

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación (Presidente ICO)	11
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia (valoración de las experiencias) (Luis BERENGUER FUSTER) ...	19
La reforma del sistema español de defensa de la competencia: refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas más lesivas (Nadia CALVIÑO)	63
Protocolo de Kyoto y defensa de la competencia en la UE y en España (Miguel CUERDO MIR y Pedro DURÁ JUEZ)	85
Sobre la ejecución de las sentencias dictadas en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia (Mercedes PEDRAZ CALVO)	113
Aplicación del Derecho de la competencia en litigios privados (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ)	133
Liberalización en los servicios públicos de red (Germà BEL, Joan CALZADA y Xavier FAGEDA)	177
« <i>Uneven playing field</i> » en las industrias del gas y de la electricidad en Europa (Fernando JIMÉNEZ LATORRE)	209
El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible? (Miguel ODRIÓZOLA y Belén IRISSARRY)	239
Aeropuertos regionales y aerolíneas de bajo coste (José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ)	279
El sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones en Europa: fortalezas y debilidades (María Luz LABRADA TELLADO y Jordi FORNELLS DE FRUTOS)	309
Sector postal y competencia (Isabel LÓPEZ SANZ y Carmen VALVERDE)	331
Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (Francisco MARCOS)	351

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Principios doctrinales asumidos en la jurisprudencia recaída sobre el asunto Sogecable (Lourdes CUEVAS RIAÑO)	377
Compromisos (remedios) en asuntos de concentraciones entre empresas: el control por el juez comunitario de las decisiones de la Comisión Europea (Josep Maria CARPI BADIA)	411
General Electric contra Comisión: ¿un epílogo? (Álvaro PASCUAL).....	435
Las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la UE: crónica de una guerra de trincheras y propuestas para un armisticio parcial (Luis F. SOUTO y Xavier MAS MÁÑEZ)	449
La decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive (Enrique CAÑIZARES PACHECO)	487
Procedimientos de terminación convencional: el ejemplo del acuerdo adoptado en el seno del asunto Asempre/Correos (Marta MARAÑÓN HERMOSO).	503

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Hacienda y Consejo de Ministros	523
Tribunal de Defensa de la Competencia	529
Autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas ...	547
Audiencia Nacional	549
Tribunal Supremo	555
Comisión Europea	559
Tribunal de Primera Instancia	567
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	577

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

España	587
Unión Europea.....	591

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Recommendation of the council on merger review	601
Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hard core cartel investigations.....	607

Formas de aplicar los posibles acuerdos internacionales sobre la competencia a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que esos países puedan adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico.....	613
The competition principle as a guideline for legislation and state action - the responsibility of politicians and the role of competition authorities.....	641

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España	651
Unión Europea.....	658
Otros sistemas	704

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	711
Europa no comunitaria	713
América	713
Asia y Australia	714
África.....	715
Organizaciones internacionales.....	715
Otras direcciones de interés.....	716

PRESENTACIÓN

El Anuario de la Competencia 2005 que aquí se presenta continúa y se añade a la colección iniciada hace ya diez años, que la Fundación ICO ha venido editando sin interrupción desde entonces. Al correr de la década, el Anuario se ha convertido en un valioso manual de referencia para todos aquellos que tienen que estar o, sencillamente, quieren estar al tanto de las cuestiones relacionadas con la teoría, la política y la práctica de defensa de la competencia. El bien ganado prestigio de la publicación se debe, lógicamente, a la calidad de los trabajos que se incluyen en ella y, en último término, a la rigurosa labor de selección y coordinación de su director, el Profesor Lluís CASES.

La presente edición del Anuario contiene las secciones habituales —Estudios, Legislación y Jurisprudencia, Documentación y otras— ofrecidas últimamente, pero nada se opone a que, en lo sucesivo, si se considera conveniente, se amplíe el número o la extensión de las mismas.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas es un asunto que, cada vez más, va ocupando un lugar central en las preocupaciones de la sociedad. No podía ser de otra manera. Tal como se apunta en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley que va a regularla entre nosotros, la defensa de la competencia es «un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía». Consecuentemente, es también «uno de los elementos principales de la política económica», pues son fácilmente adivinables las consecuencias que, en un espacio abierto y globalizado, puede tener, para una empresa, un sector de actividad o todo un país, contar con áreas en las que la falta de competencia pueda distorsionar el sistema de fijación de precios y, con ello, la correcta asignación de recursos. Aunque más tardíamente que en otras, también en la sociedad española han calado estas inquietudes. Por eso, empiezan a ser relativamente frecuentes los debates sobre aspectos esenciales de la competencia. Entre ellos, los relativos a los comportamientos y las concentraciones empresariales, «la libertad de elegir, la defensa del interés público y la mayor eficacia de los procesos de mercado».

