

Dret de la competència

Josep Oriol Llebot Majó

PID_00144397



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció.....	5
Objectius.....	6
1. Els orígens i l'evolució històrica del dret de la competència..	7
2. El dret de defensa de la competència (antitrust): fonaments teòrics.....	10
3. El dret espanyol de defensa de la competència.....	13
3.1. La delimitació de l'àmbit d'aplicació	14
3.2. La descentralització en l'aplicació del dret de defensa de la competència	15
3.3. Les conductes limitadores de la competència prohibides	17
3.3.1. Les conductes col·lusòries	17
3.3.2. L'abús de posició dominant	20
3.3.3. Les conductes deslleials de rellevància <i>antitrust</i>	22
3.4. El sistema d'exempcions	22
3.4.1. L'exempció legal	23
3.4.2. Les exempcions per categories	24
3.4.3. Les exempcions per llei	25
3.5. L'estructura de l'organització institucional en matèria de defensa de la competència	25
3.5.1. La Comissió Nacional de la Competència	26
3.5.2. L'Autoritat Catalana de la Competència	27
3.6. El procediment sancionador i mesures cautelars	29
3.7. L'acció d'indemnització de danys i perjudicis	35
3.8. El control de les concentracions econòmiques	37
3.9. El control dels ajuts públics	41
4. El dret de defensa de la competència a la Unió Europea.....	43
5. El dret contra la competència deslleial.....	48
5.1. Els pressupòsits d'aplicació	50
5.2. La clàusula general i l'enumeració d'actes deslleials	52
5.2.1. Actes de deslleialtat davant del consumidor	53
5.2.2. Actes de deslleialtat davant el competidor	54
5.2.3. Actes de deslleialtat de mercat	56
5.3. Accions derivades dels actes de competència deslleial	57
Resum.....	61

Exercicis d'autoavaluació.....	63
Solucionari.....	64
Bibliografia.....	65

Introducció

Les activitats econòmiques desenvolupades mitjançant l'empresa pels empresaris es produeixen en el mercat, on s'entrecreuen les seves ofertes amb la demanda de béns i serveis. L'element que estructura i defineix el mercat és la competència, però la funció que compleix la competència en les economies de mercat no es produeix de manera natural sinó que per assegurar-la és necessari institucionalitzar-la. La competència en aquest sentit és un producte configurat per l'ordenació jurídica. El dret de la competència està format pel conjunt de disposicions que configuren aquesta matèria de la realitat econòmica que anomenem *competència*.

L'exposició ordenada del dret de la competència que conté aquest mòdul està dividida en dos blocs normatius diferenciats fonamentalment per la naturalesa diversa dels instruments que estableixen per a tutelar la competència. El primer bloc correspon a les normes que formen l'anomenat *dret de defensa de la competència*, que, al seu torn, està integrat per normes internes i per normes comunitàries. El segon bloc es refereix a les disposicions relatives al dret contra la competència deslleial.

El contingut del dret de defensa de la competència inclou, tant en l'àmbit intern com en el comunitari, les conductes limitadores de la competència prohibides, el control de les concentracions i dels ajuts públics i la seva aplicació, que es confia, fonamentalment, als poders públics establint òrgans especialitzats. Aquesta tutela pública de la competència s'explica per raons històriques però també com a opció de política legislativa no exempta de racionalitat econòmica.

El segon bloc normatiu, integrat pel dret contra la competència deslleial, conté la disciplina dels comportaments deslleials que produeixen un falsejament de la competència i que afecten alguna de les pressuposicions que la configuren en la nostra ordenació. L'aplicació d'aquesta normativa s'instrumenta tipificant un nombre d'accions de naturalesa civil per a l'exercici de les quals s'estableix una àmplia legitimació activa que permet satisfer la funció de tutela institucional de la competència.

Objectius

Quan hagi acabat d'estudiar aquest mòdul has de ser capaç del següent:

- 1.** Comprendre el significat de la unitat sistemàtica del dret de la competència, dels seus fonaments teòrics i de la funció i les finalitats perseguides.
- 2.** Conèixer el contingut, el significat i la funció de les diferents conductes limitadores de la competència prohibides i del sistema d'exempcions.
- 3.** Conèixer els òrgans i els procediments en matèria de defensa de la competència i el significat i la funció de l'acció d'indemnització de danys i perjudicis i de la disciplina del control de les concentracions i dels ajuts públics.
- 4.** Entendre el significat i la funció del dret contra la competència deslleial i de les seves pressuposicions aplicables.
- 5.** Comprendre el significat i la funció de la clàusula general i dels grups d'actes de competència deslleial segons els interessos preferentment tutelats.
- 6.** Conèixer les diferents accions derivades dels actes de competència deslleial i la funció i la finalitat que satisfan.

1. Els orígens i l'evolució històrica del dret de la competència

El dret de la competència comprèn en l'actualitat tant el dret de defensa de la competència com el dret contra la competència deslleial, ja que tots dos conjunts normatius tenen per objecte la mateixa matèria de la realitat: la competència econòmica. Això no obstant, els orígens d'aquests dos grups de normes són ben diversos encara que finalment hagin arribat a la unificació sistemàtica i funcional.

Els orígens del dret de defensa de la competència, encara que amb antecedents més remots, se situen convencionalment en la promulgació el 1890 als EUA de l'anomenada *Sherman Antitrust Act*. Aquesta disposició és el resultat d'un moviment contrari a l'acumulació de poder econòmic dels anomenats *trusts*, que al final del segle XIX es van formar en aquell país, i de la por que l'ús d'aquest poder pogués perjudicar el mateix sistema polític. Aquesta realitat germinal de l'*antitrust law*, no ha deixat d'influir, encara en l'actualitat, en la interpretació de les finalitats que compleix i en la seva aplicació.

A Europa el dret de defensa de la competència és pràcticament desconegut fins que no es va acabar la Segona Guerra Mundial. La influència nord-americana es reconeix en la disciplina de defensa de la competència continguda en el Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (TCCEE), firmat a Roma el 25 de març de 1957, i en l'aprovació de la primera llei *antitrust* a la República Federal Alemanya. El 27 de juliol de 1957 s'aprova la Llei contra les pràctiques restrictives de la competència (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). La firma del TCCEE obre un període en què de manera successiva s'aproven lleis nacionals de defensa de la competència en diferents estats europeus, seguint fonamentalment el patró comunitari.

A Espanya és també per influència nord-americana que s'aprova el 1963 la primera Llei de pràctiques restrictives de la competència, clarament inspirada en el vessant material en la disciplina comunitària. Una llei que va tenir poca aplicació com a conseqüència, fonamentalment, de l'estructura empresarial del moment i de la política econòmica desenvolupada pels poders públics, i també pels pocs recursos dedicats a la política de competència i la mateixa estructura organitzativa establerta en la llei, en especial, respecte a la distribució de les competències per a iniciar els expedients i respecte a la potestat sancionadora.

L'aprovació de la Constitució espanyola de 1978 i el reconeixement que fa de la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat van comportar la necessitat de formular una nova llei que finalment va quedar plasmada en la vigent Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, posteriorment derogada per la vigent **Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència** (d'ara endavant, LDC), que reforma el sistema espanyol de defensa de la competència en el pla institucional i l'acosta al sistema normatiu comunitari.

Quant al dret contra la competència deslleial, els seus orígens, vinculats al reconeixement del principi de llibertat d'indústria i comerç, es remunten al començament del segle XIX. La interpretació d'aquell principi en el sentit de considerar licita tota conducta concurrent que no fos prohibida expressament va impedir la formació d'un dret general contra la competència deslleial, de manera que al començament la lleialtat concurrent és tutelada amb disposicions especials que únicament tipifiquen alguns casos concrets de conductes deslleials que consisteixen a lesionar drets de propietat industrial. La necessitat de completar la protecció limitada que oferien aquestes disposicions va donar lloc que a França es desenvolupés una jurisprudència que utilitzant la clàusula general de l'il·lícit extracontractual va construir la noció de *concurrence déloyale*.

La primera Llei general contra la competència deslleial es produeix a Alemanya amb la promulgació de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, de 7 de juny de 1909. Les interpretacions doctrinals i, sobretot, jurisprudencials, de la clàusula general continguda en el paràgraf 1, han fet evolucionar el dret contra la competència deslleial des d'una concepció netament professional, ancorada en la tutela dels drets subjectius dels empresaris, i, per tant, mercantil i privada, a una que el situa en una funció idèntica que la desplegada pel dret de defensa de la competència, això és, la tutela de la competència econòmica mitjançant la proscripció de les conductes que no comportin una competència per l'eficiència de les prestacions. Aquesta evolució i trobada final de tots dos conjunts normatius és el resultat de la fallida del principi de la neutralitat políticoeconòmica pròpia de l'estat liberal i el consegüent ingrés en els postulats de l'estat social.

La situació del dret contra la competència deslleial en l'ordenació espanyola era fins no fa gaire la pròpia dels seus orígens. Els articles 131 i 132 de la Llei de propietat industrial, de 1902, vigents fins que els va derogar la Llei 32/1988, de 10 de novembre, de marques, constituïen la normativa més general en aquesta matèria. La configuració positiva del tipus d'il·lícit deslleial de rellevància *antitrust* contingut en l'article 3.d de la Llei de pràctiques restrictives de la competència, de 1963, tampoc no va permetre cap desenvolupament en el control de les conductes deslleials. En el sector de la publicitat l'Estatut de

Lectura complementària

Sobre la noció de *concurrence déloyale*, vegeu A. Menéndez (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas.

la publicitat, de 1964, contenia prou elements per al progrés sectorial de la disciplina, però en la seva aplicació es va imposar una interpretació clarament corporativa.

La Llei 32/1988, de 10 de novembre, de marques, va establir en els articles 87, 88 i 89 una normativa contra la competència deslleial que, no obstant això, no era general i, sobretot, era clarament deficient en els aspectes processals. En qualsevol cas,

l'aprovació posterior de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat, que conté una disciplina de caire professional de les conductes deslleials d'aquest sector, i, sobretot, la promulgació de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, que deroga els articles de la Llei 32/1988, de 10 de novembre, de marques, han situat, finalment, el dret contra la competència deslleial en l'ordenament espanyol, amb una configuració que permet dur a terme aquesta unificació sistemàtica i d'objecte amb el dret de defensa de la competència.

2. El dret de defensa de la competència (*antitrust*): fonaments teòrics

La comprensió del dret de la competència solament pot ser racional si som capaços de determinar la funció que ha de complir i les finalitats que persegueix. L'exposició de motius de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, manifesta el següent:

"La existencia de una competencia efectiva entre las empresas [...] disciplina [su] actuación [...] y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores y las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor [...] con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad."

Així mateix, en l'articulat de la LDC s'utilitza l'expressió *competència* per a delimitar les conductes prohibides.

La comprensió del significat d'aquestes manifestacions i de la mateixa noció de *competència* emprada per la LDC passa per revelar el significat d'aquesta última en l'àmbit de la microeconomia, en el qual es refereix a un estat en què es produeix una assignació eficient dels recursos econòmics i, per tant, com veurem, un estat en què el benestar dels consumidors no es pot incrementar. La comprensió del significat que els economistes atribueixen a l'expressió *competència* solament es pot aconseguir descrivint els elements més rellevants dels models econòmics que expliquen les conseqüències de les diferents estructures del mercat, això és, la teoria de la competència i la teoria del monopoli.

La teoria de la competència explica la conducta, i les conseqüències, dels empresaris que persegueixen maximitzar els beneficis quan l'estructura del mercat és competitiva. L'estat de competència es caracteritza perquè no hi ha cap empresari que pugui influir ni sobre el preu ni sobre la quantitat dels béns i serveis. En aquest estat la quantitat de béns produïts pels empresaris la determina el cost marginal de produir una unitat més del bé, cost marginal que coincideix amb el benefici marginal que hi proporciona aquesta unitat del bé addicional. Els beneficis es maximitzen quan el cost marginal coincideix amb el benefici marginal perquè, si un empresari produeix una unitat més del bé, el cost marginal és superior al benefici marginal i, per tant, incorre en pèrdues; de la mateixa manera, si l'empresari produeix una unitat menys del bé, el cost marginal és inferior al benefici marginal i, per tant, l'empresari perd l'oportunitat d'obtenir més beneficis. En un mercat competitiu, el preu dels productes, per tant, equival necessàriament al cost marginal de producció, que compren la retribució del capital utilitzat per l'empresari. En aquest estat de competència, l'empresari que fixa un preu per sobre del cost marginal no pot subsistir, ja que els altres empresaris produiran béns fins al cost marginal i els oferiran a un preu inferior. Per sota del cost marginal tampoc no és possible fixar el preu, ja que això impossibilita que l'empresari cobreixi els costos de

producció, inclosa la retribució del capital utilitzat. En definitiva, en un estat de competència els consumidors satisfan les seves necessitats pagant pels béns el cost marginal de produir-los que equival al cost social dels recursos emprats.

