

**LIBERTAD
DE
EMPRESA
(artículo 38 CE)
Y LOS MECANISMOS DE LA
DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Mariana Paula Baquero Maiz

Grado en Derecho

Convocatoria de julio 2016

**Director: Antonio Domínguez Vila (área de Derecho
Constitucional)**

INDICE

EL DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS MECANISMOS DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. Introducción

II. La Libertad de Empresa en la CE.

- A) El artículo 38 y 33 CE
- B) Los artículos 128, 130 y 131 CE
- C) Modelo económico de la Constitución Española
- D) Jurisprudencia del TC

III. La Defensa de la Competencia

- 1. El Derecho Comunitario
 - A) Organización del Derecho de la Competencia
 - B) Tratados, Reglamentos y Directivas

- 2. El Derecho interno español
 - A) La Ley de Defensa de la Competencia
 - B) Los Órganos ejecutivos en la defensa de la competencia
 - La CNMC
 - C) Mecanismos de cooperación entre las autoridades
 - D) Ley de la Unidad de Mercado

IV. Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno español

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa es un derecho fundamental recogido en el art. 38 de la Constitución Española. Este derecho se enfrenta a numerosos límites, así como: los artículos 128, 130, 131 y 53 de dicha norma suprema. Ahora bien, ¿realmente vivimos en una sociedad donde predomina tal derecho? Después de la lectura del trabajo conoceremos y tendremos una opinión propia al respecto.

Ahora bien, la libertad de empresa no es posible por sí sola, por lo que es necesario el estudio de la defensa de la competencia. Esta será estudiada en el mercado interior español y a nivel comunitario; así como su normativa, los órganos competentes y las relaciones entre estos, y las conductas consideradas prohibidas.

ENGLISH:

The law of freedom enterprise is a fundamental law enshrined in art. 38 of the Spanish Constitution. This law have many limits, as well as Articles 128, 130, 131 and 53 of our supreme law. Now, do you think that we live in a society where promote this law? After reading the work we will know and will have own opinion about it.

Now, the law of freedom enterprise is not possible alone, so the study of competition is necessary. This will be studied in the Spanish domestic market and the Community law; just as their governing regulations, the competent agents and the relationships between them, and behaviours that are prohibited.

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CE.

A) El artículo 38 y 33 de la Constitución Española.

- El artículo 38 de la CE.

El artículo 38 de la Constitución Española de 1978 ha sido el resultado de un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas¹. Detrás de los grandes debates y conflictos surgidos por el contenido del precepto, nos encontramos con el Anteproyecto de la CE, que en su art. 32 expresaba que:

- << 1. Se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada. La ley regulará su ejercicio de acuerdo con los intereses económicos generales.*
- 2. El empresario tiene derecho a establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad y a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de estos derechos pueda establecer la ley>>.*

Como podemos observar, el Anteproyecto no hace referencia a temas relevantes, ya que al hablar de la libertad económica solo hace alusión al sector privado; no hay subdivisión alguna en cuanto al régimen de protección de los distintos derechos y libertades; no se expresa respecto a la “economía de mercado”, sino únicamente de forma amplia a “los intereses económicos generales”. Todo ello sin contener regulación referente a las condiciones de empleo (derecho del empresario), el tema de la productividad y la adopción de medidas de conflicto colectivo.

Frente a este Anteproyecto, hubo numerosas enmiendas solicitando que se recoja el concepto de “economía social de mercado”, pero el texto aprobado posteriormente, actualmente vigente en nuestra Constitución dice:

<< 1. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación>>

¹ Martín- Retortillo Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Editorial “La Ley”. Página 157.

² Martín- Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo I. Editorial “La ley”. Página 84.

El cambio es abismal, se recoge la mención de la “economía de mercado”. Hay un cierto énfasis a los Poderes Públicos para que garanticen y protejan el derecho a la libertad de empresa y para la defensa de la productividad. Además, el primero hacía referencia de forma amplia a los intereses económicos generales, mientras que ahora se precisa algo al recoger “las exigencias de la economía general”, y la planificación.

Centrándose en nuestra actual legislación, este derecho de la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, posee una gran indeterminación en cuanto a su contenido, que analizaremos posteriormente. Pero lo que sí podemos concluir con seguridad es que nuestra Constitución Española, se apoya básicamente en lo que se conoce como “economía de mercado”².

Esta indeterminación se debe al gran debate doctrinal, ya que ¿es la libertad de empresa un derecho fundamental? Desde el punto de vista de MARTÍN RETORTILLO³, el art. 38 CE supone una situación subjetiva cuya tutela va mucho más allá de la que puede ofrecer la legislación ordinaria; es un derecho constitucionalmente garantizado, su violación puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad, y su tutela es análoga a la que ofrecen todos los derechos y libertades de la Sección 2º del Capítulo II del Título I de la CE.

El mismo juicio le merece a ARAGÓN REYES⁴, ya que afirma que la libertad de empresa es un derecho fundamental con su doble dimensión objetiva y subjetiva, configurando el orden constitucional económico de la CE, dado que tiene un contenido esencial garantizado frente al legislador. Esta misma teoría es compartida por TORNOS MÁZ⁵, y se encuentra expresa en **la STC 46/1983, de 27 de mayo**.

El hecho de que su ejercicio no esté reservado a una ley orgánica ni protegido por el recurso de amparo, al estar situado el art. 38 en la Sección 2º y no en la Sección 1º, no significa que deje de ser derecho fundamental, cualidad que tienen todos los derechos del Capítulo II.

Por tanto, se llega a conclusión, que la libertad de empresa⁶ en su vertiente institucional garantiza el derecho objetivo a la libertad de empresa como regla para el

² Martín- Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo I. Editorial “La ley”. Página 84.

³ Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Página 89.

⁴ Citado por Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial: Marcial Pons. Página 91.

⁵ Citado por Martín- Retortillo Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Editorial “La Ley”. Página 160

⁶ Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo (parte especial). Editorial Kronos. Página 454.

mantenimiento del sistema económico. Y en su vertiente individual, los particulares pueden oponer al legislador su derecho subjetivo a la libertad de empresa, gozando de la protección ante los Tribunales por el procedimiento ordinario frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos, no siendo susceptible de protección ni mediante el procedimiento preferente y sumario, ni mediante el recurso de amparo por lo explicado.

Para concluir, debemos saber que la libertad de empresa tiene como límite el art. 10 CE, es decir, no debe vulnerar los demás derechos. Además, se le suma el art. 53.1 CE también limitativo, ya que la regulación de su ejercicio solo puede llevarse a cabo por ley y siempre respetando el contenido esencial del derecho a la libertad económica, no pudiendo intervenir por lo tanto los Poderes Públicos en este núcleo sin que exista esta “reserva de ley”. Todo ello, junto con los arts. 128 y 130 CE, analizados en próximos apartado.

Ahora bien, ¿qué se entiende por contenido esencial? Existe una **STC 11/1981, de 8 de abril**, que expresa:

<< Se entiende por contenido esencial, aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también, aquella parte del contenido que es necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga. >>

Además, existe una doctrina relevante en cuanto a este contenido, que es la de GÓMEZ BARAHONA⁷ que comparte con A. ROJO⁸, tras el análisis de esta sentencia. Estos autores defienden que se trata de: la libertad de acceso al mercado, esto implica que cualquier agente económico, público o privado, puede en condiciones de igualdad, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, mediante la creación de empresas y adquisición de éstas ya existentes, por lo tanto se proyecta sobre todos los sectores económicos salvo la excepción de los sectores reservados al sector público por el art. 128 CE, lo que supone que cualquier persona puede crear empresas en el sector económico.

⁷ Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Página 90

⁸ Citado por Martín- Retortillo Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Editorial “La Ley”. Página 168.

Por otra parte, supone la libertad de ejercicio o permanencia de la empresa en el mercado, que significa que los empresarios tienen libertad para decidir sobre la organización interna y externa de su empresa, así como sobre el modo de realización de su actividad económica, si bien respetando en cualquier caso, la ordenación económica. Esta gestión empresarial se encuentra con dos límites fundamentales: la participación de los trabajadores en la misma (art. 129.2 CE) y la posibilidad de que el Estado lleve a cabo, por razones de interés general, la intervención de empresas (art. 128.2 CE). En cuanto al art. 129.2 CE no se considera un verdadero límite en la gestión, sino que son mandatos al legislador o directrices, que tienen que ser tomadas en cuenta por los poderes públicos al diseñar y llevar a cabo su política económica. Sin embargo, el art. 128.2 CE sí constituye un límite, el cual analizaremos.

Por último, nos encontramos con la libertad de cesación o de salida en el mercado, que supone el derecho del empresario a dejar de desarrollar la actividad empresarial que llevaba a cabo en cualquier momento.

- **El artículo 33 CE**

Analizado el derecho de la libertad de empresa, nos encontramos con uno de los límites de este derecho, recogido en el art. 33 CE, y es que, no podemos partir de una sociedad donde predomina la libertad de empresa, sin el derecho a la propiedad privada. El artículo expresa:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*

Frente a este derecho, surge la doctrina expuesta y defendida por MILTON FRIEDMAN⁹, que considera que el derecho de propiedad y la libertad de empresa son pilares básicos para obtener una sociedad libre económicamente, tal y como expresa <<la libertad económica es una parte importante de la libertad total>>.

⁹ Citado por Gaspar Ariño. Economía y Estado (crisis y reforma del sector público). Editorial: Marcial Pons. Página 99.

En primer lugar, hay que precisar que el art. 33 CE ¹⁰ no figura en los preceptos que recogen los derechos fundamentales (Art. 14-30 CE), pero sin embargo, es considerado como tal por **la STC 204/2004, de 18 de diciembre**.

Esto implica, según lo expresado en **la STC 67/1988, de 18 de abril**, que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 de la CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho, y sus garantías.

Y es que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, en atención a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

En cuanto al segundo apartado, tal y como establece **la STC 37/1987, del 26 de marzo**, el contenido esencial de la propiedad privada no puede verse únicamente desde la perspectiva individual, sino que debe incluir la necesaria referencia a la “función social”, entendida como parte integrante del mismo derecho. Como expresa BRAGE CAMAZANO¹¹, la función social opera como límite explícito de contenido material del derecho de propiedad, lo que supone que no pueden existir otras limitaciones, fuera de los casos expropiatorios. Además, según el art. 53.1 CE la regulación del derecho de propiedad está sometida a la reserva de ley, suponiendo la expresión “de acuerdo con las leyes”, una flexibilización de esa reserva, siendo así posible un espacio para el poder reglamentario.

Finalmente, el tercer apartado, expresa el fenómeno de la “expropiación”, constituyendo una de las máximas garantías del derecho de la propiedad. La expropiación, tal y como expresa **la STC 301/1993, de 21 de octubre**; y **la STC 48/2005, de 3 de marzo**, se debe entender como la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. Así la institución de la expropiación forzosa supone “un sistema de garantías”, tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público fundamentadas en

¹⁰ Revista de Seminarios de Estudios de los Tribunales Constitucionales. La propiedad en la jurisprudencia del TC. Requejo Pagés, Juan Luis.

¹¹ Francisca López Quetglas. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). Anuario Jurídico y Económico (2006).

apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la CE que tales privaciones de bienes o derechos se realicen cuando concurra causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización.

B) El art. 128, 130 y 131 de la CE

Una vez ya conocemos el significado de la libertad de empresa, es necesario profundizar en los límites respecto a esta, regulados en el art. 128, 130, 131 y 53 CE.

- El artículo 128 CE

En primer lugar, el art. 128 CE explica la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, pero no excluyendo al sector privado en cuanto a ellos, simplemente “permitiéndolo”, haciendo posible un sistema de economía social de mercado en régimen de igualdad. Este artículo expresa:

<<1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos y servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general >>.

