiones reguladoras deben ser reguladoras, otra cuestión es discutir cuáles son las competencias, y la estructura de la comisión correspondiente y que la política de defensa de la competencia es una política distinta de la política de regulación y debería mantenerse independiente.

Con esto sospecho que ya he gozado de su paciencia suficiente tiempo.

El señor **PRESIDENTE**: Les anuncio que me acaban de avisar que el último de los comparecientes, por razones de enfermedad, no comparecerá.

Por parte del Grupo Socialista, tiene la palabra la señora Aroz.

La señora **AROS IBÁÑEZ**: Gracias, señor Segura, por atender la petición de comparecencia del Grupo Parlamentario Socialista.

Su intervención sobre los aspectos positivos y los problemas de fondo que subsisten en esta reforma de la Ley de Defensa de la Competencia que propone el Gobierno ha sido muy ilustrativa para nuestro grupo.

En relación a las preguntas que usted planteaba, el Grupo Parlamentario Socialista no puede responderle porque desconocemos cuáles son las razones que han llevado al Gobierno a hacer estas modificaciones; modificaciones que, algunas de ellas, como usted señalaba, son poco congruentes. Me temo que nadie va a poder contestarle, porque el único grupo que tiene derecho a intervenir en este trámite es el que ha solicitado la comparecencia, el resto de los grupos no intervienen. Queda abierta la pregunta y ojalá que en el trámite de debate de las enmiendas el grupo mayoritario pueda explicar estas incongruencias que se han señalado.

Por lo que se refiere al tema que a nuestro grupo le parece central, y en eso coincide con usted, al modelo del sistema institucional de aplicación de la ley, usted ha hecho un análisis de la realidad económica de los últimos años, de cómo se ha elaborado una política de defensa de la competencia, de cómo se ha consolidado como un instrumento de política económica cada vez más importante, y ha mencionado la relevancia de los procesos de fusión acontecidos en los últimos años. Ahora bien, lo que hemos visto a lo largo del pasado puede ser una cosa menor en relación con lo que se nos avecina, porque la nueva realidad económica, la consolidación de la unión económica y monetaria, mercado único y moneda única en Europa y los procesos de globalización probablemente van a intensificar de una manera enorme lo que hemos vivido en el pasado.

La política y los órganos de defensa de la competencia, para ser eficaces, deberán tener unas características que vayan en la línea que usted señalaba, ya que el modelo que tenemos actualmente ha mostrado sus carencias. Pero la cuestión es que se mantiene el modelo dual de dos órganos, uno de ellos más dependiente —no podemos considerar que el Tribunal de Defensa de la Competencia sea un órgano independiente, no tiene personalidad jurídica, etcéte-

ra—, y en nuestra opinión se desequilibra significativamente, incrementándose la importancia del órgano que más depende del Gobierno, que es el servicio de defensa de la competencia, porque se trasladan funciones importantes que ahora tiene el Tribunal, como son las funciones de informe, social, pedagógica, de valoración de los procesos, de introducción de competencia en los sectores, de necesidad de liberalización, etcétera. Por tanto, la pregunta, que viene a ser una ampliación de la explicación que ha dado, es si el modelo que tenemos es insuficiente, inadecuado para garantizar esa eficiencia y eficacia social de la defensa de la competencia, qué va a pasar en el futuro y cuáles van a ser las consecuencias de mantener ese modelo que va a suponer un retroceso en la independencia o autonomía mínima que tienen en este momento los órganos de defensa de la competencia en el sistema institucional.

En relación a la segunda cuestión, al papel de los organismos reguladores, y en concreto al de la comisión del mercado de telecomunicaciones, que se modifica a través de la modificación de la ley de liberalización del sector, hemos seguido con interés su argumentación, que ha sido coincidente con la de otros comparecientes. No es la posición, como seguramente sabe, que sostiene el Grupo Parlamentario Socialista, pero para que nosotros podamos acabar de definir y de cambiar si es preciso nuestra posición, lo que quería plantear es que en un proceso de liberalización, de desregularización de sectores de servicios públicos, en el que se encomiendan a estos organismos unas funciones, entiende nuestro grupo que éstas no son tanto velar por la defensa de la competencia sino por el desarrollo de la competencia en el sector. Hay, no un matiz, una diferencia importante. Entendemos también que sus funciones son transitorias y que debería haber una articulación que no supusiera conflicto de competencias. Si nos ponemos de acuerdo en que las funciones son distintas, desarrollo de la competencia por una parte y defensa de la competencia por otra, quizás en esa articulación podríamos solventar el aparente conflicto y no sería necesario modificar la ley y las funciones que se han atribuido en concreto a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo papel en estos momentos tiene una valoración positiva.

Muchísimas gracias por su comparecencia y por la explicación tan interesante que nos ha dado del proyecto de ley.

El señor **PRESIDENTE**: Señor Segura.

El señor **CATEDRÁTICO DE FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID** (Segura Sánchez): He de decir que estoy un poco sorprendido por la mecánica de que no pueda más que comentar con un grupo parlamentario, el que ha pedido mi comparecencia, la dos preguntas que son los dos temas de debate; o sea que parece ser que he acertado en los temas sustantivos de debate simplemente leyendo la prensa.

Respecto de la primera pregunta, el proceso que hemos vivido en la última década de concentraciones es muy probable que sea bastante inferior al que se nos avecina. El proceso de globalización —me parece horrible la palabra— que se ha producido en la economía es creciente y,

en consecuencia, los mercados cada vez son menos nacionales, excepto en aquellos casos en que existan barreras culturales o físicas absolutamente imposibles de superar (seguramente la tecnología terminará superándolas; en este momento se exportan servicios que era inimaginable que se pudieran exportar), y se avecinan mayores grados de concentración. Esto significa que posiblemente las políticas de defensa de la competencia a nivel nacional tengan cada vez menos trabajo porque el mercado relevante cada vez sea más el comunitario, si no el mundial, y por tanto empieza a ser difícil encontrar temas en los cuales el mercado relevante sea estrictamente el nacional, no digo ya el autonómico, y entonces uno pueda pensar que unas prácticas que pueden considerarse como restrictivas de la competencia lo son en términos locales pero no en términos de un mercado más amplio. Por tanto, creo que el futuro va en dos direcciones desde el punto de vista de política de defensa de la competencia: la necesidad de armonizar como mínimo y de tener instancias supranacionales o políticas de defensa de la competencia (es una cosa que no ocurre sólo en política de defensa de la competencia sino en seguridad y en todo) una mayor flexibilidad que la que existe ahora, entre otras cosas porque los efectos negativos de procesos de concentración iniciados, aunque luego sean limitados o prohibidos, pueden ser muy fuertes y van a requerir una política mucho más activa. Pensemos, por ejemplo, en el caso del grupo BSCH y Champalimaud. El propio proceso en Bruselas es descorazonadoramente lento teniendo en cuenta que ha contado con el apoyo inicial claro de Bruselas que tenía y sigue teniendo una posición muy nítida sobre el tema. La cuestión es que no solamente, se mantiene el modelo dual Servicio-Tribunal, como ha comentado la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, sino que se desequilibra en favor del Servicio. Yo no estoy seguro de que se desequilibre en favor del Servicio, yo creo que se mantiene el sistema. Es cierto que el Servicio aparece con algunas competencias adicionales que, sin embargo, no se le restan al Tribunal, y esto tiene que ver con un comentario que he hecho respecto del problema de ineficiencia que se puede derivar de la superposición de funciones o de cuando Tribunal y Servicio no tengan las mismas posiciones respecto de un tema. Sería un poco sorprendente que salieran dos informes del Tribunal y del Servicio diciendo cosas distintas. Cabe suponer que el sentido común implica que las comunicaciones entre ambas instituciones, aunque estén separadas, fueran suficientes como para que no se produjera este hecho, pero se podría producir.

En consecuencia, como mi posición es que debería haber una sola esfera de política de defensa de la competencia, cuál es el riesgo que veo yo en la separación, aparte de razones de eficiencia, entre Servicio y Tribunal. Yo creo que fundamentalmente la existencia del Servicio, que por cierto es muy antigua, el mantenimiento del Servicio proviene de la desconfianza inevitable de los ejecutivos —está en su naturaleza— sobre las comisiones de control del tipo que sean. Esta es una desconfianza ha estado presente en todos los procesos legislativos de todos los países que yo conozco cuando han alumbrado comisiones reguladoras o administraciones independientes que se ocupan de una determinada esfera de competencia. Yo creo que el riesgo, está, por tanto, en que si pienso que la política de defensa

de la competencia tiene que ser más flexible y más rápida, posiblemente el mantenimiento de Servicio y de Tribunal no ayude precisamente a ello y que la existencia de competencias comunes implica conflictos potenciales. Esto me parecería malo porque, entre otras cosas, los conflictos potenciales conducen a posibilidades de recurso y de empantanamiento de la efectividad de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia importantes.

Respecto de la segunda pregunta, la verdad es que en mi intervención no he tratado de convencer a nadie, ni con ésta ni con la anterior, sino simplemente de dar argumentos en favor de la posición que yo tendría, no sé si como legislador, que no lo he sido nunca, pero sí por lo menos como supuestamente experto en este tema. Yo creo que estamos viviendo un proceso de liberalización, sin lugar a dudas, pero no un proceso de desregulación, por mucho que se haya simplificado cierto tipo de mensaje; yo creo que estamos viviendo un proceso de re-regulación. Pensemos simplemente en el caso paradigmático de la privatización y legalización del mercado británico de energía eléctrica; donde había un regulador ahora hay cuatro, y la razón es muy sencilla. Posiblemente la privatización se hizo mal en el sentido de que se produjo una estructura productiva en generación que daba lugar a tres grupos, dos privados y uno público, que en principio tienen poder de mercado y capacidad de tener comportamientos colusivos claramente. Por tanto, donde antes el sistema tenía que regularse muy poco ahora tiene que regularse más. Por consiguiente, no estoy nada seguro de que estemos viviendo un proceso de desregulación sino de re-regulación de actividades que han sido servicios públicos o *public utilities* históricamente y no creo que las funciones de estas comisiones sean transitorias. Bueno, todo es transitorio en la vida, incluso la vida, pero en el horizonte temporal razonable que me parece contemplar, por decir cualquier cosa diez años, no veo que sean transitorias las funciones de las comisiones reguladoras. Siempre en las áreas de telecomunicaciones, de energía y algunas otras, posiblemente en áreas de transportes, redes, etcétera, hay componentes de necesidad de garantía de servicio, de calidad mínima de servicio, de acceso al mismo precio a usuarios con independencia de su localización geográfica, etcétera, que hacen que el mercado por sí sólo, sobre todo un mercado relativamente concentrado, no garantice adecuadamente esta parte de las prestaciones. Yo creo que las comisiones de regulación van a tener una larga vida. Otra cuestión es que tengan que entrar a regular otro tipo de cosas y que posiblemente terminen desapareciendo las funciones de fijación de tarifas, que seguramente desaparecerán, pero en cualquier caso no desaparecerán las comisiones regulatorias.

Me parece habilidoso y defendible el argumento de que no se trata tanto de que las comisiones velen por la defensa de la competencia como de que propicien la competencia.

¿Cuál es el objetivo de una comisión reguladora? En una estructura productiva que por sus características y por el tipo de servicio que presta no puede funcionar sin ningún tipo de complemento en términos competitivos, lo que trata de hacer la comisión reguladora es favorecer que funcione el mercado en ese sector. Por tanto, la propia función de la comisión reguladora es tratar de que haya más competencia, es potenciar la competencia. No sólo debe resol-

ver conflictos entre partes, básicamente sector y Administración, no sólo el tema muy importante en estos momentos, pero que posiblemente perderá importancia, de fijación de tarifas o de negociación con el sector para aspectos que se refieren a la estructura de oferta; lo que fundamentalmente tiene que hacer una comisión reguladora en una actividad que no puede funcionar de forma eficiente como un mercado libre, porque tiene características que no se lo permiten, es tratar de que el sector funcione de la manera más competitiva posible. Mientras que la política de defensa de la competencia, ante un comportamiento determinado, si sospecha que es una práctica restrictiva de la competencia, lo que hace es tratar de evaluar si es o no restrictiva de la competencia. Por eso se pueden plantear conflictos entre la política de defensa de la competencia y la política de regulación. En ese caso puede ocurrir que un organismo de defensa de la competencia considere que una regulación determinada va en contra de la competencia. Como hay conflictos potenciales, este es un argumento adicional para separar claramente las funciones. Si la conclusión fuera: ¿la política de defensa de la competencia es para evitar acciones contrarias o limitativas de la competencia? Yo la suscribiría. ¿La política regulatoria persigue como objetivo final fomentar la competencia? Sí, y existen comisiones reguladoras para eso porque, en los sectores en los que existe, la competencia por sí misma no es capaz de satisfacer el tipo de demandas que la sociedad hace respecto de cosas que son *public utilities* y que no son bienes de consumo normales y corrientes. Por tanto, admitiendo el diagnóstico general de la situación, el argumento de que una cosa es la defensa de la competencia y otra el fomento de la competencia no es como para justificar que las funciones de defensa de la competencia y de regulación deban estar en el mismo sector. Por poner el mismo ejemplo, me parecería horripilante que el Banco de España tuviera competencias sobre política de defensa de la competencia en temas financieros, aparte de que no seríamos competentes, obviamente.

El señor **PRESIDENTE**: Muchas gracias, señor Segura. Concluida su comparecencia, le agradecemos una vez más su asistencia a esta Comisión.

— **DEL SEÑOR PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESPECIALISTA EN DERECHO DE LA COMPETENCIA (CASES PALLARÈS). (Número de expediente 219/000599.)**

El señor **PRESIDENTE**: La siguiente comparecencia prevista para el día de hoy es la de don Lluís Cases, para que ilustre a esta Comisión acerca de la opinión que le merece el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Tiene la palabra el señor Cases.

El señor **PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESPECIALISTA EN DERECHO DE LA COMPETENCIA (Cases Pallarès)**: En relación con la Ley 16/1989 voy a analizar los distintos aspectos que considero relevantes del proyecto y someterme a las consideraciones que las señoras y señores diputados

puedan formularme. Voy a intentar ser breve para que en esta media hora que tenemos pueda exponer cinco o seis ideas de los aspectos que considero más destacados del proyecto de ley, y a partir de ahí quedar a su completa disposición para intentar aclarar aquellas cuestiones que consideren más relevantes.

El primer bloque de cuestiones se refiere a las conductas perseguidas. Los artículos 1, 6 y 7 prácticamente se dejan sin cambios y en el artículo 2 hay a mi modo de ver un cambio importante y significativo por cuanto reduce el ámbito, el margen de apreciación que tiene la Administración pública para introducir normas restrictivas de la competencia. Como saben SS.SS., el artículo 2 es la pieza clave del sistema, es aquella norma que indica que no se perseguirán las conductas amparadas en ley o normas reglamentarias dictadas en aplicación de ley. Este artículo ha sido el más aplicado por el Tribunal de la Competencia y ahora el proyecto de ley da un paso importante y limita exclusivamente a la norma con rango de ley la capacidad para amparar conductas restrictivas de la competencia. Como digo, es un paso relevante y positivo en el sentido de restringir la capacidad unilateral de la Administración para introducir normas reglamentarias que vengan a amparar conductas restrictivas.

El segundo aspecto al que quería hacer referencia es el relativo a sanciones. La ley iba en un camino positivo, el proyecto de ley mejora algunas cuestiones, pero voy a citar un par de aspectos que podrían mejorarse a lo largo de la tramitación parlamentaria. El primero es el artículo 10.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, que no se toca en el proyecto de ley. Este artículo es el que permite al Tribunal sancionar a los responsables de las empresas infractoras estipulando una doble responsabilidad ante la empresa de la sociedad anónima como tal o de la asociación empresarial, intentando perseguir a los verdaderamente responsables de las conductas. En este artículo 10.3, prácticamente inaplicado por parte del Tribunal —no hay medios, no hay posibilidades, no hay facultades—, sería oportuno introducir, algunas medidas concretas que puedan facilitar su aplicación. También en cuanto a las sanciones otro aspecto se refiere a la prescripción. Se mejora la regulación de la prescripción de las sanciones. No obstante, apuntaría la posibilidad de que se introdujeran medidas —que podemos tomar como ejemplo del derecho comunitario— para establecer plazos máximos que eviten la existencia de conductas cuyo plazo de prescripción se va interrumpiendo por la acción de la Administración.

Un tercer aspecto a reseñar son los daños y perjuicios, es decir, la acción que tienen las empresas para intentar resarcirse de los daños y perjuicios por las conductas infractoras de la competencia que les afecten.

Creo que este tema es esencial y crucial para la verdadera aplicación del derecho a la competencia en España. Cuando las empresas se preocupan, cuando las empresas denuncian, cuando las empresas se sienten perjudicadas, más que por la sanción que puedan poner al infractor están preocupadas por si tendrán posibilidades de obtener el debido resarcimiento de los daños y perjuicios. Lamentablemente cuando las empresas realizan consultas el comentario no es muy positivo porque el sistema del artículo 13 de la ley española no funciona. No hay prácticamente nin-

gún caso —y creo que no me equivoco— en que una empresa haya obtenido el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados; tan sólo hay un caso que creo que está ya en el Tribunal Supremo. Y no pueden obtener el resarcimiento porque el iter o proceso a que se les obliga es a todas luces improcedente en los días que concurren. El artículo 13, como ustedes saben, obliga a que haya decisión administrativa firme, con lo cual después de pasar el peregrinaje por el Servicio, el Tribunal, la Audiencia Nacional, posteriormente el Tribunal Supremo y una vez que tenemos la sentencia firme tendríamos que empezar la vía civil, con lo cual no se puede entrar en estas cuestiones. Creo que este tema es clave para el sistema y más aún en el marco del Libro Blanco sobre la modernización del derecho de la competencia comunitario. Tendremos que reflexionar y el ordenamiento jurídico español se tendrá que adaptar y mejorar mucho en este sentido.

Para resolver esta cuestión podríamos dar dos soluciones, aunque el proyecto adopta una solución correcta pero intermedia. La solución alemana, que nosotros hemos estudiado, reconoce plena jurisdicción al juez civil para determinar la existencia de los daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia. No obstante, es importante señalar que el juez civil tiene obligación de comunicar —porque puede haber interés público— la existencia del proceso civil a las autoridades protectoras de la competencia a fin de que éstas, si lo estiman conveniente, en defensa del interés público, porque eso es lo que va a motivar su acción, comparezcan en el proceso civil y manifiesten, presenten y observen lo que estimen conveniente, no en defensa de los intereses privados de la empresa, sino en defensa del interés público. Esta es una solución. La otra solución la podríamos calificar de derecho público, a la que por mi procedencia del derecho administrativo podría yo acercarme más, aunque tengo mis dudas. Esta solución está reflejada en alguno de los anteproyectos de los que en un momento dado se tuvo conocimiento y consiste en atribuir al Tribunal de la Defensa de la Competencia la capacidad para fijar los daños y perjuicios ocasionados por la acción infractora. Esta solución tenía algún rastro en la exposición de motivos, aunque me parece que por la vía de enmiendas se ha corregido. La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico, habilitaba esta solución, pero no creo que sea una solución improcedente desde una óptica jurídica, lo que sí hay es una cuestión estratégica y es decir a quién corresponde cada cosa en el ámbito del derecho de la competencia; si admitimos la presencia del juez civil, por el artículo 1.2, deberíamos reflexionar sobre el papel que, vía el caso alemán, por ejemplo, se le atribuye. Sin embargo, el proyecto intenta terciar en esta cuestión, intenta afrontar esta problemática que es clave —insisto— para las empresas, para los operadores económicos en definitiva, y va a una solución intermedia. Yo diría que mejora la actual, por cuanto facilita que el juez civil que tenga conocimiento del proceso tenga capacidad para instar al Tribunal un informe acerca de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados, pero es una solución intermedia que no solventa en definitiva el problema. Quizá el problema supera el ámbito de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia y nos obliga a reflexionar sobre la jurisdicción civil, sobre los órganos civiles competentes para conocer de estos asuntos.