La teoria del monopoli explica la conducta, i les conseqüències, d'un empresari que persegueix maximitzar els beneficis quan és l'únic productor dels béns o serveis. En aquest estat l'estructura del mercat és de monopoli i es caracteritza perquè l'únic empresari pot influir sobre la quantitat i, per tant, també sobre el preu dels béns o serveis que produeix. L'empresari monopolista també produeix béns i serveis fins al punt en què el cost marginal de produir una unitat més és igual al benefici marginal que obté, perquè amb aquesta conducta maximitza els beneficis. Ara bé, les conseqüències d'aquesta conducta són que l'empresari monopolista produeix una quantitat inferior dels béns i serveis respecte a la que es produiria en un estat de competència i, per tant, els pot oferir a un preu superior al cost marginal de producció. Aquestes conseqüències són insostenibles en un mercat competitiu, ja que altres empresaris, atrets pels beneficis del monopolista, començarien a produir més béns o serveis fins que el seu preu fos igual al cost marginal. En aquest sentit es pot afirmar que la funció del dret de defensa de la competència és avançar el resultat que un mercat competitiu assoliria a llarg termini.

L'estat de monopoli planteja diferents problemes encara que únicament n'hi ha un que dota de fonament la disciplina jurídica de defensa de la competència. El primer problema és que els consumidors del bé o servei monopolitzat en paguen un preu superior al que haurien de satisfer en un mercat competitiu, això és, la diferència entre el preu i el cost marginal de producció. La conseqüència és una simple transferència de recursos dels consumidors a l'empresari monopolista que té lloc per la voluntat lliure dels consumidors (*volenti non fit iniuria*), ja que qui no estigui disposat a pagar el preu de monopoli pot satisfer les seves necessitats adquirint un altre bé o servei substitutiu. A més, els beneficis que pot obtenir un monopolista incentiven la inversió de recursos a fi de monopolitzar el mercat i accedir als beneficis esmentats. L'ús d'aquests recursos amb aquesta finalitat constitueix també un element més del cost social del monopoli, ja que el fet d'aconseguir-los no produeix cap augment del benestar dels consumidors.

El veritable problema que produeix el monopoli és el problema del cost social que comporta. L'augment del preu dels béns o serveis monopolitzats per sobre del cost marginal de producció indueix els consumidors a substituir-los per altres béns o serveis el cost marginal de producció dels quals és més alt que el dels béns o serveis monopolitzats. Aquesta substitució té lloc perquè el preu dels béns o serveis substitutius és inferior al preu dels béns o serveis monopolitzats. La conseqüència és que els consumidors escullen un bé o servei que sembla més barat però que en realitat exigeix més recursos per produir-se que els necessaris per produir els béns o serveis monopolitzats. En un estat de competència, és clar que els recursos emprats per a produir els béns o serveis substitutius serien utilitzats per a produir els béns o serveis monopolitzats, ja

La ineficiència del monopoli

La ineficiència del monopoli consisteix en el fet que el cost social de satisfer les necessitats dels consumidors és superior al cost privat de satisfer-les; la diferència està en el cost marginal de producció més alt dels béns o serveis substitutius davant el dels monopolitzats.

que aquests últims permeten als consumidors satisfer les mateixes necessitats a un cost inferior. En això consisteix la ineficiència del monopoli, això és, consisteix en el fet que el cost social de satisfer les necessitats dels consumidors és superior al cost privat de satisfer-les, i la diferència està en el cost marginal de producció més alt dels béns o serveis substitutius davant el dels monopolitzats.

Aquest cost social és precisament el que dota de fonament la disciplina imperativa del dret de defensa de la competència, si bé és necessari advertir de seguida que en la realitat no es donen de forma plena cap dels dos estats descrits sinó que aquesta realitat es presenta d'una manera més complexa. Entre moltes altres raons, perquè la distinció entre un estat de competència i un estat de monopoli depèn de l'amplitud o estretor amb què delimitem els béns o serveis dins d'un mateix grup i, per tant, de l'anomenada *elasticitat de la demanda*, el valor de la qual és el que permet determinar amb precisió l'estat del mercat.

3. El dret espanyol de defensa de la competència

La potestat legislativa en la matèria pròpia del dret de defensa de la competència no és expressament atribuïda com a tal a l'Estat per la Constitució. La competència de l'Estat en la matèria "defensa de la competència" dimana de l'atribució que en fa la Constitució en l'article 149.1.13 CE (vegeu la DF primera de la LDC). La competència estatal "ex" article 149.1.13, com que la matèria defensa de la competència constitueix un element definatori del mercat, atribueix a l'Estat no solament la normació sinó totes les activitats executives que determinin la configuració real del mercat únic d'àmbit nacional. La competència executiva que, en matèria de defensa de la competència, es pot atribuir a les comunitats autònomes, en virtut de l'assumpció de la competència en matèria de comerç interior, és limitada a les actuacions executives que s'han de fer al seu territori. No obstant això, el nou article 154 EAC refereix expressament la competència executiva de la Generalitat de Catalunya en matèria de defensa de la competència.

La doctrina anterior és l'establerta pel Tribunal Constitucional i és la que el va portar a declarar inconstitucional la clàusula "en tot o en part del mercat nacional", continguda expressament o per remissió en els articles 4, 7, 9, 10, 11 i 25.a i 25.c de la LDC derogada, en la mesura que desconeixia les competències executives de la legislació estatal sobre defensa de la competència atribuïdes a les comunitats autònomes en els seus respectius estatuts (articles 12.1.5 EAC i 10.27 EAPV), si bé en diferia la nul·litat fins al moment en què, establerts per la llei estatal els criteris de connexió pertinents, les poguessin exercitar les comunitats autònomes (STC 208/1999, d'11 de novembre de 1999). Els punts de connexió referits van ser fixats per la Llei 1/2002, de 21 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència (d'ara endavant, LCC).

El dret espanyol de defensa de la competència és contingut, doncs, en l'ordenació completa i general de l'Estat.

El fonament constitucional de la legislació sobre defensa de la competència és en l'article 38, que, en reconèixer la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat, implícitament institucionalitza la competència econòmica com a element organitzador del sistema econòmic.

Aquesta disciplina és continguda en la vigent Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, que deroga la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, i en el Reial decret 261/2008, de 22 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de defensa de la competència (d'ara endavant, RLDC).

El sistema espanyol del dret de defensa de la competència és estructurat en la LDC amb la definició de les conductes limitadores de la competència prohibides: conductes col·lusòries, abús de posició dominant i conductes deslleials de rellevància *antitrust*; estableix, així mateix, un sistema d'exempcions i atribueix l'aplicació de les prohibicions als òrgans estatals corresponents [per exemple, Comissió Nacional de la Competència, que substitueix els extints Servei de Defensa de la Competència i Tribunal de Defensa de la Competència (vegeu DA sisena de la LDC)] o autonòmics, mitjançant la instrucció del procediment sancionador en matèria de conductes prohibides. La LDC, a més, conté la disciplina del control de les concentracions econòmiques i la vigilància dels ajuts públics. L'estudi més detingut d'aquest contingut normatiu és l'objecte dels apartats següents.

3.1. La delimitació de l'àmbit d'aplicació

L'anàlisi de les conductes prohibides, del control de les concentracions econòmiques i dels ajuts públics, constitutius de l'àmbit objectiu, ha d'anar precedida de la delimitació tant de l'àmbit subjectiu com de l'àmbit territorial. La LDC no fa cap referència als subjectes autors de les conductes prohibides. És cert que en alguns preceptes esmenta les empreses (per exemple, els articles 1.3.b i 1.3.c, 2.1, 2.3 i 7.1), però igualment utilitza en d'altres expressions més àmplies com la d'agents econòmics (per exemple, els articles 63.1 i 67.I). Aquesta omisió intencionada del legislador s'explica perquè la delimitació de l'àmbit subjectiu es desprèn de la finalitat que persegueix la LDC. En efecte,

si el que es persegueix és garantir l'existència d'una competència suficient, és clar que la LDC ha de ser aplicable a qualsevol persona, física o jurídica, que participi o desenvolupi una activitat en el mercat.

Desmercantilització del dret de defensa de la competència

Aquesta interpretació de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LDC, plenament consolidada en la doctrina de l'extint TDC, comporta, com que inclou qualsevol operador econòmic, una desmercantilització del dret de defensa de la competència, segons el paradigma de la doctrina de l'empresa. Això no obstant, els empresaris com a operadors econòmics continuen essent els destinataris naturals de la LDC i n'hi ha prou d'això per a justificar la inclusió d'aquesta matèria en el sistema del dret mercantil.

La delimitació de l'àmbit territorial d'aplicació de la LDC es du a terme de manera indirecta; en definir les conductes prohibides, la LDC disposa que la prohibició s'estén a totes les que produeixen o poden produir els efectes en tot o en part del mercat nacional (confronteu-ho amb els articles 1.1 i 2.1).

L'establiment del lloc de producció efectiva o potencial dels efectes de la conducta prohibida, com a criteri per a aplicar la legislació espanyola sobre defensa de la competència, s'explica també per la finalitat de la LDC, ja que la competència que persegueix garantir i protegir és la competència en el mercat nacional i, per tant, han de quedar subjectes també les conductes prohibides que es fan fora d'aquest mercat però que, tanmateix, poden produir o produeixen els efectes de limitació de la competència en el territori espanyol. En conseqüència, el criteri del lloc de producció dels efectes constitueix una norma de dret internacional privat quan en una conducta prohibida hi ha presents elements internacionals. A aquest efecte, el criteri per a aplicar la LDC espanyola fa irrelevant el lloc de realització de la conducta i la intenció o nacionalitat dels operadors econòmics implicats.

3.2. La descentralització en l'aplicació del dret de defensa de la competència

L'aplicació de la LDC no és competència exclusiva dels òrgans estatals sinó que la competència executiva en matèria de defensa de la competència és una competència concurrent entre els òrgans de l'Estat i de les comunitats autònomes. El caràcter concurrent de la competència executiva exigeix que s'estableixin criteris de connexió per a delimitar l'àmbit de les competències que correspon a l'Estat i a les comunitats autònomes i també mesures de coordinació per a garantir la unitat de mercat nacional, en virtut de l'article 149.1.1 CE (STC 208/1999). La delimitació de la corresponent competència executiva de l'Estat i de les comunitats autònomes es du a terme en la LCC establint els anomenats *punts de connexió*. Aquests punts atribueixen als òrgans de l'Estat l'exercici de les competències respecte dels procediments sancionadors en matèria de conductes prohibides que tenen per objecte les conductes previstes en els articles 1, 2 i 3 de la LDC, quan les conductes esmentades alteren o poden alterar la lliure competència en un àmbit supraautonòmic o en tot el mercat nacional (article 1.1 de la LCC), situació que, en tot cas, es produeix quan es presenten les circumstàncies previstes en les lletres *a* i *b* de l'article 1.2 de la LCC. Per la seva part, les comunitats autònomes poden exercir aquestes competències en el seu territori quan les conductes esmentades, sense afectar un àmbit superior al d'una comunitat autònoma o tot el mercat nacional, alteren o poden alterar la lliure competència en l'àmbit de la comunitat respectiva (article 1.3 de la LCC).

Quant a les mesures que tendeixen a coordinar l'aplicació de la LDC entre l'Estat i les comunitats autònomes, la LCC crea la Junta Consultiva en matèria de conflictes. Es tracta d'un òrgan consultiu especialitzat a assessorar mitjançant un dictamen no vinculant per a resoldre els conflictes de competència que l'aplicació dels punts de connexió pot produir entre l'Estat i les comunitats autònomes o entre les comunitats autònomes mateixes (article 3.1 de la LCC). El procediment de resolució de conflictes s'estructura amb un sistema de subministrament recíproc i simètric d'informació sobre les denúncies o actuacions practicades d'ofici entre els diferents òrgans competents en matèria de de-

fensa de la competència (article 2 de la LCC). En cas que sorgeixin diferències sobre l'òrgan competent per a instruir i resoldre un determinat procediment, qualsevol de les administracions en conflicte pot sol·licitar que es convoqui la Junta Consultiva perquè n'emeti un informe. L'òrgan estatal o autonòmic declarat competent en l'informe pot iniciar el procediment, sense perjudici d'utilitzar les vies jurisdiccionals pertinents i de plantejar un conflicte positiu o negatiu entre l'Estat i les comunitats autònomes o entre les comunitats autònomes mateixes davant del Tribunal Constitucional.