A continuación, comenzaremos analizando dicho artículo. El apartado primero¹² se expresa de forma general, pero no por ello deja de ser de obligado cumplimiento. En éste, los Poderes públicos expresan habilitación constitucional para ordenar toda la riqueza del país, no habiendo exclusión de ningún tipo, riqueza tanto pública como privada.

En cuanto al segundo párrafo narrado en el artículo, de la “*intervención del sector público*”, sí que ha causado problemas, al igual que “*la reserva*”. Pero se considera que su uso es legítimo, constitucionalmente hablando, teniendo que justificarse la necesidad de intervención para asegurar el interés general. Aún así, se entiende tal prerrogativa con carácter restrictivo, siendo una excepción al principio de libertad de empresa.

¹² Martín Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Página 94.

En cuanto a la “reserva” , la posición doctrinal que adopta ARIÑO¹³, expresa que el art. 128.2 ofrece la posibilidad de ejercitar la reserva, pero no la impone, y ha de justificarse su necesidad, motivarse debidamente, teniendo carácter excepcional. Y según defiende GIMENO FELIÚ¹⁴, la técnica del servicio público es el instrumento de la reserva, por lo que este precepto es el que ofrece adopción a la concepción tradicional del servicio público, que sería el instrumento del servicio esencial.

La posición del TC, es la de admitir sin más la existencia de servicios públicos operantes sobre el mercado como técnica sustitutiva del mismo, pero sin que de ahí pueda afirmarse que es la única técnica para lograr la reserva de un recurso o servicio.

Y es que, por lo expresado en dicho artículo, si se mantienen regulaciones que atribuyen posiciones privilegiadas a las empresas públicas en un sector económico, será imposible que en dicho sector se constituya un mercado competitivo por falta de operadores suficientes. Ahora, como la libertad de empresa tiene que desarrollarse en el marco de la economía de mercado y en igualdad de condiciones con las empresas públicas, salvo que las leyes reserven expresamente al sector público servicios o sectores completos, los mercados correspondientes tendrán que ser abiertos mediante procesos de privatización que den entrada a la competencia igualitaria de las empresas privadas.

Además de lo explicado, hay que hacer constar que el hecho de que un recurso, actividad o servicio pueda tener el carácter de esencial, no significa que tenga que ser necesariamente reservado al sector público, actuando únicamente el sector privado en la gestión indirecta de los mismos. Esta reserva no se producirá cuando la actividad o servicio sin constituir monopolio, sea correctamente explotada por el sector privado en régimen de mercado, y en dicho resultado será difícil de justificar el interés general.

Y también, el mero hecho de la existencia de monopolio en la actividad o servicio, no es causa suficiente para declarar la reserva, sino que aquél requiere previamente la calificación como esencial del recurso o servicio, nunca pudiéndose usar de primera mano el mecanismo de las reservas al sector público, ya que ambos ostentan posición de igualdad.

¹³ Citado por Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Pagina 104.

¹⁴ Citado por Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Pagina 105.

Para concluir con la interpretación de este artículo, hay que precisar que estas reservas suponen una negación radical de la libertad de emprender, y por ello solo es aplicable en los casos previstos en la CE, siendo necesario precisar los presupuestos de legitimación de tales reservas, haciendo referencia a “el carácter esencial de los recursos y servicios” y “la globalidad de la reserva”. El primero ya ha sido explicado por **la STC 11/1981, de 8 de abril** en el apartado anterior; y en cuanto al segundo, BERMEJO VERA¹⁵, considera que es posible la reserva de fases aisladas de determinadas actividades económicas, siempre y cuando tengan cierta independencia entre ellas.

El tema referido a la reserva de ley, tiene una gran relevancia frente a este derecho, y es que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, sólo puede regularse por ley, pero con una puntualización, porque ¿se requiere que las cuestiones o materias reguladas a las que se refiere el artículo sean ordenadas por una “Ley”, o basta que lo sean “en base a una ley”? La respuesta a esta pregunta es bastante compleja, ya que es necesario diferenciar las actuaciones del art. 53 CE, que deben hacerse “por ley”, y las de los arts. 128 y 130 CE, que deben hacerse “mediante ley”.

Respecto al **art. 53 CE**, es necesaria la habilitación legal para la actuación de la Administración, tal y como se puede observar en el artículo:

<< Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).>>

Este precepto es el que determina el alcance del art. 38. No se trata de un supuesto de *reserva absoluta*, en el que se excluye cualquier tipo de ordenación reglamentaria; tampoco es de *reserva relativa*, en el que la ley tan solo establece la habilitación para actuar y las directrices generales. Este artículo se refiere a que la ley además de establecer la habilitación para la posterior actuación administrativa, debe contener la ordenación sustantiva sobre el ejercicio de esos derechos y libertades, asignando a normas subordinadas la regulación de aspectos instrumentales.

¹⁵ Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo (parte especial). Editorial Kronos. Página 470.

En cuanto a la actuación administrativa, se hace referencia a **la STC 83/1984, de 24 de julio**¹⁶, *“el principio no excluye ciertamente la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no subordinada a la ley”*. Por tanto, se produce la nulidad de las normas reglamentarias que carezcan de la habilitación legal.

La normativa reglamentaria es indispensable para regular el ámbito de la Administración económica. Y es que, ¿cabe la posibilidad de que la Administración lleve a cabo la actividad económica de un determinado sector? Este tema lo aborda especialmente los llamados “reglamentos independientes”. La tesis favorable de estos, considera que las materias que la Constitución no reserva expresamente a alguna ley, puede reglamentarlas la Administración aunque no haya una ley habilitadora al respecto. Pero, desde el punto de vista constitucional, la aplicación de este tipo de reglamentos es inconstitucional ya que **la STC de 83/1984, de 24 de julio** nombrada anteriormente, considera que *“... el principio de legalidad impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal”*.

En conclusión, los arts. 38 y 128 de la CE no se tienen que aplicar de forma de independiente, sino como dice ARIÑO¹⁷, se deben asumir de forma conjunta el contenido de estos, sin prevalencia de uno sobre otro. Al igual que ocurre con la regulación de los servicios y recursos esenciales de forma igualitaria entre el sector público y privado.

- **El artículo 130 CE**

Por otra parte, respecto al art. 130 CE que expresa:

1. *Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.*
2. *Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.”*

¹⁶ Martín- Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Editorial “La Ley”.
Página 161.

¹⁷ Citado por Martín- Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo Económico I. Editorial “La Ley”. Página 101.

La integración de este artículo en nuestra norma suprema, se debe a que las constituciones europeas creadas después de la II Guerra Mundial, incluidas en el marco del Estado de Bienestar, consideran que es necesario incluir los principios fundamentales que rigen el sistema económico, en ésta. Además, en la CE caben distintas opciones políticas en materia económica, dentro de la economía de mercado y respetando el resto de preceptos, siempre y cuando se permita la intervención del Estado en la Economía.

Por lo tanto, se llega a la idea de que el art. 130 CE es una manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho, y es reflejo de una de las funciones básicas de éste para equiparar el nivel de vida de todos los españoles, con un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y todo ello con la correspondiente modernización de los sectores de la economía, todo ellos para la consecución de una sociedad democrática avanzada.

- **El artículo 131 CE**

Este artículo recoge explícitamente los fines que en concreto deben seguirse con la planificación económica, tal y como se puede observar en el mismo:

“1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.”

El objeto de la planificación es la “actividad económica general”¹⁸ en su conjunto. Esto conlleva la potestad de dirigir todo el proceso económico globalmente, pero la planificación no tiene por que ser “total”, sino puede dirigirse a un determinado sector económico, tal y como señala **la STC 76/1983, de 5 de agosto**. Tal y como

¹⁸ Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo (parte especial). Editorial Kronos. Página 461.

señala DE JUAN¹⁹, lo que pretende evitarse con ello, es que los poderes públicos utilicen la técnica planificadora para entrometerse en la gestión particular de las empresas.

Este artículo fue sin duda, uno de los más debatidos en la elaboración de la Constitución. Por tanto, es necesario hacer constar tres cuestiones²⁰:

- El art. 131 CE se refiere únicamente a la planificación económica a realizar por el Estado. La instrumentación que se establece “mediante ley” (ley de las Cortes Generales) excluye su posible formalización a través de Decretos- leyes y de Decretos-legislativos.
- Las posibilidades del art. 131 CE, no excluyen que otros Poderes Públicos puedan también llevar a cabo la planificación de su actividad económica, dentro de los límites de su competencia.
- Se hace referencia a la planificación de la actividad económica general por parte del Estado, mediante ley. Esto no implica la exclusión de la posible planificación que puedan realizar el Gobierno o la Administración del Estado; ni la que pueda ser aprobada por las Cortes Generales, incluso mediante ley, pero que esté referida a objeto distinto a la actividad económica general; ni tampoco que las propias Cortes Generales, o alguna de sus Cámaras puedan sancionar mediante instrumentos distintos a los legislativos.

Tal y como asegura GARCÍA PELAYO²¹, sin la planificación los poderes públicos no podrán promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica; además, tampoco sería posible atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos.

Por lo tanto, con la actividad planificadora se persigue²² una racionalización y coordinación del proceso macroeconómico para promover un desarrollo económico equilibrado y distribuido adecuadamente, siendo además, un instrumento de control del

¹⁹ Citado por Juan Asenjo. La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales. Página 207.

²⁰ Martín- Retortillo, Sebastián. Derecho Administrativo I. Editorial “La Ley”. Página 365.

²¹ Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo (parte especial). Editorial Kronos. Página 462

²² Juan Asenjo. La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales. Página 217.

poder económico de los agentes que intervienen en la economía, sean estos públicos o privados.

C) Modelo Económico de la Constitución Española

Los fines u objetivos del orden económico a nivel estatal, son: la garantía para la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo; la promoción del progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; la inclusión del progreso de la economía entre las tareas del Estado social; y la atribución al Estado de un papel activo en la economía, comprensivo de la prevención de los riesgos de perturbación o impedimento del progreso, así como de corrección o superación de las consecuencias de tales riesgos²³.

Por tanto, se cuestiona: ¿es posible una Constitución Económica Española?. Se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden de la Constitución, y por encima de todo se quiere garantizar una “sociedad libre”, a través del principio esencial de “la libertad”²⁴.

Para que exista una sociedad libre es necesario, una Constitución democrática, es decir, que los gobernados puedan decidir expulsar a los gobernantes políticos de sus mandatos de forma pacífica cada cierto período de tiempo, garantizando además la “división de poderes”; el reconocimiento de los derechos fundamentales o derechos humanos anteriores al Estado y la ley; la existencia de Tribunales independientes para que los derechos fundamentales puedan ser efectivos y estén garantizados; y una economía abierta y competitiva, para que haya una Constitución democrática y los derechos fundamentales sean reales y aplicable.

Lo que ocurre es que todo esto conlleva una cadena, porque una economía abierta y competitiva no es tarea fácil. Es necesario cumplir con varios elementos, como el reconocimiento del derecho a la propiedad y el derecho a la herencia como títulos esenciales de la acción económica individual; y el mercado libre y abierto con sus respectivas libertades como la de empresa, la sindical, la libre transacción económica, y la regulación del mercado, dirigida única y exclusivamente a asegurar su normal funcionamiento y a proteger la salud y buena fe a sus protagonistas.

²³ Parejo Alfonso, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo (orden económico y sectores de referencia). Editorial: Tirant lo Blanch. Página 25.

²⁴ Gaspar Ariño. Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público).

Volviendo a la idea de desarrollar el posible modelo económico de la CE, existen dos maneras de aproximarse. Una primera, consiste en agrupar los materiales normativos que va ofreciendo el texto constitucional en una determinada línea ideológica, y extraer las consecuencias que se quieran obtener desde el principio.

La segunda idea sería intentar construir un sistema que procure ofrecer coherencia, aunque sea eliminando las discrepancias que puede provocar la lectura del texto constitucional.

