

Facultad de Derecho y RR.II.

**Dr. Fernando Díez Estella**

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Asignatura: Competencia y mercado



## Unidad Didáctica 01. Introducción



GLOBAL CAMPUS  
NEBRIJA



**Fernando Díez Estella**  
Profesor

## Contenido

<u>1. Introducción: origen y evolución histórica</u>	<u>3</u>
<u>2. Marco jurídico</u>	<u>3</u>
<u>3. Marco Institucional</u>	<u>6</u>
3.1. Introducción	6
3.2. Autoridades comunitarias	6
3.3. Las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC)	7
3.4. Coordinación entre autoridades	8
<u>4. Relación entre el Derecho interno y el Derecho de la UE</u>	<u>9</u>
4.1. La teoría de la doble barrera.	9
4.2. Las disposiciones del TFUE y el Reglamento 1/2003.	9
<u>5. Especial referencia a la prohibición de los acuerdos colusorios</u>	<u>10</u>

## 1. Introducción: origen y evolución histórica

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

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

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

Después de la II Guerra Mundial los fundadores de la CE decidieron crear un mercado común europeo, que fuera auténticamente competitivo, y que no estuviera lastrado por prácticas anticompetitivas y monopolios; la nefasta experiencia alemana de antes de la Guerra, y el precedente americano llevó a la inclusión de los arts. 85 y 86 Tratado de Roma (hasta no hace mucho, arts. 81 y 82 TUE, con texto idéntico, y hoy –desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de enero de 2010, arts. 101 y 102 del TFUE, *Tratado de Funcionamiento de la UE*), de capital importancia para la creación de un espacio económico europeo. Aparte de la normativa general del TFUE, la mayoría de los Estados europeos se ha dotado de una normativa propia, que supone una recepción de la ideología de la legislación *antitrust* americana (ej. Kartellgesetz alemán 1958, ley francesa de 1977 sobre control de concentraciones y otras muchas más, incluida, naturalmente, la normativa española, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que en su primera versión -del año 1963- se llamaba la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia).

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

## 2. Marco jurídico

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

El marco normativo nacional, que está constituido por:

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

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

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

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

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

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

En el marco normativo comunitario, los principales elementos son:

- Los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas

- Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado [actuales artículos 101 y 102 TFUE]
- Reglamentos de procedimiento en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE (Reglamento (CE) n° 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004) y el control de concentraciones (Reglamento (CE) n° 802/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004)
- Reglamentos de exención por categorías (algunos ya derogados), en relación con los acuerdos de especialización (Reglamento (CE) n° 2658/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000), acuerdos de investigación (Reglamento (CE) n° 2659/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000), acuerdos de transferencia de tecnología (Reglamento (CE) n° 772/2004, de la Comisión, de 27 de abril de 2004), y acuerdos verticales sector vehículos de motor (Reglamento (CE) n° 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002).
- Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- Diversas comunicaciones de la Comisión Europea, en las que se desarrolla su práctica en la aplicación de la normativa de competencia relacionada con acuerdos y abuso de posición de dominio<sup>1</sup>, y con control de concentraciones<sup>2</sup>.

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

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

Como veremos a lo largo de este curso, en este derecho es muy frecuente una peculiar herramienta -de naturaleza jurídica discutida- como es el 'soft-law'. Por ejemplo, en el ámbito de la prohibición de abuso de dominio, son muy importantes las recientemente (agosto de 2024) publicadas<sup>3</sup> *Propuesta de Directrices de Abusos de Exclusión*.