La transcendència que té una aplicació harmònica del dret de defensa de la competència per a satisfer la funció que compleix explica que la LCC hagi previst també uns mecanismes de col·laboració amb aquesta finalitat. En aquest sentit es crea el Consell de Defensa de la Competència com a òrgan de participació i col·laboració entre l'Estat i les comunitats autònomes per a promoure l'aplicació uniforme de la legislació de competència (article 5 u de la LCC). Així mateix, s'imposen unes obligacions de transmissió recíproca d'informació entre els òrgans estatals i autonòmics de defensa de la competència (article 5 dos de la LCC) i es legitima la Comissió Nacional de la Competència per a comparèixer, en qualitat d'interessada, en tots els procediments tramitats pels òrgans autonòmics (article 5 tres de la LCC).

La descentralització en l'aplicació del dret de defensa de la competència no solament es manifesta en la pluralitat d'òrgans estatals i autonòmics competents sinó també en la competència objectiva que la nova LDC atribueix als jutjats mercantils per a conèixer de totes les qüestions que són competència de l'ordre jurisdiccional civil respecte dels procediments aplicables dels articles 1 i 2 d'aquest ordre (DA 1a. de la LDC). No obstant això, l'atribució d'aquesta competència objectiva en la LDC exigia que es modifiqués l'article 86 ter, 2.f, de la LOPJ, modificació que finalment es va produir mitjançant la Llei orgànica 13/2007, de 19 de novembre, que amplia la competència objectiva dels jutjats mercantils als procediments d'aplicació dels articles que determina la LDC. D'aquesta manera s'elimina el requisit de procedibilitat contingut en l'article 13 de la LDC derogada i es faculta els jutjats mercantils per a aplicar directament els articles referits. Ara bé, com que aquesta possibilitat pot produir resolucions administratives i jurisdiccionals contradictòries, la LDC preveu mecanismes de cooperació entre els òrgans competents corresponents. Així, el deure de traslladar a la Comissió Nacional de la Competència l'acte d'admissió de les demandes corresponents (DA 2a., 4, de la LDC, que modifica l'article 404 de la LEC) i l'escrit d'interposició del recurs d'apel·lació (DA 2a., 6, de la LDC, que modifica l'article 461 de la LEC), o la facultat d'intervenció de l'administració corresponent en concepte d'*amicus curiae* en els procediments judicials que s'entaulin (article 16 i DA 2a. u de la LDC, que introdueix l'article 15 bis en la LEC) i també la facultat de suspendre el termini per a dictar sentència tant en primera instància com en apel·lació (DA 2a., 5 i 7 de la LDC, que modifica

els articles 434 i 465 de la LEC), i, en fi, el deure de comunicar a la Comissió Nacional de Competència les sentències que es dictin (DA 2a., 2, de la LDC, que modifica l'article 212 de la LEC).

3.3. Les conductes limitadores de la competència prohibides

El primer element estructural del dret de defensa de la competència és constituït per l'establiment d'una prohibició i tipificació de les conductes limitadores de la competència. Les conductes definides i prohibides són les conductes col·lusòries, l'abús de posició dominant i les conductes deslleials de rellevància *antitrust*. L'anàlisi dels elements que configuren cadascun d'aquests tres casos és imprescindible per a assolir una comprensió correcta del significat que tenen.

3.3.1. Les conductes col·lusòries

Les conductes col·lusòries tipificades en la clàusula general de l'article 1.1 de la LDC es caracteritzen pel fet de ser conductes fetes en comú per dos operadors econòmics o més amb l'objecte o efecte, real o potencial, d'impedir, restringir o falsejar la competència, i, així, aconseguir els beneficis associats a l'estat de monopoli. La naturalesa de les conductes col·lusòries pot ser diversa i per això la LDC distingeix les modalitats següents: **acords, decisions, recomanacions, pràctiques concertades i pràctiques conscientment paral·leles.**

Els acords són pactes entre dos operadors econòmics o més amb independència de la seva forma, oral o escrita, i la seva eficàcia o validesa jurídica. Els operadors econòmics que conclouen un acord amb l'objecte o efecte, real o potencial, d'impedir, restringir o falsejar la competència poden estar situats en el mateix nivell del procés de producció o de distribució de béns o serveis, cas en què som davant dels anomenats *acords horitzontals*, o bé en nivells diferents del procés de producció o de distribució, i llavors són qualificats d'*acords verticals*.

Un element necessari dels acords analitzats és la presència d'una pluralitat de parts autònomes, ja que si hi falta aquesta autonomia no hi haurà competència susceptible de ser restringida. Això darrer és el que ocorre sovint en els acords entre empreses jurídicament independents però que pertanyen a un mateix grup empresarial, perquè no tenen poder de decisió separatament ja que constitueixen una unitat de decisió perquè n'hi ha alguna que ostenta el control de les altres. Ara bé, quan una de les empreses controlades que pertanyen a un grup conclou un acord col·lusori amb altres operadors econòmics aliens al grup, es planteja el problema de l'atribució de la responsabilitat per la infracció de la prohibició a l'empresa que ostenta el control de les altres. La LDC ha resolt expressament aquesta qüestió en l'article 61.2 disposant que

les conductes fetes per una empresa són imputables també a l'empresa que la controla, quan el comportament econòmic de l'empresa controlada és determinat per l'empresa que ostenta el control. L'absència d'independència o de llibertat econòmica en les parts d'un acord és present també en els acords que conclouen els agents comercials, mitjancers o comissionistes amb un empresari per a desenvolupar una activitat complementària de promoció de negocis per compte d'aquest empresari.

Les decisions i les recomanacions es refereixen a les conductes que tenen l'origen en els acords adoptats per la majoria dels membres d'una organització. La distinció entre decisions i recomanacions depèn del caràcter obligatori de les decisions davant el merament voluntari de les recomanacions respecte al compliment que n'han de fer els membres de l'organització. Les pràctiques concertades són conductes que impliquen un paral·lelisme conscient en l'activitat dels operadors econòmics i comporten certa cooperació o coordinació entre aquests operadors. En canvi, les pràctiques conscientment paral·leles són conductes que no exigeixen un element consensual, encara que no poden ser explicades per les reaccions normals o previsibles dels agents econòmics en un mercat competitiu.

La prohibició general de les conductes col·lusòries de l'article 1.1 és objecte d'exemplificació amb una enumeració no exhaustiva de les conductes més tradicionals i que per això han estat objecte de tipificació expressa. En particular, les que consisteixen en el següent: **a)** fixar, de manera directa o indirecta, preus o altres condicions comercials o de servei; **b)** limitar o controlar la producció, la distribució, el desenvolupament tècnic o les inversions; **c)** repartir el mercat o les fonts d'aprovisionament; **d)** aplicar, en les relacions comercials o de servei, condicions desiguals per a prestacions equivalents que col·loquin uns competidors en situació desavantajosa davant d'altres, i **i)** subordinar la formalització de contractes a acceptar prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o d'acord amb els usos de comerç, no tinguin relació amb l'objecte d'aquests contractes.

La realització de qualsevol conducta col·lusòria constitueix una infracció de l'article 1.1 de la LDC quan, com queda dit, té per objecte o efecte, real o potencial, impedir, restringir o falsejar la competència. Establir distincions entre aquests tres termes és innecessari ja que l'única cosa rellevant és destacar que amb aquests termes es pretén cobrir qualsevol limitació de la competència en el mercat. En canvi, sí que és imprescindible destacar, per a comprendre l'abast i significat de la prohibició, que

per a incórrer en una infracció de l'article 1 són irrelevantes tant la intenció dels operadors econòmics que despleguen una conducta prohibida com la finalitat d'aquesta conducta i els efectes reals que té. L'anàlisi de la infracció és una anàlisi abstracta, això és, únicament persegueix determinar si la conducta en abstracte és idònia per a limitar la competència.

Ara bé, la formulació general de la prohibició i el caràcter abstracte i formal de la seva aplicació portat a l'extrem implicaria prohibir acords clarament beneficiosos per a la competència. En aquest sentit no es pot deixar d'assenyalar que la col·laboració és inherent al desenvolupament de qualsevol activitat econòmica. És clar que ningú no dubta de la licitud del contracte de societat, mitjançant el qual dues persones o més s'obliguen a desenvolupar una activitat econòmica en comú, per més que una de les seves conseqüències sigui l'eliminació de la competència, real o potencial, entre els socis. L'explicació i justificació de la licitud d'aquest acord i d'altres que porten a idèntiques conseqüències és en el caràcter accessori de la limitació de la competència per a aconseguir una finalitat principal clarament beneficiosa per a la competència. Aquest raonament ha estat utilitzat per l'extint TDC a fi de flexibilitzar la prohibició general dels acords col·lusoris i declarar que els pactes de no competència es poden considerar mesures necessàries per a assolir la finalitat lícita de l'acord principal, doctrina que posteriorment ha estat també en relació amb altres figures negocials.

En aquesta mateixa direcció de valorar les conseqüències econòmiques dels acords col·lusoris s'inscriu la problemàtica de la regla *de minimis*. Aquesta regla d'origen comunitari consisteix a no aplicar la prohibició als acords col·lusoris que per la seva poca importància no poden afectar de manera significativa la competència. La regla persegueix racionalitzar el cost d'administració de la defensa de la competència. En aquest sentit el nou article 5 de la LDC estableix que les prohibicions recollides en els articles de l'1 al 3 no s'aplicaran a les conductes que, per la seva poca importància, no són capaces d'afectar de manera significativa la competència. No obstant això, el mateix article remet a una disposició reglamentària la fixació dels criteris per a delimitar les conductes de menys importància, atenent, entre altres qüestions, la quota de mercat i, per tant, la inaplicabilitat de la prohibició respecte a aquestes conductes.

Aquesta remissió ha estat omplerta de contingut pels articles de l'1 al 3 del RLDC, en els quals es determinen, en primer lloc, les conductes de menys importància atenent la quota de mercat, de manera que es consideren com a tals les efectuades entre empreses competidores quan la seva quota de mercat conjunta no excedeix el 10 per cent en cap dels mercats rellevants afectats i també les que efectuen empreses que no són competidores quan la quota de mercat de cadascuna no excedeix el 15 per cent en cap dels mercats rellevants afectats (article 1.a i 1.b del RLDC). En segon lloc, encara que poden quedar compre-

ses en el concepte de conductes de menys importància establert en l'article 1 del RLDC, l'article 2 del RLDC exclou d'aquest concepte unes conductes, que enumera detalladament, atesa la gravetat dels efectes que produeixen o poden produir sobre la competència en qualsevol cas. En fi, amb caràcter residual, l'article 3.1 del RLDC preveu que el Consell de la Comissió Nacional de la Competència pot declarar no aplicables les prohibicions contingudes en els articles de l'1 al 3 de la LDC a les conductes que, atenent el seu context jurídic i econòmic, no són aptes per a afectar de manera significativa la competència, i concreta així un cas de declaració d'inaplicabilitat previst amb caràcter general en l'article 6 de la LDC i que, d'acord amb aquest article, s'ha de fundar, en tot cas, en l'interès públic i s'ha d'acordar segons el procediment previst reglamentàriament (article 43 del RLDC). Malgrat tot el que s'ha dit fins aquí, s'ha d'advertir que les conductes de menys importància, al marge del tractament que s'hi fa en l'àmbit del dret de defensa de la competència, constitueixen, en tot cas, un acte de competència deslleial per infracció de normes que tenen per objecte regular l'activitat concurrent (article 15.2 de la LCD).

Els acords, decisions i recomanacions que constitueixen pràctiques col·lusòries són nuls de ple de dret (article 1.2) sense necessitat d'ulterior declaració judicial o administrativa sobre això.

La falta de menció de la nul·litat de les pràctiques concertades i de les pràctiques conscientment paral·leles s'explica perquè no són de caràcter negocial. Únicament es pot evitar la nul·litat si la conducta col·lusòria és emparada per alguna de les exempcions previstes en la LDC. Aquesta sanció civil predisposada en la mateixa LDC comporta, en l'àmbit de les relacions jurídiques privades, negar validesa i eficàcia jurídica a les conductes referides, de manera que no obliguen cap dels operadors econòmics afectats a complir-les. En realitat, la sanció en qüestió constitueix solament una aplicació especial de la regla general continguda en l'article 6.3 del Codi civil i, per tant, és plenament traslladable la doctrina formulada entorn del seu significat, si bé la menció expressa d'aquest efecte, derivat de tot acte contrari a una norma imperativa o prohibitiva, en la mateixa LDC no és irrellevant, ja que permet destacar les conseqüències desestabilitzadores que pot tenir l'efecte esmentat en el si dels acords col·lusoris perquè els seus membres no hi estan vinculats jurídicament.