Por lo que se refiere a la regulación de nuestro marco competitivo, el acontecimiento más destacado y reciente ha sido la redacción del Ante-

proyecto de Ley de Defensa de la Competencia y la apertura de un plazo de consulta pública —que finalizó el pasado 31 de marzo— para presentar observaciones al mismo. Se continúa, de esta forma, el procedimiento iniciado con la presentación del Libro Blanco, invitando a todos los interesados a participar activamente en la confección del texto definitivo. Sin duda, esta participación directa de los agentes económicos ha servido para matizar y enriquecer muchas de las propuestas originales, en definitiva, para mejorar el contenido del Proyecto de Ley antes de que éste inicie su trámite parlamentario. Para demostrarlo creo que bastarán un par de ejemplos.

En el Libro Blanco se proponía la creación de una Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), entidad única e independiente en esta materia. Desde la Universidad de Barcelona, Joan-Ramón BORRELL y Antón COSTAS propusieron que aquel nombre se cambiara por «el más genérico de Comisión Nacional de la Competencia (CNC) o Comisión Española de la Competencia (CEC)», argumentando que con esta denominación se haría evidente que «la nueva agencia no sólo se cuida de las tareas de defensa, sino también de las de promoción». La sugerencia fue aceptada y en el Anteproyecto se propone crear la «Comisión Nacional de la Competencia», entidad con un nombre mucho más en concordancia con sus funciones generales de «promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional».

La segunda ilustración, que nada tiene que ver con la semántica, es más compleja. Un punto muy controvertido del Libro Blanco fue el relativo a la intervención del Gobierno en el control de las concentraciones, es decir, a la posibilidad de que éste, excepcionalmente, pueda tomar una decisión distinta o contraria a la de la autoridad reguladora. Aun comprendiendo las razones que justifican que el Gobierno se reserve alguna atribución en este campo, todos los comentaristas reconocían la dificultad de que aquélla pueda ejercerse sin incurrir en una excesiva discrecionalidad, insistiendo, no obstante, en la necesidad de regularla conjurando ese peligro.

En mi opinión, en el tratamiento dado a este tema se ha sabido incorporar y dar forma a aquellas reticencias y cautelas, y por eso la solución propuesta parece contar, si no con la unanimidad de los agentes, cuando menos con un amplio consenso. El artículo 62 del Anteproyecto regula la intervención del Consejo de Ministros por razones distintas de la defensa de la competencia y el artículo 10, a efectos de lo previsto en aquél, los criterios de interés general que se contemplan. A este respecto se señala que: «En particular, se entenderán como tales los siguientes: defensa nacional, protección de la seguridad o salud públicas, protección de los derechos y libertades constitucionales, libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, unidad de mercado nacional y equilibrio territorial, protección del medio ambiente, política sociales, protec-

ción del pluralismo informativo, promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos y garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial».

Con esta ordenación legislativa queda a salvo el principio de que «la decisión de autorizar, condicionar o bloquear concentraciones debe recaer en una autoridad independiente», la CNC, y al mismo tiempo se acota la posible actuación del Gobierno por razones de interés público. En conclusión, queda bien claro que ésta tendrá que estar debidamente motivada y, según se acaba de indicar, basarse en los criterios tasados en la ley.

Estos ejemplos, a los que podrán añadirse muchos otros, sirven para ilustrar el acierto que ha supuesto someter al juicio de los interesados, primero, el Libro Blanco sobre la Reforma del Sistema y, después, el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Qué duda cabe que este procedimiento —tan frecuente en la práctica anglosajona y tan poco seguido en la nuestra— habrá permitido incorporar al Proyecto de Ley muchas de las ideas de los agentes económicos y sociales sobre este asunto.

Al igual que el año pasado, quiero aprovechar la oportunidad que me brinda esta Presentación para apuntar en ella algunas observaciones en torno a la reforma de nuestro sistema de Defensa de la Competencia. Para ser más preciso, a la parte que se refiere a la concesión de ayudas públicas. A este respecto, quiero insistir en que el ICO comparte, sin ninguna reserva, el principio de que la concesión de dichas ayudas debe efectuarse sin falsear las reglas del juego limpio entre empresas. En relación a estas ayudas, lo primero que debe advertirse es que en el Anteproyecto, contra lo que se apuntaba en el Libro Blanco, no se ha revisado su definición, por lo que hay que entender, hasta que se diga otra cosa, que sigue siendo la misma que figura en el artículo 19 de la vigente LDC. Así pues, deben conceptuarse como ayudas públicas «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores y las empresas en condiciones de mercado». Dentro de esta definición quedan incluidas las ayudas financieras, es decir, las subvenciones al interés o al principal de determinada clase de financiación ajena. Por supuesto, lo sustantivo de estas ayudas no es que los fondos subsidiados provengan de una entidad oficial o privada, sino que el coste que supone la minoración de intereses o, en general, la reducción de la carga financiera se soporte, en última instancia, por una administración u organismo público.