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

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

<sup>1</sup> Estas comunicaciones se recogen en:

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

<sup>2</sup> Estas comunicaciones relacionadas con control de concentraciones se recogen en:

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

<sup>3</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en)

### 3. Marco Institucional

#### 3.1. Introducción

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

Uno corresponde a la normativa comunitaria, cuyo contenido sustantivo viene fundamentalmente recogido en los artículos 101 a 109 del TFUE (que regulan los acuerdos entre empresas, el abuso de posición de dominio y las ayudas públicas) y en el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Otro corresponde a la normativa nacional, que está principalmente recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

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

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

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

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

#### 3.2. Autoridades comunitarias

En el ámbito comunitario, destacan:

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

- En el ámbito de acuerdos entre empresas y abuso de posición dominante, su competencia convive con la de las autoridades nacionales de los Estados miembros. No obstante, si a un determinado caso le es de aplicación la normativa comunitaria, y la Comisión Europea incoa un procedimiento sancionador en relación con el mismo, ésta pasa a ser la única autoridad competente para estudiar dicho caso, incluso si el mismo estaba siendo investigado por una autoridad nacional de un Estado miembro en aplicación de la normativa de competencia comunitaria o nacional<sup>4</sup>.
- En el ámbito de control de concentraciones, la Comisión Europea es el único órgano competente para aplicar los procedimientos de autorización previstos en el Reglamento CE 139/2004.
- En el ámbito de ayudas públicas, la Comisión Europea es la única autoridad

---

<sup>4</sup> Ver artículo 11.6 del Reglamento CE n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

competente para acordar la compatibilidad con la normativa comunitaria, siempre que la cuantía de la misma supere unos determinados umbrales. Excepcionalmente, el Consejo de la Unión Europea puede autorizar por unanimidad una ayuda pública contra el criterio de la Comisión Europea<sup>5</sup>.

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

### 3.3. Las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC)

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

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

La CNC tenía, entre otras, las siguientes competencias:

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

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

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

---

<sup>5</sup> Ver artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Madrid, Castilla-La Mancha, Valencia, Extremadura, Andalucía, Murcia y Canarias.

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

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

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

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

### 3.4. Coordinación entre autoridades

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

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

- Los intercambios de información que tienen lugar entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros, en la investigación de casos a los que les sean aplicables los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que se canaliza a través del “*European Competition Network*”.
- Los intercambios de información, que tienen lugar entre la Comisión Nacional de la Competencia y las autoridades de competencia autonómicas, de todas las denuncias y actuaciones de oficio en la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.
- Los mecanismos de reenvío de operaciones de concentración económica entre la Comisión Europea y los Estados miembros, recogidos en los artículos 4.4, 4.5, 9 y 22 del Reglamento CE 139/2004. Estos mecanismos de reenvío, que son aplicables a iniciativa de las empresas notificantes (reenvíos artículos 4.4 y 4.5) o de las autoridades de competencia (reenvíos artículo 9 y 22), permiten que una operación de concentración no sea autorizada por la autoridad de competencia inicialmente competente conforme a los umbrales de notificación, sino por la mejor posicionada para estudiar el caso.

#### 4. Relación entre el Derecho interno y el Derecho de la UE

Cada empresa que actúa en el ámbito territorial de la UE se encuentra sometida al Derecho nacional del país comunitario donde se halla establecida. Como existen en cada país miembro reglas nacionales sobre la competencia y generalmente anteriores al TFUE, las Empresas se encuentran sometidas a dos legislaciones en materia de competencia. Ello ha originado importantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales.

##### 4.1. La teoría de la doble barrera.

Existen dos teorías opuestas: la teoría de la barrera única y la de la doble barrera. Según la primera, el único Derecho aplicable es el Derecho comunitario conforme al principio de primacía; según la segunda, el Derecho nacional y el comunitario se aplican conjuntamente, de manera que el campo de aplicación de éste se extiende al comercio interestatal, mientras que los Derechos nacionales sólo cubren aquellas conductas que no tengan efecto sobre el comercio intracomunitario. Si una conducta contraria a la competencia afecta a los ámbitos comunitario y nacional conjuntamente, los dos ordenamientos jurídicos podrán aplicarse simultáneamente.

##### 4.2. Las disposiciones del TFUE y el Reglamento 1/2003.

El problema derivado de la coexistencia de dos legislaciones fue ya previsto por el entonces TCE, que en su artículo 83 establecía la adopción por el Consejo de los Reglamentos y Directivas que *«tendrán especialmente por objeto: definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección (normas de la competencia aplicables a las Empresas) y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra»*.