El cuarto aspecto se refiere a las ayudas públicas. El proyecto de ley que están ustedes examinando constituye un avance muy notable respecto a la Ley del año 1989. El proyecto de ley constituye un paso adelante al atribuir un papel más relevante al Tribunal de Defensa de la Competencia en el régimen de ayudas públicas. El hecho de que el Tribunal pueda actuar de oficio y el hecho de que los informes del Tribunal sean de carácter público son relevantes para atribuirle un mayor papel. Tengan en cuenta que las previsiones de la Ley del año 1989 al respecto eran muy pocas y por ello creo que el proyecto de ley avanza notablemente en esta cuestión. Por otra parte, en nuestro sistema jurídico y constitucional se plantean dudas sobre si podemos ir mucho más allá en el control de las ayudas públicas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Yo no sé si nuestro sistema jurídico y constitucional habilitaría que el Tribunal pueda entrar a validar o juzgar la legalidad o ilegalidad de reales decretos o de decretos de gobiernos autonómicos e incluso de decisiones de ayuntamientos. Tengo muy serias dudas de que nuestro sistema jurídico y el papel que la Ley atribuye al Tribunal puedan permitir este control. Téngase en cuenta, además, que las ayudas públicas están sometidas a control de la Comisión Europea. Ciertamente es que la Comisión Europea ejerce su control en determinados marcos, pero hay control de la misma. En mi opinión, el aspecto donde se debería profundizar más —y no creo que hubiera en principio grandes controversias jurídicas— es en articular una solución procedimental, introduciendo un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia preceptivo en el proceso de elaboración de las medidas de ayuda pública. No se trata de plantear al Tribunal si esa medida es legal o no, sino de que el que toma la decisión —sea el Gobierno en casos de reales decretos o el gobierno autonómicos en el caso de decretos autonómicos— tenga como mínimo en cuenta los efectos que sobre la competencia puede generar el proyecto de medidas que se van a adoptar. Yo creo que ésta sería una solución procedimental en el sentido de entender el procedimiento administrativo como el mecanismo para obtener la solución más oportuna, más acertada, como decía la antigua Ley de procedimiento administrativo. Por ello nos preocupa que se tomen las decisiones sin tener en cuenta en qué medida esa decisión pública que se está tomando genera daños efectivos a la competencia en el mercado.

Otro bloque de cuestiones se refiere a la organización, es decir, a la estructura administrativa dispuesta para el efectivo cumplimiento de la Ley. En este sentido el proyecto es continuista con el sistema establecido en el año 1989. Creo que el proyecto de ley acota el sistema que se estableció en el año 1989 y es de aplicación en esta década. Se mantiene la separación entre el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia como en el año 1989. El Partido Popular ha presentado una enmienda importante por la que pretende corregir lo que yo puse de relieve en un momento dado como defecto en el proyecto de ley: la capacidad del Gobierno para rebajar el número de miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia. Yo creo que si esto se produjese, tal y como aparece reflejado en el proyecto de ley, resultaría atentatorio a la independencia del Tribunal, pero creo que se ha corregido. Respecto al nombramiento, aun manteniendo la designación gubernamental

—el carácter independiente o no independiente del Tribunal no está únicamente en función de si el Gobierno u otro organismo nombra a los miembros del Tribunal—, creo que sería conveniente la intervención del Congreso de los Diputados, previa comparecencia de los candidatos ante SS.SS. para que pudieran conocer de antemano a los señores y señoras que van a ser nombrados para esos cargos de relevancia, aun sin derecho a veto, aun sin derecho a condicionar absolutamente la decisión final del Gobierno.

El problema de la organización, no obstante, no deriva tanto de la estructura definida, no deriva tanto de si tenemos el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, sino de los medios materiales y humanos que ponemos a su disposición. Y aprovecho la oportunidad que se me brinda para decir que resulta necesario que se pongan a disposición del Servicio y del Tribunal los medios necesarios para hacer frente al papel que hoy se les está atribuyendo. Es imprescindible que el Tribunal y el Servicio sean capaces de dar una respuesta efectiva a lo que la sociedad les demanda. El proceso de liberalización ha ampliado muy notablemente los cometidos de estos órganos, hay una demanda social de reacción (piensen ustedes que las denuncias que se presentan se han triplicado), hay una demanda social de intervención, hay un creciente conocimiento del tema y es imprescindible que en estos ámbitos liberalizados haya una acción pública efectiva en defensa del mantenimiento de una competencia suficiente en el mercado.

Otra cuestión a la que me quería referir es la relativa a los cambios en el procedimiento de aplicación de la ley. Yo creo que en este tema, al igual que ocurre con la organización y en general con todo el proyecto de ley, la ley es continuista. El proyecto de ley mejora las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia, simplifica algunas cuestiones y, a mi modo de ver, en términos generales mejora, perfecciona y perfila lo que ha sido un procedimiento a veces excesivamente cargado de trámites y de instancias que alargar innecesariamente los procesos de control.

Los últimos dos temas que quería poner de relieve son, en primer lugar, la terminación convencional y, en segundo lugar, los plazos. Creo que es un acierto la introducción de la terminación convencional y creo que es un acierto cómo se regula, con alguna matización que voy a exponer de inmediato. Es importante poner de relieve que no es la terminación convencional que conocemos del derecho comunitario, que tiende a ser opaca, que tiende a ser oscura, si me permiten la expresión. Yo creo que es una terminación convencional transparente en la que se garantizan los derechos a terceros, aunque tengo serias dudas sobre que necesariamente deba limitarse al momento procesal que se establece en el proyecto de ley y en una enmienda presentada por el Partido Popular que ha ampliado un poco más allá el momento procesal en que se puede llegar a la terminación convencional, que tal y como está redactado el proyecto de ley y la enmienda queda circunscrita al ámbito del Servicio de Defensa de la Competencia. El proyecto de ley, como ustedes saben, habilita en un momento previo la incoación del expediente y creo recordar que la enmienda habilita que se pueda hacer hasta la formulación del pliego de cargos, pero a mí se me hace difícil encontrar una justificación clara a esta limitación. A mi modo de ver, aceptando la ter-

minación convencional como fórmula de gestión de los intereses públicos en este caso con la transparencia y con las garantías del interés público y a terceros que se ofrece en el proyecto, necesariamente debería abrirse a lo largo del expediente, especialmente a la disposición del Tribunal de Defensa de la Competencia, esta tarea que se define en el proyecto de ley.

En cuanto a los plazos, yo creo que el proyecto de ley supone un compromiso por parte del Gobierno muy significativo. Regular que los plazos van a ser de 12 meses en el Servicio y 12 meses en el Tribunal es un compromiso complicado dada la experiencia que tenemos en España y dada la experiencia que tenemos en la instancia comunitaria. Aunque difícilmente encontraremos otro procedimiento administrativo con un plazo de duración tan largo (los plazos de los expedientes administrativos intentamos todos reducirlos y creo que aquí ese intento se refleja), creo que nos encontramos ante una cuestión singular, una cuestión que por un lado produce una valoración positiva y por otro lado provoca algunas dudas. Una primera duda es la igualdad de plazos entre el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal. Aunque estos son temas legales, me gustaría poner de relieve que esa igualdad de plazos plantea una cuestión que rodea siempre a los temas de la competencia y de organización, y es que esa igualdad de plazo para instruir y resolver quizá plantea —lo pongo encima de la mesa para que podamos discutirlo después, si ustedes lo estiman conveniente— que el Tribunal de Defensa de la Competencia hace mucho más que resolver expedientes. Creo que compartirán conmigo el criterio de que no tiene mucho sentido que la instrucción deba durar 12 meses y que la llamada resolución del expediente tenga que durar también 12 meses. Yo creo que esta igualdad de plazos refleja una problemática interna de la organización administrativa. Por otro lado, quería apuntar que el plazo es muy breve. El plazo, como apuntaba anteriormente, es un compromiso importante por la experiencia que tenemos de las actuaciones de la Comisión, que lamentablemente acostumbran a durar cuatro, cinco o seis años. Pretender nosotros ser mucho más eficaces es un compromiso importante por la experiencia del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal en estos 10 años. Si ustedes cogen cualquier resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia verán que, como mínimo, ese expediente lleva más de tres años caminando por las instancias ministeriales. Este plazo tan breve puede generar el riesgo, si me permiten la expresión, de que se juegue con los plazos. El proyecto de ley abre algunas posibilidades de que se articulen medidas para ir ampliando estos plazos de 12 meses, con lo cual se distorsionaría la voluntad del proyecto. Esto se va a solventar —y con esto acabo— con la dotación de medios mucho más notables, mucho más importantes que los actuales. Ahí está la cuestión crucial de si realmente las instancias administrativas van a ser competentes para cumplir estos plazos breves que ahora les va a señalar el legislador.

Con esto doy por concluida mi intervención y quedo a disposición de ustedes para ampliar aquellas cuestiones que estimen conveniente.

El señor **PRESIDENTE**: Por el Grupo Catalán, Convergència i Unió, tiene la palabra el señor Jané.

El señor **JANÉ I GUASCH**: En primer lugar, quiero agradecer al doctor Lluís Cases su comparecencia ante esta Comisión, así como la ordenada información que nos ha dado sobre el proyecto de ley; una información que atiende a la experiencia del doctor Lluís Cases como director del *Anuario de la competencia* desde su creación en el año 1996 y como autor de una excelente monografía sobre el derecho administrativo de la defensa de la competencia. Por tanto, creo que su presencia hoy aquí y su aportación al proyecto de ley son altamente positivas. Debemos lamentar que se produzca pasado el plazo de enmiendas, porque seguro que muchas reflexiones que los distintos comparecientes vienen haciendo en estas sesiones contribuirían también a una mejora del texto final, al poderlas plasmar en enmiendas al articulado.

Simplemente quiero hacer una reflexión sobre el papel que el doctor Lluís Cases quiere atribuir al Tribunal de Defensa de la Competencia en el ámbito del control de las ayudas públicas. Este es un rol importante que debería ir asumiendo el Tribunal de Defensa de la Competencia y que podría ser complementario al papel de control que ya vienen haciendo el propio Tribunal del Cuentas y la propia Intervención General del Estado, pero sería altamente positivo que, además de esa posibilidad de actuar de oficio, se avanzara en sistemas de controles de un dictamen previo a determinados proyectos de medidas que incluyan subvenciones o que afecten a la defensa de la competencia.

Con esta reflexión, cedo la palabra a mi compañero de grupo Ignasi Guardans, agradeciendo una vez más la presencia del doctor Lluís Cases.

El señor **PRESIDENTE**: Tiene la palabra el señor Guardans.

El señor **GUARDANS I CAMBÓ**: Seré breve.

Quiero empezar agradeciendo al doctor Cases el conjunto de su información, reiterando que algunas de sus apreciaciones muy concretas y muy precisas quizá se podrán introducir en trámite de ponencia, aunque el absurdo de que estemos aquí celebrando comparecencias una vez finalizado el trámite de enmiendas —de lo que nos tenemos que hacer solidariamente responsables todos los grupos políticos— nos puede llevar a una situación un poco kafkiana en la práctica.

El doctor Cases ha planteado algunas cosas y yo le pediría alguna aclaración más. De entrada ha comentado un tema que no está planteado por ningún grupo en forma de enmienda —si no me equivoco— y le pediría que desarrollara mínimamente, que es la perfección del régimen de sanción a los directivos en el caso de realización de conductas contrarias a la competencia. Dice que el artículo 10.3 de la ley actual no funciona, pero yo no estoy del todo convencido de que por el hecho de que no funcione precise su modificación, quizás lo que precise sea un acto de audacia por parte del Tribunal que inicie una tradición que hasta ahora no existe. Pongamos por ejemplo —y no me importa empezar a poner nombres y apellidos a las cosas— Telefónica. Esta compañía ya ha recibido una serie de sanciones

importantes. Hace falta un cierto coraje político para convertir, a la tercera, lo que es una sanción poderosa a Telefónica en una sanción a sus directivos. Los instrumentos los tiene. No sé si usted cree que el Tribunal no tiene suficientes instrumentos para imponer sanciones a los responsables de esas conductas a la tercera vez que se constate que Telefónica —por poner un ejemplo concreto— sigue violando la competencia y sigue haciéndose responsable de sanciones como las que ha recibido hasta ahora. Insisto, entendido el comentario de que eso no funciona como debe, no tengo del todo claro que eso no sea así porque la ley no lo permita.

Su valoración del tema de los daños y perjuicios es también muy interesante, muy real y muy propia de quien conoce muy de cerca cómo está funcionando la defensa de la competencia en el fuero, en términos estrictamente judiciales y prácticos. Pero, de nuevo, es siempre más fácil hacer el diagnóstico desde el ámbito académico que plantear la solución, que es lo que nos corresponde a nosotros. No le hago una crítica, porque su papel es el suyo y el nuestro es el nuestro. El diagnóstico lo tenemos claro todos, pero la solución no del todo. Una posibilidad sería suprimir simplemente el requisito de que exista un pronunciamiento firme y previo, y eso quizá con el fundamento legal de que el propio artículo 1 establezca la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios de las prácticas restrictivas, y a partir de esa nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de la revocación posterior y por tanto de la cadena de revocaciones que se puedan suceder, se considere suprimir el requisito de la firmeza. Esa es la única solución viable que se me ocurre en este momento. Me gustaría que se pronunciara un poco más sobre cuál sería su propuesta de remedio a lo que hoy es una dificultad real de las empresas que han sufrido una violación de las normas de defensa de la competencia por parte de un competidor para resarcirse de los daños y perjuicios, compartiendo, insisto, el diagnóstico.

Tomamos buena nota (y espero que la tome el Grupo Parlamentario Popular, en cuyas manos está en este caso esta modificación, puesto que se podría hacer en trámite de ponencia e incluso de enmienda in voce, pero no ya por vía de enmienda formal, al menos no en el Congreso) respecto de la prolongación e incluso de la terminación convencional. Efectivamente, comparto —contra lo que ha dicho algún compareciente que le ha precedido no ayer sino en la primera de las sesiones— que la terminación convencional no me escandaliza nada, siempre y cuando se haga con transparencia y con conocimiento y, por tanto, con una cierta posibilidad de control externo. Una vez se asume —lo cual es una opción política y filosófica, si se quiere— la posibilidad de transigir, la posibilidad de que exista una terminación que no vaya en perjuicio de terceros y que no perjudique gravemente intereses públicos, no parece muy comprensible cerrarle el plazo fuera de toda lógica. Yo sí comprendo a los que niegan la posibilidad de que el Tribunal o el propio Servicio pueda transigir o pueda terminar convencionalmente, pero una vez que se acepta esa filosofía, que es una opción discutible, cerrarle el plazo, tal como se ha hecho incluso con la prórroga que le impondría la aceptación de la enmienda que plantea el Partido Popular, queda corto. Por tanto, tomo buena nota y lo recalco, porque creo que sería positivo que el Grupo Parlamentario

Popular estirara un poco más esa posibilidad sobre su propia enmienda, porque al fin y al cabo ya la tiene planteada.

Hay dos temas sobre los que usted no se ha pronunciado y sobre los que me gustaría que lo hiciera. Sobre uno se ha pronunciado de rebote o indirectamente, y es la posibilidad que existía de que el Gobierno pudiera modificar el número de miembros. El Grupo Parlamentario Popular, en una enmienda, nos viene a dar una explicación a posteriori de que, al fin y al cabo, no pretendía una manipulación del contenido del Tribunal o de sus funciones, sino simplemente prever una eventual sobrecarga de trabajo. Nuestro grupo parlamentario todavía no comparte esa argumentación, pero en aras de la claridad y de que se vea la buena fe de este grupo querría conocer su opinión. Concretamente, le formulo la pregunta en los siguientes términos: ¿Usted cree que tiene algún sentido que por la hipótesis posible de que un órgano colegiado, como el Tribunal de Defensa de la Competencia, pueda tener una sobrecarga de trabajo deba preverse la posibilidad de que el propio órgano solicite un aumento del número de miembros? ¿Podríamos imaginar que el Tribunal Constitucional, en un momento determinado, pasara a 20, 25 ó 30 miembros, cuanto más trabajo tenga, o el Tribunal Económico Administrativo Central o el Tribunal Supremo? ¿Cree usted que eso tiene lógica, o le parece más bien que en el caso de que haya sobrecarga de trabajo del Tribunal de Defensa de la Competencia lo que hay que hacer es dotarle de más medios y más presupuesto, pero no alterar —por razón del trabajo, quizás sí por otras razones— su número de componentes? Me gustaría que se pudiera pronunciar sobre ese tema que estará sobre la mesa en la discusión de este proyecto de ley.

En segundo lugar, otro gran tema de este proyecto de ley es el del análisis estrictamente horizontal del Tribunal que afectaría a cualquiera de los sectores en materia de competencia, o la posibilidad que existía, desde la aprobación de la Ley de liberalización de las telecomunicaciones, de que determinados organismos reguladores, muy especialmente la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pueda no tanto determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, sino pronunciarse en el marco de sus competencias —valga la polisemia de la palabra— en materia de competencia. Nosotros estamos dispuestos a estudiar con más profundidad y a rectificar (porque para eso estamos aquí, y el compareciente anterior se ha pronunciado muy claramente en contra de una enmienda de nuestro grupo) el hecho de que si se prohíbe formalmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cualquier tipo de pronunciamiento que afecte a la competencia, puede ver mermadas sus facultades. El Grupo Parlamentario Popular y otros comparecientes entienden que eso no es así y que más bien el daño que se puede provocar con el régimen actual (que al fin y al cabo se ha aprobado hace unos meses en esta misma Cámara, y en función del cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones también se pronuncia en materia de competencia, no tanto fijando la existencia de prácticas restrictivas pero sí a la hora de intentar fomentar la liberalización) es la falta de competencia.

En este debate me gustaría que entrara usted, que se incorpore a la bronca en que estamos todos metidos y

ponga sus propias notas. A la espera de eso, agradezco sus comentarios.

El señor **PRESIDENTE**: Por parte del Grupo Popular, tiene la palabra el señor Burgos.

El señor **BURGOS GALLEGO**: Quiero sumarme, como no puede ser de otra manera, al reconocimiento y a la gratitud por su presencia hoy aquí y por sus aportaciones, sin duda muy significativas, que entiendo son pertinentes incluso en el plazo concreto del procedimiento parlamentario en el que nos encontramos. No sólo este grupo, sino todos, entendemos que estas comparecencias son plenamente vigentes, aunque haya culminado ya el proceso de presentación de enmiendas, no sólo por el trámite del Senado, que siempre supone un recurso perfectamente legítimo, sino porque habitualmente, al menos en mi grupo, existe la voluntad de incorporar por la vía transaccional cuantas propuestas puedan reflejarse de las intervenciones que aquí se han venido produciendo.