Ambas posturas son compatibles con la Constitución Española, ya que ésta es tiene naturaleza “mixta” por la intervención de los Poderes Públicos”. Y es que en el momento en que se redactaba dicho texto, las distintas fuerzas políticas aportaban su visión con ánimo de consenso del que cabe obtener distintas interpretaciones jurídicas. Este consenso ha hecho de nuestra CE, una norma suprema que posee distintas opciones ideológicas y diversas fuerzas políticas. Frente a ello, el TC ha expresado en **la STC 4/1981, de 2 de febrero**, que “nuestra Constitución contiene un sistema de pluralismo político, y la función del TC es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse las distintas opciones políticas libremente”.

Entonces, ¿esas distintas opciones en aras del consenso han de remitir a un modelo mixto? Para MÚJICA HERZOG²⁵, entiende que una cosa es la técnica del consenso como instrumento de negociación política, y otra es que sea un método de interpretación jurídica sea permanente, llegando a un acuerdo que satisfaga a todos. Sería aún peor, que el método de interpretación viable de la Constitución, se encuentra en un punto intermedio.

Y es que, si caben dos interpretaciones distintas, no existiría un modelo económico de la Constitución, sino dos como mínimo. Pero si se parte de la base de que existe un modelo ambiguo, se concluiría que no existe ninguna vinculación concreta de la CE, es decir, desvinculación respecto a un conjunto de normas en las que corresponde al legislador ordinario conseguir los resultados concretos con su acción legislativa.

Frente a ello, existe **la STC 37/1981, de 16 de diciembre**, que expresa que “la norma del art. 38 CE y la referencia a la libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado, permite un sistema económico de economía plenamente liberal”. Esta tesis es también defendida por GARCÍA PELAYO, que señalaba que nuestra Constitución es neutral.

²⁵ Cifrado por Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Pagina 78.

Por otra parte, hay diversas opiniones en cuanto a este tema, como ocurre con el profesor BASSOLS COMA²⁶, que afirma que en nuestra Constitución, dada la neutralidad, es admisible cualquier sistema económico. Con esto quiere decir que los preceptos constitucionales en el orden económico deben concebirse como cláusulas abiertas y flexibles que son actualizadas por el legislador, responsable de la gestión de la política económica. Por lo tanto, su doctrina va mucho más allá de un sistema “flexible” o “neutral”, tal y como afirma ARIÑO.

Siguiendo la posición doctrinal de GARCIA PELAYO²⁷, si se sigue la opción de entender que la CE es una norma jurídica, y no solo un conjunto de valores; la conclusión que se obtiene es que en el art. 38, no se establece un mero modelo, sino un derecho ejercitable por los titulares del mismo, que son todos los ciudadanos al tratarse de un derecho subjetivo.

Una vez explicado, cual es el modelo económico de nuestra Constitución Española, hay que saber que una de las manifestaciones de todas y cada una de las “constituciones económicas” es el principio de “unidad de mercado” reconocido implícitamente por el art. 139.2 CE al disponer que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Y es que la libertad de empresa otorga una autonomía a cada empresa para decidir sobre sus objetivos y actuación, no se opone al sector público, sino que radica en la autonomía de decisión, por lo que la empresa pública no atenta al principio de libertad.

Por otra parte, la economía de mercado puede ser una economía libre, social y dirigida de mercado. Frente a estos dos conceptos en los que se basa el modelo económico constitucional, cabe cualquier medida u ordenación económica. Y como dice GARCÍA PELAYO²⁸: *“si se llega a la conclusión de que en la Constitución cabe todo, la habremos vaciado de toda virtualidad normativa, y dejará de ser una guía de convivencia para convertirse en una caja de sorpresas de donde cada uno saque lo que más le interesa”*.

²⁶ Citado por Bermejo Vera, José. Derecho Administrativo (parte especial). Editorial: Kronos. Página 439.

²⁷ Citado por Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Página 82.

²⁸ Citado por Gaspar Ariño. Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público). Página 109.

Entonces es normal que después de lo explicado hasta ahora surja un interrogante, tal y como se cuestiona GARCÍA PELAYO²⁹, porque ¿vivimos en una sociedad con una economía social condicionada por intervención del Estado? Así es, otorgando dicha economía una gran contradicción en sí misma, porque esta modalidad no se orienta a mejorar el mercado, sino a sustituirlo por la intervención coactiva sobre los precios, salario... Condicionando a las empresas en la toma de decisiones, por lo que tanto carece del término “democrático”. Por lo tanto, no puede ser una economía dirigida a la misma vez que hablamos de economía de mercado libre, ya que la de mercado implica libertad y no control por el poder público, en el que las decisiones se toman según convengan en cuanto a la oferta y la demanda. Y por supuesto, hasta ahora no se ha demostrado la compatibilidad de ambas economías (economía dirigida y economía de mercado).

En nuestra Constitución económica, no existe un modelo económico rígido y estricto. El principio esencial del modelo, consiste en la libre y real competencia económica que el Estado tiene el deber de garantizar. Y por último, la posibilidad de establecer monopolios estatales, y por tanto, la eliminación de la libertad de empresa y de toda competencia, se trata de un supuesto excepcional que solo se puede realizar por el art. 128.2 CE en caso de “recursos y servicios esenciales”.

Además, existe otra cuestión planteada por GARCÍA PELAYO, y es que afirma que la posibilidad del control de la economía por el Tribunal Constitucional en base al art. 38, es un auténtico error. Se dice que es posible el control de la “iniciativa pública” en base “al límite del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa en la economía de mercado”, aquella no puede alterar esencialmente el carácter competencial o de mercado de dicho sector.

Ahora bien, existen unos límites constitucionales de las decisiones privatizadoras, para hacer frente a problemas frecuentes tales como: el saber si la Constitución atribuye necesariamente al Estado funciones que no pueden entregarse a la iniciativa privada; el reparto de atribuciones entre los diferentes poderes territoriales; y la legitimidad de que las operaciones de privatización vengán acompañadas de reservas a la Administración del Estado.

En cuanto a la primera cuestión, se ha podido elaborar una distinción entre los servicios “exigidos por la Constitución” y “los regulados en la legislación ordinaria o

²⁹ Citado por Gaspar Ariño. Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público). Página 111.

por decisiones de la Administración”. Los primeros no pueden ser encomendados al sector privado, y los segundos son privatizables sin ocasionar ningún problema.

FAVOREU y PHILIP³⁰, han propuesto un criterio general de distinción para solucionar algunos inconvenientes. Consiste en considerar que algunos servicios públicos no están en competencia con el sector privado, son los servicios que ejercen “funciones de soberanía”. En estos casos la prohibición de privatización se conecta con la exigencia constitucional de que exista un “nivel mínimo de servicio público”, de modo que todos los ciudadanos pueden beneficiarse (igual ocurre con los servicios sanitarios y educativos). Frente a estas prestaciones se encuentran las competencias del sector privado que sería este el ámbito propio de la privatización.

Frente a la segunda cuestión, trata sobre las competencias que pertenecen a un poder territorial distinto del que adopta la decisión, como por ejemplo, que las decisiones estatales o autonómicas incluyan en su iniciativa privada servicios que corresponden a la Administración municipal. Ahora bien, una de las fórmulas que usa la CE para repartir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es atribuir al Estado los servicios que sean de interés general, y a las Comunidades Autónomas las mismas infraestructuras y servicios cuando aquella circunstancia no se dé.

Finalmente, abordando la tercera y última cuestión, cuando el Estado tiene la propiedad de empresas cuyo objeto y actividad tengan carácter público, tiene la garantía suficiente de que el interés está protegido.

A modo introductorio del siguiente tema a tratar, es necesario tener claro que el contenido del art. 38 CE expresa “la libertad de empresa”, y en relación con el art. 128, 130 y 131 CE se vienen a establecer los límites dentro de los que se tienen que mover los poderes públicos al adoptar medidas que puedan incidir sobre el sistema económico de nuestra sociedad. En resumen, para que se pueda llevar a cabo el derecho a la libertad de empresa sin ningún tipo de vulneración, se ha creado la aplicación de la competencia en el mercado único, que analizaremos con precisión a continuación.

³⁰ Citados por Gaspar Ariño. Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público). Editorial Marcial Pons.

D) Jurisprudencia del TC

Siguiendo la tesis de MILTON FRIEDAM³¹ explicada anteriormente, el derecho de la propiedad y la libertad de empresa son pilares básicos para obtener una sociedad libre económicamente, y frente a ello existe una **STC 49/1988 del TC, Pleno de 22 de marzo de 1988**. Con lo cual, cabe concluir que la base del derecho a la libertad de empresa, es el derecho a la propiedad privada.

En resumen, esta sentencia nos vincula tras analizar tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las Normas Básicas de las Cajas de Ahorro, y establece que el contenido esencial de la libertad de empresa no es un derecho que se manifiesta solo en el tráfico jurídico y económico, sino que comprende la titularidad del poder de auto-organización y decisión. A pesar de ello, existe un voto particular que discrepa en esta sentencia, la cual excluye de la aplicación de este criterio a las Cajas de Ahorro, ya que por su naturaleza carece de propietarios. Por lo tanto, la libertad de empresa y la propiedad privada son conceptos que se exigen mutuamente.

Por otra parte, tras explicarse los límites y principios que rigen en la libertad de empresa de la CE, así como: la consagración de la libertad de empresa en la misma junto con el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica del art. 128.2; la regulación del art. 53 CE como límite para la intervención de los poderes públicos, ya que se exige respeto en cuanto al contenido esencial de la libertad de empresa; y por último, el tercer grupo de límites es el de mercado, ya que la libertad tratada se encuentra en el marco de “la economía de mercado”³²

Resulta relevante analizar una sentencia referente al último límite, es decir, el de mercado. Esta es la **STS 88/1986 de 1 de julio**, y expresa que las reglas de mercado están contenidas en normas legales como la Ley de Defensa de la Competencia (tratada posteriormente); pero su definición no depende de la libertad absoluta del legislador, ya que prima según el TC, en la referencia de la “económica de mercado”, el “carácter de garantía institucional”, lo que conlleva a que, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa, es también el parámetro dentro del que han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema

³¹ Citado por Gaspar Ariño. Economía y Estado (crisis y reforma del sector público). Editorial: Marcial Pons. Página 99

³² Cosculluela Montaner, Luis. Libro Homenaje al Prof. DR. D. Sebastián Martín- Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico. Página 145

económico de nuestra sociedad. Esto se debe, no solo porque el concepto de economía de mercado remita a un conjunto de valores de comportamientos identificables, sino porque el Derecho comunitario (cuyos criterios en este punto se imponen al legislador interno) ha definido reglas en cuanto al mercado interior, como la competencia libre.

III. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. EL DERECHO COMUNITARIO

A) Organización del Derecho de la Competencia.

La competencia en el mercado, consiste en el empeño de las empresas para obtener privilegios con la mejora de las ofertas que plantean a sus clientes en el mercado. Al encontrarnos en un mercado competitivo, los consumidores tratan de encontrar los productos que mejor satisfagan sus necesidades, con la mejor calidad y precio, tratando los proveedores de atender las demandas de la mejor forma posible, actuando ambos de forma independiente³³.

La competencia perfecta, es por lo tanto, un modelo económico que tiene lugar cuando: hay un gran número de compradores y vendedores; los productos son homogéneos para que puedan acceder a ellos los consumidores; que no existan barreras de entrada para las empresas en cuanto al sector económico; y que el mercado sea transparente, para facilitar la toma de decisiones de los consumidores.