3.3.2. L'abús de posició dominant

La segona conducta limitadora de la competència prohibida per la LDC és una conducta individual o col·lectiva d'un o diversos operadors econòmics que consisteix en l'explotació abusiva de la seva posició de domini en tot o part del mercat nacional (article 2.1 de la LDC). Els termes de la prohibició deixen clar que la conducta prohibida no és ostentar una posició de domini en el mercat sinó fer una explotació abusiva d'aquesta posició. La LDC, per tant, no impedeix, en principi, assolir i mantenir una posició de domini en el mercat,

La conducta prohibida

La conducta prohibida no és ostentar una posició de domini en el mercat sinó fer una explotació abusiva d'aquesta posició.

ni tan sols de monopoli. El que es persegueix amb la prohibició ara estudiada és evitar que la posició de domini en el mercat s'assoleixi o es mantingui realitzant conductes limitadores de la competència i no com a resultat de més eficiència en la producció o distribució de béns o serveis. Això explica que la prohibició sigui aplicable també als anomenats *monopolis legals*, això és, als operadors econòmics que ostenten una posició de domini en el mercat per virtut d'una disposició legal (article 2.3 de la LDC).

La posició de domini d'una empresa consisteix en un poder econòmic que li permet comportar-se amb relativa independència respecte dels seus competidors, clients i consumidors per a modificar profitosament el preu o qualsevol altra característica dels béns o serveis. Aquesta descripció de la posició de domini deixa clar que sempre es refereix a una empresa concreta en un mercat determinat. La determinació de la posició d'una empresa en un mercat determinat s'efectua delimitant el mercat rellevant. Aquesta delimitació exigeix precisar el mercat geogràfic, això és, l'àmbit geogràfic en què l'empresa desenvolupa l'activitat, i el mercat de producte, és a dir, els béns o serveis substituïbles amb els de l'empresa. La posició de domini en un mercat determinat la pot ostentar tant una empresa individualment com constituir una posició de domini conjunta de diverses empreses.

L'element que converteix en il·lícita la posició de domini és l'explotació abusiva de la posició, és a dir, desplegar una conducta que en un estat de competència no seria possible de desplegar. L'article 2.2 de la LDC conté una enumeració dels casos constitutius de conductes abusives més freqüents. Aquesta tipificació no és en absolut exhaustiva sinó merament exemplificativa. L'abús pot consistir, en particular, en el següent: **a)** imposar, de manera directa o indirecta, preus o altres condicions comercials o de servei no equitatius; **b)** limitar la producció, la distribució o el desenvolupament tècnic en perjudici injustificat de les empreses o dels consumidors; **c)** negar-se injustificadament a satisfer les demandes de compra de productes o de prestació de serveis; **d)** aplicar, en les relacions comercials o de servei, condicions desiguals per a prestacions equivalents, que col·loquin uns competidors en situació desavantatjosa davant d'altres, i **i)** subordinar la formalització de contractes a acceptar prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o d'acord amb els usos de comerç, no tinguin relació amb l'objecte d'aquests contractes.

La LDC no conté una sanció de nul·litat expressa per als acords que constitueixin una conducta d'explotació abusiva d'una posició de domini, a diferència de la previsió que referent a això afecta les conductes col·lusòries, però aquesta llacuna ha estat omplerta per la doctrina de l'anterior TDC, que ha fonamentat expressament aquesta possibilitat.

La posició de domini d'una empresa

La posició de domini d'una empresa consisteix en un poder econòmic que li permet comportar-se amb relativa independència respecte dels seus competidors, clients i consumidors per a modificar profitosament el preu o qualsevol altra característica dels béns o serveis.

3.3.3. Les conductes deslleials de rellevància *antitrust*

La unificació del dret de defensa de la competència i del dret contra la competència deslleial entorn de la noció de *competència* cobra tot el significat amb la tipificació del falsejament de la lliure competència per actes deslleials (article 3 de la LDC) com a conducta limitadora de la competència. La LDC prohibeix les conductes deslleials que tenen una gravetat especial per al mercat com un tipus diferent de les conductes col·lusòries i de les conductes constitutives d'una explotació abusiva d'una posició dominant.

Les conductes deslleials rellevants en el dret de defensa de la competència han de ser constitutives d'un acte de competència deslleial que produeixi o pugui produir un falsejament greu de la competència que afecti l'interès públic.

El primer element de l'il·lícit es construeix *per relationem*, ja que els actes de competència deslleial són els tipificats en la legislació contra la competència deslleial. Els actes de competència deslleial més rellevants referents a això són els actes de deslleialtat davant el mercat –articles 16.2 (explotació del poder de demanda o oferta) i 17.2.c (vendes depredatòries) de la LCD–, encara que això no exclou la possibilitat de fundar la comissió de l'il·lícit en qualsevol altre acte deslleial.

El segon element és constituït pel falsejament o distorsió de la competència. El significat d'aquest requisit és que la conducta deslleial ha de ser una conducta idònia per a produir una limitació, real o potencial, de la competència. El tercer i darrer requisit o element de l'il·lícit és el que es refereix a la gravetat de la distorsió o falsejament de la competència. Aquesta gravetat és confosa freqüentment amb un element ulterior referit a l'interès públic; tanmateix, és clar que l'únic interès públic la garantia i tutela del qual persegueix la LDC és l'existència d'una competència suficient. La gravetat com a element de l'il·lícit no és únicament una gravetat quantitativa sinó també qualitativa.

En tot cas, ha de quedar clar que l'aplicació eventual de la LDC respecte a un acte de competència deslleial, rellevant des de la perspectiva *antitrust*, no impedeix aplicar a aquest mateix acte la legislació contra la competència deslleial, i és possible, per tant, la tramitació alterna, anterior o posterior d'un expedient pels òrgans de defensa de la competència i d'una acció de competència deslleial davant de la jurisdicció ordinària.

3.4. El sistema d'exempcions

La prohibició general de les conductes col·lusòries continguda en l'article 1.1 no és, en el sistema de defensa de la competència configurat en la LDC, una prohibició absoluta sinó únicament una prohibició relativa. Aquesta afirma-

ció deriva del tractament que reben els acords de poca importància i de la doctrina relativa a limitacions accessòries de la competència, casos que han estat analitzats tots dos anteriorment. La relativitat de la prohibició de les conductes col·lusòries, però, es manifesta, sobretot, en el sistema d'exempcions previst expressament en la LDC en consideració a la consecució no solament de l'interès públic de garantir una competència suficient sinó també de la satisfacció d'altres interessos públics, fins i tot contradictoris amb aquell, que troben el fonament en la clàusula de l'Estat social de la Constitució.

Aquest sistema d'exempcions és estructurat entorn de tres tipus diversos: l'exempció legal, les exempcions per categories i les exempcions per llei. El significat d'aquestes exempcions és que delimiten negativament l'àmbit objectiu d'aplicació de l'article 1.1 o de l'article 2.1 de la LDC. Els tres tipus d'exempcions, per tant, fan lícites les conductes col·lusòries objecte de les exempcions, això és, a falta de l'exempció corresponent aquestes conductes cauen en la prohibició general de l'article 1.1 de la LDC.

La disciplina del sistema d'exempcions és continguda en els apartats tercer, quart i cinquè de l'article 1 i en l'article 4.1 de la LDC i en el Real decret 378/2003, de 28 de març, pel qual es desplega la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, en matèria d'exempcions per categories, autorització singular i registre de defensa de la competència, els articles 2, 3, 14 i 15, apartats de l'1 al 4, i el capítol III de la qual són declarats expressament en vigor per la disposició derogatòria de la LDC fins que el Govern aprovi, si escau, nous textos reglamentaris. L'article 1.3 de la LDC estableix el règim de l'exempció legal, els apartats quart i cinquè del mateix article contenen la normativa de les exempcions administratives per categories i l'article 4, la relativa a les exempcions per llei.

3.4.1. L'exempció legal

La novetat principal de la nova LDC en l'àmbit de les disposicions substantives resideix en la substitució del sistema d'autoritzacions administratives singulars pel sistema d'exempció legal per a les conductes col·lusòries que compleixin determinades condicions a fi d'acostar el sistema espanyol de defensa de la competència al comunitari, encara que en el nostre cas no perquè el nombre de sol·licituds d'autorització administrativa singular hagués plantejat problemes d'administració del sistema, ja que aquesta modalitat d'exempció sorgeix en aquest darrer àmbit com a conseqüència del seu procés de modernització. La delimitació de les conductes que es poden beneficiar de l'exempció legal es du a terme en l'article 1.3 de la LDC seguint, pràcticament de manera literal, el contingut de l'article 81.3 del TCCE.

L'article 1.3 de la LDC disposa que la prohibició de l'apartat 1 d'aquest article no s'aplica, sense que sigui necessària cap decisió prèvia a aquest efecte, a les conductes col·lusòries que compleixin les quatre condicions següents:

- 1) contribuir a millorar la producció o la comercialització i distribució de béns i serveis o a promoure el progrés tècnic o econòmic;
- 2) permetre als consumidors o a usuaris participar de manera equitativa dels seus avantatges;
- 3) no imposar a les empreses interessades restriccions que no siguin indispensables per a aconseguir aquells objectius, i
- 4) no consentir a les empreses partícips la possibilitat d'eliminar la competència respecte d'una part substancial dels productes o serveis previstos.

El significat i abast de cadascuna d'aquestes quatre condicions es pot trobar exposat en la Comunicació de la Comissió relativa a les directrius referents a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat, ja que en aquesta Comunicació es descriu el significat i abast de condicions idèntiques previstes en el TCCE. La comprensió del significat i abast de les condicions referides és fonamental, ja que les empreses que persegueixin acollir-se a l'exempció legal han de dur a terme una autoavaluació de les conductes que es proposin fer segons el compliment d'aquestes condicions ja que en cas d'iniciar-se un procediment sancionador, si bé la prohibició relativa a les conductes col·lusòries prevista en l'apartat primer de l'article 1 de la LDC no s'aplica als acords que compleixen les quatre condicions esmentades (article 1.3 *in fine* de la LDC), correspon a les empreses que invoquin l'exempció legal aportar la prova que es compleixen les condicions previstes en l'apartat 3 de l'article 1 de la LDC (article 50.2 de la LDC).

3.4.2. Les exempcions per categories

Les exempcions per categories són establertes o bé directament en els reglaments comunitaris relatius a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat CE a determinades categories d'acords, decisions d'associacions d'empresa i pràctiques concertades (article 1.4 de la LDC) o bé en els corresponents reials decrets aprovats pel Govern en virtut de l'article 1.5 de la LDC i en l'elaboració dels quals han d'intervenir, amb caràcter consultiu però obligatori, el Consell de Defensa de la Competència i la Comissió Nacional de la Competència (article 25.a de la LDC). En tots casos aquestes disposicions estableixen una exempció en bloc per a determinades categories de conductes col·lusòries i el seu principal efecte és l'exempció automàtica de les que en compleixin el contingut. En l'actualitat solament és vigent un real decret, promulgat abans de la promulgació de la vigent LDC, d'exempció per categories, que és el Real decret 602/2006, de 19 de maig, pel qual s'aprova el Reglament d'exempció de determinades categories d'acords d'intercanvi d'informació sobre morositat.

També formen part de la normativa espanyola relativa a les exempcions per categories els articles del 2 al 4 del RD 378/2003, de 28 de març, pel qual es desplega la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència, en

matèria d'exempcions per categories, autorització singular i registre de defensa de la competència. Aquesta disposició, els articles 2, 3, 14 i 15, apartats de l'1 al 4, i el capítol III de la qual són expressament declarats en vigor per la disposició derogatòria de la LDC, no estableix el contingut concret de cadascun dels diferents reglaments d'exempció per categories. La determinació del contingut s'efectua *per relationem*, ja que és el mateix que el dels sis reglaments comunitaris enumerats en l'article 2. Els problemes que aquesta manera d'establir les exempcions per categories havia plantejat en la normativa anterior entorn de l'efecte que han de tenir les modificacions o substitucions posteriors dels reglaments comunitaris en l'àmbit intern han estat resolts ara mitjançant una remissió dinàmica que comprèn no solament els reglaments vigents i expressament esmentats sinó també els reglaments comunitaris que els substitueixin.

3.4.3. Les exempcions per llei

Les conductes col·lusòries fetes per operadors econòmics són exemptes de l'aplicació de la prohibició general quan resulten de l'aplicació d'una llei (article 4.1). En conseqüència, tant les conductes col·lusòries com l'abús de posició dominant no queden subjectes a les prohibicions establertes en els articles 1.1 i 2.1 de la LDC quan són fets en aplicació de les disposicions contingudes en una llei.