En su intervención ha recalcado algunos aspectos que a mí grupo le parecen muy significativos. Por ejemplo, en el ámbito de las ayudas públicas compartimos su pronunciamiento de que la regulación que contiene el proyecto de ley es un paso adelante muy significativo sobre esta cuestión, pero del texto del proyecto de ley mi grupo extrae un motivo de reflexión que quiero que usted comparta. Pensamos que es posible entender que el análisis que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se haga de los casos de las ayudas públicas no tiene por qué limitarse a las que ya se hayan aprobado por parte de las instancias de los poderes públicos, de las entidades públicas, sino que podría y debería ser extendido a los propios proyectos de ayuda; es decir, antes de que estas ayudas se concedan, en los procedimientos previos de análisis, de estudio; incluso, teniendo en cuenta que en el marco comunitario la notificación de las ayudas tiene carácter previo, desde mi grupo pensamos que estaría plenamente justificado extender esta posibilidad al análisis previo. Parece que del texto de la ley no se deduce con absoluta claridad que esto sea así, por lo que me gustaría conocer su opinión sobre esta cuestión, porque compartimos la idea de que el objeto del control de las ayudas públicas es precisamente detectar las posibles distorsiones que se produzcan en la competencia, y, en este sentido, parece que resulta mucho más eficaz que la labor del Tribunal pueda ser previa a la aprobación de las ayudas, estableciendo un criterio de acción preventiva que entendemos perfectamente justificado por motivo de la materia en la que nos encontramos.

También compartimos su criterio sobre que este proyecto de ley establece un compromiso muy significativo por parte del Gobierno en materia de los plazos de instrucción y de resolución de estos procedimientos. Entendemos que no podría ser de otra manera, porque este es un camino emprendido por nuestra legislación, que también debe tener cabida en el ámbito de defensa de la competencia. Lo que sí podemos es, de alguna manera, compartir algunas de sus dudas sobre la posible repercusión que esta disminución de plazos puede tener sobre el volumen de gestión que en estos momentos es capaz de desarrollar el propio Servicio y el propio Tribunal.

¿Usted piensa que este compromiso significativo del Gobierno en este proyecto de ley basta con que venga acompañado de un incremento en la asignación de los recursos humanos y materiales, basándose en la composición actual del Tribunal? ¿Sería conveniente incorporar en el procedimiento otro tipo de cautelas normativas que permitieran ampliar dichos plazos por un procedimiento distinto al que ya se prevé en el proyecto de ley? ¿Cuál es, de alguna manera, su posición sobre este asunto? Creo que todos compartimos el criterio, aunque no se considere explícitamente reflejado en el texto del proyecto, de que de los avances que aquí se contienen se deduzca de manera incontrovertible una voluntad de incrementar el número de los recursos que tienen los órganos de defensa de la competencia en este país, que —y creo que lo comparten todos los grupos—, que son bastante escasos.

Sin embargo, desde el punto de vista procedimental o de la propia legislación a aplicar, ¿cuáles serían los apoyos, las cautelas o las aportaciones que usted, desde su experiencia, podría plantear en relación con este asunto? Mi grupo está igualmente interesado en conocer su valoración sobre el alcance que sobre las relaciones entre el Tribunal de Defensa de la Competencia, entre los órganos de defensa de la competencia y los organismos reguladores en algunos mercados, puede tener este texto. Por tanto, me limito simplemente a recalcar nuestro interés en conocer su valoración sobre en qué medida se puede deducir de este texto no un avance en la clarificación de competencias en materia de defensa de la competencia, sino una invasión, una supresión o un recorte de las competencias que, aparentemente y según algunas opiniones, sobre esta materia tienen los organismos reguladores en este país.

El señor **PRESIDENTE**: El señor Cases tiene la palabra.

El señor **PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESPECIALISTA EN DERECHO DE LA COMPETENCIA** (Cases Pallarès): Distintas son las cuestiones que se me han planteado, pero intentaré dar respuesta a todas ellas.

Por lo que respecta al tema de la sanción del artículo 10.3, quisiera aprovechar la oportunidad de estar aquí para poner de relieve este precepto, en el sentido de que creo que es importante y significativo. Creo que hemos de hacer un esfuerzo, y la Ley de 1989 lo hizo, en buscar, en definitiva, a los responsables efectivos, a las señoras y señores que realmente están infringiendo las normas de la competencia, mucho más allá de la cobertura formal que les dé una empresa.

Mi reflexión iba en el sentido de poner de relieve que si observamos estos diez años creo que se podrían contar con los dedos de una mano, o poco más, los casos en que se ha aplicado este artículo. Ciertamente hace falta el coraje y la valentía de los órganos, pero sería bueno una mejor definición del proceso, del procedimiento, quizá la propuesta que se ha sugerido de que en caso de que la empresa sea reincidente en más de tres ocasiones se debe aplicar este artículo. Lo cierto es que los órganos hoy no se ven capacitados, tienen distintos problemas, para afrontar la aplicación de este artículo, básicamente porque el expediente que se tramita

busca delimitar la responsabilidad de la empresa. Por tanto, son expedientes distintos, o deberían serlo, aquél que se tramita para determinar la responsabilidad de una S.A., de una sociedad mercantil, del expediente que se tramita contra una persona física en concreto. Creo que ahí se podría perfilar alguna cuestión más del artículo 10.3, para dar una mayor virtualidad a este importante artículo.

Respecto a los daños y perjuicios, voy a extenderme un poco más. Creo que el problema que tenemos planteado en España es que en el año 1989 se consiguió una mala herencia de lo que era la antigua Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia, la Ley de 1963. Ustedes recordarán que en la Ley del año 1963 había una competencia exclusiva por parte del Tribunal para dictaminar la existencia de prácticas restrictivas, y a partir de esta competencia exclusiva entraban en juego las distintas responsabilidades que en cada caso y en cada orden jurisdiccional procedían. Había una competencia privativa exclusiva del Tribunal y, a partir de ahí, el Gobierno imponía la sanción, si lo estimaba conveniente, el juez civil imponía los daños y perjuicios y el juez penal, en caso de que hubiese delito, imponía las responsabilidades penales. Esta idea creo que se llevó —a mi modo de ver de forma no del todo correcta— a la Ley del año 1989, y el artículo 13.1 parece atribuir, sin decirlo, una competencia privativa al Tribunal de Defensa de la Competencia para decidir la existencia de prácticas restrictivas, del artículo 6, para, a partir de ahí, encadenar la acción de daños y perjuicios. Yo creo que el problema en el 13.1 lo tenemos porque hay una traslación de un sistema conceptual de una ley del año 1963 a lo que es un sistema radicalmente distinto.

La cuestión que se plantea en otros temas y especialmente en éste, porque para las empresas es clave, es que tenemos una dualidad que quizá habría que afrontar y nos quedamos a medias. La dualidad es clara: hay una competencia de la Administración pública única para conocer y dictaminar casos de competencia, o hay una competencia compartida, una en defensa del interés público, Administración pública, otra en defensa de intereses privados, jurisdicción civil. Yo creo que esta es la cuestión que debemos plantear. Si vamos a esta segunda cuestión, que es la que se deriva del derecho comunitario, traslación del sistema norteamericano con matices, donde el juez civil es el principal aplicador del derecho a la competencia (y eso es lo que quiere la Comisión Europea, que vayamos a la defensa de los intereses privados y no a la defensa de los intereses públicos), y atribuimos al artículo 1.2 de la ley la declaración de nulidad, pensando que el juez civil es competente para dictaminar, no declarar, la existencia de prácticas restrictivas y deducir las responsabilidades, a mi modo de ver lo que no encaja es el artículo 13.1 cuando dejamos al Tribunal la puerta abierta a la jurisdicción civil para la acción de daños y perjuicios. Ahí está la clave. Es decir, o vamos a un sistema enteramente público, o si nos vamos al sistema privado, entonces que los privados jueguen en defensa de sus intereses, vayan a las instancias que crean convenientes y consigan los daños y perjuicios que procedan. El impulso comunitario es muy claro, es hacia la presencia del juez civil con plenos poderes. En España yo creo que muy pronto tendremos un expediente de incumplimiento del derecho comunitario porque hay una doctrina judicial que niega el

efecto directo a los artículos 85 y 86, diciendo que no puede dictaminar la acción de daños y perjuicios si no hay decisión administrativa previa. Yo creo que esto nos va a llevar a un recurso de incumplimiento por parte de la Comisión contra España. La cuestión es tomar la opción por un sistema público duro o por un sistema compartido, pero dándole plenos poderes al juez para entrar a dirimir sobre esa cuestión.

Sobre el tema de la terminación convencional, está claro que la acepto como forma de defensa de los intereses públicos en cada caso concreto. El derecho a la competencia parte de que no hay una solución única, no hay una solución mágica y que la Administración dispone de la razón absolutamente, sino que hemos de ir manejando los intereses públicos en cada caso para tomar las decisiones más oportunas. Por tanto, acepto la terminación convencional con las garantías que el proyecto recoge. Creo que me he expresado claramente en el sentido de que no entiendo la justificación para cerrar esta posibilidad en un momento procesal determinado. Hay el riesgo también de reducir el papel del Tribunal; hay recurso, etcétera, pero ya estamos en fases incidentales, en fases de recurso que creo que sería conveniente reconducirlo.

En cuanto al Tribunal, la cuestión no está en el tema de la designación gubernamental. Yo creo que el órgano puede ser independiente con la designación gubernamental, y ya he expresado mi criterio sobre las dudas que planteaba el proyecto de ley acerca de la capacidad del Gobierno de cambiar el número de miembros. Yo creo que habría que reflexionar más sobre ese tema, porque podría atentar contra el carácter independiente del Tribunal.

Por último, en lo que se refiere al tema horizontal o al tema sectorial, en concreto el tema de la CMT, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el papel que tiene que jugar el Tribunal de Defensa de la Competencia, yo creo que aquí convendría separar una cuestión que es si el sistema de la CMT es más útil o más eficaz o si el sistema del Tribunal es muy lento y no funciona. Yo creo que a veces este debate se ve distorsionado, si me permiten ustedes la expresión, por la dudas que plantea el funcionamiento real de las instancias de la competencia. A veces tenemos el recurso a pensar que la CMT puede ser muy buen instrumento, porque en pocas semanas podemos tener una decisión efectiva, dura al respecto de una de las empresas que compiten en el mercado en este caso de las telecomunicaciones, y a veces se apuesta por estas medidas porque evidentemente la medida al Servicio, la medida al Tribunal nos alargaría muchísimo más el tema, de tal modo que, hablando claro, la compañía que se ha citado, Telefónica, se ve mucho más afectada en sus relaciones con la CMT por la velocidad, por la capacidad, por la agilidad con que este organismo toma sus decisiones, que si se viese sometida al control del Tribunal de Defensa de la Competencia, donde los plazos de juego, los plazos en que se moverían las decisiones serían mucho más extensos. Desde una perspectiva teórica y conceptual, creo que habría que residir en el Tribunal de Defensa de la Competencia lo que es la aplicación efectiva, la imposición de sanciones de los artículos 1,6 y en su caso 7 de esta ley. Creo más procedente centrar en los órganos de protección de la competencia la capacidad para dirimir si existe o no infracción a estos pre-

ceptos. Lo que ocurre es que el corte entre lo que es artículo 1 y lo que es el papel que tiene que jugar la CMT a veces no es fácil ni sencillo. Yo participo más del criterio de que son los órganos horizontales los que pueden velar con más eficacia por la competencia en el mercado, aunque los órganos sectoriales en su espectro pueden llegar a tener incidencia por sus decisiones en la competencia del mercado, pero una cosa es tener incidencia en la competencia del mercado y velar por ella, y otra cosa distinta es imponer una sanción al amparo del artículo 1, del artículo 6 ó del artículo 7.

Yo creo que con esto he dado respuesta a las consideraciones que se me han efectuado.

El señor **PRESIDENTE**: Muchas gracias, señor Cases, por su comparecencia.

— **DEL SEÑOR ABOGADO MARTÍNEZ LAGE.**
(Número de expediente 219/000600.)

El señor **PRESIDENTE**: Continuamos con la sesión para celebrar la comparecencia de don Santiago Martínez Lage, a los efectos de que exprese a la Comisión su opinión y parecer acerca del juicio que le merece el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para lo cual le cedo a continuación la palabra rogándole al propio tiempo que, a ser posible, ciña su intervención a un tiempo de diez minutos aproximadamente.

El señor **MARTÍNEZ LAGE**: Trataré de ceñirme a los diez minutos porque mi exposición no es más que el fruto de mi experiencia como abogado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y ante algunos de los organismos sectoriales, durante los últimos diez años.

Debo hacer la salvedad siguiente: el único texto que he podido leer y estudiar con detenimiento es el del proyecto de ley. A Las enmiendas, incluido el texto alternativo presentado por el Grupo Parlamentario Socialista, sólo pude echarles un vistazo el lunes porque estaba fuera de España cuando me convocaron; he leído con bastante detenimiento la exposición de motivos del proyecto alternativo, pero no el articulado. El resto de las enmiendas, sinceramente, las he podido sobrevolar.

Ceñiría la parte inicial de mi exposición a tres puntos que me parecen importantes en el proyecto de ley y que me consta que han sido y son objeto de debate en esta Comisión, en los medios de comunicación y en los ambientes profesionales y académicos en los que me muevo.

El primer punto es el relativo a la aplicación del derecho de la competencia por órganos distintos del Servicio, del Tribunal y del Gobierno; es decir a la llamada aplicación horizontal y a la llamada aplicación sectorial. Mi opinión es plenamente favorable a la solución del proyecto de ley. Lo que hace en realidad es clarificar algo que ya la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones intentó llevar a cabo, no con pleno éxito. En definitiva, parece que hay unidad en un punto: no puede existir dualidad de controles con los mismos criterios. Ahora bien, esta solución se puede alcanzar por dos vías:

dejando el monopolio de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al Tribunal, al Servicio y al Gobierno, o aceptando que sectorialmente hagan la aplicación los llamados organismos reguladores: la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Comisión de la Energía, el Comisionado del Tabaco y los que puedan surgir en el futuro. En mi opinión, la solución adoptada por el proyecto de ley es la más acertada porque una aplicación sectorial pondría en peligro la uniformidad de la aplicación del derecho de la competencia. Hoy existen los tres organismos reguladores a los que me he referido, pero el día de mañana, cuando se liberalice el transporte ferroviario o el aéreo, se podrán crear otros tantos organismos reguladores, ¿Va a aplicar cada uno de esos organismos el derecho de la competencia? Pienso que la tarea fundamental de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o de la Comisión del Mercado de la Energía es elaborar y aplicar normas sectoriales específicas para crear las condiciones de competencia en un determinado sector. No sé si soy excesivamente riguroso en mi planteamiento, pero creo que esos organismos reguladores deberían ser de naturaleza transitoria y llegar a desaparecer una vez creadas las condiciones de competencia en los sectores. De hecho, eso es lo que está específicamente previsto en el sistema alemán, por ejemplo. Alguna vez he dicho, porque he publicado algunos trabajos que dejo a disposición de SS.SS., que me parece más fácil que el Tribunal de Defensa de la Competencia aprenda y asimile las especificidades de esos sectores —telecomunicaciones, tabaco, energía— que al revés. Por tanto, en ese punto, me parece muy acertada la solución del proyecto de ley.

El segundo punto de importancia al que quisiera referirme es la integración del Servicio y el Tribunal en un único organismo. A mi modo de ver, es una cuestión más dogmática que práctica. Desde un punto de vista práctico, son importantes dos cosas: la independencia recíproca del Servicio y el Tribunal, en el sentido de que uno sea el órgano instructor y el otro el decisorio, y la independencia real del Tribunal de Defensa de la Competencia. En este punto, y para reforzar la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, me parece muy acertada una enmienda —creo que del texto alternativo y de algún otro— que propone que el mandato de los miembros del Tribunal, en lugar de ser de cuatro o cinco años renovable, sea un mandato más largo y no renovable. Creo que se garantiza más la independencia de los miembros de un órgano como éste si no está sometido al *aleas* de una posible renovación o no. Si la creación de un órgano que englobe al tiempo el Tribunal y el Servicio va a permitir la asignación de mayores medios presupuestarios, entonces será muy bienvenida. Me figuro que lo habrán señalado los comparecientes que me han precedido. Tanto los medios materiales como humanos del Servicio y del Tribunal son manifiestamente mejorables en cantidad y en calidad. Me permitiría hacer una propuesta, que no es materia de ley, pero que me parece interesante que SS.SS. conozcan: creo que el Tribunal, cuyos miembros son más que cualificados, tiene una grave deficiencia de personal auxiliar; parece que se podría introducir una figura similar a la de los letrados del Tribunal Constitucional o a la de los referendos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una o dos personas

de alto nivel, pero no equiparables a los miembros del Tribunal, que colaboraran con ellos en sus tareas.

El último punto básico es el relativo a si el momento es oportuno para llevar a cabo esta reforma estando pendiente la discusión del libro blanco de la Comisión Europea sobre una nueva aplicación de los párrafos uno y tres del artículo 81. En mi opinión sí, y sería prematuro que el proyecto de ley optara ya por la solución que propone el libro blanco. Fundamentalmente porque el libro blanco se acaba de empezar a discutir y está creando grandísima polémica. Es verdad que la Comisión lo presenta y lo vende como diciendo: las empresas ya no van a necesitar notificar sus acuerdos, pero no se cae en la cuenta de que tampoco podrán notificarlos. Por tanto, se va a crear, y así lo vemos muchos profesionales de la práctica diaria, una gran zona de inseguridad jurídica. Me parecería precipitado que, antes de saber cómo termina ese debate que será largo, el proyecto de ley optara por una solución similar a la propuesta por la Comisión.

Para terminar, y no sé si será el momento, me parece que hay algunos puntos concretos del proyecto de ley que podrían ser mejorables. Por ejemplo, la terminación convencional que prevé el artículo 36 bis.2; no acabo de entender —y me parece que en esto coincido con otros profesionales— por qué se limita al momento anterior a la iniciación del expediente y por qué no se permite que, con todas las garantías —con audiencia de los interesados, con posibilidad de recurso—, se produzca en cualquier momento. Parece que la Ley de Defensa de la Competencia restringe las posibilidades de terminación convencional de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En materia de indemnizaciones, el proyecto tuvo que sufrir aquella reforma (sugerida al parecer por el Consejo de Estado y por el Consejo General del Poder Judicial, que a mí me parece acertada) en el sentido de que no pueda ser el Tribunal de Defensa de la Competencia el que fije las indemnizaciones. Así ha quedado en el actual artículo 13 con un párrafo añadido. Me parece bien, pero me parece mejorable en el sentido siguiente: el informe del Tribunal sobre los daños no debe ser vinculante, debe ser un tribunal civil el que fije los daños; pero me parece que sería mejor, en lugar de esperar a que se plantee la reclamación en vía civil y el tribunal civil pida el informe al Tribunal, que, en el mismo procedimiento administrativo, una vez terminado y casi como un apéndice al mismo, se pudieran fijar ya los daños para el día en que se vaya a una posible reclamación civil. Creo que eso tendría una doble ventaja. Por un lado, la inmediatez, el Tribunal va a estar en mejores condiciones de fijar los daños cuando acaba de instruir el expediente administrativo que dentro de uno, dos o tres años. Por otro lado, permitirá, al obligado eventualmente al pago, alegar y defenderse, porque en el trámite que se prevé actualmente en el artículo 13, el informe del Tribunal, que aun no siendo vinculante será decisivo, parece que podría pronunciarse incluso sin la comparecencia del obligado al pago.