El derecho comunitario de la competencia tiene sus orígenes en el derecho “antitrust” de los EEUU, pero la política de competencia europea se empezó a regir por objetivos políticos que provocaron su separación respecto al derecho estadounidense. Esto se explica respecto a las diversas formas de ver el mercado. Mientras que el sistema “antitrust” de EEUU protegía el libre juego de un mercado ya existente (posibles monopolios, cárteles u otras restricciones), la dinámica de la UE se basaba en crear un *mercado libre común*. Esto se reflejaba en la presencia de fuertes barreras en muchos mercados por parte de cada uno de los Estados de aquella Comunidad. Y es que la creación de un sistema “antitrust” efectiva conlleva la pre-existencia de un verdadero

³³ Bello Martín- Crespo María Pilar y Hernández Rodríguez Francisco. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial Thomson, Aranzadi. Página 39.

mercado común, cosa con la que no contaba nuestra UE, ya que la creación del mercado y la regulación de su competencia fueron creados casi al mismo tiempo³⁴.

Centrándonos en la política de la competencia de la UE, ésta fue creada a través de Tratado de Roma de 1957, cuyo objetivo era crear normas de competencia para que el mercado funcione adecuadamente compitiendo las empresas entre sí de forma equitativa y garantice a los consumidores un sistema de mercado libre, con precios más bajos y mejor calidad.³⁵

En cuanto al órgano administrativo encargado de la defensa de la competencia a nivel comunitario, nos encontramos con la Comisión Europea, máxima autoridad en dicho ámbito.

La **Comisión** es la autoridad administrativa responsable de la aplicación y orientación de la política de competencia de la Comunidad Europea. Por otra parte, actúa con independencia, por lo que se asegura la no intromisión de directrices de los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, es posible la delegación de medidas de gestión o de administración en alguno de sus miembros siempre que respete el principio de responsabilidad. Esto se permite para evitar una pérdida significativa de capacidad de actuación en la Comisión, y además dispone de medidas para conseguir de mayor rapidez a la hora de producirse la delegación, para evitar que tengan que ser adoptadas dichas medidas por el colegio de comisarios³⁶.

Contra las decisiones tomadas por la Comisión Europea, cabe recurso ante el Tribunal de General de la Unión Europea. Posteriormente se pueden recurrir en casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Las sentencias de ambos órganos, tienen carácter vinculante en los Estados miembros.

A continuación, analizaremos los principios generales que hacen posible el derecho de la competencia comunitario, tales como:

- el principio de eficacia directa: significa que las normas de la UE pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante la validez del mismo.

³⁴ Torre Sustaeta, María Victoria. La aplicación del derecho de la competencia en Europa (intereses en juego y vías de tutela). Editorial: Aranzadi. Página 65.

³⁵ Página web de la Comisión Europea- Comprender las políticas de la UE.

³⁶ Cases Pallares, Lluís. Derecho Administrativo de la defensa de la competencia. Editorial: Marcial Pons. Página 74.

Ello tiene como consecuencia la creación de ciertos derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, pudiendo ser invocadas dichas normas ante las autoridades administrativas y judiciales, que tienen que velar por dichos derechos.

- el principio de autonomía institucional y procesal y cooperación leal: el primero explica que si los Estados miembros están obligados a dar plena eficacia a las normas de la UE, tienen derecho a adoptar las medidas necesarias en el respeto a las competencias de las Instituciones nacionales y de los procedimientos administrativos y judiciales en el Derecho nacional. El segundo, por otra parte, faculta e impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la tarea de proporcionar la protección jurídica que se deriva del efecto de las disposiciones del derecho comunitario.
- el principio de tutela judicial efectiva: debido a que las normas comunitarias prevalecen sobre las nacionales, recae sobre los Estados miembros un control jurisdiccional para que se respeten las disposiciones comunitarias. Por tanto, este principio se puede considerar, como resultado de los dos anteriores, como la obligación de los jueces y tribunales nacionales de tutelar los derechos supranacionales, lo que se corresponde con este tercer y último principio.

A continuación abordaremos uno de los aspectos más importante en cuanto a este tema, y esto son las conductas anti-concurrenciales contra la competencia. Estas conductas se encuentran reguladas en los artículos 101 y 102 del Tratado en Funcionamiento de la UE (antiguo art. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) a nivel comunitario, y en el art. 1-11 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) a nivel nacional. Existen dos tipos de conductas: “las colusorias” para la libre competencia del mercado y aquellas que constituyan “abuso de posición de dominio”; y por otro lado, las “conductas de control”, que están destinadas a controlar las concentraciones de empresas y las ayudas públicas. Éstas serán analizadas en

profundidad en el apartado siguiente referente a la legislación española, ya que son las mismas.³⁷

B) Tratados, Reglamentos y Directivas a nivel comunitario

Para concluir con la regulación del derecho de la competencia a nivel comunitario, hay que conocer que el derecho de la UE está integrado por dos tipos de normas jurídicas: normas de derecho originario, que son las normas que teniendo por objeto el régimen jurídico de la competencia en el mercado interior europeo, se encuentran formuladas en los tratados constitutivos de la Comunidad y Unión Europea. Tales normas se encuentran fundamentalmente en el Tratado de Roma, artículos 81 a 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (actual Tratado sobre el Funcionamiento de la UE)³⁸.

Por otra parte, nos encontramos con las normas de derecho derivado, que son todas las que han sido empleadas para la aplicación de las disposiciones originarias, o para ejecutar iniciativas no previstas en los Tratados pero relevadas como necesarias para el alcance de los objetivos de los Tratados. Este tipo de normas son muy abundantes y poseen diversas formas, aunque la gran mayoría adoptan formas de Reglamentos, Directrices o Directivas.

Para abordar el tema del trabajo, nos centraremos en primer lugar, en el Tratado de Lisboa, modificativo del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ya que es el principal respecto a la defensa de la competencia. No por ello menos importante, los dos tratados nombrados que han sido modificados por el mismo, pero que serán analizados en el apartado siguiente junto a las conductas infractoras de la competencia de mercado.

Ahora bien, el Tratado de Lisboa³⁹ fue firmado el 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Su finalidad es hacer más democrática, más eficiente y mejor capacitada a nuestra sociedad para hacer frente a los problemas mundiales. Algunos de los cambios manifestados en el mismo son: el aumento de competencias del Parlamento Europeo, el cambio de los procedimientos de voto en el Consejo, la iniciativa ciudadana, el carácter permanente del puesto del Presidente del

³⁷ Torre Sustaeta, María Victoria. La aplicación del derecho de la competencia en Europa. Editorial: Aranzadi. Página 65.

³⁸ Beneyto Pérez, J.M. Tratado de Derecho de la Competencia. Editorial: Bosch. Página 142

³⁹ Solar Calvo, Puerto. La Carta de derechos fundamentales de la UE: algunas consecuencias del tratado de Lisboa. Editorial Dykinson. Página 116.

Consejo Europeo, y el nuevo puesto de Alto Representante para Asuntos Exteriores y nuevo servicio diplomático de la UE. A parte de conservar lo fundamental de la Constitución Europea, rescata también otros de los aspectos como competencias; de ampliación, refuerzo y mejor definición de competencias, y asuntos de funcionamiento.

Los avances que se ha propuesto el Tratado de Lisboa, en relación con los Tratados anteriores, pueden resumirse de la siguiente manera:

- La sustitución de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, por una sola "Unión Europea", con personalidad jurídica y que será la única habilitada para firmar acuerdos internacionales en el ámbito de su competencia.
- La supresión de los "tres pilares" creados por el Tratado de Maastricht [Comunidad Europea, Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJAI) y Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)], fusionándolos de manera que estos dos últimos dejarán de ser políticas intergubernamentales y pasarán a ser políticas comunitarias, si bien se mantienen procedimientos particulares para la PESC, incluida la política de Defensa.
- La consagración de los valores de la Unión (dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho, respeto a los derechos del hombre, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, solidaridad e igualdad entre hombre y mujer), que serán la referencia para futuras adhesiones a la Unión, y para eventuales sanciones en relación con los Estados miembros que los violen de manera grave y reiterada.
- Se confirma el principio de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que deberá ser objeto de un acuerdo del Consejo por unanimidad, y el acto de conclusión de esa adhesión ser objeto de ratificación por todos los Estados miembros.
- A los principios que regulan las relaciones entre la Unión y los Estados miembros (de atribución de competencias, de cooperación leal, de igualdad, de respeto a las identidades nacionales, etc.), se añade el principio de "seguridad nacional" conforme al cual dicha materia corresponde a la exclusiva responsabilidad de cada Estado.

Se mantiene la cláusula por la que existe la posibilidad de que un Estado miembro se retire de la Unión, sin que se impongan condiciones previas, mediante la conclusión de un acuerdo sobre las modalidades de la retirada, la cual será efectiva a los dos años de la notificación de la intención, aún cuando no se haya concluido tal acuerdo.

Por otra parte, nos encontramos con los **Reglamentos**, que son actos legislativos vinculantes y se deben aplicar plenamente en toda la UE. Se trata de un texto jurídico que facilita la aplicación uniforme y regular de los preceptos originarios del derecho comunitario y del Estado Económico europeo. El principal reglamento es el 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 Tratado⁴⁰.

Este Reglamento tiene sus orígenes desde la publicación del Libro Blanco de la Comisión Europea el 28 de abril de 1999. Este tenía por objeto la renovación de los artículos nombrados, con base a tres pilares fundamentales: la supresión del sistema de autorización previa, la descentralización de las normas de competencia comunitaria, y la atribución expresa de un papel más relevante a los órganos jurisdiccionales nacionales en el derecho de la competencia comunitario⁴¹.

En cuanto a la supresión de la autorización se refiere, conviene explicar que una de las razones de esta reforma, era la incapacidad práctica de la Comisión Europea para tratar todas las peticiones o solicitudes de autorización por las empresas para determinadas operaciones que se acumulaban en la Dirección General de la Competencia sin poderse tramitar, siendo excesivo el tiempo necesario para que se resolviera sobre un procedimiento de autorización del acuerdo. Esta autorización finalmente fue eliminada por el sistema de “notificación” para evitar el colapso de tareas en la Comisión, concediendo más competencias a las autoridades nacionales.

Las **Directivas**, también son actos legislativos en los que se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar los objetivos. Entre las más importantes se encuentra la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho

⁴⁰ Beneyto Pérez, J.M. Tratado de Derecho de la Competencia. Editorial Bosch. Página 91

⁴¹ Torre Sustaeta, María Victoria. La aplicación del derecho de la competencia en Europa. Editorial: Aranzadi. Página 89.

nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE.

Analizando esta directiva, reconoce el Derecho al pleno resarcimiento como establece su artículo primero:

“La presente Directiva establece determinadas normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación.”

Por otra parte, reconoce fuerza vinculante a las resoluciones firmes dictadas por las Autoridades Nacionales de la Competencia, por lo que la normativa nacional deberá velar porque los órganos jurisdiccionales no puedan adoptar resoluciones contrarias a las conductas señaladas al considerarse infracciones del art. 101 y 102 del TFUE explicados.

Además, establece la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras. Y facilita el acceso a la prueba, ya que los jueces podrán ordenar, motivada y proporcionadamente, que el demandado o incluso terceros exhiban los medios de prueba que estime pertinentes, hayan o no hayan sido aportados a un expediente administrativo ante la autoridad de competencia.

Establece un plazo de prescripción mínimo para cada Estado Miembro de 5 años; prevé la presunción del perjuicio causado (presunción iuris tantum). También, cuando exista la posibilidad de llegar a una solución extrajudicial, se suspenderá el plazo de prescripción para ejercitar la acción judicial hasta que finalice la negociación.

Por último, establece la posibilidad de que el demandado se defienda, alegando que el reclamante de los daños ha repercutido a terceros, o el coste excesivo resultante de la infracción, al objeto de evitar indemnizaciones muy por encima de los daños realmente causados, debiendo ser probado por quien lo alega.

2. EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.

El concepto de competencia en la legislación española, es el mismo que el empleado para la legislación comunitaria, como es lógico. En lo que difieren es en su normativa aplicable, ya que el derecho español se rige por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, de 1 de julio, la cual ha sido desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, teniendo claro el significado de la competencia, ¿qué es exactamente “la defensa de la competencia”? la podemos definir como la forma de intervención de los poderes públicos en el mercado diseñado para mantener una competencia adecuada. Los beneficios son: a) la determinación de precios limitada a los incrementos de costes, lo que conduce a decisiones de compra y producción que minimicen el gasto; b) procesos de producción eficientes; c) innovación tanto el productos como en los procesos de producción⁴².

A) La Ley de Defensa de la Competencia.

Con esta ley, se refuerza los mecanismos ya existentes para proteger el libre mercado mediante la creación de la “Comisión Nacional de la Competencia” que explicaremos posteriormente, y el reconocimiento de “las autoridades autonómicas”⁴³.

La Ley garantiza en la mayor medida la independencia de las autoridades *antitrust*, a las que se dota de poderes de investigación y sanción de conductas restrictivas de la competencia. Además, esta ley amplió los órganos competentes para conocer de esta materia, al reconocer a los Juzgados de lo Mercantil competencias para sancionar las conductas colusorias y de posición dominante en el mercado, poniendo fin al “monopolio” que tenía la Administración en la aplicación de la legislación española⁴⁴.

⁴² Cases Pallares, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Editorial: Marcial Pons. Página 35.

⁴³ La STC 208/1999, de 11 de noviembre, abrió la posibilidad de que las CCAA que así lo hubiesen previsto en sus Estatutos asumiesen competencias en materias de Derecho de la Competencia.

⁴⁴ Bello Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial: Thomson Aranzadi. Página 53.

En cuanto a las conductas anti-concurrenaciales contra la competencia nombradas en el apartado del Derecho comunitario, comenzaremos a analizarlas en este apartado una por una, ya que ambas normativas poseen el mismo contenido.

En primer lugar, haciendo referencia al art. 1.1 LDC, el derecho de la competencia prohíbe a las empresas que se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que dirigen a sus clientes, que es lo conocido como “**Prácticas colusorias**”. En lo que a estos acuerdos se refieren, se consideran prohibitivos tanto los acuerdos escritos como verbales, expresos o tácitos.

Lo que se quiere evitar es que las empresas rivales pacten cuestiones como el precio de los bienes, la cuantía de la producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en las que éstos están presentes en un mercado⁴⁵. Esta prohibición se extiende a: los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas.

Ahora bien, ¿cuándo hay *acuerdo*? Nos encontramos frente a estos cuando los participantes manifiestan su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado con independencia del modo en que se manifieste o de los efectos sobre las partes.

Por otra parte, *las decisiones de las asociaciones de empresas* tienen carácter unilateral, pues emanan de sus órganos directivos. Estas constituyen conductas que tienen por objeto homogeneizar comportamientos económicos de los asociados, en perjuicio de los consumidores o usuarios de los productos o servicios que estos comercializan, incluso de los operadores asociados que no asistieron a la reunión del órgano social en que se adoptó o que incluso votaron en contra.

Nos encontramos ante la tercera prohibición, que son *las prácticas concertadas y las paralelas*. En las primeras, sin llegar a constituir un acuerdo, las empresas sustituyen voluntariamente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas, sin llegar a un convenio propiamente dicho. Eso sucede cuando varias empresas informan con antelación a sus competidoras, sobre las políticas de precio que van a adoptar en el futuro, sin llegar a adoptarse.

Las segundas, son prácticas específicas en la normativa española de defensa de la competencia. Se trata del comportamiento organizado de varias empresas en el mercado, sin que exista acuerdo expreso o tácito, que es consecuencia del desarrollo individual de acciones encaminadas a evitar la discordancia, conociendo previamente

⁴⁵ Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial: Thomson Aranzadi. Página 39.

cada una los fines de las demás. Cada operador económico, ajusta su comportamiento al de las demás evitando la competencia entre ellos, sin necesidad de acuerdo.

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre las prácticas concertadas y las paralelas?. Las primeras exigen cierta coordinación y cooperación entre agentes económicos, mientras que las segundas no exigen el elemento consensual, tal y como establece el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

Por lo tanto, los pactos que persiguen limitar la competencia entre las empresas participantes, se denominan *cárteles*⁴⁶, y constituyen la restricción más grave de la competencia y su persecución. Se trata de acuerdos secretos cuyo objeto es suprimir la competencia entre los principales agentes económicos de un determinado mercado, incrementar artificialmente los precios y restringir la producción. Además, suelen producirse intercambios de información ilegales sobre precios y cuotas de mercado, así como de medidas destinadas a impedir la entrada en el mercado de nuevos competidores, para proteger la posición beneficiaria de los miembros de cártel. Ciertamente es que en un cártel suelen coexistir distintas prácticas restrictivas de la competencia.

Para detectar más fácilmente los cárteles a nivel comunitario, la Comisión Europea aplica una “política de clemencia”, la cual garantiza inmunidad a las empresas que participan en un acuerdo secreto y denuncian su existencia a las autoridades. La condición existente es que la empresa sea la primera en ponerse en contacto con las autoridades y aporte pruebas que permitan sancionar al resto de entidades participantes en la conducta ilegal. Sin embargo, en España, son los Servicios de Defensa de la Competencia (SDC), quienes se encargan de la investigación e instrucción; y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que tiene asignada la función de resolución y sanciones; quienes se encargan de la lucha contra los cárteles.

Ahora bien, no todo es tan sencillo como parece, ya que para que las empresas se beneficien del levantamiento o reducción de la multa tienen que cumplir una serie de requisitos⁴⁷, tales como:

- cooperar de forma plena y continua a lo largo de todo el procedimiento
- poner fin a la participación en el cártel, salvo que la autoridad de competencia le indique lo contrario
- no haber destruido elementos de prueba

⁴⁶ Beneyto Pérez, J.M. Tratado de derecho de la competencia. Editorial: Bosch. Página 229

⁴⁷ Documento oficial de Uría Menéndez.

- no revelar la intención de presentar la solicitud de exención ni su contenido
- no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el cártel

Dentro de estas conductas infractoras de la competencias, nos podemos encontrar con excepciones, es decir, que no tienen la consideración de prácticas colusorias, tal y como regula el art. 101.3 TFUE y el art. 1.3 LDC, considerándose estos como “*acuerdos minimis*”⁴⁸, es decir, de menor importancia. Esta ocurre en los casos que dándose estos comportamientos, tienen finalidades legítimas y autorizadas, como son: la mejora de la producción o distribución o fomento del progreso técnico o económico; la participación de los consumidores o usuarios en las ventajas generadas por el acuerdo; las restricciones de la competencia generadas por el acuerdo que pretende eludir la prohibición han de ser indispensables para obtener las ventajas pretendidas; y que no pueden otorgar a las empresas parte en el acuerdo, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Al margen de estas excepciones, la principal consecuencia jurídica frente al incumplimiento de las normas “antitrust”, es la ineficacia, la nulidad o la invalidez del negocio jurídico en el que se base la conducta que haya infringido las normas. Como expresa DIEZ PICAZO⁴⁹, “la nulidad absoluta es la máxima sanción que prevé el ordenamiento al traspasar los límites del juego de la autonomía de la voluntad”.

Más allá de la nulidad, existe la obligación de resarcir el daño causado por esta infracción, frente a lo cual el legislador europeo guarda silencio, y se recoge básicamente en jurisprudencia, como la **Sentencia del TJUE de 13 de Julio de 2006**.

Continuando con las conductas infractoras de la competencia de la LDC, nos encontramos con el **abuso de posición de dominio**⁵⁰, regulada en el art. 2 de la misma ley. Se trata de los comportamientos que llevan a cabo las grandes empresas, que sin necesidad de alcanzar pactos con sus rivales, pueden usar su poder económico para consolidar su dominio de mercado o para extenderlo a otros mercados en perjuicio de sus consumidores y clientes. Estas empresas tienen un gran poder económico que les

⁴⁸ Odriozola, Miguel. Derecho español de la competencia. Editorial: Bosch. Página. 30.

Beneyto Pérez, J.M. Tratado de Derecho de la Competencia. Editorial: Bosch. Página 215.

⁴⁹ Cifrado en el Manual de “La aplicación del Derecho de la competencia en Europa”, de Torre Sustaeta, María Victoria. Editorial: Aranzadi. Página 120.

⁵⁰ Bello Martín- Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitaria y Español. Editorial: Thomson Aranzado. Página 41.

permiten actuar de forma independiente respecto a sus competidores. Estos abusos pueden consistir en:

- a) establecer precios muy elevados, generando abuso para los clientes
- b) establecer precios extremadamente bajos, para expulsar a competidores de mercado, o dificultar la entrada de otros
- c) generar discriminación entre los clientes
- d) imponer condiciones comerciales injustificadas a los clientes, por ejemplo cuando una empresa dominante subordina la venta de un producto a la compra de otro con el que no guarda relación

Frente a estos, existen mecanismos empleados para evitar los perjuicios causados. La primera posibilidad es la de atribuir la propiedad de las empresas dominantes a los poderes públicos para garantizar la persecución del bien común. La segunda consiste en que el Estado apruebe una regulación de los precios o de la producción de las empresas dominantes, que evite posibles abusos. Y la tercera posibilidad, es la de acudir a la legislación “antitrust” que prohíbe ciertas conductas de las empresas dominantes, de manera que la autoridad pública solo interviene cuando se infringen estas prohibiciones.

Es necesario resaltar, que las normas de competencia no prohíben la mera creación o posesión de una posición dominante, lo que se prohíbe es el abuso de esta situación. Por lo tanto, se debe acreditar que una empresa domina un mercado determinado, y debe probarse que la empresa ha abusado de su situación de dominio.

El abuso de la posición de dominio también es posible cuando un número de empresas actúan de forma conjunta. Esta posición “conjunta” se aplica a mercados con condiciones muy particulares, sin necesidad de alcanzar ningún pacto o práctica colusoria con sus rivales.

Frente a esta conducta también existe una excepción⁵¹ regulada en el art. 2.3 LDC y 102.3 del TFUE, y es la situación de las empresas que se encuentren amparadas por lo expuesto en una Ley.

Respecto a la tercera conducta, el **control de las concentraciones**⁵², hay que saber que para que exista concentración es necesario la existencia de una modificación de la estructura de control de todo o parte de una empresa; y la perdurabilidad de dicha

⁵¹Odriozola, Miguel. Derecho Español de la Competencia. Editorial: Bosch. Página 155.

⁵² Odriozola, Miguel. Derecho Español de la Competencia. Editorial Bosch. Página 254.

modificación en el tiempo. Estas hacen referencia a la supervisión de operaciones empresariales que no afectan a la conducta de las empresas (como sí ocurre que las dos anteriores), sino a la estructura; no generando la desaparición de la independencia jurídica entre empresas, sino la sumisión a un control único. Se pueden llevar a cabo con dos procedimientos: la fusión y la adquisición de control.

En cuanto a la “fusión”, se entiende cuando nos encontramos con que dos empresas independientes se unen creando una nueva empresa. Lo que la caracteriza es la desaparición de alguna o todas las empresas que participan en la misma. Este fenómeno tiene también cabida con la “absorción”, cuando una empresa independiente es absorbida por otra y sólo esta última retiene su personalidad jurídica.

Haciendo referencia a la “adquisición de control”, tiene lugar cuando una empresa adquiere derechos o contratos que le permiten ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, sin que ello conlleve a la desaparición de la misma, es decir, siguen siendo dos entes separados.

La existencia de estas concentraciones genera un gran debate jurídico, ya que desde el punto de vista positivo para la competencia, permiten a las empresas racionalizar sus procesos productivos y adquirir “economías de escala”⁵³. Pero desde el punto de vista negativo, pueden reducirse el número de empresas participantes en el mercado, y esto hace aumentar el poder económica de las empresas que están presentes en el mismo.