L'exigència de llei s'ha d'entendre referida únicament a les normes amb rang de llei i, per tant, com que queden excloses totes les de caràcter reglamentari, deixa les administracions públiques sense marge d'actuació sobre aquesta matèria. Aquesta idea s'expressa amb claredat en l'article 4.2 quan disposa que la prohibició general és aplicable a les situacions de restricció de competència que es deriven de l'exercici d'altres potestats administratives o causen l'actuació de les administracions públiques, els ens públics o les empreses públiques no emparades per una llei. Les administracions públiques, quan actuen en el mercat, són, per tant, sotmeses a la LDC en les mateixes condicions que els operadors econòmics privats.

Ara bé, l'aplicació de l'exempció per llei de les prohibicions a una conducta col·lusòria o a un abús de posició dominant feta en aplicació d'una llei exigeix, de conformitat amb la doctrina establerta per l'extint Tribunal de Defensa de la Competència, el compliment dels requisits establerts i la consistència amb la finalitat perseguida per la llei, ja que solament la consecució d'aquesta finalitat justifica l'exempció.

3.5. L'estructura de l'organització institucional en matèria de defensa de la competència

La nova LDC ha substituït l'anterior model dual d'òrgans estatals competents en matèria de defensa de la competència (per exemple, Tribunal de Defensa de la Competència i Servei de Defensa de la Competència), i, en especial, per a aplicar les prohibicions relatives a les conductes prohibides, per un model ins-

titucional monista, encarnat en la nova Comissió Nacional de la Competència (d'ara endavant, CNC). La creació i existència de la CNC es fonamenta en els principis d'especialització tècnica i d'independència, ja que el primer expressa l'atribució de determinades potestats i competències funcionals a aquesta entitat pública institucional a fi d'emfatitzar-ne el caràcter professional, específic i neutral, i sostreure'n així les decisions de l'oportunisme polític, i el segon denota l'autonomia especial d'aquesta entitat respecte de l'Administració pública i en relació amb l'exercici de les seves potestats i competències per a assegurar la finalitat perseguida amb l'especialització tècnica i garantir així l'existència d'una competència suficient en el mercat i evitar, també, que les consideracions polítiques afectin l'assignació eficient dels recursos en el mercat. D'altra banda, l'opció pel nou model institucional monista obeeix a la finalitat de reduir el cost que en termes de recursos públics destinats a la protecció de la competència comportava l'existència del model orgànic dual anterior.

3.5.1. La Comissió Nacional de la Competència

La CNC es configura com un organisme públic, dels previstos en la disposició addicional desena de la LOFAGE, amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat pública i privada i que, adscrita al Ministeri d'Economia i Hisenda, actua en l'exercici de les seves funcions amb autonomia orgànica i funcional, plena independència de les administracions públiques i submissió a la LDC i a la resta de l'ordenació jurídica (articles 12.1 i 19.1 de la LDC).

El principi d'independència es revela en el règim relatiu a la composició o estructura de la CNC i també en el dels recursos contra les resolucions o actes que dicta. La CNC està estructurada en tres òrgans diferents: el president de la CNC, el Consell de la CNC i la Direcció d'Investigació (article 20 de la LDC). El president de la CNC és nomenat pel Govern amb un reial decret a proposta del ministre d'Economia i Hisenda, entre juristes, economistes i altres professionals de prestigi reconegut, amb compareixença prèvia davant la Comissió d'Economia i Hisenda del Congrés, compareixença que versa sobre la capacitat i coneixements tècnics del candidat proposat (article 29.1 de la LDC). El Consell de la CNC està format pel president de la CNC, que presideix el Consell de la CNC, i sis consellers (article 33.1 de la LDC) nomenats de la mateixa manera que el president de la CNC exposada abans (article 29.2 de la LDC).

Ara bé, és clar que no és en el règim de nomenament dels membres del Consell de la CNC on es garanteix la independència de la CNC sinó en els elements que en configuren l'estatut; així, el mandat del president i dels consellers s'estableix en sis anys i sense possibilitat de renovació (article 29.3 de la LDC) i solament poden ser destituïts del càrrec per les causes previstes en l'article 30.1 de la LDC, entre les quals únicament la prevista en la lletra f i relativa a la separació acordada pel Govern pot comprometre'n la independència, tot i que tant la circumstància a què es vincula, consistent en l'incompliment greu dels deures del càrrec, com la necessitat de tenir la proposta de tres cinquenes parts del Consell de la CNC, reforcen la independència de la Comissió. Així mateix, per

Web recomanada

L'entorn web de la CNC és disponible a l'adreça següent: <http://www.cncompetencia.es/>

al director d'Investigació, si bé és nomenat pel Govern amb un reial decret a proposta del ministre d'Economia i Hisenda, també s'exigeix l'aprovació prèvia per majoria simple del Consell de la CNC (article 29.4 de la LDC), i també per a destituir-lo, cas en què s'exigeix un reial decret, a proposta del Ministeri d'Economia i Hisenda, amb aprovació prèvia per majoria simple del Consell de la CNC (article 30.2 de la LDC). Finalment, la independència de la CNC queda especialment reforçada en el règim de recursos contra les resolucions i actes dictats pel Consell de la CNC ja que contra aquests no és possible cap recurs per via administrativa i solament se'n pot interposar un de contenciós administratiu (article 48.1 de la LDC).

El principi d'especialització tècnica es reflecteix en totes les disposicions que estableixen les funcions atribuïdes a la CNC que, amb caràcter general, esmenta l'article 12.1 de la LDC en disposar que la CNC és l'òrgan encarregat de preservar, garantir i promoure l'existència d'una competència efectiva en els mercats i també de vetllar per l'aplicació coherent de la LDC mitjançant l'exercici de les funcions que se li atribueixen. En efecte, la CNC exerceix les funcions en l'àmbit de tot el territori espanyol i en relació amb tots els mercats i sectors productius (article 12.2 de la LDC) i aquestes funcions són de naturalesa diversa, ja que n'ostenta d'instrucció, resolució i arbitratge (article 24 de la LDC), de consultives (article 25 de la LDC) i d'altres (article 26 de la LDC). Aquestes funcions estan distribuïdes entre el president de la CNC (article 32 de la LDC), el Consell de la CNC (article 34 de la LDC) i la Direcció d'Investigació de la CNC (article 35 de la LDC).

3.5.2. L'Autoritat Catalana de la Competència

En l'àmbit autonòmic de Catalunya les previsions que pel que fa a la competència de la Generalitat de Catalunya en matèria de defensa i promoció de la competència conté el nou article 154 de l'EAC i la reforma que en aquesta matèria ha experimentat la normativa estatal han fet que s'aprovi la Llei 1/2009, de 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència (d'ara endavant, LACC), que deroga la normativa anterior continguda en la Llei 21/2001, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives, i, sobretot, en el Decret 222/2002, de 27 d'agost, pel qual es creen els òrgans de defensa de la competència de la Generalitat de Catalunya, i, així mateix, substitueix l'anterior model dual d'òrgans autonòmics competents en matèria de defensa de la competència (per exemple, Tribunal Català de Defensa de la Competència i Direcció General de Defensa de la Competència) per un model institucional monista, encarnat en la nova Autoritat Catalana de la Competència (d'ara endavant, ACC).

L'ACC es configura com un organisme autònom de caràcter administratiu amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar per a exercir les seves funcions (article 1.1 de la LACC) que actua amb autonomia orgànica, financera i funcional i amb plena independència de les administracions públiques i submissió a la LACC i a la resta de l'ordenació jurídica (article 1.3 de la LACC). La

composició o estructura de l'ACC i el règim dels recursos contra els seus actes o resolucions també revelen la plasmació del principi d'independència en la seva disciplina. En efecte, l'ACC està estructurada en els tres òrgans següents: el president de l'ACC, el director general i el Tribunal Català de Defensa de la Competència (article 4 de la LACC).

El president de l'ACC és nomenat pel Govern, a proposta del conseller responsable de la política de promoció i defensa de la competència, entre juristes, economistes i altres professionals de prestigi reconegut i experiència en l'àmbit d'actuació de l'ACC (article 5.1 de la LACC), i el mateix règim és aplicable al nomenament del director general (article 7.1 de la LACC). El Tribunal Català de Defensa de la Competència és l'òrgan col·legiat de l'ACC i està format pel president de l'ACC, que el presideix (article 6.1.i de la LACC), per dos vocals, nomenats de la mateixa manera que el president de l'ACC (article 9.3 de la LACC), i pel secretari general de l'ACC, amb veu però sense vot (article 9.1 de la LACC), nomenat pel conseller responsable de la política de promoció i defensa de la competència a proposta del president de l'ACC (article 13.3 de la LACC). Ara bé, la independència de l'ACC es revela també, encara que una mica menys que la CNC, en l'estatut aplicable a cadascun dels càrrecs referits, ja que el mandat del president de l'ACC, dels vocals del Tribunal Català de Defensa de la Competència, que no tenen dedicació absoluta (article 9.2 de la LACC), i del director general s'estableix en sis anys sense possibilitat de renovació (articles 5.1, 7.1 i 9.3 de la LACC) i solament poden ser destituïts del càrrec per les causes enumerades en l'article 5.3 de la LACC (articles 7.1 i 9.3 de la LACC), entre les quals, únicament la prevista en la lletra *f* i relativa a la destitució acordada per resolució administrativa ferma podria comprometre'n la independència, tot i que la circumstància a què es vincula, consistent en l'incompliment greu dels deures, tendeix a reforçar-ne la independència. Per acabar, el règim dels recursos susceptibles de ser interposats per a impugnar els actes i resolucions de l'ACC dictats pel Tribunal Català de Defensa de la Competència, com que admeten únicament la interposició del recurs contenciós administratiu (articles 3.1 de la LACC en relació amb l'article 48.1 de la LDC), garanteix de manera especial la independència de l'ACC. No obstant això, s'ha de destacar, pel que implica de menyscapte de la independència de l'ACC, encara que materialment limitat, que l'article 1.4 de la LACC atorga al departament responsable de la política de promoció i defensa de la competència les potestats de participar en l'establiment de les directrius de l'ACC i d'exercir el control d'eficàcia i d'eficiència respecte a la seva activitat derivada de l'exercici de les funcions de fer estudis sobre sectors i mercats en matèria de competència (article 8.1.c, 1a. i 4a., de la LACC).

D'altra banda, l'especialització tècnica de l'ACC es manifesta amb caràcter general en l'article 2.1 de la LACC en disposar que té per objectiu garantir, millorar i promoure les condicions de lliure competència i transparència dels mercats respecte a les activitats econòmiques que s'exerceixen a Catalunya i, en especial, d'acord amb l'article 2.3, de les que alteren o poden alterar la lliure competència. L'especialització tècnica, però, també es manifesta en totes les

disposicions que estableixen les funcions de l'ACC centrades a instruir i resoldre els procediments en matèria de defensa de la competència, i en l'àmbit de la promoció de la competència les funcions d'informes de regulació, d'anàlisi dels sectors econòmics i, finalment, les funcions d'arbitratge (articles 2.4, 6, 8 i 10 de la LACC).

3.6. El procediment sancionador i mesures cautelars

El procediment sancionador en matèria de conductes prohibides pels articles 1, 2 i 3 de la LDC és un procediment administratiu especial de caràcter sancionador, regit per les disposicions de la LDC (articles del 49 al 54) i del RLDC (articles del 25 al 41) i supletòriament per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i el Reial decret 1398/1993, de 4 d'agost (article 45 de la LDC). El procediment es desenvolupa en dues fases successives: la fase d'instrucció, encomanada a la Direcció d'Investigació (article 20.c de la LDC), i la fase de resolució, atribuïda al Consell de la CNC (article 20.b de la LDC) o als corresponents òrgans autonòmics competents, i, en tot cas, s'estableix un termini de divuit mesos, a comptar de la data de l'acord d'incoació del termini, per a dictar i notificar la resolució que posi fi al procediment (article 36.1 de la LDC), ja que el transcurs del termini en determina la caducitat i, per tant, l'acabament (article 38.1 de la LDC).