Hay, por lo que he podido leer en la exposición de motivos del proyecto alternativo, tres cosas que me han parecido francamente interesantes. Una de ellas es la supresión de la tipificación en el artículo 1.º de las llamadas conductas conscientemente paralelas, una figura enormemente

peligrosa que puede llegar a culpabilizar conductas objetivamente coincidentes, que no tiene parangón en el derecho comparado y que estaba en nuestra ley.

Otra cosa que me parece interesante es introducir el concepto de afectación sensible a la competencia para incurrir en conducta prohibida, y en eso coincidiríamos con el derecho comunitario de la competencia.

Me parece también interesante el dotar al Tribunal de Defensa de la Competencia, en materia de concentraciones, de algo más que esa potestad de emitir un informe no vinculante. Yo creo que la fórmula propuesta —si he entendido bien la exposición de motivos del proyecto alternativo— se parece mucho a la vigente actualmente en Alemania y es que la autorización la concede o la deniega el Tribunal, con la posibilidad excepcional —y que, por tanto, el Gobierno utilizará con mesura— de, en determinadas circunstancias y por determinados criterios, autorizar una operación de concentración que el Tribunal no hubiera autorizado.

Habría algunos tecnicismos que encantado pondría a su disposición y les dejo, si les interesa, fotocopia de algún artículo en los que los he mencionado.

Finalmente, como abogado hay dos cosas que me preocupan, aunque parezcan detalles menores, en el proyecto de ley. Una, la posibilidad de multas por temeridad, y no sólo por mala fe. Creo que eso es restringir los legítimos derechos de la defensa. Los abogados, a la hora de utilizar una vía de recurso, vamos a tener que decirle al cliente: Podemos utilizar esa vía, pero a ver si la consideran una temeridad y nos van a sancionar. No creo que sea pertinente imponer multas por temeridad en la defensa de los intereses de las empresas, sí por mala fe.

Me parece también extraordinariamente peligrosa la figura introducida en el artículo 33 de que los funcionarios que realicen una investigación domiciliaria puedan llevar a cabo un interrogatorio *in situ*. Lo digo porque yo que he tenido que asistir a unas cuantas investigaciones, tanto de funcionarios españoles como comunitarios, sé a qué se presta eso, a que en el pasillo a un empleado de segunda, de tercera, a una secretaria se le pregunta: ¿No es verdad que en esta reunión...? Y sin presencia de secretario, sin presencia de nadie, el inspector levanta un acta y dice: La secretaria de don fulano de tal reconoció que, en efecto, acudió a una reunión en Berlín para fijar los precios, etcétera.

Estos son, un poco deslavazadamente, señor presidente, señorías, los comentarios que me sugiere el texto que se ha presentado.

El señor **PRESIDENTE**: A continuación, por parte del Grupo Parlamentario Socialista, tiene la palabra la señora Aroz.

La señora **AROS IBÁÑEZ**: Muchas gracias, señor Martínez Lage, por su comparecencia, por su intervención y también por los juicios positivos que ha emitido respecto a algunas de las propuestas contenidas en la enmienda alternativa y en las parciales del Grupo Parlamentario Socialista.

Quisiera hacerle dos preguntas muy concretas. Una en relación a la opinión y los argumentos que ha dado a favor de la aplicación horizontal del proyecto de ley y el trata-

miento que se da y las modificaciones en relación a competencias de los organismos sectoriales. La pregunta, que recoge alguna opinión vertida por algún otro compareciente y que expresa, por tanto, nuestra preocupación en relación a esta cuestión, es la siguiente: Si se restan a los organismos reguladores competencias en el ámbito de defensa de la competencia, o de desarrollo de la competencia, que es básicamente la función que tienen, ¿no se abre una vía, si se trasladan a los órganos de defensa de la competencia, para que los representantes de las empresas de estos agentes económicos, los abogados, utilicen la impugnación de una decisión para dilatar el proceso? Más adelante los órganos de la competencia dirán lo que tengan que decir, pero mientras tanto se gana tiempo. ¿No abre una vía para aplazar la decisión, una vez que ya no están en los organismos reguladores sino en los órganos de defensa de la competencia, como una forma de ganar tiempo ante una decisión que hubiera podido ser contestada de manera inmediata por parte de los organismos reguladores? Esta es la cuestión.

La segunda pregunta que quería hacerle está relacionada con el artículo 13 y la cuestión de la indemnización por daños y perjuicios, a la que venimos dando vueltas a lo largo de todas estas comparecencias, porque no se acaba de ver una solución; la solución desde luego no está en el proyecto de ley, en esto hay coincidencia por parte de todos. Se ha mencionado aquí también por algún otro compareciente la doctrina comunitaria que se está tratando de impulsar y que incluso España podría sufrir no sé si una recomendación o una petición de aplicación de la norma comunitaria en el sentido de que la jurisdicción civil tenga competencias para actuar en este ámbito. ¿La solución no podría venir por la vía de sustraer la competencia exclusiva que tiene asignada por la Ley de 1989, heredando la que había, la competencia del año 1963, que tiene atribuida el Tribunal de Defensa de la Competencia, los órganos administrativos, para autorizar —llamando a las cosas por su nombre— que los tribunales civiles puedan actuar y puedan pronunciarse sobre los daños y perjuicios que corresponden a la empresa? ¿No podríamos ir directamente a la cuestión suprimiendo ese requisito contenido en el artículo 13, una vez que ya la propia ley, en el artículo 1.2, reconoce que son nulos de pleno derecho los actos, contratos, etcétera, que se realicen en función de conductas prohibidas? Esta era la segunda pregunta.

El señor **PRESIDENTE**: Por parte del Grupo Parlamentario Popular, tiene la palabra el señor Burgos.

El señor **BURGOS GALLEGO**: Quiero agradecer al señor Martínez Lage su presencia hoy aquí y su exposición, que ya conocemos por algunas de las publicaciones que ha mencionado y que creo que ha sido enormemente precisa.

Por referirme exclusivamente a dos de los aspectos que ha planteado, uno de los avances sin duda más significativos que contiene este texto es el de la terminación convencional y mi grupo desde luego comparte el limitado alcance que el texto del proyecto de ley contenía. Esa es una de las razones por las que hemos presentado una enmienda que incrementa la posibilidad de desarrollar este mecanismo que nos parece enormemente útil. Esta enmienda la

hemos querido concretar en extender la posibilidad de recurrir la terminación convencional hasta un determinado momento, que hemos querido concretar exactamente en el momento en el que se notifica el pliego de concreción de hechos. No sé si usted comparte exactamente esta limitación que hemos establecido o si entiende que hay otro momento procedimental posterior que fuera idénticamente positivo o que fuera incluso mejor que el establecido por la enmienda, una vez que, como digo, compartimos que el proyecto de ley no desarrollaba con toda su potencialidad este instrumento, que en este ámbito es perfectamente posible.

El segundo de los aspectos al que yo me quería referir es la opinión que usted mantiene con enorme contundencia sobre la oportunidad de eliminar la referencia que se ha venido haciendo en nuestra legislación a las conductas conscientemente paralelas. Es decir, mi grupo entiende que una cosa son las conductas objetivamente coincidentes, que usted ha querido exponer como conductas justificadas, no perseguibles o al menos no estigmatizables desde el punto de vista de la legislación de la defensa de la competencia, y otra cosa son prácticas muy extendidas, desgraciadamente, en las que realmente se produce una colusión de los operadores económicos que no tiene por qué producirse, desde nuestro punto de vista, con carácter explícito, sino que puede producirse y, de hecho se produce, a través de una actuación tácita, por la simple constatación de que para muchos es más rentable no competir y, por tanto, como dice la propia exposición de motivos del Grupo Socialista, les es más rentable luchar contra los consumidores. Este tipo de prácticas, eliminándose la posibilidad siquiera de su persecución, correríamos el riesgo de que proliferara o que llegara a convertirse casi en una regla estable en este mundo de la competencia.

Por eso, no sé si usted sigue manteniendo esa posición tan contundente sobre este motivo y si puede de alguna manera abundar en su justificación, toda vez que, hasta donde yo conozco, este ha sido un aspecto de nuestra legislación avalado y aplaudido en determinadas instancias no solamente comunitarias, sino en otros foros de competencia de carácter global, de carácter mundial. No creo que sea necesario recurrir a ejemplos sobre este tipo de prácticas que son claramente restrictivas de la competencia no por la vía explícita, sino por la vía implícita, pero si hay que citar uno, ese es el sector de los carburantes.

El señor **PRESIDENTE**: Señor Martínez Lage, tiene la palabra.

El señor **MARTÍNEZ LAGE**: Gracias, por sus preguntas. Las de la señora Aroz son particularmente difíciles de contestar porque son dos preguntas de enorme calado. Voy a tratar de hacerlo. La primera se refería a la aplicación del derecho de la competencia por los órganos sectoriales, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, y si eso no podía ir en detrimento de la competencia y ser utilizado por las empresas como una vía de dilación. Yo matizaría mi pensamiento en el sentido siguiente: yo no digo que las autoridades sectoriales no deban aplicar instrumentos de defensa de la competencia, digo que me parecería muy peligroso que aplicaran en concreto los artículos 1, 6 y 7,

con exclusión de su aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia, porque la base de la que parecemos partir todos es que sería absurdo que la aplicaran los dos, es decir, que una misma conducta pudiera ser sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Pienso que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los órganos parecidos deben aplicar instrumentos de análisis de la competencia como mercado relevante, posición de dominio, abuso de posición de dominio, los instrumentos propios de la teoría de defensa de la competencia. Pienso que deben esforzarse en crear normas sectoriales específicas más rígidas, más estrictas que las normas generales de defensa de la competencia, normas positivamente discriminatorias en favor de los nuevos entrantes en un mercado y en detrimento del antiguo monopolista. Creo que en esos sectores se deben crear, repito, normas sectoriales específicas. Ya las hay, las directivas comunitarias de interconexión, por ejemplo, en virtud de las cuales se sea más estricto a la hora de vigilar una conducta para alguien que tiene un 25 por ciento de cuota de mercado en un sector en el que puede haber cuatro operadores.

En definitiva, no digo que no deban velar —y como he entrado en la última parte de la conferencia de Lluís Cases, diré que coincido con su pensamiento— por la defensa de la competencia; al contrario, deben velar de un modo particularísimo, pero para ello no necesitan utilizar ni el artículo 1, ni el artículo 6, ni el artículo 7, es más, van a tener instrumentos específicos, incluso más estrictos que esos artículos. Normalmente se da el caso de una infracción clásica del derecho a la competencia cuando ese mercado ya haya evolucionado y sea un mercado maduro. Y, en mi opinión, esos organismos reguladores debieran tender a desaparecer porque su finalidad específica es la de crear condiciones de competencia en mercados recientemente liberalizados y una vez que las han creado, lo normal es que desapareciera. Por tanto, repito, sí tienen que velar por la competencia, tienen que aplicar esos instrumentos, pero me parece que sería distorsionador que aplicaran las normas clásicas del derecho de la competencia sustrayéndolas al Tribunal. Dicho en otros términos, podría ocurrir que en el sector de las telecomunicaciones existiera —y ha habido algún caso de denuncia archivada— una conducta colusoria y que dos, tres o cuatro operadores se pusieran de acuerdo. Voy a decir cuál fue la conducta denunciada, que, afortunadamente para las empresas, no fue probada. En un momento determinado se denunció la posible concertación entre los operadores de telefonía móvil para dejar de subvencionar masivamente el precio de los teléfonos móviles con ocasión de la campaña de Navidad y tirar de los precios para arriba.

Eso —si me lo permite el señor Burgos— me lleva a referirme a por qué creo que se deben eliminar las conductas conscientemente paralelas, y vuelvo sobre ello. Yo pienso que basta con lo que dicen los artículos 1 y 81 a 385 del Tratado de Roma al hablar de prácticas concertadas, porque ya se engloba ahí lo que podríamos tratar de prohibir bajo la expresión conductas conscientemente paralelas. Me parece a mí que añadir esa peculiaridad española y añadir conductas conscientemente paralelas corre el riesgo de penalizar, sin prueba alguna de que haya habido acuerdo,

porque en la práctica concertada sí lo hay, conductas como aquélla a la que me estaba refiriendo. Si en un momento determinado se produce por parte del líder de mercado una evolución en un sentido determinado, una nueva estrategia comercial y los otros le siguen, que es una práctica normal en cualquier mercado, siempre correríamos el riesgo con esa figura de la conducta conscientemente paralela de que ese simple alineamiento con el líder de mercado sea cubierto bajo esa prohibición. En ese caso al que me refería, la denuncia, que si no recuerdo mal fue sobreseída, era por una supuesta conducta conscientemente paralela para haber dejado de subvencionar los precios de los teléfonos móviles. No veo ningún motivo para que esa conducta no hubiera sido perseguida por los órganos clásicos, como lo fue, de defensa de la competencia, y, en cambio, hubiera que residenciarla ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. No sé si he sido suficientemente claro, pero si no lo he sido más es porque no tengo yo las ideas más claras de las que he podido exponer.

Gran calado tiene también, señora Aroz, el problema de los daños y de ir a la aplicabilidad directa de los artículos 1 y 6. Seguro que ya mis predecesores habrán explicado aquí que una peculiaridad española del problema es la famosa sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1993, del asunto Campsa. El Tribunal Supremo dice en concreto que la jurisdicción civil no puede aplicar el artículo 86 del Tratado de Roma y el artículo 6 sin que haya habido un pronunciamiento previo de la autoridad administrativa, ya sea el Tribunal de Defensa de la Competencia o ya sea la Comisión. En mi opinión, es dudoso que eso vaya contra la aplicabilidad directa del derecho comunitario. Creo que el Tribunal Supremo al dar el mismo tratamiento al derecho comunitario que al derecho español (al artículo 86 que al artículo 6) no está yendo contra la aplicabilidad directa del derecho comunitario pero sí está planteando para nuestro sistema de la competencia un problema serio, el de la cuasi prejudicialidad administrativa previa, en concreto para obtener las indemnizaciones y, por tanto, está haciendo que conseguir una indemnización por una práctica contraria a la competencia pueda llegar a tardar 8 ó 10 años, porque está el pronunciamiento de la autoridad administrativa, el recurso contencioso-administrativo y la iniciación del pleito civil en sus distintas instancias.

Es probable que la ley pudiera dejar más claro para los tribunales —no sólo en las indemnizaciones sino en general, aunque, con sinceridad, no me atrevería a pronunciar-me en un sentido u otro— la posible aplicabilidad directa de los artículos 1 y 6, y 81 y 82. No estoy completamente seguro de que esa solución sea la mejor porque, aunque se ganaría en tiempo, para las empresas se podrían producir soluciones contrarias, es decir, que si existiera esa posible persecución paralela teóricamente se podría dar el caso de que una conducta determinada fuera denunciada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, y estos considerarían que no había infracción y, en cambio, ante un juzgado civil éste considerara que había infracción y que había lugar a indemnización. No me parece una solución acertada que se pueda dar esa disparidad en las soluciones. Por tanto, el sistema español de prejudicialidad administrativa, con esa tara que tiene de retrasar las consecuen-

cias patrimoniales, en cambio, tiene la ventaja de dar mayor coherencia al sistema.

Esto tiene muchísimo que ver —por eso digo, señor Aroz, que la pregunta es de mucho calado— con otro problema de gran tecnicidad que está también presente en el proyecto de ley como es el llamado de las conductas de escasa importancia o *de minimis*. Está presente en el artículo 1.3 del proyecto, que parece repetirse en el 36 bis 1.a) y nos hace preguntarnos qué sentido tiene ahora el artículo 3.2 c). Todo esto, que parece excesivamente técnico, tiene que ver esencialmente con que caben dos actitudes. Una, la que parece reflejar el proyecto de ley, sería que una conducta restrictiva de la competencia, en particular un acuerdo, puede tener escasa importancia, puede no tener una incidencia apreciable en la competencia y, por tanto, puede no existir interés público en perseguirla, sin perjuicio de que los particulares puedan hacer valer su derecho en la jurisdicción civil. Me parece que ese es el esquema que sigue el proyecto. Sin embargo, el esquema comunitario, que se parece mucho a este, no es así. El esquema comunitario, que a mí me parece más acertado, dice que una conducta restrictiva de la competencia, si no la restringe apreciablemente, es decir, si es de escasa importancia, no sólo no debe ser perseguida públicamente por la autoridad administrativa sino que tampoco está prohibida. Dicho en otros términos, imaginemos una cláusula contractual de exclusiva y que la incidencia sobre el mercado de esa cláusula contractual es de escasa importancia. En mi opinión, y en contra del esquema del proyecto de ley, sería más lógico entender que esa conducta no está prohibida y, por tanto, ni es perseguible por la autoridad administrativa ni se podría obtener la nulidad de esa cláusula contractual en una jurisdicción civil. En definitiva, y con las mismas cautelas con que he concluido el punto anterior creo que esta es una cuestión de extraordinaria trascendencia, pero la solución española de subordinar, esa especie de prejudicialidad administrativa previa a la civil, aunque retrasa enormemente el momento de las indemnizaciones, me parece que da una coherencia al sistema que, en cambio, la posible persecución paralela le restaría.

Respecto a las dos preguntas que me hacía el señor Burgos, me alegro de que en la enmienda de su grupo parlamentario se haya avanzado la terminación convencional hacia un momento posterior, hasta la notificación del pliego de concreción de hechos, pero sigo sin saber muy bien por qué se detienen ahí y por qué la terminación convencional no puede tener lugar en cualquier momento, con todas las garantías que contiene el propio articulado, convocando a todos los interesados, que ya se opondrán si les parece oportuno. Yo entiendo que la terminación convencional debe estar al alcance de las partes, incluida la Administración, en cualquier momento. Es más, hay un precedente de cuasi terminación convencional antes de entrar en vigor esta ley, forzando un poco la interpretación de la ley antigua, en un asunto entre la SGAE y las televisiones autonómicas en la que el propio Tribunal fue quien forzó un acuerdo entre las partes y terminó no imponiendo sanciones; y se hizo ya en la fase ante el Tribunal. Por tanto, no veo que haya ningún motivo para que la terminación convencional ni siquiera sea en la fase ante el Servicio: en

cualquier momento, con las garantías apropiadas, llamando a todos los posibles interesados.

En cuanto a las conductas conscientemente paralelas, reconozco que posiblemente se trate de una posición de abogado. Estamos muy acostumbrados a ver fantasmas, pero, repito, me parece que lo que se pretende cubrir con esa figura lo está suficientemente con las prácticas concertadas, y esa originalidad española de la conducta conscientemente paralela puede dar lugar a que se persigan puras coincidencias objetivas sin ningún elemento consensual, lo cual me parece peligroso para la seguridad jurídica.