Frente a ello, lo que se hace es establecer un mecanismo de control consistente en imponer a las empresas la obligación de notificar a las autoridades aquellas operaciones que superen un determinado volumen. La notificación suspende la ejecución de las concentraciones por las partes, hasta que reciben la autorización correspondiente. Esta autorización puede rechazarse en el caso de que se pueda obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el mercado, generando una posición dominante.

Como explica el art. 7.3 de la LDC, reforzado por el art. 3.5 del Reglamento comunitario de concentraciones, existen, como en los casos anteriores, operaciones que no constituyen concentración⁵⁴. Remitiéndonos al artículo, podemos observar cuales son éstas:

⁵³ Nos encontramos en una economía de escala, cuando cuanto mayor sea el volumen de producción, menor es el coste por unidad producida.

⁵⁴ Odriozola, Miguel. Derecho Español de la Competencia. Editorial: Bosch. Página 262.

- a) La mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.*
- b) La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.*
- c) Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.*
- d) La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.*

Para finalizar con dichas conductas prohibitivas al infringir el derecho de la competencia en el mercado común, analizaremos las **ayudas públicas**⁵⁵. Estas se consideran favorecimientos particulares a empresas de forma selectiva por las Administraciones Públicas, lo cual distorsiona el juego de la competencia porque la empresa favorecida está en mejores condiciones para competir contra aquellas que no gozan de tales privilegios. No solo se incluyen las “subvenciones”, sino cualquier otra ventaja concedida por los poderes públicos que supongan una reducción de las cargas de las empresas.

⁵⁵ Bello Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial: Aranzadi. Página 43.

En el marco de este debate, la Comisión Europea es la única autoridad competente para valorar si una subvención u otra ventaja constituye una ayuda en el sentido del artículo. Para ello, debe determinar: si proporciona ventajas a los beneficiarios; si la ventaja es estatal; si afecta a la competencia; si puede incidir en los intercambios entre los Estados miembros en el mercado. Esto supone, que los Estados miembros deben notificar los proyectos de ayuda de Estado que cumplen estas condiciones a la Comisión Europea, y no pueden hacer efectiva la ayuda antes de que se declara compatible para el mercado común.

En cuanto a las excepciones de esta conducta, se publican reglamentos de exención respecto a ayudas, como las dirigidas a proteger el medio ambiente, promover la investigación y el desarrollo o fomentar el empleo. Esto implica que estos casos, las ayudas no tienen que ser notificadas por los Estados miembros.

B) Órganos ejecutivos en la defensa de la competencia en España

Por otra parte, antes se ha hecho referencia a la Comisión Europea como órgano ejecutivo del derecho de la competencia a nivel comunitario, ahora bien ¿quiénes son los órganos administrativos del Derecho de la Competencia en España?⁵⁶ Existe una triple clasificación: a) los órganos estatales: el Consejo de Ministros, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y las Autoridades Nacionales de los Estados Miembros (ANC); b) los órganos autonómicos: los Órganos de competencia de las CCAA; c) los órganos judiciales: los Juzgados de lo Mercantil.

a) Los órganos estatales

- El Consejo de Ministros

Según la LDC tiene competencia para el procedimiento de control de las concentraciones, aunque desde la entrada en vigor de la LDC, tiene dicha competencia la CNMC. A pesar de ello, no quiere decir que haya dejado de existir, ya que sigue conservando gran parte de su poder, pues se le otorga el derecho de veto, en aquellos casos en que las decisiones del Consejo de la CNC sean negativas o se subordine la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones, pudiendo prevalecer su criterio.

⁵⁶ Torre Sustaeta, María Victoria. La aplicación del Derecho de la Competencia europea. Editorial: Aranzadi. Página 93.

- **La CNMC**

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), es un órgano administrativo público encargado de preservar, garantizar y promover la competencia efectiva en los mercados españoles de todos los sectores mediante la aplicación de la Ley Española y de los artículos correspondientes del Tratado de la UE⁵⁷.

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, que reunificó los antiguos Servicios de Defensa de la Competencia, y Tribunal de Defensa de la Competencia, el único órgano administrativo para aplicar los arts. 101 y 102 TFUE, es la Comisión Nacional de la Competencia de Mercado (CNMC).

En la LDC aparece configurada como una entidad de derecho público de carácter independiente, aunque adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. Para el cumplimiento de sus fines, actuará con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones públicas y sometimiento a la LDC.

Está sometida al control parlamentario, garantizando su independencia e incrementando la seguridad jurídica, reforzándose como una institución básica para hacer posible una economía de libre mercado.

La composición de la CNMC desde una perspectiva piramidal, es: en el vértice superior se encuentra el Presidente, y en los vértices inferiores, el Consejo y la Dirección de Investigación, quienes realizan sus funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión del Presidente, que es quien dirige la institución y coordina los dos órganos que la integran. A continuación, se va a explicar resumidamente la atribución de competencia de cada uno de estos, para evitar confusiones:

- el Presidente de la CNMC: es un órgano que se integra en el Consejo, y dicta sus propios actos en los ámbitos de la Ley, contra los que cabe interponer recurso contencioso-administrativo. Su mandato dura seis años. El presidente de la CNMC, que también lo es del Consejo de la misma, será nombrado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda.
- El Consejo de la CNMC: es el órgano colegiado encargado de la resolución. Esta presidido por el Presidente y formado por seis Consejeros.

⁵⁷ Bello Martín- Crespo, María Pilar. Derecho de la Competencia Comunitario y Español. Editorial: Aranzadi. Página 269.

- La Dirección de Investigación: es el órgano de la CNCM encargado de la instrucción de los expedientes previstos en la LDC. Es independiente al Consejo, pero no del Presidente de la CNCM. Es un órgano de decisión unipersonal del que es responsable el Director de la Investigación.

Volviendo a la CNCM, en cuanto a sus funciones⁵⁸, se encarga de la supervisión y control de todos los sectores económicos, como el gas y electricidad, las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, ferroviario y aeroportuario, y el mercado postal. También resuelve conflictos entre operadores económicos, y aplica la normativa de defensa de la competencia española y de la UE, así como conductas restrictivas, control de concentraciones, y ayudas públicas. Además, de la promoción de la competencia de estudios, trabajos de investigación e informes sectoriales, y del órgano consultivo para promover la competencia efectiva; y con este organismo, se hace posible la unidad de mercado, la cual analizaremos más adelante.

Para mejorar la competencia lo que podría hacer es investigar y sancionar prácticas anticompetitivas a partir de denuncias o por propia iniciativa; dictar recomendaciones para mejorar las condiciones de competencia en los distintos mercados; autorizar las concentraciones o fusiones de empresas y hacer un seguimiento de las mismas y de la conducta de las principales empresas en los distintos mercados; asesorar con recomendaciones no obligatorias al sector público antes de que apruebe las normas; promover los valores de la competencia; y vigilar para que las normas no vulneren la unidad de mercado, con capacidad para suspenderlas.

- **Las Autoridades Nacionales de los Estados miembros**

Las ANC, pueden ser administrativas o jurisdiccionales especialmente encargadas del derecho interno de la competencia o de controlar la seguridad de esta. Su origen se encuentra en el art. 88 del Tratado de Roma, según el cual son las autoridades administrativas las que se encargan de la aplicación de las normas de competencia nacionales y comunitarias en cada uno de los Estados miembros.

⁵⁸ Documento oficial de Uría Menéndez. Guía práctica del análisis del Derecho de la Competencia.

b) Los órganos judiciales

- Los Juzgados de lo mercantil

Por último, nos encontramos con los Juzgados de lo mercantil. Con la nueva LDC, se les atribuye competencia para conocer de pretensiones fundadas en los arts. 101 y 102 TFUE, y de los arts. 1 y 2 LDC, esto es, de aplicar directamente las normas nacionales de defensa de la competencia relativas a la prohibición de las prácticas colusorias y del abuso de posición dominante.

c) Los órganos autonómicos

Los Órganos de competencia de las CCAA⁵⁹, tienen su origen en **la STC 208/1999, de 11 de noviembre**, ya que abrió la posibilidad de que las CCAA que así lo recojan en sus Estatutos, asumiesen competencias en materia de Derecho de la competencia, atribuyéndose al Estado la competencia legislativa y la ejecutiva sobre aquellas conductas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito autonómico, o en el conjunto del mercado nacional.

Posteriormente a la Sentencia, entró en vigor la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia, para proceder al reparto de competencias entre las autoridades nacionales y autonómicas de defensa de la competencia, y recoge mecanismos de coordinación, colaboración e información recíproca entre las distintas autoridades de competencia que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional. Por otra parte, la nueva LDC atribuye a los órganos autonómicos competencia para aplicar en su territorio las competencias que tengan por objeto las conductas del art. 1,2,3 de la misma ley, es decir, de las conductas colusorias, abuso de posición dominante, y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

C) Mecanismos de cooperación entre las autoridades

Explicada toda la información principal, es necesario adentrarse jurídicamente en cuanto a la distribución de la competencia, es decir, los mecanismos de colaboración

⁵⁹ Bello Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitaria y Español. Editorial Aranzadi. Página 270.

y coordinación entre autoridades⁶⁰. Por ello, en primer lugar, ¿cómo se distribuyen las funciones entre la Dirección de Investigación y el Consejo de la CNMC? El primero es un órgano instructor, y el segundo un órgano resolutorio, ocurriendo esto en el ámbito de las concentraciones nombradas. En el ámbito de conductas restrictivas de la competencia, el Consejo es competente para acordar el archivo de las actuaciones, la terminación convencional, declarar la existencia de infracción, imponer las sanciones correspondientes y acordar medidas cautelares.

En cuanto a las competencias entre la CNMC y la Comisión Europea en materia de conductas restrictivas, la segunda tramita los asuntos relativos a acuerdos o prácticas que afecten a más de tres Estados miembros, así como aquéllos que estén ligados a disposiciones comunitarias reservadas a su competencia exclusiva. La CNMC debe informar a la Comisión Europea antes de realizar diligencias de investigación, pudiendo consultar con ella cualquier caso de aplicación de Derecho comunitario, no pudiendo incoar un procedimiento sancionador cuando tenga conocimiento de este la Comisión Europea. En conductas del art. 101 y 102 TFUE, se permite la posibilidad de intercambio de información de la CNMC, con la Comisión europea y con las autoridades nacionales de otros Estados miembros. Existe una diferencia respecto a la materia de concentraciones económicas, ya que la competencia de ambas no son concurrentes, sino exclusivas de cada una de ellas.

Por otra parte, la CNMC respecto a las autoridades autonómicas de competencia⁶¹ también tienen competencias repartidas. Los órganos autonómicos pueden tramitar y resolver expedientes sancionadores relacionados con conductas restrictivas, pero nunca en las concentraciones (a no ser que la conducta incida en el territorio de una CA). La CNMC es competente cuando las conductas de abuso de posición dominante o de falseamiento de competencia por actos desleales afecten la libre competencia en el ámbito de mercado nacional, siendo competentes la autoridades autonómicas cuando afecten en su territorio.

En el caso que haya conflicto de competencia entre estas últimas, lo que ocurre es que ambas deben comunicarse todas las denuncias recibidas o los procedimientos que vayan a iniciar de oficio, y si en el plazo de quince días no se pronuncian, inicia el procedimiento quien lo comunicó a la otra. Si por el contrario, se pronuncia la

⁶⁰ Bello Martín- Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial Aranzadi. Página 277.

⁶¹ Bello Martín- Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitaria y Español. Editorial Aranzadi. Página 282

destinataria y considera que es competente, solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos, la cual emitirá un informe.

Finalmente, es necesario saber, que las resoluciones de la CNCM son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Y las de las autoridades autonómicas, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad.

D) Ley de la Unidad de Mercado.