En el Libro Blanco se decía, a propósito de las ayudas otorgadas por la Administración, que «cabría pensar en la elaboración de un informe anual sobre ayudas públicas y competencia con el objeto de identificar

los posibles efectos distorsionadores en los mercados...». En las observaciones presentadas se ha subrayado la conveniencia de que la Comisión informase sobre la concesión de ayudas por las diferentes Administraciones. Ambas ideas se han visto plenamente aceptadas y desarrolladas en el texto del Anteproyecto. Así, entre las «otras funciones» señaladas en el artículo 28 a la CNC figura la de realizar informes generales o puntuales acerca del impacto de las ayudas públicas en la competencia efectiva, y en el punto 2 del artículo 11 se establece que: «En todo caso, la Comisión Nacional de Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España». Con dichas medidas, la CNC reforzará ostensiblemente la eficacia de sus procedimientos de seguimiento y control de las ayudas públicas.

La Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) ha observado que la concesión de ayudas ilegales pasa cada vez menos desapercibida, ya que «cualquier empresa o particular puede denunciar una ayuda del Estado ante la Comisión Europea de manera prácticamente anónima y sin incurrir en coste». Sin embargo, siendo esto así, no es menos cierto que, según señala el Círculo de Empresarios, la situación actual no es del todo satisfactoria, ya que las ayudas y ventajas que concede el Estado o las Comunidades Autónomas «son controladas por la Comisión Europea sólo en el caso de que afecten a los intercambios entre los Estados miembros de la UE». Estas ayudas y ventajas concedidas por las Comunidades Autónomas no quedan sujetas al control de la UE si no afectan al comercio intracomunitario, pudiendo, sin embargo, «dar lugar a considerables distorsiones de la competencia en el mercado nacional».

La regulación que se propone en el Anteproyecto resolverá, de una vez por todas, esta paradójica situación y hará de España uno de los países más transparentes de la Unión Europea en todo lo relativo al otorgamiento de ayudas públicas. Por lo demás, parece oportuno indicar aquí que —según señalan los despachos de CUATRECASAS, GARRIGUES, GÓMEZ-ACEBO Y POMBO y otros— una vez aprobada la Ley, la CNC «tendrá la legitimación necesaria para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos o normas adoptados por otros órganos de la Administración central o territorial que ocasionen restricciones sustanciales a la competencia».

Una antigua aspiración del ICO ha sido, y es, la de tener un conocimiento completo, sistemático y permanente de todo lo relacionado con las ayudas financieras públicas. Es decir, saber con exactitud a cuánto ascienden sus importes y qué administraciones los satisfacen, cuál es el flujo anual y el saldo vivo de los recursos a que aquéllas se refieren, qué entidades proporcionan estos fondos, y a qué sectores y clase de beneficiarios se dirigen.

El acceso a esta información, que, hoy por hoy, sólo puede obtenerse tras una ardua búsqueda, se convertirá en materia de dominio público

tan pronto como la CNC comience a elaborar sus informes anuales. A mi modo de entender, este acontecimiento va a favorecer, y mucho, la racionalización del otorgamiento de ayudas. Y ello, entre otras razones, porque permitirá comprobar que no están produciendo distorsiones de la competencia en el mercado nacional y, si así fuera, porque la CNC podrá instar inmediatamente a las Administraciones concernidas a modificar o suprimir las causas que las provocan. Servirá también para mejorar la eficacia del sistema de ayudas, dirigiéndolas hacia las actividades que, acreditando suficientes méritos para recibirlas, no estén debidamente atendidas o interrumpiéndolas o reduciéndolas cuando se revelen innecesarias o redundantes.

Se ha dicho antes, pero quiero insistir, que, para el Instituto, el conocimiento cabal de todo lo relacionado con las ayudas financieras que se conceden en nuestro país es una cuestión primordial. Por una parte, porque así podrá saber cuál es, exactamente, el peso de su actividad en este campo. Por otra, porque le permitirá redefinir mejor su papel de prestamista institucional al servicio de la política económica del Gobierno y coordinarlo de forma más eficiente con la actuación de las demás administraciones.

No es esta una simple declaración «pro domo sua». El ICO ocupa una posición destacada, y en ocasiones hegemónica, en la atención financiera a determinados colectivos —por ejemplo, a uno tan relevante como el de las pequeñas y medianas empresas— y, por eso, lo que haga o deje de hacer influye, de una forma u otra, en el funcionamiento de todo el sistema. Especialmente en la parte del mismo que se refiere al suministro de recursos a tipos de interés subvencionado.

Siendo como es una entidad distribuidora de ayudas públicas, el ICO tiene que procurar, forzosamente, que sus operaciones crediticias, además de instrumentarse de la manera más eficaz y con el menor coste para el erario, mantengan, en todo caso, el principio de igualdad de oportunidades para sus beneficiarios potenciales. Todo hace pensar que la Ley de Defensa de la Competencia, que presumiblemente entrará en vigor a comienzos de 2007, contribuirá decisivamente a que las cosas sucedan de este modo.

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ

Presidente del Instituto de Crédito Oficial (ICO)