El señor **PRESIDENTE**: Muchísimas gracias, señor Martínez Lage, por su comparecencia.

— **DEL SEÑOR CATEDRÁTICO DE ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS (SALAS FUMÁS). (Número de expediente 219/000601.)**

El señor **PRESIDENTE**: Señoras y señores diputados, continuamos con las comparecencias previstas para el día de hoy con la de don Vicente Salas Fumás no sin antes agradecerle su comparecencia ante esta Comisión al objeto de ilustrarnos sobre la opinión que le merece el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Sin más preámbulos de trámite, le cedo la palabra a fin de que exprese su meditada opinión.

El señor **CATEDRÁTICO DE ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS** (Salas Fumás): Señor presidente, señorías, permítanme que manifieste también mi complacencia por esta comparecencia. Voy a tomar la iniciativa tal como entiendo que es mi papel y si me dejo alguna cosa podrán ponerlo de manifiesto en el turno de preguntas.

La lectura de este proyecto de ley me sugiere centrarme alrededor de cuatro puntos, que voy a repasar con cierta brevedad. Se refieren a la importancia de la competencia en la sociedad y las implicaciones que se derivan de este hecho; los supuestos de autorización de prácticas genéricamente prohibidas; las ayudas públicas y los órganos para la defensa de la competencia.

La defensa de la competencia y, en general, el buen funcionamiento de los mercados es un aspecto crucial para una sociedad moderna integrada internacionalmente, como es la sociedad española en estos momentos. En este sentido, la valoración que se hace de esa importancia en el proyecto es positiva y estoy de acuerdo con ella. Precisamente por eso, la sociedad española tiene que hacer un compromiso explícito y dejar clara esa importancia. El compromiso social por la competencia o por el buen funcionamiento de los mercados, porque incluiría también todos los procesos de regulación, es tan importante como el que se pueda hacer en su momento a favor de la estabilidad macroeconómica. Por tanto, las iniciativas que se llevaron a cabo en ese momento para dotar de credibilidad al compromiso son aplicables en este contexto. El compromiso pasa, en primer lugar, por una apuesta clara por la autonomía e independencia de los órganos que deben velar por ese buen funcionamiento de los mercados. Insisto en el buen funcionamiento de los mercados porque la competencia es uno de los instrumentos. En segundo lugar, una clara prioridad

presupuestaria para asegurar que esos órganos cuentan con los recursos necesarios para una actuación eficaz. Por ejemplo, la referencia que se hace en el proyecto a asociar el cobro de determinadas tasas a posibles problemas presupuestarios de los órganos de defensa de la competencia es contraria a este espíritu, es decir, la justificación de las tasas se podría hacer por otros motivos, porque hay tasas por otros servicios públicos, pero no mezclar la posible falta de recursos con la incorporación de tasas en este momento. La tercera señal que a mi modo de ver afianza este compromiso es la concentración de responsabilidades. Hay que dejar claro que la defensa de la competencia como parte del buen funcionamiento de los mercados está centralizada en un órgano claramente identificado. Como resumen de mi experiencia en lo que ha supuesto la aplicación de la Ley de autonomía del Banco de España, es que la autonomía y la independencia son visibles. El Banco de España es una institución que tiene recursos y la concentración de responsabilidades en la aplicación de la política monetaria puede comprobarse que es clara. Estas son mis reflexiones sobre la importancia, el compromiso y las señales claras de que ese compromiso existe.

Sobre los supuestos de autorización, estoy de acuerdo, en general, en que no todas las actuaciones concertadas entre empresas atentan *per se* contra la competencia. Intuyo de la redacción del proyecto que, por ejemplo, se hace una advertencia explícita en defender y promover las exportaciones; podríamos estar hablando de una acción concertada dirigida a defender y promover las exportaciones que no tiene por qué atentar contra la competencia. Igual podríamos decir de acciones de colaboración entre empresas para investigación y desarrollo. Por tanto, no sé si es conveniente hacer una mención explícita a determinadas actuaciones concertadas que pueden tener a priori un valor general, como pueden ser la defensa y promoción de las exportaciones o la colaboración en I+D. La filosofía debería ser que, en principio, lo que se persigue es todo lo que atente contra la competencia.

Por otro lado, y siguiendo un poco el hilo de la intervención anterior, no solamente se deberían considerar las actuaciones explícitas o probadas. En el análisis económico de los mercados está claro que las empresas pueden practicar la colusión sin que exista absolutamente ningún tipo de comunicación entre ellas. No sé si desde el punto de vista jurídico los términos de concertación o de coordinación explícita son sustituibles o no, pero en cualquier caso la Ley de Defensa de la Competencia debería dejar claro que las prácticas colusorias entre las empresas no necesariamente pasan por que exista comunicación explícita o coordinación explícita entre ellas.

Hay que clarificar algunas de las dudas que siempre plantean estos movimientos paralelos entre empresas. Si suben los costes en un mercado de competencia perfecta, todas las empresas deberían subir los precios. Para aclarar si detrás de esa subida generalizada de precios hay colusión o es simplemente una respuesta lógica dentro de un contexto competitivo hace falta prestar más atención a la evolución de los beneficios de las empresas. El seguimiento de los niveles de beneficios debería ser una variable informativa a la hora de evaluar determinadas situaciones de los mercados. Esto implica también mayores exigencias

de información. Es decir, ir más allá incluso de la información que se elabora en los estados contables convencionales donde en muchos casos, puesto que se presentan consolidados, es muy difícil conocer en determinados negocios cuál es el nivel de beneficios que las empresas consiguen. Todos los supuestos de autorización deberían seguir un procedimiento en el cual hubiera una evaluación explícita de los beneficios y costes que se estiman para esa autorización, un informe público emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia acerca de esos beneficios y costes y un seguimiento de la autorización para evaluar si dichos beneficios y costes se siguen manteniendo a lo largo del tiempo. Estas serían mis reflexiones sobre los supuestos de autorización.

Con respecto a las ayudas públicas, mi punto de partida es un poco más distante del concepto de ayuda pública. Parto de la premisa de que el Estado es un agente económico que interviene en la producción de bienes y servicios, directa o indirectamente. Es decir, no solamente el Estado es garante de las leyes, sino que en muchos casos interviene directamente en la producción de bienes y servicios y lo hace a través de empresas públicas, a través de subsidios financieros, con los impuestos, fijando precios o fijando condiciones de entrada. El planteamiento aquí debería ser un reconocimiento de las situaciones en las que se entiende que el Estado con su intervención altera el funcionamiento de los mercados de forma contraria a la libre competencia. Señalaría dos condiciones: una, cuando se produce discriminación entre los agentes que concurren en los mercados en cuanto a la imputación de costes y beneficios, es decir, cuando se da una subvención a una empresa o se le permiten pérdidas a una empresa y no a las otras para poder subsistir o cuando se permite un trato fiscal favorecedor para determinadas empresas y no se permite para otras. Y, dos, cuando influye directamente en la formación de precios o en las condiciones de acceso a los mercados. Aquí estaríamos hablando de la regulación que afectaría a farmacias, distribución de tabaco en el pasado y obviamente también en algunos casos la intervención regulatoria en los procesos de liberalización de mercados.

Este punto de partida de la intervención del Estado en principio estaría sujeta a un control parecido al que proponía antes para el sistema de autorizaciones. Existiría la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia actuara de oficio y que valorara si con estas intervenciones se altera la competencia. A partir de ese momento, los órganos del Estado podrían presentar una justificación de que esa intervención, a pesar de que altera la competencia, está justificada. Por ejemplo, podría justificar que la altera en un sentido positivo y aquí podríamos justificar por qué se dan ayudas a las pequeñas empresas. Uno podría decir que, a pesar de que se altera la libre competencia dando ayudas a las pequeñas empresas, esa ayuda es positiva porque equilibra a los operadores en los mercados y, por tanto, aumenta el grado de competencia. Alterar la libre competencia no presupone necesariamente ir en contra de la competencia. Lo mismo sucede cuando se produce una regulación de la entrada, por ejemplo, como la que existe en estos momentos en la apertura de farmacias. El Tribunal puede manifestarse y pedir que los órganos del Estado o del Gobierno emitan un informe evaluando claramente

cuáles son los beneficios y costes asociados a esa intervención y las condiciones de seguimiento que comentaba antes. Es decir, esos costes y beneficios tuvieron una evaluación regular.

Con esto se aumenta la transparencia y se tiene una información mayor sobre el campo genérico de la intervención del Estado en la economía, directamente en la producción de bienes y servicios que es un tema que debemos contemplar cuando valoramos en conjunto el proyecto de ley o todo el problema de la defensa de la competencia en España.

En cuanto a los órganos (enlazo con lo que he comentado antes), los que se creen para vigilar y defender la competencia han de tener una clara independencia y una absoluta autonomía del Gobierno. En este caso el proyecto de ley, tal y como lo entiendo, al aumentar las competencias del Servicio que dependen del Ministerio de Economía y Hacienda en detrimento del Tribunal, puede ir en contra de esa autonomía y esa independencia.

En cualquier caso, si hay ventajas de tipo jurídico para mantener la separación en el sentido de que se distingue entre el órgano instructor y el órgano que juzga, la ley debería salvaguardar la importancia del Tribunal y garantizar que éste informa en todo tipo de autorizaciones, tanto las que puedan tener que ver con operaciones de concentración como con operaciones de determinadas prácticas inicialmente prohibidas. En concreto, me he fijado en una terminología que utiliza el proyecto a la hora de ver las relaciones entre el Tribunal y el Servicio de la Competencia. El artículo 25 habla de interesar la instrucción de expedientes. He mirado en el diccionario la palabra interesar y no tiene sentido coercitivo, no puede obligar. El Tribunal de Defensa de la Competencia podría solicitar la instrucción e influir en que se llevase a cabo.

Esto me recuerda una de las cuestiones que se debatían, como es la relación entre los órganos de regulación y los órganos de defensa de la competencia. Como principio general, el Estado, la sociedad española debe dejar claro y centralizar en un órgano la vigilancia de la competencia, entendiendo que hay unos órganos que son las comisiones desregulatorias (que, por cierto, también se extienden al sistema financiero y no solamente a telecomunicaciones y energía, como en algunos casos aparece explícitamente aquí), que están para crear mercado, para crear competencia en una situación transitoria.

Lo que me parece que puede crear un problema en el contexto del proyecto de ley, si se mantiene la situación actual, es sustraer vigilancia de la competencia de los órganos regulatorios y pasarla al órgano de defensa de la competencia, ya que puede ir en contra del principio de independencia porque el Servicio de Defensa de la Competencia depende funcional y orgánicamente del Ministerio de Economía y Hacienda y, por tanto, en este caso estamos haciendo juez y parte al Gobierno o al Ministerio en la aplicación de determinados elementos de la competencia. En un esquema en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia tuviera todas las competencias esta transferencia no crearía problema, porque se garantizaría la independencia y, repito, no existiría la contradicción que veo en la situación actual.

Éstas son más o menos las reflexiones que tenía previsto hacer y si hay alguna pregunta u observación intentaré responderla.

El señor **PRESIDENTE**: Por parte del Grupo Socialista, tiene la palabra la señora Aroz.

La señora **AROS IBÁÑEZ**: Muchas gracias, señor Salas, por su comparecencia y su explicación.

Quería hacerle una pregunta concreta, ya que su intervención ha sido suficientemente ilustrativa de su opinión sobre el conjunto del proyecto de ley en cuanto a los aspectos que más preocupan al Grupo Socialista. Mi pregunta es relativa al apartado de ayudas públicas. Usted ha ofrecido aquí criterios interesantes que nuestro grupo considerará en el debate a lo largo del trámite del dictamen de Comisión o bien en el del Senado. La cuestión que debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar el carácter restrictivo de las ayudas públicas, no tanto el carácter restrictivo sino el hecho de que se produzca la alteración de la competencia, es que la competencia no necesariamente ha de ser negativa, según he entendido de su exposición, sino que por la vía de la eficiencia de agentes económicos puede llegar a ser favorable.

¿Considera usted, en función de este razonamiento, que la atribución que se hace de competencias en el proyecto de ley es adecuada? Es decir, que sea el Gobierno el que quizá pueda hacer mejor esta evaluación, que sea el Gobierno el que tenga la competencia final para pronunciarse, aunque se le atribuya al Tribunal de Defensa de la Competencia la posibilidad de opinar, lo cual podrá tenerse en cuenta a la hora de decidir por el Gobierno. ¿Quiere decir eso que la atribución ya es correcta, con arreglo al proyecto de ley, o supondría un obstáculo, a pesar de que haya que tener en cuenta esos criterios, el que se atribuya competencia exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia, como propone el Grupo Socialista? No sé si conoce usted nuestra propuesta en ese sentido.

La segunda pregunta es, en el caso de atribuirse la competencia exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia, si habría vulneración del sistema competencial autonómico que tenemos en España o una invasión de competencias, ya que hay administraciones públicas que no son Administración del Estado que también otorgan ayudas (comunidades autónomas y corporaciones locales).

Éstas son las dos preguntas que quería hacerle acerca de las ayudas públicas.

El señor **PRESIDENTE**: Señor Salas, tiene la palabra.

El señor **CATEDRÁTICO DE ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS** (Salas Fumás): Quisiera aclarar lo que he comentado en mi exposición acerca de las ayudas públicas.

Hay algunas acciones de ayudas públicas que son manifiestas; está claro cuando se permite que una empresa pública funcione con pérdidas, pero hay una serie de actuaciones que no sé hasta qué punto están recogidas en el espíritu de la ley. Hay una frase con la que se termina un párrafo, no recuerdo ahora de qué artículo, que resulta un poco redundante porque dice: También se consideran ayudas

cualesquiera otras medidas de efecto equivalente a las anteriores que distorsionen la libre competencia. Es decir, dejemos el resultado final como condición para que se puedan considerar como ayudas, cuando en realidad simplemente tenemos que hablar de ayudas en sentido amplio y luego ver si distorsionan la competencia o no; pero cualquiera, también las que se han anunciado anteriormente de modo explícito.

Desde este punto de vista, me surgen cuestiones como las siguientes: ¿Cómo entenderíamos un régimen fiscal discriminatorio en una determinada comunidad autónoma? ¿Es una ayuda pública? Tendríamos que leer o recoger el espíritu de este último párrafo; a lo mejor es un efecto equivalente ¿Es una ayuda pública una subvención con financiación privilegiada a las pequeñas empresas? Creo que es una ayuda pública. Por tanto, en ese sentido estamos generando discriminación. Lo que decía es que, a veces, podemos justificar una discriminación porque aumenta la competencia. En el caso de las pequeñas empresas no podría decir que las ayudas les permiten precisamente responder a las más grandes en igualdad de condiciones. Por tanto, ¿que se produzca discriminación con la intervención pública? No necesariamente. Hemos de presuponer que esa discriminación es contraria a la competencia. Lo que a mí me preocupa es que todas esas ayudas se hagan visibles y todas estas supuestas discriminaciones positivas o a favor de la competencia salgan a la luz pública. Por eso, se debería procurar que de todas estas actuaciones se informara al Tribunal de Defensa de la Competencia, porque es una manera de hacerlo público. ¿Generar beneficios, supuestamente, regulando la entrada en el mercado de farmacias es una ayuda pública? No hay una transferencia directa de fondos a las farmacias, pero uno puede pensar que es una ayuda pública o, por lo menos, que está alterando la competencia y está generando beneficios a unos determinados colectivos, que después por la regulación, a lo mejor, intentamos que no sean tales o que no sean extraordinarios.

En lo que quería insistir en mi exposición es en el concepto amplio de intervención del Estado en la producción de bienes y servicios que se da de muchas maneras y en que, a través de los órganos de defensa de la competencia, se genere información y debate social que ayude a evaluar los beneficios y costes de esas intervenciones. Esto va también al hilo de lo que he entendido de su pregunta, y si no es así le pediría, por favor, que me lo volviera a formular.

El planteamiento que yo he hecho de las atribuciones de competencia al Gobierno o al Tribunal vale para cualquier tipo de autorización. Es decir, por qué damos al Gobierno la autorización final sobre concertaciones; por qué damos al Gobierno la autorización final sobre prácticas inicialmente prohibidas. Entendemos que es el Gobierno, quizá el Parlamento, el que está en mejores condiciones de valorar los beneficios y costes para el conjunto de la sociedad y, por tanto, de poner en un lado de la balanza el coste que puede suponer en términos de restricción de la competencia y el beneficio social en términos, por ejemplo, de promoción de determinadas zonas deprimidas, etcétera. Creo que el punto de partida tiene que ser aquí el de juzgar cuál es la institución que está en mejores condiciones de poner todos los elementos en la balanza para, al final, tomar

una decisión. Creo que el Parlamento, en este caso, es el que tiene en última instancia toda la capacidad de decisión.

Vulneración del sistema competencial autonómico. Evidentemente ahí puede haber algún problema jurídico, que a mí se me escapa, pero en el espíritu de mi intervención estaría el hecho de que la intervención del Estado se puede producir a cualquier nivel, obviamente no sólo a nivel del conjunto de la nación sino también de los gobiernos autonómicos y municipales. Por tanto, en ese sentido, todas las intervenciones estarían sujetas a este principio de autorización al que me refería antes y, por tanto, de obligar a que se hagan públicos y se debatan cuáles son los supuestos beneficios que se van a derivar de esa intervención pública en el mercado. Y en la medida que podamos pensar que ciertos beneficios y costes puedan estar mejor evaluados en un parlamento regional que en un parlamento nacional, a lo mejor, podríamos estar moviéndonos en un sentido incorrecto, atribuyéndolos a un órgano central, pero en principio no se tiene por qué presuponer que un Gobierno o un parlamento regional pueda estar en mejores condiciones de valorar los beneficios y costes. Sinceramente, como no le puedo dar una respuesta general, para mí el punto a debatir sería éste: quién está en mejores condiciones de valorar los beneficios y costes que lleva consigo una determinada intervención, que puede ser una ayuda en el sentido literal de ayuda de transferencia financiera que está en el proyecto de ley, o un concepto más amplio de ayuda, al que yo me refería, a través del término intervención del Estado en la producción de bienes y servicios.

No sé si mi respuesta le sirve.

El señor **PRESIDENTE**: Muchísimas gracias, señor Salas, por su comparecencia.

— **DEL SEÑOR ABOGADO (CREUS CARRERA).**
(Número de expediente 219/000602.)

El señor **PRESIDENTE**: Continuamos con la comparecencia de don Antonio Creus Carreras a los efectos de que ilustre a esta Comisión sobre la valoración que le merece el proyecto de ley de reforma de la del 17 de julio de 1989 de Defensa de la Competencia.

Estamos ansiosos de escuchar su discurso, señor Creus, que rogamus sea breve.

El señor **ABOGADO** (Creus Carreras): Señorías, para mí hay un punto importante que es la amplia aplicación de esta ley de competencia. La ley de competencia es algo más que una ley ordinaria, es casi la base de la constitución económica en la cual se vive en las sociedades actuales modernas. No hay más que ver que los países con las normas más estrictas de competencia son los que más han avanzado.