Ya se ha expuesto la conexión entre el art. 38 CE y la defensa de la competencia. La legislación de la competencia aparece como derivación de los títulos estatales que reguladores de la acción legislativa que tiene como objeto principal cuidar de la unidad de mercado y sus límites.

La relación entre la defensa de la competencia y la unidad de mercado, se encuentra en la **STC 88/1986, de 1 de julio**,⁶² que expresa:

“ El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la económica de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.”

Haciendo una breve introducción sobre su regulación, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, quiere llevar a cabo el aprovechamiento de las economías de escala, que son las ventajas que una empresa tiene gracias a su expansión; y el libre acceso al mercado y expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional, siempre con un control sobre éstas,

⁶² Soriano García, José Eugenio. Derecho Público de la Competencia. Editorial Marcial Pons. Página 250.

permitiendo interponer reclamaciones e informar sobre obstáculos y barreras a dicha unidad, por actuaciones de las Administraciones Públicas.⁶³

La CE no hace referencia explícitamente a la unidad de mercado, por lo tanto sus orígenes derivan de la Carta Magna de 1978, ya que no consideraba la existencia de un Estado Autonómico (como sí se hace ahora) solo veía posible la creación de estas entidades territoriales. Por tanto, cuando se crea la CE de 1978, existía un Estado centralizado, no formando parte de la UE, ni se llevaba a cabo el principio de unidad de mercado interior a nivel comunitario.⁶⁴

Ahora bien, ¿entonces quien crea este principio? El TC ha hecho referencia a un conjunto de previsiones establecidas en nuestra CE:

- las relativas a la unidad nacional y solidaridad entre las regiones
- las relacionadas con la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional
- la atribución al Estado de competencias exclusivas en materias de actividad económica, que le permiten intervenir para garantizar la unidad de mercado.

La unidad de mercado constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española, regulado en el art. 139 CE. Para que sea efectivo el mismo, se han tomado una serie de medidas, pero sigue aún así existiendo la fragmentación en el mercado español que implica un elevado coste afectando a la actividad de las empresas. Además, esto provoca un problema para la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escalas como se nombró anteriormente, por lo tanto, se paraliza la inversión, el crecimiento económico, la productividad, la competitividad y el empleo.

A pesar de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, al Estado o las Entidades Locales, con la ley lo que se hace es asegurar la eficacia de las decisiones tomadas por la autoridad competente basándose siempre en el “criterio de confianza mutua”, y aplicándose el “principio de eficacia” en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas, reconociendo dichas actuaciones de otras Administraciones Públicas. Lo que se debe tener claro y diferenciar, es que la ley no quiere uniformar todos los Ordenamientos, porque *unidad* es diferente a *uniformidad*, y

⁶³ www.mineco.gob.net.

⁶⁴ Documento: las vías alternativas de recurso en el ámbito de la unidad de mercado

para ello, se aplica un modelo de refuerzo de la cooperación entre el Estado, las CCAA, y las Entidades Locales.

Uno de los factores nombrados más importantes es la *competitividad*, ya que un país como España, carece de competitividad. Y es que la atribución cada vez mayor de competencia por las Comunidades Autónomas, puede llegar a truncar la unidad de mercado, y por supuesto, nuestro país no se lo puede permitir debido a la globalización existente. Algunos ejemplos de medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas con efectos perjudiciales son: la obligación de que los trabajadores conozcan una lengua regional, que limita su circulación en el territorio; diferentes interpretaciones de las normas en los diversos territorios, creando inseguridad jurídica; diferentes regulaciones de los colegios profesionales y del régimen de los profesionales liberales, impidiendo que estos ejerzan su profesión en todo el territorio sin tener que cumplir más requisitos que los exigidos en su colegio; los mayores costes que produce las instrucciones y normas de etiquetado de los productos, en idiomas, diferentes normativas de seguridad, medioambiental, que obliga a los fabricantes a instalar líneas de producción diferenciadas.

El origen de estos principales problemas es la obsesión por las autoridades autonómicas de regulación, y muchas veces en determinadas actividades establecen tanto requisitos, que obstaculizan la actividad económica y fragmentan la unidad de mercado, la libre circulación de mercancías y de factores productivos.⁶⁵

Por tanto, la unidad de mercado debe compatibilizarse con el principio de autonomía de las comunidades autónomas. Y para establecer dicha autonomía el TC establece los límites de esta autonomía, que son:

- las comunidades autónomas ejercen competencias en sus propios territorios
- se debe respetar la igualdad de todos los españoles, no impidiendo e interviniendo en la regulación estatal
- la medida que llega a limitar la libre circulación de bienes y servicios, debe ser proporcional

⁶⁵ Estudios de Derecho Público Económico. Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional. Rafael Gómez- Ferrer Morant. (libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín- Retortillo).

A continuación, existe una STC reciente, en la que se demanda la violación de la unidad de mercado, dejando manifiesta la doctrina establecida por el TC⁶⁶:

“La STC 96/2013, de 23 de abril resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de las Cortes de Aragón que regula el impuesto sobre daño ambiental causado por grandes superficies comerciales, por cuanto se considera que esa norma es incompatible con al unidad de mercado pues conlleva un obstáculo a la libertad de establecimiento y supone una infracción en el ejercicio de la libertad de empresa en igualdad de condiciones.

Para solucionar el caso, el TC parte de dos elementos que deben compatibilizar en nuestro Estado de las Autonomías: a) el principio de unidad de mercado; b) la diversidad regulatoria constitucional a un Estado como el nuestro. A tal efecto el Tribunal recuerda que la CE ha dispuesto técnicas para asegurar el equilibrio, o sea, para que se mantenga la unidad de mercado, a pesar de la distribución territorial de competencias normativas:

- a) la exclusividad de materias que son competencia del Estado, como las de orden económico y a su unidad*
- b) obligación al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, así como la libertad de empresa*
- c) el respeto al contenido esencial de los derechos y libertades no impide que pueda producirse diversidad en la regulación de una misma actividad económica fruto del ejercicio propio de competencias autonómicas. Esta diversidad normativa que puede dar lugar a diversidad en las condiciones de ejercicio de una actividad, aunque es constitucionalmente legítima está sujeta a límites de la unidad de mercado (límites nombrados anteriormente).*

Tras esta exposición de doctrina, el Tribunal verifica si la norma autonómica que establece el tributo a las grandes superficies comerciales lo hace en ejercicio de una competencia propia, de forma proporcional y persiguiendo un fin legítimo y con respecto a las condiciones básicas de ejercicio de derechos y libertades. El TC considera aplicable estos criterios solo cuando se trate de una normativa autonómica que impone un régimen jurídico distinto al previsto en otras CCAA. Por ello falla, que la ley autonómica que impone dicho tributo, se ha dictado en ejercicio de competencias

⁶⁶ www.asesoriayempresas.es/jurisprudencia/JURIDICO

propias; se considera que la norma persigue un fin legítimo y proporcionado, de lo que resulta que esa Ley no vulnera la libertad de empresa; además, sostiene el Tribunal que dicha ley tampoco vulnera la unidad de mercado al no suponer un obstáculo a la circulación de personas y bienes por el territorio nacional.

Continuando con el estudio, la unidad de mercado se basa en el establecimiento y circulación de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por el territorio español y en las mismas condiciones entre las diversas actividades, para impulsar todo el proceso. En cuanto a los operadores económicos, se refiere a la libertad de circulación y establecimiento de personas, y a la libre circulación de la “mano de obra”. Esta unidad de mercado, se aplica a todas las leyes de las Administraciones públicas, y no solo respecto a las leyes de las comunidades autónomas.

Según lo establecido en el art. 18 de la LGUM, hay una serie de actuaciones que obstaculizan la libertad de establecimiento y circulación de los operadores económicos, como son: el establecimiento de requisitos discriminatorios para el acceso o ejercicio de la actividad económica para la obtención de ayudas económicas o para la adjudicación de un contrato basado en el lugar de residencia; o la exigencia de autorización, acreditación, comunicación... distinta de la exigida por la autoridad de origen; y el establecer especialidades técnicas distintas a las exigidas en el lugar de fabricación.

La Ley de Garantía de Unidad de Mercado establece que la intervención administrativa en la actividad económica, se ve limitada por el cumplir una serie de principios, como son: la no discriminación por razón de establecimiento o residencia; de cooperación y confianza mutua; de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que limiten la actividad; de simplificación de cargas; de transparencia y de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas.

En segundo lugar, existe la exigencia de cooperación interadministrativa, a través del Consejo para la Unidad de Mercado, mediante la colaboración en la elaboración de proyectos normativos que tengan incidencia en la unidad de mercado; con una competencia de supervisión que se distribuye entre las autoridades del lugar de origen o acceso a la actividad, las del lugar de destino y fabricación del producto; y el intercambio electrónico de datos.

En tercer lugar, se permite a las Administraciones públicas el acceso y el ejercicio de la actividad económica de forma libre en todo el territorio nacional, sin más limitaciones que las que permite esta ley y la normativa de la UE. Estas limitaciones son:

- no se podrán adoptar las actuaciones administrativas del art. 18 de la LGUM
- el acceso a una actividad económica es libre, solo podrá condicionarse mediante una autorización, declaración responsable o comunicación, y eligiéndose un único medio de intervención
- no se puede vulnerar el principio de eficacia en todo el territorio nacional, esto implica, que el operador económico podrá ejercer la actividad en cualquier parte del territorio nacional, y ello como consecuencia de la eficacia en todo el territorio nacional de los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio.

Por otra parte, la CNMC goza de un papel primordial, ya que es el punto de contacto en cuanto a los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de empresa en relación con la unidad de mercado.

Ahora bien, basándonos en los recursos administrativos y otros mecanismos de protección contra las actuaciones de la Administración Pública contrarias a la unidad de mercado, con carácter alternativo la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado ofrece unos medios de defensa singulares y potentes: una Reclamación especial en vía administrativa ante la Secretaria del Consejo de la Unidad de Mercado (SCUM), y un recurso contencioso-administrativo especial a cargo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que podrá interponerlos de oficio o a petición de un operador económico.

La utilización de estos procedimientos alternativos tiene dos singularidades. Una de carácter limitativo, en la medida que en las reclamaciones ante SCUM cuando existan motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación deberán hacerlos valer de forma separada a través de los recursos administrativos y jurisdiccionales ordinarios.

Y otra de carácter favorable, en la medida que el operador que hubiese recurrido separadamente en vía contencioso-administrativa podrá acumular su recurso contencioso-administrativo al promovido por CNMC siempre que se dirija frente a la

misma disposición o actuación, y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación.

Por lo tanto, contamos con tres procedimientos para la protección de los operadores económicos, consumidores y usuarios frente a actuaciones administrativas que obstaculice la libertad de establecimiento y circulación:

- La reclamación para la unidad de mercado, que consiste en un recurso alternativo al sistema de recursos administrativos ordinarios. El plazo para interponerlo es de 1 mes desde el día de la notificación del acto, o desde la inactividad del mismo. Esta se caracteriza por la brevedad en el plazo de resolución, con lo que se trata de resolver los problemas rápidamente, y además es de carácter alternativo (el sujeto puede poner en marcha el procedimiento de reclamación o el recurso administrativo o contencioso- administrativo ordinario que corresponda). El órgano ante el que se presenta es la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, y el órgano que resuelve es la autoridad competente para resolver el recurso ordinario.

Desde el punto de vista objetivo, puede ser objeto de reclamación: las disposiciones administrativas de carácter general, actos administrativos, inactividad o vía de hecho, que sea incompatible con la libertad de establecimiento y circulación. Además, es necesario saber, que la persecución de este procedimiento agota la vía administrativa.