Conforme a esta disposición, el Consejo adoptó el citado Reglamento 1/2003, el cual establece claramente en su artículo 3 (*Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia*) los siguientes principios en esta materia:

- a) Cuando las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho nacional de competencia enjuicien conductas colusorias o abusivas (de las previstas en los artículos 101 y 102 TFUE), aplicarán tanto su normativa nacional como los artículos del TFUE.
- b) Excepto en los casos de legislación nacional más estricta para los comportamientos unilaterales, la aplicación de la normativa nacional de competencia no puede resultar en la prohibición de acuerdos o prácticas que, afectando al comercio entre Estados miembros, no es objetable desde el punto de vista de la normativa comunitaria.
- c) Los anteriores principios no se aplican en el ámbito del control de concentraciones, ni a disposiciones de Derecho nacional que persigan objetivos distintos a los de los artículos 101 y 102 TFUE.

Hasta la promulgación del Reglamento 1/2003, fue la Jurisprudencia quien había tratado de resolver el problema planteado. En los Asuntos *“Walt Wilhelm Costen-Grundig y Maschinenvau”*, así como en otras Sentencias posteriores, se reconocen tres principios: el de primacía del Derecho comunitario, el principio “non bis in idem”, y el principio de no discriminación.

a) En primer lugar, el TJUE reconoce que el Derecho nacional y el Derecho comunitario consideran los acuerdos desde diferentes puntos de vista. El artículo 101 del TFUE los tiene en cuenta en la medida que pueden dificultar el comercio entre los Estados miembros, mientras que las legislaciones nacionales tienen en cuenta los acuerdos dentro del ámbito

nacional. Pero el TJ pone de manifiesto que en razón a la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas, «*la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los supuestos de criterio para determinar la delimitación de las competencias*». En consecuencia, un mismo acuerdo puede ser objeto de dos procedimientos paralelos. No obstante, el Tribunal precisa que la aplicación paralela de los dos órdenes jurídicos sólo puede admitirse en la medida en que no perjudique a la aplicación uniforme en toda la Unión de las normas comunitarias en materia de competencia.

b) En relación con el principio *non bis in idem*, el Tribunal ha admitido la posibilidad de una doble sanción, pero precisa que una exigencia general de equidad impide que se tenga en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior a la hora de determinar una futura sanción.

c) Finalmente, en cuanto al problema de la desigualdad de trato en relación con el artículo 12 TCE (hoy art. 18 TFUE), el Tribunal ha considerado que este artículo prohíbe a cada Estado miembro aplicar de forma diferente su Derecho de la competencia en razón de la nacionalidad de los interesados, pero no comprende las posibles disparidades de trato o de distorsiones que puedan resultar de las divergencias entre legislaciones de diferentes Estados miembros, dado que éstas afectan a cualquier persona incurso en su campo de aplicación sin discriminación alguna.

## 5. Especial referencia a la prohibición de los acuerdos colusorios

La prohibición de acuerdos colusorios en el derecho de la competencia tiene sus raíces en el objetivo fundamental de promover y preservar la competencia en los mercados. Esta prohibición se ha desarrollado a lo largo del tiempo en respuesta a las preocupaciones sobre prácticas comerciales anticompetitivas que pueden perjudicar a los consumidores y distorsionar el funcionamiento eficiente de la economía.

El origen de esta prohibición se puede rastrear hasta los mismos comienzos del derecho de la competencia y las leyes antimonopolio que, como es bien sabido, se desarrollaron en Estados Unidos (allí esta normativa es conocida como *derecho antitrust*) a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. El asunto más emblemático que refleja la creación de las leyes antimonopolio en Estados Unidos fue el caso<sup>6</sup> *Standard Oil* en 1911.