El proyecto me merece en parte una valoración positiva y me voy a centrar en una serie de puntos. El primero es la aplicación jurisdiccional de la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, la modificación del artículo 13.3. Lo que sí denota ya el proyecto de ley es un problema con el antiguo artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia que no permitía a los ciudadanos poder recuperarse de cualquier situación de daños y perjuicios; es decir, la situa-

ción de daños y perjuicios quedaba sometida a que hubiera una resolución firme en vía administrativa o contencioso-administrativa. Creo que a ustedes no se les escapara que si alguien estaba condenado en vía administrativa recurría a la contencioso-administrativa, agotando las vías. El trámite ante el Servicio puede durar un año; ante el Tribunal, siendo positivos, otro; ante la Audiencia Nacional un recurso nos lleva tres o cuatro años, ante el Supremo otro tanto, por lo que nos encontraríamos con la sentencia o la resolución firme en materia de competencia tras un período cercano, por lo menos, a ocho años. Después el afectado tiene que acudir a los tribunales de primera instancia y empezar su peregrinar por la instancia civil que lógicamente también lleva su tiempo. Esto significa condenar a los administrados en la posición actual a que no puedan ver subsanadas, sin duda, las infracciones de competencia. A esto se le añade un incidente adicional que ocurre en este país normalmente, que es que las normas de competencia comunitarias deben ser aplicadas directamente (el antiguo artículo 85 y 86, actualmente el 81 y 82), y por sentencia de nuestro Tribunal Supremo, sentencia que ha sido seguida recientemente por la Audiencia Provincial de Barcelona, se ha declarado como normas no aplicables directamente en España, a diferencia de lo que sucede en otros países de la Comunidad Europea, lo que demuestra que no hay protección ni por el derecho de la competencia comunitario ni por el derecho nacional.

Aparte del inconveniente de demora para los daños que he señalado hay una inconsistencia con la situación de interés privado. El derecho de la competencia regula sobre todo las relaciones entre privados y sus intereses. Lógicamente el que no se pueda alegar eficientemente ante los tribunales ordinarios conlleva una pérdida de eficacia de esta ley de competencia. Y a tal fin creo que la comparación eficiente que se puede hacer es con Estados Unidos, donde la aplicación privada del derecho de la competencia es muy superior a la que utiliza la propia Administración.

El tercer punto que yo señalaría es el hecho de que haya un interés público y privado. Si hay interés público y privado y coexisten en la norma, permiten lógicamente a la Administración poder demostrar y utilizar de forma eficiente sus recursos. Es decir, que la Administración, sea el Servicio o el Tribunal, no tiene que examinar casos de importancia menor, puesto que queda el recurso ante los órganos jurisdiccionales para poder acudir a remediar las situaciones que causen la distorsión de competencia o los daños que se les pueda ocasionar. Creo que esto tiene un sentido bastante positivo.

Curiosamente (y yo abogaré por ello), el pleno reconocimiento jurisdiccional de la aplicación del derecho de la competencia permite que existan dos vías. Permite que la terminación en vía convencional no presente ningún problema, puesto que si alguien se ve afectado, aparte de los posibles recursos que prevea el proyecto de ley, tiene la jurisdicción ordinaria; prevé la aplicación correcta de la regla de *minimis*, puesto que también queda el recurso jurisdiccional, y prevé que la Administración escoja qué casos le parecen interesantes y cuáles no. La Administración del derecho de la competencia debe, como toda administración con recursos escasos, velar por su buena utilización, y no puede (por mucho que luego este compareciente

propugne que deba ser aumentada) copar todos los casos que se pueda plantear. Por supuesto queda siempre la posibilidad de que los intereses privados sean invocados ante los tribunales.

Hay una cuarta inconsistencia en no hacerlo de esta manera y es con la aplicación futura del derecho comunitario. En el derecho comunitario precisamente se está ahora en una fase de cambio muy importante. La Comisión Europea ha planteado este año un libro blanco donde se dice que la aplicación del derecho comunitario lo sea por los órganos nacionales de la competencia y también por los órganos jurisdiccionales nacionales, con lo cual podría darse el absurdo de que pudieran aplicar las normas comunitarias y no las normas nacionales de competencia. Yo creo que lo que se debería invocar es la posibilidad de redactar un artículo 13.3 que permitiera perfectamente un paralelismo entre la acción de la Administración, defendiendo el interés público, y la acción privada, que conlleve realmente esta defensa de intereses privados.

Existe un miedo, sobre todo entre los especialistas y no se nos escapa a ninguno, a que tengamos mucha jurisprudencia variada y de signo contrario a lo que debería indicar la teoría. En principio, como letrado, tengo mucha confianza en los jueces de este país; creo que es un poder al que hay que dar su relevancia y su peso y, por tanto, no tengo duda de que los abogados, que somos auxiliares de la justicia, les ilustraremos hacia dónde deben ir las resoluciones, pero no se les puede negar competencia. Lo que sí se puede arbitrar, y creo que está más o menos previsto en el proyecto de ley, es la posibilidad de que haya una referencia prejudicial, un dictamen vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia en un corto plazo y en el cual resuelva si las conductas sometidas a la jurisdicción ordinaria son o no contrarias a las normas de competencia. Con ello se subsanarían bastantes posiciones, y cualquier persona afectada por el derecho de la competencia podría recurrir, tanto a la Administración, por ver si hay interés público, como a los tribunales ordinarios. Con ello se incrementaría, sin duda, la cultura y la aplicación del derecho de competencia. ¿Qué ocurriría? Que la Administración puede decidir en casos de intereses de *mínimis*, que no hay interés, o puede decir que por interés público haya una terminación convencional, sin menoscabar para nada los derechos de los administrados, que tendrían siempre abierta la vía jurisdiccional.

El segundo punto que quería abordar no está realmente en el proyecto de ley, pero sí en boca de todo el mundo, sobre todo en la prensa; me refiero a la existencia de uno o varios órganos de derecho de la competencia, órganos sectoriales, órganos no sectoriales. A mí ciertamente me parece que hay dos fases a distinguir; una sería la de instrucción, de preparación de un expediente, que no me cabe duda que un órgano sectorial puede hacerlo con conocimiento de causa, y otra es la resolución del expediente, que tampoco me cabe duda de que lo ideal es tenerlo bajo un solo techo único. Es decir, tener un solo órgano administrativo en este país, como es el Tribunal de Defensa de la Competencia, que resolviera todas las cuestiones de competencia me parece bastante adecuado. He leído también algunas enmiendas de ciertos grupos en las que se propugna que algunas comunidades autónomas puedan realizar instrucciones. Yo creo que la instrucción de un expediente

no tiene por qué estar limitada, no veo la necesidad estricta de un monopolio. Sí ciertamente destacaría el servicio de defensa de la competencia por su conocimiento y su experiencia en este sistema.

Este sistema que estoy comentando es el que se está proponiendo en el Reino Unido, donde hay más regulación específica, tanto en el sector del agua como en el de la electricidad y en el de las telecomunicaciones, y se está solicitando que haya una sola instancia como tribunal administrativo que resuelva todas las cuestiones de derecho de la competencia con independencia del sector del que procedan. Yo creo que es un sistema eficiente para preservar, desde el punto de vista administrativo, una línea única y al mismo tiempo conseguir que haya una instrucción más abierta y con conocimientos específicos. Yo creo que a nadie se le puede escapar que la Comisión del mercado de las telecomunicaciones o la del sector de la energía nacional pueda tener gran conocimiento de estos sectores, pero compartimentar demasiado, dado que la vida empresarial es difícil a veces catalogarla en el sector eléctrico o de telecomunicaciones, puede causar problemas.

Un tercer punto bastante importante es dotar de medios a los órganos que se encarguen del derecho de la competencia. De nada nos sirve tener una ley perfecta si no se va a aplicar y lo que hoy enfrenta a los órganos de derecho de la competencia en este país es una falta de medios. Realmente están infradotados en los medios, lo que conlleva demoras. Aún así (y esto debe señalarlo el señor compareciente) estos órganos son mucho más eficientes de lo que es la Comisión Europea en Bruselas, que ha tenido que replantearse su funcionamiento, vista la ineficiencia que se generaba en su sistema procedimental. En España tenemos deficiencias pero todavía no son gravísimas, si bien lo que está ocurriendo es que no se abordan temas por falta de medios y de infraestructuras. Yo aconsejo a cualquiera de SS.SS. que visiten las instalaciones del Servicio de Defensa de la Competencia y verán su escasez de medios, o las del propio Tribunal de Defensa de la Competencia que, si bien están fantásticamente ubicadas en la calle Pío XII, carecen de la más mínima infraestructura; es un chaletillo habilitado en su época y no puede ser homologado con sus homónimos europeos. Creo que hay que dotarlos de medios, el Servicio está escaso y el Tribunal también. Pienso que el Tribunal tiene muy poco personal administrativo, quitando los vocales, el presidente y el vicepresidente, el resto de personal administrativo dedicado a los temas de derecho de la competencia no excede de cinco personas. Debería haber un mínimo necesario asistiendo a los vocales. Por tanto, rogaría a SS.SS. que lo tuvieran en cuenta en la ley, sobre todo en las disposiciones tan importantes que nos leemos los abogados como son las adicionales, transitorias y otras de este estilo, y tuvieran a bien dotar de medios suficientes a estos órganos. De nada nos va a servir (y menos mi comparencia) invocar la mayor aplicación si no les dotamos de estos medios.

En el fondo esto enlaza con la presentación que he hecho anteriormente del artículo 13. Estamos pidiendo dotar de medios al ciudadano para que pueda acudir a la jurisdicción ordinaria, pero también debemos dotar de medios a la Administración para que pueda hacer su parte en el tema administrativo.

Como cuarto tema, en los primeros artículos de la ley, el 1 y siguientes, hay aspectos que pueden parecer interesantes, que son complejos (he visto por las enmiendas y por lo que es este debate que hay problemas), que son la prohibición general, autorización, exenciones y líneas directrices. Aquí hay dos cuestiones. La verdad es que, tras llevar 13 años en Bruselas, aguantar aquel clima y con ello conseguir entender a la Comisión Europea y su oscurantismo (lógicamente debido a la falta de sol, yo hubiera propugnado desplazarla hacia este país y seguramente hubiéramos aclarado algo más), veo un problema. Es decir, la Comisión Europea ha presentado un libro blanco y propone un cambio porque tiene un problema de funcionamiento.

Como he dicho, creo que en España todavía no lo tenemos (en inglés se dice que, si no está roto, para qué vamos a arreglarlo); como nuestro sistema no está roto, yo abogaría por seguir con él. Lo que diré a continuación es contradictorio en parte, pero creo que el sistema se puede seguir.

¿Qué ocurre? Lo que ocurre es que en la vida comercial partimos de una prohibición, y a mí me parece absurdo partir de una prohibición. Parece absurdo decir que cualquier acuerdo (y si vemos el texto ya con prácticas conscientemente paralelas) puede ser contrario al derecho de la competencia, por tanto, está prohibido de entrada y necesita autorización y exención. Esto me parece bastante exagerado y bastante fuera de todo orden. No podemos prohibirlo todo para ver luego si lo autorizamos todo. Si el número de autorizaciones de este país refleja realmente lo que hay en la vida comercial, la nuestra debe ser bastante escasa y pobre, puesto que no debemos llegar a mucho más de unas 30 autorizaciones al año. Realmente muy pocos acuerdos contractuales debemos hacer en este país que puedan infringir el derecho a la competencia, si entendemos el derecho a la competencia en el sentido amplio en que se entiende tanto aquí como en Europa, que abarca casi cualquier contrato de distribución o cualquier otro contrato (empresas en común, etcétera). Parece, repito, una vida bastante escasa y muy digna de alguna ciudad nuestra muy pequeña, casi diría de un pueblo pequeño, pero muy escasa para nuestro país.

En primer lugar, mi postura al respecto es que dentro de las autorizaciones debía haber una autorización general para las restricciones verticales. Creo que actualmente todos aceptamos que haya restricciones verticales y horizontales, y en este sentido se está moviendo la Comisión Europea. Existe ya un proyecto de normativa para limitar toda la situación de las restricciones verticales; mi ideal, no ya como letrado sino pensando en el bien público (más allá de lo que sería mi interés, puesto que los letrados en lo que tenemos interés es en que haya muchos temas que, por supuesto, dejen su rendimiento económico en nuestros despachos), exige que haya claridad y que la gente lo pueda entender. Claridad significaría que en ciertos contratos de distribución, contratos en que haya relaciones verticales la clase empresarial conociera de antemano que está exenta en ciertas situaciones. Desde luego no se me escaparía, si tuviera que redactar una ley, que las restricciones verticales deberían estar en general exentas, salvo que presenten problemas de cerrar un mercado o de crear ciertas situaciones. A nadie se le escapa que hay ciertas situaciones de exclusi-

vas verticales que sí pueden cerrar el mercado, pero las empresas suelen saberlo y suelen darse cuenta. En este caso claramente sí tendríamos que partir de la prohibición.

Hay otra cuestión que quizá hay que plantearse, que es la de que en España existía ya anteriormente la previsión legal de hacer exenciones por categorías, pero que no se ha utilizado. Quizá lo que hay que hacer es pedir que se utilice y ahí está el instrumento para ser utilizado, con lo cual nos evitaríamos problemas.

El uso de líneas directrices sería una tercera fase. Me parece quizá lo más correcto declarar, en primer lugar, qué conductas deben ser o no deben ser y, por tanto, desde mi punto de vista, el artículo 1 debería ser desgranado en verticales y en otro tipo de conductas, las primeras de las cuales podrían estar autorizadas y las siguientes podrían requerir autorización, salvo que cumplieran una serie de condiciones y entonces llegaría el turno de exenciones en grupo o por categorías. En último lugar, sí que puede caber el uso de líneas directrices, pero me parece una situación mucho más avanzada y mucho más de futuro. Las líneas directrices han sido utilizadas sobre todo en el sistema americano, en el cual no caben las exenciones en grupo y la línea directriz sirve, sobre todo, a las jurisdicciones civiles ordinarias para tener conocimiento.

No se preocupen SS.SS. porque no voy a abordar ciertos detalles, pero permítanme tocar otro punto que quería mencionar, que es la independencia del Tribunal. Me parece algo muy importante preservar la independencia del Tribunal, y para mí tiene dos sentidos; el primero es la separación, como la tenemos en España, entre lo que son la instrucción y la resolución del expediente, es decir, que la instrucción la realice un órgano administrativo y la resolución otro. Creo que no hay ninguna duda sobre esto y hacer lo contrario sería infringir el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según he estado alegando reiteradamente ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que es lo que hace la Comisión Europea.

Además, hay que preservar la independencia del órgano final resolutorio que es el Tribunal de Defensa de la Competencia. Hoy por hoy yo diría que la situación es bastante favorable, y quizá lo que este compareciente encontraría a faltar en estas disposiciones tan importantes, las transitorias y las adicionales, sería el que se preservara la situación actual; es decir, que no por cambiar la ley tenga que cambiarse inmediatamente el órgano que la aplica, entendiendo que con un cambio de legalidad hay que cambiarlo. Lo que se debía hacer es (por mantener el respeto y dado que tampoco es una nueva ley sino que es una modificación sobre una ley anterior) mantener los presidentes y vocales designados para dichos plazos hasta el límite de los nombramientos. Porque lo que se produce aquí, y así lo ha resuelto el Gobierno, me parece que adecuadamente, es mantener una cierta continuidad de la aplicación.

No quiero cansarles, pero señalaré que ciertamente soy favorable a la modificación en el tema de las concentraciones. Creo que no supone cambio alguno que el control de concentraciones deba ser estipulado. Se me plantean dudas sobre si debe ser previo o no; la verdad es que la experiencia práctica permite ver que es un punto muy complejo para pronunciarse. Sí es cierto que en casi todos los países donde es obligatorio suele ser un control previo y sorpren-

de un poco, cuando alguien lo tiene que explicar fuera de nuestras fronteras, que tengamos un control obligatorio pero no previo. Es decir, no se suspende la operación sino que se puede ver hacia atrás. Puede plantear problemas de futuro si, en algún caso, alguna operación se lleva a cabo y más adelante el Gobierno adopta, en virtud de las competencias que tiene atribuidas, una decisión contraria a aquella operación, cosa que ya ha sucedido en alguna ocasión.

Puede haber algunos puntos adicionales que se puedan matizar, pero veo muy favorablemente la reducción de los plazos para la resolución de los expedientes. Creo que es un punto favorable. Creo que la justicia tardía no es justicia y, desde luego, que haya expedientes que se resuelven en cinco o siete años, que no suele ser el caso de España, pero sí el de la Comunidad Europea, es algo bastante negativo. No puede existir tanta duración.

Por lo demás, estaré encantado de contestar a sus preguntas, que suscitarán mejor el reflejo de lo que requieren. Espero haberme ceñido al tiempo que tenían previsto, más ajustado de lo que podía haber sido.

El señor **PRESIDENTE**: Señora Aroz.

La señora **ARÓZ IBÁÑEZ**: Gracias por su comparecencia, señor Creus, así como por la valoración y explicación que ha dado del proyecto de ley, que va a ser sin duda muy útil para nuestro grupo y para los trabajos de la Comisión a lo largo de la elaboración del dictamen.

Únicamente quería referirme a una cuestión en concreto, la primera que usted ha suscitado y que han mencionado otros comparecientes a lo largo de todas las sesiones de la Comisión sobre este proyecto de ley. Se trata del ya famoso artículo 13, sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios por conductas anticompetitivas.

A estas alturas está muy claro el diagnóstico del problema. Entre todos hemos elaborado un diagnóstico del problema muy claro, pero lo que no lo es tanto es la solución. A pesar de que usted ha mencionado algunas cosas como solución, la verdad es que mi grupo todavía no la ve con la misma claridad con que ve el problema. La cuestión es, señor Creus, si puede usted precisar más cuál sería esa solución, porque al final he entendido que decía: la solución relativamente sencilla sería un artículo en el cual hubiera... etcétera. Quisiera saber si puede usted precisar más, repito, cuál sería la modificación legal que podríamos estudiar para introducir en la ley.

Se invoca como dificultad para tomar alguna decisión la sentencia del Tribunal Supremo de 1993. Yo pregunto si esa sentencia del Tribunal Supremo está en función de la legislación vigente. Entonces, la legislación vigente es la que podemos nosotros ahora modificar. Es decir, que si la sentencia del Tribunal Supremo proviene del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, lo que puede hacer el legislador —y es una de las ideas que ha puesto el Grupo Socialista encima de la mesa a consideración— es modificar el artículo 13, suprimiendo el requisito de pronunciamiento previo de órgano administrativo —el Tribunal de Defensa de la Competencia— para que los perjudicados puedan reclamar y obtener un pronunciamiento de la jurisdicción civil.

Esta es la cuestión, porque en la propia Ley de 1989, en el artículo 1.2, ya se consideran nulos de pleno derecho los acuerdos, las decisiones que se tomen en virtud de lo que se consideran conductas prohibidas. Entonces, si es escollo es el artículo 13 y la sentencia del Tribunal Supremo deriva de ese artículo 13, no ve mi grupo a estas alturas cuál es el problema si el legislador puede modificar lo contenido en dicho artículo, y sumarnos, de esta manera, a las líneas que vienen de Bruselas, aunque sean brumosas, en relación a lo que es el derecho de la competencia comunitario, que trasladada a los tribunales ordinarios, a la jurisdicción civil la decisión sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios.