Por lo tanto, si el sujeto interpone la reclamación explicada, y ésta se inadmite o desestima, y la actuación administrativa presenta vicios, tiene que acudir a un procedimiento independiente y de forma sucesiva, con lo cual, hablaríamos de dos procedimientos: el que se refiere a la defensa de la circulación y establecimiento; y aquel cuyo origen se debe a posibles vicios de nulidad o anulabilidad. Debiendo frente a ello, el interesado acudir a la CNMC, para solicitar el recurso contencioso- administrativo especial o el recurso contencioso- administrativo ordinario directamente.

- La solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para que interponga un recurso contencioso-administrativo especial contra una

actuación administrativa que se considere que vulnera la unidad de mercado, siempre que se haya agotado la vía administrativa. Esta solicitud se puede realizar tanto como si no se ha hecho uso de la reclamación, como si se hubiese usado esta, y no se satisfacen los intereses del operador económico o sus asociaciones representativas.

- Un procedimiento de información para eliminar obstáculos a la libertad de establecimiento y circulación, detectadas por consumidores, usuarios y operadores económicos. Se permite que cualquier sujeto informe a la Administración, a través de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

Finalmente, existe un cuarto procedimiento, que es el contencioso-administrativo especial para la garantía de la unidad de mercado. Se trata de un procedimiento criticado por SANTAMARÍA PASTOR⁶⁷, poniendo de manifiesto la mala técnica legislativa, las lagunas y la inoperatividad de algunos aspectos. Tiene carácter preferente en su tramitación, y solo cabe cuando las actuaciones administrativas hayan agotado la vía administrativa, disposiciones de carácter general, inactividad o vía de hecho.

La CNMC tiene legitimación para interponerlo en el plazo de 2 meses desde el día siguiente a la publicación de la disposición administrativa o la notificación o publicación del acto, siendo competente para conocerlo la Audiencia Nacional en única instancia. Y no cabe la posibilidad de impugnar un acto desestimatorio, como la reclamación explicada.

En conclusión, haciendo referencia a la descentralización territorial del poder público⁶⁸, genera muchos debates que siguen abiertos. Por tanto, el federalismo fiscal, es decir, el reparto de competencias entre las diferentes escalas territoriales de gobierno (estatal, regional, o local), y los principios económicos aplicados para dicho reparto tienen un límite, que es el respeto a la unidad de mercado.

67

[www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin_62/Articulos_62/Santamaria-Pastor\(RAAP_87\).pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin_62/Articulos_62/Santamaria-Pastor(RAAP_87).pdf)

⁶⁸ Revista del Instituto de Estudios Económicos- La Unidad de Mercado en la España actual.

Existen ventajas que se derivan de un mercado amplio, y perjuicios en cuanto a la ruptura de dicha unidad. Por una parte, si nos encontramos ante un mercado amplio, es mayor la economía de escala, la división de trabajo y la intensidad de la competencia al haber más competidores, generando bienestar para los consumidores. Por ello, todos los Estados con una estructura descentralizada gozan mecanismos jurídico-constitucionales para no traspasar el límite de la unidad de mercado.

Frente a ello, para alcanzar un punto intermedio entre la consecución de las ventajas de descentralización territorial y la unidad de mercado, es necesario mecanismos como “la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de normativas comunitarias”, así como la creación de un organismo como el “Servicio de Defensa de la Competencia”, cuya función sea controlar la compatibilidad entre las legislaciones regionales y la unidad de mercado.

IV. RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO NACIONAL EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Teniendo claro cuales son los órganos competentes en cada normativa (comunitaria y nacional) hay que analizar, como se anunció en apartados precedentes, una cuestión muy debatida a nivel doctrinal, que es la coexistencia de normas protectoras de la competencia, en el ordenamiento interno de los Estados miembros, como el derecho comunitario.

En cuanto al primero, se trata de que cada uno tiene su ámbito de aplicación determinado a nivel competencial en cuanto a su legislación, aplicándose por tanto la LDC cuando las conductas afecten al mercado nacional. El segundo, el derecho comunitario, se aplica cuando la conducta afecte al comercio entre dos o más Estados miembros.

Respecto a este tema se refiere, el Tratado de Roma en su art. 87 implica una permanente coexistencia entre los dos derechos, el comunitario y el nacional, reguladores de la competencia; así como lo afirma MARKERT⁶⁹.

⁶⁹ Citado por el Manual Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Cases Pallares, Lluís. Editorial: Marcial Pons. Página 61.

Centrándonos dentro de este debate, en la correlación respecto a las prácticas colusorias y de abuso de posición, se ha creado la “*teoría de la doble barrera*”⁷⁰. Según lo que explica esta teoría, se estima que la aplicación del Derecho comunitario, no excluye la aplicación simultánea de la legislación de competencia nacional en un determinado asunto, por lo que se permite la aplicación simultánea de ambas.

El riesgo que se plantea a raíz de esta teoría, es la posibilidad de que se alcancen resultados distintos en cuanto a una misma conducta, por ello el Reglamento 1/2003 establece reglas para que sea posible una aplicación homogénea de ambos derechos. Estas reglas son:

- En primer lugar, las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario en todos los asuntos en los que resulte aplicable, para evitar la aplicación del derecho nacional a materias que podrían afectar a las relaciones económicas que van más allá de su ámbito de aplicación, pudiendo generar decisiones incompatibles entre los distintos Estados miembros.

- En segundo lugar, no se puede prohibir por el Derecho nacional, prácticas colusorias permitidas por el Derecho comunitario. Esta regla contiene una excepción, ya que no se aplica a conductas unilaterales (como las de abuso de posición de dominio), en las que es posible aplicar normas nacionales de forma más restrictiva.

Por lo tanto, por lo visto hasta ahora, se puede deducir que las relaciones entre ambos ordenamientos son presididas por el principio de supremacía del derecho comunitario, también confirmado por el Tribunal Constitucional en **la STC 232/2015, de 5 de noviembre**.

Para hacer posible la intervención de las autoridades de competencia de los Estados miembros, junto con la Comisión Europea, se forma lo conocido como “Red Europea de Competencia” (ECN)⁷¹. La base es creada por el *Reglamento 1/2003*, que establece su funcionamiento, y por la *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*. Esta carece de personalidad jurídica propia, no es una organización internacional, ni una institución de Derecho Comunitario. Se trata solo de un sistema de organización y de intercambio de información que integra a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión

⁷⁰ Bello Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial: Thomson Aranzadi. Página 55.

⁷¹ Bello Martín-Crespo, María Pilar. Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. Editorial: Thomson Aranzadi. Página 236.

Europea para permitir una persecución más eficaz de las conductas anticompetitivas, teniendo por tanto un carácter instrumental.

Otra cuestión importante, es la posible intervención de la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de la Competencia en el proceso civil como “amicus curiae”⁷². El “amicus curiae” es una persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para ser parte o tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

Esta tiene su origen en el Reglamento 1/2003, el cual estableció mecanismos para el intercambio de información, y la solicitud de los órganos jurisdiccionales de dictámenes o informes a la Comisión sobre determinados aspectos de la aplicación del Derecho de la UE. Incluso se le ha otorgado tanto a la Comisión Europea, como a las ANC, facultades para presentar alegaciones en los procedimientos iniciados ante los órganos jurisdiccionales.

Frente a ello, la solución para esta interacción fue el “animus curiae”, la cual venía a significar remontándonos en el Derecho Romano “amigo del tribunal”, no “amigo de las partes”. La función de este mecanismo se basaba en informar, advertir e ilustrar a la corte, por lo tanto, orientaba al juez para la mejor conclusión al pleito.

V. CONCLUSIONES

Tras lo estudiado, indudablemente han surgido una serie de cuestiones que serán abordadas a continuación.

En primer lugar, ¿realmente vivimos en una sociedad de libre mercado? En la práctica ocurre, que ni siquiera en muchas economías de mercado, la libertad se produce; y es que esta no es posible en las economías en las que se den fallos de mercado, como ocurre con los monopolios (por ejemplo, Microsoft); los “cárteles”, es decir, la agrupación de varias empresas que deberían competir en el mercado, pero se juntan y pactan precios, y obviamente esto daña mucho al mercado.

Lo mismo sucede con el “trust”, que es una combinación de varias empresas bajo una misma dirección, que ocasionan las “macroempresas”, las cuales imponen los precios, con lo cual las empresas de los países subdesarrollados que no están preparadas

⁷² Torre Sustaeta, María Victoria. La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Editorial Aranzadi. Página 99.

para competir en el mercado, entraron en crisis y desaparecieron, provocando la desocupación masiva y la pobreza de la población, provocando la crisis que nuestra país está padeciendo.

Y por último, nos encontramos con el “holding” que es una organización que controla las actividades de otras compañías al tener la propiedad de todas o de una parte de las acciones de éstas.

Frente a ello, se podría observar si España contiene estos fallos de mercado que le repercuten en la libertad de empresa, a través del “Índice de Libertad Económica” del año 2016. Nuestro país concretamente ocupa el puesto 43, y aunque avanza modestamente en los dos últimos años, seguimos muy lejos de las economías más liberales del mundo como Hong Kong, Singapur, Nueva Zelanda, Suiza y Australia, ocupando los cinco primeros puestos.

Y es que, este índice se elabora en función de categorías, dentro de las cuales cabe “la ausencia de corrupción”, y en nuestro país no es que prevalezca dicha ausencia.

Por lo tanto, para poder tener una economía libre de mercado con una competencia efectiva es indispensable tener un control sobre el funcionamiento de las empresas, por lo que ha sido fundamental la creación de la CNMC, tanto para poner fin a prácticas colusorias que se han desempeñado a lo largo del 2015, disminuyéndose por ejemplo, los “cárteles” (consiguiendo reunir 506 millones por las sanciones contra estos). Y al mismo tiempo, en cuanto a las concentraciones, las notificaciones se han incrementado en un 10%.

Además, dicho organismo hace posible la cooperación entre diferentes sistemas legales, como con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, con los órganos judiciales competentes, la Comisión Europea, y las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados Miembros de la UE, compartiendo información para hacer más eficiente dicho control, a la misma vez que de adquirir conocimientos de las diferentes instituciones para mejorar nuestra propio sistema español.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- Derecho Administrativo Económico I. Sebastián Martín- Retortillo. Editorial “La Ley”
- Derecho Administrativo (Parte Especial). José Bermejo Vera. Editorial Kronos.
- Economía y Estado (crisis y reforma del sector público). Gaspar Ariño. Editorial Marcial Pons.
- Estudios de Derecho Publico Económico. Libro homenaje al profesor D. Sebastián Martín- Retortillo. Editorial Civitas.
- <https://www.cnmc.es/es-es/cnmc/sobrelacnmc.aspx>
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.
- Revista del Instituto de Estudios Económicos. La Unidad de Mercado en la España actual.
- <https://www.mineco.gob.net>
- La Aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. María Victoria Torre Sustaeta. Editorial: Aranzadi.
- http://europa.eu/pol/comp/index_es.htm
- Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. María Pilar Bello Martín- Crespo. Editorial Aranzadi.
- Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Lluís Cases Pallares. Editorial: Marcial Pons.
- Tratado de Derecho de la Competencia. J.M. Beneyto Pérez. Editorial Bosch.
- Derecho Español de la Competencia. Miguel Odriozola. Editorial Bosch.
- Derecho Público de la Competencia. José Eugenio Soriano García. Editorial Marcial Pons.
- Lecciones de Derecho Administrativo (orden económico y sectores de referencia). Luciano Parejo Alfonso. Editorial: Tirant lo Blanch
- Libro Homenaje al Prof. DR. D. Sebastián Martín- Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico. Luis Cosculluela Montaner. Editorial: Civitas.
- La Carta de derechos fundamentales de la UE: algunas consecuencias del tratado de Lisboa. Puerto Solar Calvo. Editorial Dykinson
- Revista española de derecho constitucional. La Constitución económica española. Óscar Dejuán Asenjo.

- Revista de Seminarios de Estudios de los Tribunales Constitucionales. La propiedad en la jurisprudencia del TC