El procediment sancionador en matèria de conductes prohibides s'inicia d'ofici per acord de la Direcció d'Investigació per iniciativa pròpia o bé per iniciativa del Consell de la CNC o com a conseqüència d'una denúncia (article 49.1 de la LDC i 25.1 del RLDC). La denúncia dels fets que poden constituir una conducta prohibida és pública i s'ha de presentar en la forma i amb el contingut determinats (article 25.2 del RLDC). El caràcter públic de la denúncia comporta que qualsevol persona física o jurídica, interessada o no, pot posar en coneixement de la Direcció d'Investigació l'existència d'aquests fets; aquest caràcter es justifica per la naturalesa pública de l'interès a garantir i protegir una competència suficient. En tot cas, ni la iniciativa del Consell de la CNC ni la denúncia no vinculen la Direcció d'Investigació a iniciar el procediment, llevat que s'observin indicis racionals de l'existència de les conductes prohibides (article 49.1 *in fine* de la LDC). No obstant això, davant de la notícia de la possible existència d'una infracció i abans de començar el procediment, la Direcció d'Investigació pot fer una informació reservada a fi de determinar, amb les investigacions corresponents, si hi ha indicis racionals de l'existència de les conductes prohibides (article 49.2 de la LDC). En cas que no n'hi hagi, el Consell de la CNC, a proposta de la Direcció d'Investigació, està facultat per a acordar no iniciar el procediment i arxivar les actuacions (article 49.3 de la LDC).

L'inici del procediment sancionador permet que en qualsevol moment siguin adoptades les mesures cautelars necessàries tendents a assegurar l'eficàcia de la resolució que al seu moment es dicti (article 54 de la LDC). L'adopció de mesures cautelars durant la fase d'instrucció solament la pot proposar al Consell de la CNC la Direcció d'Investigació, d'ofici o bé a instàncies dels interessats (article 41.1 del RLDC), i durant la fase de resolució els mateixos interessats, cas en què el Consell de la CNC ha de sol·licitar un informe sobre la seva procedència a la Direcció d'Investigació (article 41.2 de la RLDC). El Consell de la CNC ha d'oïr els interessats i resoldre la procedència de les mesures (article 41.3 del RLDC).

La LDC no esmenta cap mesura cautelar concreta, però l'article 40 del RLDC n'enumera diverses classes (ordres de cessació o d'imposició de condicions determinades i fiança de qualsevol classe); se'n pot adoptar, però, qualsevol altra sempre que sigui necessària per a complir la seva finalitat. Els únics límits són que puguin originar perjudicis irreparables als interessats o que impliquin la violació de drets fonamentals (article 40.2 de la LDC). Contra l'acord d'adopció de mesures cautelars no s'hi pot recórrer per via administrativa i solament es pot interposar recurs contenciós administratiu (article 48 de la LDC). El Consell de la CNC, a fi d'obligar a complir les mesures acordades, pot imposar multes coercitives (articles 67.g de la LDC i 41.6 del RLDC). El Consell de la CNC, d'ofici o a instàncies dels interessats, i amb informe previ de la Direcció d'Investigació, davant de circumstàncies sobrevingudes o que no van poder ser sabudes quan es van adoptar, pot acordar modificar, suspendre o revocar les mesures cautelars (article 41.4 del RLDC). En tot cas, les mesures cessen quan el Consell de la CNC dicta la resolució que posa fi al procediment (article 41.5 del RLDC).

L'acord d'iniciació del procediment sancionador dóna lloc a l'obertura de la fase d'instrucció de l'expedient i fixa la data per al còmput del termini de dotze mesos de durada d'aquesta fase (article 28.4 de la LDC). L'acord d'inici s'ha de formalitzar amb el contingut mínim reglamentàriament establert (article 28.1 del RLDC), s'ha de notificar als interessats i s'ha de trametre una còpia de la denúncia als denunciats (article 28.2 del RLDC). Una vegada incoat l'expedient, els interessats poden adduir, en qualsevol moment, les alegacions que considerin convenientes (article 32.2 del RLDC), i la Direcció d'Investigació ha de practicar els actes d'instrucció necessaris per a esclarir els fets i determinar les responsabilitats (article 50.1 de la LDC i 32.1 del RLDC). A aquest efecte la LDC atorga a la CNC un conjunt de facultats d'inspecció i investigació per situar-la en condicions de complir la funció d'instruir l'expedient. En primer lloc, amb caràcter general, s'estableix un deure de col·laboració de totes les persones amb la CNC, a la qual, amb requeriment previ, ha de proporcionar totes les dades i informacions de què disposin i que puguin ser necessàries per a aplicar la LDC (article 39 de la LDC), i es

poden imposar multes coercitives per obligar a complir aquest deure (article 67.f de la LDC). En segon lloc, també amb caràcter general, es disposa que el personal de la CNC autoritzat degudament pel director d'Investigació pot fer les inspeccions necessàries (article 40.1 de la LDC). En tercer lloc, i ara amb caràcter més concret, l'article 40.2 de la LDC preveu una enumeració de les facultats d'inspecció d'aquest personal.

Els actes d'instrucció s'acaben amb la formulació del Plec de concreció de fets, en el qual es recullen els fets que poden ser constitutius d'infracció, que es notifiquen als interessats perquè puguin formular les al·legacions que creguin convenientes i, si escau, proposar les proves que considerin pertinents (articles 50.3 de la LDC i 33.1 del RLDC). Una vegada rebudes les al·legacions i practicades les proves o, si escau, transcorregut el termini de quinze dies, la Direcció d'Investigació tanca la fase d'instrucció del procediment sancionador i ho notifica als interessats, a fi de redactar un informe que ha de contenir la proposta de resolució (articles 50.4 de la LDC i 33.1 del RLDC) amb el contingut reglamentàriament previst (article 34.1 del RLDC). La proposta de resolució es notifica als interessats perquè facin les al·legacions que tinguin per convenientes. Una vegada transcorregut el termini per a formular les al·legacions referides i instruït l'expedient, la Direcció d'Investigació l'eleva al Consell de la CNC acompanyat de l'informe que inclou la proposta de resolució (articles 50.5 de la LDC i 34.2 del RLDC).

El Consell de la CNC, una vegada rebut l'expedient instruït juntament amb l'informe elaborat per la Direcció d'Investigació, fets que obren la fase de resolució, la durada de la qual no pot excedir els sis mesos, pot acordar la pràctica de proves i actuacions complementàries per la Direcció d'Investigació (articles 51.1 i 51.2 de la LDC i 36.1, 36.2 i 36.3 del RLDC), en especial, quan estimi que l'existència de conductes prohibides no ha quedat prou acreditada en l'informe (articles 50.4 de la LDC i 36.4 del RLDC). Així mateix, a proposta dels interessats, el Consell de la CNC pot acordar de celebrar la vista quan la consideri adequada per a analitzar o enjudiciar les pretensions objecte de l'expedient (articles 50.3 de la LDC i 19 i 37.2 del RLDC).

El Consell de la CNC, una vegada conclues les actuacions, dicta la resolució corresponent (article 51.5 de la LDC), que amb el contingut reglamentàriament establert (article 38.1 del RLDC) pot declarar el següent: **a)** l'existència d'una conducta prohibida; **b)** l'existència de conductes de menys importància, i **c)** l'existència de conductes prohibides no ha resultat acreditada (articles 53.1 de la LDC i 38.2 del RLDC). La resolució que declari l'existència d'una conducta prohibida pot contenir, a més, els punts següents: **a)** l'ordre de cessació de la conducta prohibida en un termini determinat; **b)** la imposició de condicions o obligacions determinades, tant si són estructurals com de comportament; **c)** l'ordre de remoció dels efectes que la conducta prohibida hagi causat, i **d)** la imposició de multes en concepte de sanció (articles 53.2 de la LDC i 38.3 del RLDC).

El Consell de la CNC és l'únic òrgan competent per a exercir la potestat sancionadora per la comissió de les infraccions tipificades en l'article 62 de la LDC i, en concret, les infraccions greus previstes en les lletres *a*, *b* i *c* de l'apartat tercer, i les infraccions molt greus contingudes en les lletres *a* i *b* de l'apartat quart del mateix article respecte a la violació de les prohibicions establertes en els articles 1, 2 i 3 de la LDC. Les sancions que per la comissió de les infraccions referides pot imposar el Consell de la CNC són de naturalesa econòmica i també estan tipificades en l'article 63 de la LDC segons la gravetat de la infracció, ja que consisteixen en multes de fins al 5 per cent del volum de negocis total de l'empresa infractora en el cas de la comissió d'infraccions greus (article 63.1.b de la LDC), i de fins al 10 per cent del volum de negocis total de l'empresa infractora en el cas de la comissió d'infraccions molt greus (article 63.1.c de la LDC), i, en cas que no sigui possible determinar el volum de negocis, les infraccions se sancionen en els termes previstos en l'article 63.3 de la LDC. En la fixació concreta de l'import de la multa el Consell de la CNC ha de tenir en compte els criteris establerts en l'article 64.1 de la LDC, entre els quals hi ha les circumstàncies agreujants i atenuants previstes en els apartats segon i tercer del mateix article. Finalment, en cas que l'empresa infractora sigui una persona jurídica és possible imposar una multa de fins a 60.000 euros a cadascun dels seus representants legals o directius (article 63.2 de la LDC).

En matèria sancionadora destaca el nou règim de clemència contingut en els articles 65 i 66 de la LDC i que consisteix o bé en l'exempció del pagament o bé en la reducció de l'import de la multa, i que, amb antecedents en la legislació *antitrust* nord-americana i més recentment en l'àmbit de la Unió Europea (vegeu la Comunicació de la Comissió de 19 de febrer de 2002, relativa a la dispensa del pagament de les multes i la reducció del seu import en casos de cartell), persegueix establir incentius perquè les empreses infractores col·laborin amb la CNC i d'aquesta manera reduir els costos que imposa el descobriment de les conductes prohibides i augmentar les probabilitats de detectar-les, i alhora evitar que s'allargui el cost social que aquestes imposen. La pressuposi-

ció que habilita una empresa o persona física perquè pugui tenir l'exempció del pagament de la multa que la CNC els ha imposat és que sigui la primera d'aportar elements de prova que permetin ordenar el desenvolupament d'una inspecció en relació amb un cartell (article 65.1.a de la LDC) o bé que sigui la primera d'aportar elements de prova que permetin comprovar una infracció de l'article 1 de la LDC en relació amb un cartell (article 65.1.b de la LDC). La delimitació de l'àmbit objectiu a un tipus concret de conducta col·lusòria com és el cartell, definit en els efectes de la LDC en l'apartat segon de la disposició addicional quarta, s'explica perquè aquestes conductes són les més perjudicials per a la competència i les que costen més de detectar. No obstant això, l'empresa infractora o la persona física que sol·liciti l'exempció del pagament de la multa ha de cooperar de manera plena, contínuament i diligentment amb la CNC (article 52 del RLDC), ha de posar fi a la seva participació en la presumpta infracció, no ha d'haver destruït elements de prova relacionats amb la sol·licitud d'exempció i no ha d'haver adoptat mesures per a obligar a altres empreses a participar en la infracció (article 65.2 de la LDC).

En cas que una empresa infractora o una persona física no es pugui beneficiar de l'exempció del pagament de la multa, la LDC preveu la possibilitat que se'n beneficiï sempre que hi concorri la pressuposició que l'habilita per a fer-ho i que consisteix en el fet que faciliti elements de prova de la presumpta infracció que aportin un valor afegit significatiu respecte als que ja tenia la CNC (article 66.1.a de la LDC i 49 del RLDC). El percentatge de reducció de l'import de la multa es calcula segons l'ordre temporal d'aportació dels elements de prova de la presumpta infracció, de manera que la primera d'aportar-los es pot beneficiar d'una reducció del 30 al 50 per cent, la segona del 20 al 30 per cent i les successives fins al 20 per cent (article 66.2 de la LDC). En tot cas, perquè les empreses infractores o les persones físiques es puguin beneficiar de la reducció de l'import de la multa que sol·licitin han de cooperar de manera plena, contínuament i diligentment amb la CNC (article 52 del RLDC), han de posar fi a la seva participació en la presumpta infracció i no haver destruït elements de prova relacionats amb la sol·licitud d'exempció (article 66.1.b de la LDC).