El señor **PRESIDENTE**: Tiene la palabra el señor Burgos.

El señor **BURGOS GALLEGO**: Muy esquemáticamente, porque creo que una vez más hemos incidido en los puntos más comprometidos de este proyecto de ley de reforma.

Me gustaría conocer cuál es la valoración que usted hace sobre la solución que da el texto del proyecto de ley a la coexistencia en nuestro país, a diferencia de otros ámbitos como el comunitario, de dos legislaciones, como son la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. El artículo 7 establece una delimitación que pretende precisamente establecer una frontera algo más nítida sobre lo que ha venido siendo una cierta confusión sobre el alcance concreto de la legislación en materia de competencia en conductas relacionadas con la competencia desleal.

La cuestión de los daños y perjuicios, de las indemnizaciones, evidentemente es un punto crucial al que nosotros entendemos que se ha dado una solución razonable en el texto del proyecto de ley, percibiendo toda la problemática que rodea esta consideración, pero entendiendo que precisamente no parece muy claro que el ámbito europeo esté realmente comprometido en desarrollar una normativa que llegue a uniformizar, de alguna manera, todos los elementos procesales de los diferentes países, con lo cual tengamos claro por dónde hay que optar realmente como solución definitiva a este problema. De las intervenciones anteriores se deduce que no existe más que un cierto voluntarismo por parte de la Unión Europea en esta materia, haciendo un seguidismo bastante notable del modelo americano, pero que creo que no interpreta correctamente lo que hoy por hoy es incluso la evolución histórica de las parcelas que competen al derecho civil y al derecho administrativo, no solamente en España, sino también en otros países. Por tanto, con independencia de que coincidamos en que este es uno de los aspectos más comprometidos del proyecto de ley, entendemos que en el texto se da una solución —y me gustaría conocer su opinión— sobre el papel que pueden seguir jugando realmente los órganos de defensa de la competencia, y en concreto el Tribunal como ayuda, como soporte o como mecanismo de coordinación con la jurisdicción civil con ese informe previo que ayude a dicha jurisdicción civil, que nadie duda que es al final la más competente en esta materia, a definir uno de los aspectos más esenciales o más comprometidos del problema,

que es la fijación de la cuantía en función de la afectación de la competencia.

Simplemente quería plantear estas dos cuestiones y agradecerle, por supuesto, su presencia y su contribución.

El señor **PRESIDENTE**: Tiene la palabra el señor Creus.

El señor **ABOGADO** (Creus Caneras): Muchísimas gracias por las preguntas, señorías. Voy a intentar abordar primero un tema planteado por la señora Aroz para ver si enfocamos un poco el problema.

Ciertamente, uno de los problemas que ha habido es la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 1993. Como les señalaba en mi comparecencia no es la única; hay una actualmente de la Audiencia Provincial de Barcelona que se reitera en el mismo sentido y que está en casación en nuestro Tribunal Supremo actualmente, y en la cual el problema se agrava ciertamente puesto que el juez que entendía en primera instancia no quiso aplicar la normativa comunitaria, los artículos 85 y 86 en aquella época, sino que decía que en su caso aplicaría la ley de competencia española que era la Ley de Defensa de la Competencia, porque suponía la traslación o la implementación en España de esta normativa comunitaria, lo cual no es correcto, puesto que nos encontramos en dos sistemas paralelos que —y voy a avanzar un poco de lo que voy a contestar al diputado señor Burgos— se van a ir fundiendo poco a poco e iremos a un solo sistema. También debo señalar que me parece absurdo tener dos sistemas, puesto que es una carga para la vida empresarial.

Tengo que señalar que la sentencia del Tribunal Supremo todo el mundo la atribuye al artículo 13 de la Ley de 1989 y no es correcto; se refiere a la Ley de 11 de julio de 1963 y a su precedente, que no hace más que mantener la línea que se mantuvo en el año 1989. Es decir, que a veces la gente lo atribuye, por fechas, a la Ley de 1989, pero no es de 1989, puesto que como podemos entender en un pleito que llega al Supremo en 1993, que era iniciado en el año 1986 ó 1987, lógicamente no era aplicable la Ley de 1989, y la interpretación que hace el Supremo —lamento no tener aquí la sentencia— se basa en este punto.

Mi punto de vista en todo el tema del artículo 13 la verdad es que lo he expresado en un artículo en *La Gaceta Jurídica* del mes de abril-mayo, que he titulado “la privatización del derecho a la competencia”. Para mí sí es un punto bastante importante y significativo y sin duda crucial, como exponen sus señorías.

Abordando entonces lo que debe ser, a mi entender, el artículo 13, que es quizás la parte importante —y al mismo tiempo iré respondiendo a las preguntas del señor Burgos en el sentido de que expusiera mi valoración—, tengo que decir que mi valoración es que todo lo que va hacia la dirección que creo que es positiva es positivo, pero quizás no es todo lo positivo que uno quisiera.

El funcionamiento que veo es el siguiente. Cuando la Administración no tenga un interés, por cualquier razón, porque no tengan un interés público, que se permita el acceso a los tribunales ordinarios. Esta cuestión del derecho a la competencia es específica y delicada, y algunos de los letrados, mis compañeros, la estamos elevando al ejer-

cicio de un sacerdocio especial, cuando la verdad es que a lo mejor hay que pensar en que hay que devolverlo todo al laicismo, y honestamente les debo decir, y llevo quince años practicándolo, que no es más complejo que cualquier otra rama del derecho, lo que pasa es que la estamos volviendo, repito, hacia un sacerdocio. Pero realmente sí hay un punto que puede ser complejo para los tribunales ordinarios, que es no tanto la valoración de los daños, que creo que lo hacen los tribunales ordinariamente, cuanto la calificación jurídica que merece aquel acuerdo o aquella práctica. Esto sí que puede causar problema. En esto modestamente había previsto unas modificaciones, fuera de un artículo 13, que consistían en un nuevo artículo que titulaba Procedimiento prejudicial ante los tribunales civiles o la jurisdicción ordinaria; es decir, que se planteara ante la jurisdicción ordinaria que ésta debiera, antes de resolver un tema, plantear realmente una solicitud de dictamen, peritaje o una cuestión prejudicial, si queremos, a un órgano administrativo. ¿Qué ocurriría? Que en un plazo corto, yo preveía en la disposición cuarta —si me permiten decirlo— un plazo máximo de ocho meses para que se pronunciara el tribunal, el juez ordinario tuviera una guía sobre si aquella conducta infringía el artículo 1, el artículo 6, el 7 o qué artículo podía causar problemas realmente de derecho a la competencia, y dejar al juez de lo ordinario, que es lo que hace normalmente, fijar daños y perjuicios, porque lo que hacen cada día los jueces de la jurisdicción civil es fijar daños y perjuicios en temas de lo más complejos y de lo más dispares. Si de algo saben SS.SS. es de fijar indemnizaciones y si —con todo el respeto— de algo no sabe nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia es de fijar indemnizaciones. Es decir, yo creo que la optimización de los recursos sería que la jurisdicción ordinaria hiciera de lo que sabe, que es fijar daños y perjuicios, y la jurisdicción especializada administrativa hiciera de lo que sabe, que es resolver si en un contrato, en un acuerdo, en un pacto o en una actitud unilateral comercial hay un abuso, hay un acuerdo, hay alguna postura contraria al derecho de la competencia. Esta sería mi organización, mi estructura mental, es decir, que por un plazo limitado este Tribunal se debiera pronunciar y devolviera la cuestión al juez civil, que sería el que entendería.

Además, preveía el informe preceptivo y no vinculante por una sencilla razón, porque si fuera vinculante, ya vincularía la resolución del Tribunal y se abriría una vía de recurso contencioso-administrativa, que es precisamente lo que quiero evitar. Como quiero evitar esto, lo que a mí me interesa es que esto vaya por la jurisdicción ordinaria civil y que los recursos jurisdiccionales civiles lo vean. Si el juez no se siente vinculado y resuelve una cosa que puede parecernos absurdo a los expertos en este sacerdocio o expertos en la materia, ya habrá tribunales superiores que puedan resolver en la materia y, viendo el informe o el dictamen del órgano especializado, acordarlo o no en este sentido. Pero lo que yo no veo muy positivo es la materia de daños, puesto que si alguien sabe de daños son, sin duda, los jueces de lo ordinario. De esta manera, lo que yo pretendía era mantener una coherencia, o sea, que el juez de lo civil se vea orientado en la materia que puede ver compleja. A mi entender es todo un poco menos complejo y si lo hacemos complejo, culpa debemos tener los letrados, que ponemos

el mundo un poco más difícil en la defensa de los intereses de nuestros clientes, que son legítimos, y complicamos las cosas. Sin duda, de esta manera solventamos la papeleta difícil que pueda tener el juez civil mediante la especialización de este órgano.

Con la modificación legislativa sí que se debería resolver la aplicación jurisprudencial. La verdad es que nunca está de más que en algún sitio quede constancia de que lo que se pretende es modificar la interpretación jurisprudencial. Este compareciente ha puesto en conocimiento de la autoridad comunitaria esta sentencia y las otras que están saliendo, ya que está en manos de la propia Comisión Europea abrir procedimientos de infracción contra España, ya que hay un incumplimiento del derecho comunitario bastante claro y sería bastante eficiente en el sentido de que la Comisión ahora pretende que apliquen las jurisdicciones nacionales el derecho a la competencia, por lo menos que nos solventen este pequeño problema que tenemos en España. También está en las manos de este Congreso y de SS.SS. poder aclarar este punto y dejarlo diáfano y transparente, de tal manera que ni el Tribunal Supremo ni ninguna jurisdicción inferior tenga duda en la aplicación del derecho de la competencia. Si se apoya sobre el texto del artículo 13, lo que sí debo decirles es que refuerza la situación actual, es decir, no es una sentencia incoherente con la realidad legislativa que hay en este momento, y cambiándola, deberán los tribunales cambiar su apreciación.

Volviendo hacia la situación del voluntarismo en la Unión Europea, es cierto que en la Unión Europea hay mucho más voluntarismo que realidad, y lo que este compareciente ha pedido a la Comisión es que se hagan estudios en profundidad para examinar cómo se pueden tratar los casos de una forma jurisdiccional.

¿Hay un seguimiento del sistema americano? No lo creo. En el sistema americano hay triples daños. También sorprende una cosa, y es que todos hablamos de los daños triples en la jurisdicción americana con la Ley Sherman, y sorprende, repito, que hay menos aplicación de lo que puede parecer, cuando uno va a buscar aplicación, no hay tanta. Lo que sí le puedo decir es que lo he verificado, lo expuse en mi artículo, y no hay ninguna sentencia final en Europa que haya concedido nunca daños por infracciones de derecho a la competencia, y estoy hablando de la Europa comunitaria, no hay ninguna situación, con lo cual sí es peligroso y plantea dudas qué es lo que debe ocurrir.

En cuanto a la fijación de cuantías, ya me he expresado. Yo creo que el voluntarismo quizás es una iniciativa, y a lo mejor hay que ver que el sistema no está tanto en concentrarlo en unos órganos administrativos como en abrirlo a la aplicación. Me he expresado en este sentido y a pesar de que podría considerarme afecto a este sacerdocio, creo que el llevar al laicismo el derecho de la competencia es bastante importante, no quizás para mis intereses directos, pero sí para el interés de la colectividad, que es lo que debo expresar aquí, y para el interés de la clase empresarial en tener ideas claras y situaciones claras.

¿Que se producirán problemas por la aplicación jurisdiccional del derecho a la competencia? No me cabe ni la más mínima duda de que las veremos de todos los colores de futuro. Pero yo creo que la cultura se hace de esta manera y se lleva de esta manera y hay que darle un tiempo de

adaptación. Que haya armonización a nivel comunitario es uno de los problemas que se le plantea ahora gravemente a la Comisión y creará que los letrados nos aboquemos por ir a una jurisdicción o a otra que sea más favorable a los intereses de nuestros clientes. No hay ninguna duda y tampoco veo nada negativo, es decir, tenemos sistemas jurisdiccionales distintos, cada uno tiene su virtud, y lo que a lo mejor se nos produce entre todos es una mejora de los sistemas de cada uno viendo las virtudes o los defectos de unos y de otros, que es lo que ha sido en parte mi experiencia en Bruselas de 13 años años, mejorar cada uno. Nadie está —afortunadamente, debo decirlo— en posesión de la verdad, lo cual es bastante positivo.

En lo referente a la valoración, le he dicho que era positiva para mí, pero quizás —y lo saben los órganos de la competencia, lo he expresado en público— me gustaría ir más lejos. Creo que ahí es donde debe estar el futuro.

Volviendo al artículo 7, sí es cierto que es un artículo complejo. Quizás hay que verlo también en la ley anterior, que era una normativa necesaria porque no había ley de competencia desleal; la Ley de Competencia Desleal; es del año 1991 y la Ley de Defensa de la Competencia es del año 1989. A mí tampoco se me escapa, y la verdad es que he solicitado la aplicación del artículo 7 en diversas ocasiones, el que pueda haber la posibilidad de que haya conductas desleales que afecten al derecho de la competencia. Yo iría más lejos. He visto algunas enmiendas que sugieren algunas conductas de dependencia, alguna situación que sí puede infringir el derecho de la competencia, y ahí debería ser competente, en la medida en que hay una infracción del derecho público en general o del interés público, el Tribunal de Defensa de la Competencia, los órganos competentes en materia de la competencia.

La modificación que se ha hecho, que es la propuesta que ha presentado el Gobierno, a mí me parece adecuada. Simplemente requiere que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de la competencia en el mercado. Gravemente quedará a la interpretación y veremos lo que es de mayor o menor gravedad. Siempre que tenga la jurisdicción ordinaria me siento tranquilo, por lo que no habrá nadie indefenso porque lo que no sea tan grave tendrá la jurisdicción ordinaria, tanto por la Ley de Competencia Desleal como, posiblemente si se modifica el artículo 13 en el sentido que propugno, por el mismo artículo 13. Y si esta grave distorsión afecta al interés público, yo creo que está claro que la Administración, para mí no sólo en el artículo 7 sino en general, se debería mover sólo por criterios de interés público, y por esto propugno que para mí es un bálsamo de Fierabrás bastante importante el artículo 13, porque remedia muchas situaciones en que la gente tiene duda. La gente dice: y si hay una terminación convencional, y si a mí me dicen que no es de interés público, pues no tiene usted problema porque usted tiene la jurisdicción ordinaria, vaya a ver a un letrado y seguro que llegará a algún acuerdo económico y conseguirá ver justicia impartida en su caso.

No sé si con estos dos puntos he respondido a las preguntas de SS.SS. pero es lo que he intentado. Un punto central para mí es el artículo 13 y en la medida en que se abra, se dará un paso hacia adelante. Demostraremos en este país una vez más —se ha demostrado en ocasiones—, no ya un

voluntarismo, sino unas ideas de adelantarnos. España como se ha visto recientemente en muchos temas de liberalización económica, se ha adelantado a países vecinos y sin duda sería notorio que aquí existiera una acción en la vía jurisdiccional en materia de derecho de la competencia. No olvidemos una cosa —que muchos compañeros me plantean hablándome de los campeones nacionales y de la protección nacional que debemos tener— y es que los países más competitivos son los que tienen las mejores empresas, siendo éstas las de mayor efecto transnacional. Es decir, una empresa presionada por normas internas de competencia y por la competencia interior es más fuerte y tiene mayor salida. Podemos ver ejemplos bastante dignos en nuestro país y en otros como Alemania o Estados Unidos, que con normas más estrictas en derecho de la competencia han hecho los mayores grupos multinacionales o, si queremos, transnacionales.

El señor **PRESIDENTE**: Muchísimas gracias, señor Creus, por su comparecencia. **(La señora Aroz Ibáñez pide la palabra.)**

Señora Aroz, tiene la palabra.

La señora **ARAZ IBÁÑEZ**: Señor presidente, sólo solicitarle que por los servicios de la Cámara se haga llegar a los grupos parlamentarios el artículo del señor Creus en la publicación a la que ha hecho referencia.

El señor **PRESIDENTE**: Por supuesto, señora Aroz.

— **DELABOGADO SEÑOR JIMÉNEZ LAIGLESIA.**
(Número de expediente 219/000603.)

El señor **PRESIDENTE**: Continuamos con la comparecencia de don José María Jiménez Laiglesia y la opinión que le merece el proyecto de ley de modificación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Tiene S.S. la palabra, rogándole una exquisita y absoluta brevedad.

El señor **ABOGADO** (Jiménez Laiglesia): Señor presidente, intervendré con mucha brevedad porque conozco a la mayor parte de los comparecientes que lo han hecho con anterioridad y por tanto imagino que sus puntos de vista coincidirán en muchas ocasiones con los míos. Solamente voy a hacer hincapié en dos o tres cuestiones. La primera de ellas es mi preocupación sobre la exposición de motivos. Desde mi punto de vista —aunque no sea estrictamente jurídico sirve porque es una fuente de interpretación— una política de defensa de la competencia no debe basarse, en principio, en una política antiinflacionaria. No tiene un efecto inmediato y tiene un riesgo evidente: que el Tribunal de Defensa de la Competencia acabe interpretando que tiene un mandato legislativo para regular o controlar precios directamente. Eso puede existir, por ejemplo, en cuestiones de abuso de posición dominante por precios excesivos. Por tanto, aunque entiendo que tiene un efecto indirecto o remoto en la inflación desde el punto de vista macroeconómico, desde el del derecho el énfasis en ese objetivo tiene cierto peligro de interpretación de las normas.

Por otro lado, de la misma forma descubrimos que el derecho de la competencia desde la práctica diaria no tiene un efecto redistributivo en ningún caso. Como decía un autor americano, puede incrementar el tamaño del pastel, pero no consigue distribuirlo de manera más equitativa. Por tanto, si en nuestra opinión no tiene un efecto macroeconómico inmediato, ni tampoco es un buen medio de redistribución, al menos desde el punto de vista de la práctica jurídica sí debe ser un instrumento neutral, independiente y estable que permita sostener durante cierto tiempo diferentes maneras de entender la política de defensa de la competencia, cuál es su responsabilidad, pero que no sufra variaciones radicales tanto respecto al procedimiento como a sus objetivos. Esa estabilidad es muy necesaria, y voy a poner un ejemplo. Desde el punto de vista de las empresas que acuden al Tribunal de Defensa de la Competencia, tanto éste como el servicio son un mercado. Por tanto, cuanto más eficiente lo hagan ustedes, más acudirán a ellos y más estabilidad y doctrina existirán por parte del Tribunal y más respeto a estas normas.

Actualmente, muchas empresas, cuando se acercan a los profesionales y especialistas, no tienen literalmente confianza alguna en cuál es la efectividad después de dos o tres años de instrucción, período de tiempo que puede llegarse a alcanzar aunque con las nuevas normas esperamos que se reduzca. Dudan tanto sobre acudir al servicio de defensa de la competencia como sobre la independencia del Tribunal; dudan sobre la capacidad o no de influenciar las resoluciones finales del propio Tribunal y en general dudan incluso sobre si acudir al Tribunal de Defensa de la Competencia o a los órganos reguladores en determinados sectores. Lo importante es hacer un instrumento eficiente y neutral —en mi opinión un prius— a toda política económica que cualquier Gobierno adopte, y esa es su responsabilidad.