En la década de 1880, la compañía Standard Oil utilizaba su gran cuota de mercado y capacidad de refinación para integrar en la exploración petrolera con la distribución de petróleo crudo y la distribución minorista de sus productos refinados en tiendas y, eventualmente, estaciones de servicio en todo Estados Unidos. La empresa supuestamente usó su tamaño y poder para socavar a los competidores de varias maneras que se consideraron “anticompetitivas”, incluida la fijación de precios mínimos y las amenazas a los proveedores y distribuidores que hicieran negocios con sus competidores.

Tras un largo y complicado proceso, el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó que dicha compañía, un auténtico gigante corporativo, estaba llevando a cabo prácticas anticompetitivas y ordenó su desintegración en varias compañías más pequeñas. Este caso fue uno de los grandes precedentes del derecho *antitrust*, y una de las primeras aplicaciones de la recientemente promulgada *Sherman Act* de 1890, norma que prohíbe la “monopolización” (lo que en la Unión Europea conocemos como *abuso de posición dominante*) y otras prácticas anticompetitivas.

Desde entonces, otros países y otras jurisdicciones han adoptado leyes similares de defensa

---

<sup>6</sup> *Standard Oil Co. de New Jersey v. Estados Unidos*, 221 US 1 (1911).

de la competencia -las leyes antimonopolio- con el objetivo de prevenir y sancionar prácticas comerciales anticompetitivas, incluidos los acuerdos colusorios. Estas leyes tienen como objetivo asegurar que las empresas compitan de manera justa y que los mercados funcionen de manera eficiente en beneficio de los consumidores.

Es conocido, ya a este lado del Atlántico, la profusión de una categoría específica de acuerdos colusorios, los llamados *cárteles*, en el último cuarto de siglo XIX, y sobre todo a principios del XX, cuando muchos regímenes políticos -sobre todo de corte autoritario- recurrían a esta figura para configurar su economía. Especialmente tras la primera Guerra Mundial se convirtieron en una forma habitual de organizar las economías en desarrollo de los países occidentales, y otros como Japón. Se ha acuñado la expresión "*land of cartels*" para referirse a la Alemania de mediados del siglo XX. Fue, a la vez, el primer país europeo que introdujo<sup>7</sup> una legislación anti-cárteles en 1958, tras un intenso debate en la opinión pública, los medios de comunicación y en su parlamento, el *Bundestag*. Además, cuenta desde entonces con una de las autoridades de competencia más importantes e independientes de Europa, la Oficina Federal de Cárteles (FCO), el *Bundeskartellamt*.

Como precedente más cercano a la legislación española vigente en materia de acuerdos colusorios, en la Unión Europea, la primera norma que recoge esta prohibición es el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957, que recogía en su artículo 85 un precepto similar a la Sección 1ª de la *Sherman Act*: la prohibición de los acuerdos que pudieran impedir, restringir o falsear la competencia. Actualmente, y con la redacción otorgada por el Tratado de Lisboa (2007) dicha prohibición se contempla -en idénticos términos literales- en el vigente artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

En España, la prohibición está recogida por el artículo 1 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, Defensa de la Competencia<sup>8</sup>. Como señala el propio preámbulo de la LDC: "El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado (...). En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia (...) que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado".

Es también sabido -nos limitaremos aquí a reseñarlo- que la primera ley *antitrust* española fue la temprana Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, cuya Exposición de Motivos resulta especialmente clarificadora para entender el alcance y sentido del actual artículo 1 LDC. En efecto, y con expresa mención de los antecedentes norteamericanos que acabamos de referenciar, señala que: "En todos los países en los que a lo largo del siglo XIX fue legalmente consagrada la libre competencia se hizo evidente, en un determinado momento, la necesidad de regular la defensa de esa libertad de competir, por medio de Leyes especiales que suministran instrumentos más eficaces que los proporcionados por el derecho común.