El procediment d'exempció del pagament de la multa o de reducció de l'import de la multa en els casos descrits comença amb la presentació de la sol·licitud corresponent davant de la Direcció d'Investigació (articles 46.1 i 50.1 del RLDC) de l'empresa o persona física que ha participat en el cartell. La sol·licitud formal, verbal (articles 46.2 i 50.1 *in fine* del RLDC) o abreujada d'exempció (article 48 del RLDC), ha d'anar acompanyada de tota la informació reglamentàriament establerta (articles 46.3 i 50.1 del RLDC) i dels elements de prova de què disposi el sol·licitant. La Direcció d'Investigació examina la informació i els elements de prova presentats i en cas que compleixin les condicions de l'article 65.1 de la LDC acorda l'exempció condicional del pagament de la multa, i ho notifica al sol·licitant (article 47.1 del RLDC). En la resolució que posa fi al procediment sancionador, el Consell de la CNC concedeix al sol·licitant l'exempció del pagament de la multa sempre que hagi complert els requisits establerts en l'article 65.2 de la LDC (article 47.4 del RLDC). Quant a

la reducció de l'import de la multa, la Direcció d'Investigació, a tot estirar en el moment de notificar el Plec de concreció de fets, comunica als sol·licitants la seva proposta al Consell de la CNC sobre la reducció de l'import de la multa perquè es compleixen els requisits establerts en l'article 66.1 de la LDC (article 50.5 del RLDC). Així mateix, la Direcció d'Investigació ha d'incloure la seva proposta de reducció de l'import de la multa en la proposta de resolució (article 50.6 del RLDC). Finalment, correspon al Consell de la CNC fixar el percentatge de reducció aplicable en la resolució que posa fi al procediment sancionador (article 50.7 del RLDC).

Finalment també es preveu la possibilitat d'evitar la sanció mitjançant l'acabament convencional o per conveni del procediment sancionador en matèria de conductes prohibides sempre que els presumptes infractors proposin a la CNC compromisos que resolguin els efectes sobre la competència derivats de les conductes objecte de l'expedient i quedi prou garantit l'interès públic (article 52.1 de la LDC). Les actuacions tendents a l'acabament convencional comencen per acord de la Direcció d'Investigació, acord que es pot adoptar en qualsevol moment del procediment sancionador previ a l'elevació de l'informe proposada, i amb la presentació prèvia dels presumptes infractors de la corresponent sol·licitud d'acabament convencional (article 39.1 del RLDC). L'acord d'inici ha de ser notificat als interessats, i els presumptes infractors han de presentar la seva proposta de compromisos en el termini que fixa la Direcció d'Investigació en aquest acord (article 39.2 del RLDC) i la Direcció ha de remetre la proposta de compromisos als altres interessats perquè puguin formular les alegacions que considerin convenientes (article 39.4 del RLDC). La Direcció d'Investigació eleva al Consell de la CNC la proposta d'acabament convencional i el Consell, en la mateixa resolució que posa fi al procediment sancionador, pot resoldre l'expedient sancionador per acabament convencional, de manera que estima adequats els compromisos presentats, moment a partir del qual són vinculants i tenen efectes plens (article 52.2 de la LDC), o pot resoldre que els compromisos presentats no són adequats (article 39.5 del RLDC). L'incompliment dels compromisos continguts en la resolució està tipificat com una infracció molt greu (article 62.4.c de la LDC) sancionable amb una multa de fins al 10 per cent del volum de negocis total de l'empresa infractora (article 63.1.c de la LDC) i, així mateix, pot determinar que s'imposin multes coercitives (article 67.d de la LDC) i, si escau, que s'obri el procediment sancionador corresponent en matèria de conductes prohibides.

La resolució del Consell de la CNC amb el contingut referit s'ha de notificar als interessats (articles 36.1 de la LDC i 11 del RLDC), els quals poden interposar un recurs contenciós administratiu en els termes previstos en la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (article 48.1 de la LDC), i publicar-lo en la pàgina web de la CNC (articles 27.1.a de la LDC i 23 del RLDC). La vigilància del compliment i execució de les resolucions del Consell de la CNC correspon a la Direcció d'Investigació (articles 41.1 de la LDC i 42.2 del RLDC) L'incompliment del que estableix la resolució és tipificat com una infracció molt greu (article 62.4.c de la LDC) sancionable amb multa

de fins al 10 per cent del volum de negocis total de l'empresa infractora i, per assegurar-ne el compliment, el Consell pot imposar multes coercitives (articles 67.e de la LDC i 42.5 del RLDC).

3.7. L'acció d'indemnització de danys i perjudicis

Les empreses que duen a terme alguna de les conductes prohibides no solament han de fer front a les sancions administratives exposades abans sinó també a les indemnitzacions que hagin de satisfer en cas que siguin estimades les demandes en les quals els perjudicats exercitin la corresponent acció d'indemnització de danys i perjudicis davant dels jutjats mercantils, en virtut de la competència objectiva que en aquesta matèria els ha estat atribuïda (DA 1a. de la LDC i article 86 ter, 2.f, de la LOPJ). La funció d'aquesta acció és exclusivament indemnitzatòria i, per tant, no es pot afirmar que es tracti d'un instrument més establert per a prevenir i sancionar les conductes prohibides, ja que en el sistema de la LDC la funció de prevenció i sanció és, en principi, pública, perquè, com hem vist, l'aplicació de la llei és atribuïda a uns òrgans especialitzats de l'Administració pública. Ara bé, tampoc no es pot negar que l'increment de les demandes d'indemnització dels danys i perjudicis causats per haver fet conductes prohibides comporta un efecte preventiu gens menyspreable per a les empreses que les pretenguin dur a terme, ja que solament en faran quan el benefici que en puguin obtenir excedeixi l'import que resulta de la suma de les quantitats que, si escau, hagin de satisfer en concepte de sanció administrativa i d'indemnització de danys i perjudicis.

Un sistema públic de prevenció de les conductes prohibides

L'opció per un sistema de prevenció de les conductes prohibides fonamentalment administratiu i, per tant, públic, davant d'un d'exclusivament privat i fundat en l'exercici d'accions d'indemnització dels danys i perjudicis ocasionats per aquestes conductes, es pot explicar per raons derivades de l'entorn cultural, de dret comparat i de la naturalesa pública de l'interès tutelat, però també de naturalesa econòmica. En efecte, el sistema que deixés a les mans dels particulars l'exercici de les accions *antitrust* no produiria un nivell adequat de prevenció, perquè el cost d'adquisició de la informació necessària per a perseguir una conducta prohibida és, en els casos difícils, superior als beneficis que en concepte d'indemnització dels danys i perjudicis es poden obtenir individualment i, a més, ni tan sols no privaria els infractors de tots els beneficis derivats de fer una conducta prohibida.

Les raons exposades permetien explicar la condició de procedibilitat que imposava l'article 13.2 de la derogada LDC per a l'exercici de l'acció de rescabament de danys i perjudicis i que consistia en el caràcter ferm, tant per via administrativa com jurisdiccional, de la resolució que declarava l'existència de la conducta prohibida, ja que aquesta condició evitava la multiplicació dels costos que comportava la possibilitat que la constatació de les infraccions la poguessin fer també els òrgans jurisdiccionals que coneguessin de l'acció de rescabament de danys i perjudicis. Una vegada efectuada l'opció per a assumir col·lectivament, mitjançant un sistema administratiu, el cost de la persecució de les conductes prohibides, resulta clarament racional establir aquesta condició de procedibilitat.

Tanmateix, la nova LDC ha eliminat aquesta condició de procedibilitat i ha atribuït als jutjats mercantils la competència objectiva per a conèixer de les qüestions que són de competència de l'ordre jurisdiccional civil respecte dels procediments d'aplicació dels articles 1 i 2 de la LDC i també dels articles 81 i 82 del TCCE, i, per tant, els jutjats mercantils poden conèixer de les demandes fundades en la realització d'una conducta prohibida amb caràcter anterior, simultani o posterior als òrgans administratius competents, i per això també l'establiment necessari dels mecanismes de cooperació entre aquests que hem referit en l'apartat 4.2. Solament s'ha d'esperar que la racionalitat d'aquest nou escenari normatiu estigui en el fet que els costos que comporta aquest escenari mateix, en els

termes assenyalats abans, siguin compensats per la reducció dels costos que imposen les conductes prohibides i que, com a conseqüència de l'efecte preventiu addicional de les accions d'indemnització dels danys i perjudicis, no es posin en pràctica.

Així i tot, el nou règim no deixa de plantejar problemes addicionals, com ara el relatiu a l'establiment necessari d'una sanció òptima que desincentivi la pràctica de les conductes prohibides, sanció que, en termes generals, equival a l'import del cost social que imposen les conductes prohibides dividit per les probabilitats de detectar-les, i que s'hauria de reflectir en l'import de les sancions administratives analitzades abans, ja que si això és així, i ho hauria de ser, el risc addicional de fer front a una indemnització dels danys i perjudicis produeix un efecte de sobreprevenció que desincentiva fer conductes prohibides eficients, motiu pel qual el cost marginal de les empreses que les duen a terme és inferior al de les empreses competidores. Així mateix, el nou règim comporta un desincentiu perquè les empreses facin ús del règim de clemència xifrat en l'exempció del pagament de la multa o la reducció de l'import, ja que l'obtenció d'aquests beneficis no els evita el risc d'haver de fer front al pagament de les indemnitzacions corresponents pels danys i perjudicis que hagi ocasionat la conducta prohibida.

Amb tot la racionalitat present en l'article 13.2 de la LDC derogada continua en l'article 25.c de la LDC vigent perquè s'hi continua preveient que, quan sigui requerit per l'òrgan judicial competent, la Comissió Nacional de la Competència ha de dictaminar sobre els criteris per a quantificar les indemnitzacions que els autors de les conductes previstes en els articles 1, 2 i 3 de la LDC hagin de satisfer als denunciants i a tercers que hagin resultat perjudicats com a conseqüència d'aquestes conductes, ja que també amb això s'eviten els costos de multiplicar l'anàlisi de les conseqüències perjudicials de les conductes prohibides.

Les pressuposicions de l'acció de rescabament dels danys i perjudicis per haver fet una conducta prohibida que ha d'acreditar el demandant són, d'acord amb la doctrina general sobre la responsabilitat civil, l'existència de la conducta prohibida, que l'autor o autors van actuar en la realització amb culpa o frau, els danys i els perjudicis patits i la relació de causalitat entre aquests danys i perjudicis i la conducta prohibida.

Els danys es refereixen a les pèrdues produïdes directament per la conducta prohibida i els perjudicis als beneficis deixats d'obtenir per la mateixa causa. La naturalesa de l'acció exercitada depèn de la posició que el demandant tingui respecte a l'operador econòmic demandat, ja que el perjudicat per una conducta prohibida pot ser qualsevol persona, física o jurídica, i, per tant, no solament els competidors o consumidors de l'infractor sinó també els seus clients i altres persones que no hi tinguessin relació directa. En cada cas, doncs, s'ha de determinar el caràcter contractual o extracontractual de l'acció exercitada i consegüentment els terminis de prescripció corresponents.

Finalment convé destacar l'interès especial que revesteix la possibilitat de l'exercici de l'acció de responsabilitat civil pels danys i perjudicis que ocasionen per una conducta prohibida els grups de consumidors o usuaris perjudicats per la conducta prohibida (articles 6.1, 7 i 11 de la LEC), ja que amb aquesta possibilitat és possible compensar el cost que comporta l'exercici d'aquesta acció amb l'import de les indemnitzacions que, si escau, atorga una sentència condemnatòria, resultat que, en canvi, és difícil que es produeixi quan l'acció s'exercita individualment, cosa que segurament explica la poca utilització que se n'ha fet fins ara.

3.8. El control de les concentracions econòmiques

Les concentracions econòmiques rellevants per al dret de defensa de la competència són totes les que comporten un canvi estable de l'estructura del control de tota o una part d'una o diverses empreses que participen en una operació de concentració (article 7.1 del LDC). La noció d'operació de concentració és una categoria que comprèn una pluralitat d'operacions de naturalesa diversa –per exemple, fusions, adquisició de participacions (confronteu-ho amb l'article 7.1 de la LDC). En tot cas, l'element decisiu perquè l'operació de concentració sigui rellevant des de la perspectiva *antitrust* és que un o més d'un operador econòmic participi en l'operació adquireixi el control estable sobre un altre o uns altres operadors econòmics que també participen en l'operació.

La noció de *control rellevant* a aquest efecte es fixa en l'article 7.2 de la LDC en els termes següents: hi ha control quan hi ha la possibilitat d'exercir una influència decisiva sobre una empresa, o bé com a conseqüència de formalitzar contractes o adquirir drets sobre el capital o els actius de l'empresa o bé per qualsevol altre mitjà. En tot cas, es considera que aquest control hi és quan es donen els casos previstos en l'article 4 de la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del Mercat de Valors.

La raó que justifica el control de les operacions de concentració econòmica no és evident. La dimensió o la mida que pot arribar a tenir un operador econòmic en el mercat desenvolupant les activitats no és objecte de control pel dret de defensa de la competència. Aquesta absència de control sobre l'augment de la mida dels operadors econòmics, assolida amb el desenvolupament de la seva pròpia activitat empresarial, és ben justificada perquè solament pot ser el resultat del fet que és més eficient. En canvi,

quan l'augment de la mida d'un operador econòmic en el mercat és el resultat d'una operació de concentració les conseqüències poden ser o bé una limitació de la competència o bé, únicament o simultàniament, un augment de l'eficiència. Aquesta pluralitat i diversitat de conseqüències expliquen i justifiquen el control de les operacions de concentració i també el criteri substantiu per a avaluar-les contingut en l'article 10.1 de la LDC i que consisteix en la possible obstaculització que pot produir la concentració avaluada en el manteniment d'una competència efectiva en tot o part del mercat nacional.