Entrando en cuestiones más concretas o específicas, es importante desde mi punto de vista, que se resuelva el problema de la duplicación de instrucciones. Supongo que todos mis compañeros habrán hablado sobre esto y por tanto seré muy breve. Si no existe una acción civil, si no es posible acudir a los jueces civiles sobre la nulidad de los contratos, sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios como ahora figura en el proyecto, entonces yo pediría una integración del servicio en el propio Tribunal de cara a su efectividad. A mí me gustaría ir a un Tribunal de Defensa de la Competencia más independiente. Es un deseo propio por la sencilla razón de que eso incrementaría la transparencia, la objetividad, la ausencia de cualquier efecto potencial arbitrario, de indicación o incluso de manipulación sobre algunos asuntos y haría un instrumento de mayor confianza para las empresas y para los abogados. Si el servicio está integrado en el Tribunal, en mi opinión no hay un problema jurídico con relación a la separación de instrucción y resolución, porque eso puede ser resuelto a través de bastantes mecanismos. Por ejemplo, que un ponente del Tribunal sea responsable de la instrucción; o, por otro lado, que exista una instrucción completamente separada de la resolución final a través de diversos mecanismos. Esto ocurre en los órganos de defensa de la competencia de países como Alemania o Gran Bretaña.

Como Antonio Creus es un especialista en el tema tratado en el artículo 13, él ya ha manifestado bastante sus opiniones y yo coincido con las mismas, sólo diré que en su redacción actual nos parece peligroso o inaceptable. De hecho, creemos que existe un problema de tutela judicial efectiva. No basta con que el Tribunal pueda determinar los elementos que llevan a considerar que existen daños y perjuicios. Desde mi punto de vista esto es obligación o responsabilidad del juez civil, no de un órgano administrativo. Sería importante permitir la acción civil, dar confianza a los jueces. Actualmente muchos abogados intentan o pretenden acudir a los jueces civiles pidiendo la nulidad de los contratos y daños y perjuicios sobre la base de que es un pedimento subsidiario respecto a otro. Por ejemplo, piden una nulidad de contrato sobre determinada cuestión de orden civil y luego, subsidiariamente, la solicitan también por ser nulo o contrario a las normas de defensa de la competencia. Los jueces, en estos momentos, no tienen ninguna confianza, no acceden, no entran en estas cuestiones, y sería importante que lo hicieran, porque eso descargaría de una manera mucho más efectiva al servicio y al Tribunal en su trabajo y, por otro lado, permitiría la creación, desde mi punto de vista poco a poco, de una doctrina más establecida cuando diversos asuntos de importancia llegaran al Tribunal Supremo. Si existiera una acción civil, todas las cuestiones que he referido sobre el problema de la independencia, el de la objetividad, el de la instrucción, desaparecerían de forma efectiva. Para entendernos, sería acabar —supongo que lo habrán oído repetidamente— con la época de la sentencia Campsa.

Otra cuestión de procedimiento que me gustaría discutir es que entiendo que el Tribunal debería tener funciones consultivas, bastante importantes desde nuestro punto de vista. Debería tenerlas el Tribunal de Defensa de la Competencia y no el servicio, o no estricta o exclusivamente éste. También, en mi modesta opinión, los órganos reguladores sectoriales deberían ser capaces de instruir expedientes. En otros países la solución más efectiva es constituir un órgano ad hoc —en el cual estarían presentes tanto el presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia como el director del servicio en nuestro caso— y los diversos representantes de los órganos reguladores, y ellos deciden sin posibilidad de recurso quién instruye un expediente y por tanto quién ejerce la potestad sancionatoria. Esto no tiene por qué ser un problema en nuestro país y de hecho sería mucho más efectivo. Desde mi punto de vista no basta con que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda dirigir instrucciones o circulares de conducta a las empresas. Debería tener la capacidad de sancionar rápidamente, a través de un procedimiento sancionatorio, que es normal para toda la Administración, las conductas. Eso también ayudaría, desde mi punto de vista, a través de medios de colaboración entre el Tribunal y los órganos reguladores, a que fuera más eficiente el sistema. Para entendernos, yo no veo al Tribunal de Defensa de la Competencia como un *primus inter pares* sino como un órgano administrativo independiente que debería sentar doctrina cooperando o colaborando con estos órganos reguladores.

Paso a otras cuestiones de, orden sustantivo. Me preguntan si yo eliminaría el antiguo artículo 7, relativo a la competencia desleal; me parece inoperante y de hecho ha

ocasionado en una resolución específica un conflicto entre la interpretación sobre lo que es un acto desleal propio de un juez, que puede aplicar la Ley 3/1991, de competencia desleal, y el propio Tribunal de Defensa de la Competencia. Entiendo que existe un error grave con relación a la definición de los acuerdos de poca importancia o de *minimis*, porque sigue siendo un elemento no cuantitativo, que sería lo deseable; sería deseable hacerlo de una forma objetiva y no decir acuerdos de escasa importancia a efectos de sobreseer o no aceptar denuncias por parte del Tribunal. Por tanto, eliminaría el artículo 36,bis,a) que establece la posibilidad de un abuso de posición dominante de *minimis*, cosa que no tiene precedentes en otras normas de defensa de la competencia y que me parece un tanto erróneo.

También eliminaría de forma accesoria el previo informe del Tribunal de Defensa de la Competencia con respecto al establecimiento de centros comerciales que se ha revelado total y completamente inoperante. Para un órgano que tiene muy pocos medios —como ustedes ya saben—, realizar este tipo de informes le quita mucho tiempo y recursos. Por ejemplo, yo estuve, por el asunto de las industrias lácteas en el que tuvimos que manejar 400.000 facturas, en el sótano del edificio del Tribunal en la calle Pfo XII, que es un chalé antiguo —no sé si lo conocen—, cuyo sótano estaba ocupado solamente con las facturas de este asunto. El secretario del Tribunal protestaba constantemente con respecto a este asunto porque lo único que quería era que se resolviera lo más rápidamente posible para hacer sitio a otros asuntos. No teniendo medios, un previo informe de establecimiento de centros comerciales me parece innecesario, sobre todo, cuando a través del control de concentraciones se pueden controlar los efectos de fusiones o establecimientos de centros comerciales de una forma mucho más objetiva.

Eliminaría también la referencia en el artículo 1.1 a prácticas conscientemente paralelas, que está actualmente en la ley. Esto induce a confusión. El acuerdo de voluntades, lo que es un acuerdo restrictivo de la competencia o es colusivo o no es colusivo. Si ustedes dejan ahí el concepto de prácticas conscientemente paralelas se abre la posibilidad o se corre el peligro de que se sancionen conductas que simplemente carecen de elemento consensual, sencillamente son comportamientos paralelos que existen objetivamente en el mercado.

Desde el punto de vista de las ayudas públicas confieso que me parece insuficiente, aunque reconozco el esfuerzo que se ha realizado. Con mi experiencia actual (mi despacho lleva algunos asuntos de ayudas de Estado en Bruselas), debo confesarles que la mayor parte de los asuntos de ayudas de Estado se origina por denuncias entre comunidades autónomas, denuncias entre los propios gobiernos de las comunidades autónomas por intereses económicos o políticos muy legítimos, pero que no tienen un efecto en la competencia a nivel comunitario. Deberíamos ser capaces de establecer un sistema de control de estos asuntos, que en realidad no restringiera la competencia a nivel comunitario, pero que permitiera ventilar los asuntos en casa —para entendernos—.

El derecho de la competencia se basa en conceptos jurídicos indeterminados —restricción de la competencia, posición dominante— muchas veces relacionados con

aspectos de economía industrial. Por tanto, es un error intentar definir lo que es una ayuda de Estado, es muchísimo mejor no definirla, ya que en el momento en que se define ese concepto se buscan excepciones, como siempre. Simplemente se puede decir ayuda y luego con el tiempo se podría establecer su contenido concreto a través de los diversos asuntos.

Sería importante que las partes —las empresas— pudieran instar al Tribunal de Defensa de la Competencia a actuar en el asunto de ayudas de Estado. ¿Por qué? Porque son también ellas las directamente perjudicadas. Tanto les perjudica un abuso de posición dominante por una negativa de suministro, un acuerdo restrictivo o un cártel en el mercado como el hecho de que un gobierno de una comunidad autónoma o el propio Gobierno central conceda una ayuda estatal a una determinada empresa. Yo les daría acceso a constituirse en parte interesada en la cuestión. El informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre una cuestión de ayudas públicas debería ser público y la ley debería decir estrictamente cuáles son las medidas que en opinión del tribunal serían suficientes para eliminar los efectos en la competencia.

También, aunque yo supongo que es un punto un tanto polémico, debe coordinarse la competencia que tienen las comunidades autónomas para ejercer su política de fomento mediante subvenciones o ayudas o cualquier otro medio de apoyo a las empresas con la posibilidad de iniciar acciones de suspensión o nulidad de dichas ayudas, hecho que debería ser otorgado, bien al Tribunal de Defensa de la Competencia o bien que el Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera instar al ministro de Economía y Hacienda para que iniciara sus procedimientos. No habría conflicto si existiera un respeto mutuo sobre unas reglas de juego uniformes para todo el Estado. Por tanto, si todos los gobiernos cumplen o respetan el procedimiento de ayudas de Estado o acuden al Tribunal para saber qué ayudas deben modificarse, en última instancia no debería haber un conflicto porque existiera o no un procedimiento judicial de suspensión o anulación de ayudas concedidas por algún gobierno de comunidades autónomas.

Finalmente, hablaría de concentraciones. Sé que no está en este proyecto, pero es una reforma de abril de este año y con independencia de que esté o no incluido, me gustaría comentarles algunas cuestiones. La notificación obligatoria es positiva, pero si todo queda en el Servicio de Defensa de la Competencia no inspira confianza a las empresas interesadas, sobre todo en un procedimiento de un mes, que es el que tiene el Servicio de Defensa de la Competencia para evaluar una operación y decidir el ministro si se remiten o no al Tribunal de defensa de la competencia. Son otras empresas interesadas las que deben tener la confianza suficiente en el procedimiento para emitir sus observaciones al servicio de defensa de la competencia. Si hablamos de un efecto en la competencia por parte de una concentración, nadie está mejor posicionado para ilustrarnos sobre ese efecto que aquellas empresas que están en el mercado. Con el procedimiento actual, una mera notificación obligatoria y una terminación convencional dentro del Servicio de Defensa de la Competencia, me temo que no inspira esa confianza.

También me gustaría hablarles de los volúmenes que ha fijado este real decreto de abril de 1996 para establecer la notificación obligatoria. Estos volúmenes no sé de dónde nacen, si surgen de un estudio empírico de los niveles de concentración en nuestro país o no, pero debería pensarse si estos volúmenes son adecuados para una estructura económica como la nuestra. Sería muy importante acudir a un modelo como el italiano, que es un modelo receptor de ofertas de compra. Actualmente se ha establecido una obligación de notificación si se cumple un volumen nacional de 40.000 millones, siempre y cuando al menos dos de las empresas tengan un volumen de facturación de 10.000 millones de pesetas. Sería deseable tener un volumen general de facturación en España y que la empresa objeto de adquisición tuviera un volumen específico de facturación. Les explico por qué. Porque en nuestro país existe un gran número de empresas, sobre todo en los nuevos sectores tecnológicos, que sí que facturan más de 10.000 millones de pesetas y que son adquiridas fácilmente por empresas extranjeras en nichos de mercado específicos que debería estar estudiando el Tribunal de Defensa de la Competencia. Creo que es de interés general que ese tipo de operaciones pasara por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Incluso, mucho más importante, aunque evidentemente tienen que pasar, que operaciones como las que están ocurriendo ahora; tan o más importante, porque en realidad es el tejido empresarial más importante para mis clientes.

Técnicamente el nuevo tratamiento de concentraciones tiene un error que quizá pudieran solventar ahora. No existe un plazo establecido para que el director del Servicio de Defensa de la Competencia cuando proponga remedios las partes responda a las partes. No existe un plazo, por tanto, se podría prolongar *sine die* la discusión sobre los remedios.

Finalmente, quitaría la posibilidad de que fuera el Servicio de Defensa de la Competencia el que decida si una concentración no es tal y, por tanto, debe ser tratada desde un punto de vista cooperativo, como si fuera un acuerdo restrictivo. Deben recordar que las empresas estructuran sus operaciones lo más eficientemente posible o por lo menos teóricamente, en pura hipótesis, es lo que debemos pensar. Si intentamos dirigir a través del procedimiento de control de concentraciones cómo deben estructurarse las operaciones, siempre introduciremos ineficiencias. Son las partes las que deben decidir si notifican o no los acuerdos como acuerdos restrictivos y son las partes las que deben decidir si les compensa o no ofrecer remedios al Ministerio de Economía y Hacienda.

Finalmente, me gustaría que fuera el Tribunal de Defensa de la Competencia quien decidiera sobre los efectos en la competencia de una concentración y que el ministro de Economía y Hacienda o el Gobierno pudiera de hecho intervenir siempre que el Tribunal de Defensa de la Competencia recomendara la prohibición de una operación. Este es el sistema alemán, el sistema que está establecido en la ley federal alemana de cárteles y que se ha revelado como muy eficiente, porque ahí se combina el interés público de aprobar una operación de concentración que se considera que tiene un efecto en la competencia negativa con el hecho de que son las partes en la operación las que deben decidir si les compensa o no seguir peleando la cuestión ante el Gobierno mediante una solicitud razonada.

El señor **PRESIDENTE**: Señora Aroz.

La señora **AROZ IBÁÑEZ**: Muchas gracias, señor Jiménez, por su comparecencia para atender la petición del Grupo Socialista.

A usted le ha correspondido cerrar las comparecencias que hemos ido celebrando en los últimos días, todas muy interesantes, y ha tenido una contribución adicional, desde nuestro punto de vista, que ha sido clarificar los temas y las cuestiones que hemos tratado de examinar, las más difíciles, las más polémicas a lo largo de los trabajos de la Comisión. Gracias a esta buena contribución y a tener las ideas bastante claras, no le voy a hacer preguntas.

Muchas gracias por su colaboración.

El señor **PRESIDENTE**: Aprenda, señor Burgos. Tiene usted la palabra.

El señor **BURGOS GALLEGO**: Señor presidente, el interviniente, al que agradecemos su presencia, ha sido extraordinariamente explícito en sus afirmaciones. A mi juicio, un tanto contundente en algunas, como las que ha planteado sobre eliminar de raíz y sin alternativas algunos de los artículos de la legislación vigente o del proyecto de ley de reforma que estamos debatiendo.

En todo caso, me gustaría formular algunas cuestiones sobre las reflexiones que ha expuesto. Finalmente y puesto que ha sido uno de los aspectos esenciales, ¿juza usted que el criterio de independencia sobre el funcionamiento de los órganos de defensa de la competencia se pone en riesgo por el hecho de que perviva el actual sistema de separación entre el Servicio y el Tribunal en materia de instrucción del expediente y en materia de resolución? Usted ha puesto ejemplos del ámbito europeo donde es posible vincular ambos organismos. En el mismo ámbito también hay otros que dicen exactamente lo contrario, además de la experiencia española, de la que tendríamos que deducir que la existencia de este modelo ha significado una ausencia total de independencia, cosa que mi grupo no comparte, pero precisamente por eso entendemos que cabe hablar de independencia de estos elementos más allá del modelo que se asuma, puesto que tiene que ver mucho más con las prácticas del propio Gobierno o de las propias empresas o del propio funcionamiento interno de los órganos y su capacidad de analizar la realidad, que con los modelos concretos que se realicen.

En todo caso, le agradecería nos ampliara un poco más su valoración sobre esta cuestión.

El señor **PRESIDENTE**: Señor Jiménez, tiene la palabra.

El señor **ABOGADO** (Jiménez Laiglesia): Termino lo más rápidamente posible, dado que soy el último compareciente.

Mi opinión es que es preciso distinguir entre lo que es una política de defensa de la competencia y lo que es el derecho de la competencia. Tiene que existir, desde mi

punto de vista, una política de defensa de la competencia, pero en el marco de un procedimiento objetivo, transparente y público. Si fuéramos hacia un modelo norteamericano, que no es propio de la tradición de nuestro país, el departamento de justicia norteamericano sigue las instrucciones del fiscal general del Estado y sigue las instrucciones políticas del Gobierno norteamericano. Por tanto, interviene o persigue determinadas conductas. Eso me parece razonable porque, al mismo tiempo, existe una posibilidad de que las partes ejerzan el derecho de la competencia frente a los tribunales y, por tanto, obtengan daños, obtengan declaraciones de nulidad sobre determinadas prácticas que les afectan. Este es un modelo.

Otro modelo es el europeo por el que el derecho de la competencia lo ejerce un órgano administrativo, y en el cual estamos. Si este es el modelo que tenemos, deberíamos avanzar, desde mi punto de vista, hacia la concesión de la mayor independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que no impide en ningún caso que se ejerza o se den criterios políticos de defensa de la competencia.

Por ejemplo, en el modelo alemán, ya he dicho sobre el control de concentraciones que las decisiones de concentración las adopta el órgano independiente que es el *Bundeskartellamt* y el Gobierno puede intervenir a solicitud de las partes cuando el *Bundeskartellamt*, el órgano federal, decreta la prohibición de la operación de concentración. Esta es una manera que combina bien en lo que es un instrumento neutral o independiente de mantener la competencia efectiva en los mercados con el interés general que es responsabilidad del Gobierno y que puede tener una política de defensa de la competencia.

Todos los otros modelos europeos, por ejemplo, el nuevo órgano de defensa de la competencia que se ha instaurado mediante la Competition Tribunal en Gran Bretaña, también es un órgano administrativo que tiende hacia la independencia, igual que la *Autorità Garante de la Concorrenza*, en Italia e igual que el *Conseil*, en Francia. En nuestro país, veo en este proyecto una mayor atención a esos criterios, pero desde mi punto de vista no son suficientes. Como abogado, lo que aprecio es que si existe o se percibe por parte de sus clientes, que son las empresas, que el sistema de defensa de la competencia no es objetivo, transparente y público y sujeto a criterios sólidos o estables, entonces no funcionará por mucho que mantengamos una ley formalmente adecuada. Es también un criterio de eficiencia.

El señor **PRESIDENTE**: Muchas gracias, señor Jiménez, por su comparecencia.

Quiero agradecer fervientemente a la señora diputada y al señor diputado que hayan soportado y contribuido a la buena marcha e ilustración de esta Comisión, a los efectos de conocer la semana que viene del dictamen que tendrá ocasión de realizar esta Comisión sobre este no sé por qué importante proyecto de ley de modificación de la Ley de defensa de la competencia.

Se levanta la sesión.

Era la una y cuarenta minutos de la tarde.

Edita: **Congreso de los Diputados**. C/. Floridablanca, s/n. 28071 Madrid
Teléf.: 91 390 60 00. Fax: 91 429 87 07. <http://www.congreso.es>

Imprime y distribuye: **Imprenta Nacional**. B.O.E.
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. Teléf.: 91 384 15 00. Fax: 91 384 18 24

Depósito legal: M. 12.580 - 1961