Este movimiento legislativo se inició en 1890 en los Estados Unidos de América, con la promulgación de la Ley Sherman, en la que se prohibió la restricción de la competencia, a través de la monopolización de mercados o por medio de la colusión. Desde esa Ley hasta la «Celler-Antimerger Act» de 1950, que prohibió la fusión de empresas con fines

<sup>7</sup> *Vid.*, sobre la evolución de la legislación alemana en esta materia, un interesante estudio empírico en HAUCAP, J.; HEIMESHOF, U.; SCHULTZ, L. (2010) : "Legal and illegal cartels in Germany between 1958 and 2004", *DICE Discussion Paper*, No. 08, Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE).

<sup>8</sup> «BOE» núm. 159, de 04 de julio de 2007.

monopolísticos, los Estados Unidos son el país donde con mayor extensión y complejidad legislativa se ha estructurado una política de defensa de la competencia”.

Pese a sus indudables carencias y limitaciones, la ley española de 1963 fue sin duda un primer paso en la configuración de un orden competitivo en el mercado, y la prohibición de las prácticas que lo amenazaban. Pero es evidente también el contexto en el que se había promulgado era el de un entorno autoritario e intervencionista, caracterizado por un marco conceptual bastante distinto de lo que la propia norma declaraba en su Exposición de Motivos, que sostenía que los pilares sobre las que debe asentarse una economía competitiva tenían que ser la empresa privada y el libre mercado.

Tras el cambio de régimen político en España y a consecuencia, por una parte, de la aprobación de la Constitución Española de 1978 y, por otra, de la incorporación de España a la entonces Comunidad Económica Europea, se vio oportuno reformar nuestra legislación *antitrust*. El resultado fue la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que ya puede calificarse sin ambages como el precedente próximo -en el tiempo y en el enfoque adoptado- de la actualmente vigente Ley 15/2007.

De hecho, apenas hay variaciones sustanciales en la redacción del artículo 1 en la LDC de 1989 y de 2007, y de ello quedará constancia en el análisis detallado del precepto que se ofrece tras este apartado introductorio.

Como acertadamente ha señalado quien fuera Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) del año 1995 al 2000: “En todo caso, con la LDC1989 se pusieron los cimientos reales sobre los que debería asentarse la voluntad de las empresas sobre las bases de la libre iniciativa individual y del respeto de los criterios correspondientes a una economía de mercado, sin abusos y sin acuerdos que convirtieran conductas empresariales, en principio independientes, en conductas similares a las que corresponden a un monopolio caracterizadas por la percepción de beneficios extraordinarios en detrimento de otras empresas y de los consumidores”<sup>9</sup>.

Estas palabras nos dan la clave, por tanto, no sólo de la LDC en su conjunto, sino de la prohibición de los acuerdos colusorios: suponen un tipo de conducta ajena a los principios de libre empresa y libre mercado, y llevan a la ilícita obtención de rentas monopolísticas por parte de los integrantes del acuerdo, en perjuicio del resto de empresas, los consumidores, y el mercado en su totalidad.

Para concluir este apartado solo resta recordar que la clave de precepto, que está en su origen y es lo que le da sentido y condiciona su aplicación, es su finalidad de evitar las restricciones a la competencia. El carácter jurídicamente indeterminado del concepto “restricción a la competencia” ha generado un intenso debate -del que daremos cuenta en las páginas que siguen- en la aplicación del art. 1 LDC por parte de nuestra autoridad de competencia, y una no menos intensa reflexión y discusión académica. Recogemos, a este respecto, las palabras del profesor ALONSO SOTO: “la restricción de competencia ha de ser entendida en sentido económico, esto es, la disminución de la rivalidad o la pugna competitiva en el mercado y, no la merma de la rivalidad entre las partes que conciertan el acuerdo o entre éstas y un tercero, es decir, la limitación de la libertad de actuación de un operador económico.”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> PETITBÓ JUAN, A.: Capítulo 1. La tradición intervencionista y la defensa de la competencia en España, en BETANCOR, A.; HUERTA, E.: PETIBÓ, A. (dirs), *Defensa de la Competencia: innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2020, pág. 160.

<sup>10</sup> ALONSO SOTO, R.: “Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas”, en MARTÍNEZ-LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dirs): *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2009, pág. 73.