La limitació de la competència com a conseqüència d'una operació de concentració és clar que no es pot produir amb independència de la dimensió que per aquest mitjà assoleix un operador econòmic. La dimensió assolida l'ha de

situar en una posició en el mercat que li confereixi certa independència en el comportament. Això explica que no totes les operacions de concentració quedin subjectes a control sinó únicament les que superen determinats llindars.

En el dret espanyol de defensa de la competència els llindars són els següents: **a)** que com a conseqüència de l'operació s'adquireixi o s'incrementi una quota igual o superior al 30 per cent del mercat rellevant de producte o servei en l'àmbit nacional o en el mercat geogràfic definit dins de l'àmbit nacional; **b)** que el volum de negocis global a Espanya del conjunt dels partícips superi en el darrer exercici comptable la quantitat de 240 milions d'euros, sempre que almenys dos dels partícips facin individualment a Espanya un volum de vendes superior a 60 milions d'euros (articles 8.1 de la LDC i 4 i 5 del RLDC).

Ara bé, les operacions de concentració que compleixin els llindars referits però que simultàniament tinguin dimensió comunitària no queden subjectes a la disciplina de la LDC sinó a la del Reglament (CEE) núm. 139/2004 del Consell, de 20 de gener, sobre el control de les operacions de concentració entre empreses (article 8.2 de la LDC).

El control de les operacions de concentració econòmica que hi resultin subjectes segons els llindars establerts es fa amb un procediment especial de caràcter administratiu el règim del qual és establert, fonamentalment, en la mateixa LDC (articles del 55 al 60 de la LDC) i en el RLDC (articles del 54 al 71 del RLDC). El control es plasma en l'obligació de notificar la concentració econòmica i obtenir la corresponent autorització administrativa prèvia a executar l'operació de concentració (articles 9.1 i 9.2 de la LDC). L'incompliment d'aquesta obligació és sancionada amb una multa de fins a l'1 per cent del volum de negocis a Espanya (articles 62.2.a i b i 63.1.a).

Per tal que els operadors econòmics puguin saber amb antelació al compliment de l'obligació de notificació si realment hi estan subjectes, l'article 55.2 de la LDC (article 59 del RLDC) preveu la possibilitat que formulin una consulta davant de la CNC sobre si una determinada operació és una concentració segons el concepte previst en l'article 7 de la LDC, o si una determinada concentració supera els llindars mínims de notificació obligatòria d'acord amb l'article 8 de la LDC. Així mateix, la Direcció d'Investigació de la CNC, davant del coneixement de la possible existència d'una concentració subjecta a control, pot fer actuacions prèvies a fi de determinar, amb caràcter preliminar, si es presenten les circumstàncies per a la notificació obligatòria, d'acord amb el que estableix l'article 8 de la LDC (article 55.3 de la LDC).

El procediment de control de concentracions econòmiques s'estructura en dues fases successives. El termini per a dictar i notificar la resolució del Consell de la CNC en la primera fase és d'un mes (article 36.2.a de la LDC), transcorregut

el qual es produeix l'estimació de la corresponent sol·licitud d'autorització per silenci administratiu (article 38.2 de la LDC). En la segona fase el termini per a dictar i notificar la resolució del Consell de la CNC és de dos mesos, transcorregut el qual també es produeix l'estimació de la corresponent sol·licitud d'autorització per silenci administratiu. El començament de la primera fase es produeix com a conseqüència del compliment de l'obligació de notificar l'operació davant de la Direcció d'Investigació de la CNC i d'acord amb el formulari, ordinari o abreujat (articles 56 de la LDC i 56 i 57 del RLDC), establert (articles 55.1 i 57.1 de la LDC i 62.1 del RLDC). La notificació l'han de presentar conjuntament totes les parts que intervinguin en una fusió, en la creació d'una empresa en participació o en l'adquisició del control conjunt sobre tota o part d'una o diverses empreses (article 9.4.a de la LDC), i individualment la part que adquireixi el control exclusiu sobre tota o part d'una o diverses empreses (article 9.4.b de la LDC).

Ara bé, davant d'una operació de concentració subjecta a control i que no ha estat notificada, la CNC ha de requerir, d'ofici, les parts a efectuar la notificació en un termini de vint dies (article 9.5.I de la LDC), i, a més, aquestes concentracions notificades a requeriment de la CNC no es poden beneficiar de l'estimació de la sol·licitud d'autorització per silenci administratiu (article 9.5.II, de la LDC). Finalment, en el cas referit, una vegada transcorregut el termini sense que s'hagi produït la notificació, la Direcció d'Investigació pot iniciar d'ofici el procediment de control (article 9.5.III de la LDC). Una vegada iniciat el procediment, la CNC pot requerir en qualsevol moment la part notificadora a aportar, en un termini de deu dies, documents o altres elements necessaris per a resoldre i, en cas que el notificador no empleni el requeriment o ho faci fora del termini establert a l'efecte, no es pot beneficiar de l'estimació de la sol·licitud d'autorització per silenci administratiu (article 55.5 de la LDC). Igualment, en qualsevol moment del procediment, el notificador, amb un escrit motivat en què ha d'exposar els perjudicis que pot causar la suspensió a la concentració, pot sol·licitar l'aixecament de la suspensió, total o parcial, de l'execució de la concentració que, si escau, és acordat, amb ponderació prèvia, entre altres factors, del perjudici que causaria la suspensió de l'execució a les empreses participants en la concentració i del que causaria l'execució de l'operació a la lliure competència, pel Consell de la CNC a proposta de la Direcció d'Investigació (articles 9.6 de la LDC i 58 del RLDC).

Una vegada iniciada la primera fase del procediment de control, la Direcció d'Investigació analitza la concentració i ha de fer un informe i una proposta de resolució basada en aquest informe que ha d'elaborar atenent els criteris de valoració substantiva establerts en l'article 10.1 de la LDC (articles 57.1 de la LDC i 67.1 del RLDC) i, una vegada conclòs, l'ha d'eleva, juntament amb la proposta de resolució, al Consell de la CNC, que, basant-se en aquests criteris, ha de dictar la resolució tenint en compte els punts següents: **a)** autoritzar la concentració; **b)** subordinar l'autorització de la concentració al compliment de determinats compromisos proposats pels notificadors (exart. 59 de la LDC); **c)** acordar la remissió de la concentració a la Comissió Europea i l'arxivament

de la notificació; **d)** acordar l'arxivament de les actuacions (article 44 de la LDC); **e)** acordar el començament de la segona fase del procediment de control, quan consideri que la concentració pot obstaculitzar el manteniment de la competència efectiva en tot o part del mercat nacional (article 57.2 de la LDC).

En cas que el Consell de la CNC acordi començar la segona fase del procediment de control, la Direcció d'Investigació ha d'elaborar una nota succinta sobre la concentració que ha de fer pública en la pàgina web de la CNC a fi que les persones afectades puguin presentar al·legacions (article 58.1.I de la LDC i 65.1 i 65.2 del RLDC) i, així mateix, en cas que la concentració incideixi de manera significativa en el territori d'una comunitat autònoma, la Direcció d'Investigació ha de sol·licitar l'informe preceptiu, no vinculant, a la comunitat autònoma afectada (article 58.1.II de la LDC i 65.3 del RLDC). En aquesta segona fase la Direcció d'investigació ha d'elaborar un plec de concreció de fets en què es recullen els possibles obstacles a la competència derivats de la concentració i, amb comunicació prèvia al Consell de la CNC, ho ha de notificar als interessats (articles 58.2 de la LDC i 65.4 del RLDC), els quals hi poden fer al·legacions (articles 58.3 de la LDC i 67.1 del RLDC).

En qualsevol moment fins al cap de dotze dies d'haver estat notificat el Plec de concreció de fets, el notificador pot sol·licitar al Consell de la CNC que se celebri una vista, i el Consell de la CNC ha de notificar a la resta d'interessats la sol·licitud de vista del notificador o la seva consideració de celebrar la vista per a analitzar o enjudiciar les pretensions objecte de l'expedient, amb la finalitat que puguin manifestar la voluntat d'assistir-hi (articles 58.3 de la LDC i 68 del RLDC) Si escau, una vegada celebrada la vista s'entén conclòs el tràmit d'audiència, i la Direcció d'Investigació ha d'eleva la proposta de resolució definitiva que ha d'haver formulat al Consell de la CNC (article 58.4 de la LDC) perquè dicti una resolució en la qual pot determinar els punts següents:

- a) autoritzar la concentració;
- b) subordinar l'autorització de la concentració al compliment de determinats compromisos proposats pels notificadors (exart. 59 de la LDC);
- c) prohibir la concentració; **d)** acordar l'arxivament de les actuacions (articles 58.4 i 44 de la LDC). La resolució del Consell de la CNC s'ha de comunicar al Ministeri d'Economia i Hisenda i de notificar als interessats.

No obstant això, les resolucions que prohibeixin la concentració o que subordinin l'autorització al compliment de compromisos no són eficaces i executives fins que el ministre d'Economia i Hisenda hagi resolt no elevar la concentració al Consell de Ministres, o hagi transcorregut el termini de 15 dies previst per a fer-ho, o fins que el Consell de Ministres hagi adoptat un acord sobre la concentració que confirmi la resolució del Consell de la CNC, o hagi transcorregut el termini d'un mes establert per a fer-ho (articles 58.6, 38.4, i 60.4 de la

LDC). En aquests casos i quan el ministre d'Economia i Hisenda resolgui, per raons d'interès general, elevar la decisió al Consell de Ministres (articles 60.1 de la LDC i 70 del RLDC), ho ha de comunicar al Consell de la CNC i de notificar als interessats (article 60.2 de la LDC). Finalment, el Consell de Ministres pot confirmar la resolució dictada pel Consell de la CNC o acordar autoritzar la concentració, amb condicions o sense, cas en què l'acord s'ha de motivar en raons d'interès general diferents de la defensa de la competència, segons el que estableix l'article 10.4 de la LDC (article 60.3 de la LDC). La potestat que s'atorga al Consell de Ministres d'autoritzar una concentració prohibida pel Consell de la CNC o d'autoritzar-la modificant les condicions imposades per aquest Consell de la CNC, basant-se en els criteris d'interès general diferents de la defensa de la competència previstos en l'article 10.4 de la LDC, li confereix un poder indiscutible per a exercir la política industrial.

3.9. El control dels ajuts públics

La nova LDC no conté una definició dels ajuts públics, però reproduint la que establia, en termes semblants a la manera com ja ho havia fet la Comissió Europea i la jurisprudència comunitària, l'article 19.2 de la LDC derogada aquests ajuts poden consistir en aportacions de recursos amb càrrec a fons públics, o en la concessió de qualsevol altre avantatge pels poders públics que comporti reduir les càrregues a què haurien de fer front els operadors econòmics, públics o privats, o les produccions, en condicions de mercat o que no portin implícita una contraprestació en condicions de mercat i qualsevol altres mesures d'efecte equivalent que distorsionin la competència.

Els ajuts públics, com que proporcionen als operadors econòmics que les reben un avantatge davant els seus competidors que no és producte de la seva pròpia eficiència, produeixen una distorsió de la competència, i és per això que és necessari i justificat que per a garantir una competència suficient estiguin subjectes a alguna mena de control. Aquest control, que és especialment rigorós en el dret comunitari, ja que parteix de la regla general de la seva incompatibilitat amb el mercat comú i, per tant, de la seva prohibició en la mesura que afectin els intercanvis comercials entre els estats membres i falsegin o amenacin de falsejar la competència, de manera que afavoreixin determinades empreses o produccions, no ho és en absolut en la nostra ordenació perquè les facultats que s'atribueixen als òrgans de defensa de la competència en aquesta matèria no permeten una veritable fiscalització dels ajuts públics, ja que no passen de ser meres funcions d'informació i proposta.

El sistema de control dels ajuts públics en la nostra ordenació es desplega de la manera següent. La CNC pot analitzar els criteris de concessió dels ajuts públics en relació amb els seus possibles efectes sobre el manteniment de competència efectiva en els mercats (articles 11.1 de la LDC i 7.3 del RLDC), i emetre a aquest efecte informes respecte als règims d'ajuts i ajuts individuals (article 11.1.a de la LDC) i trametre a les administracions públiques propostes que condueixin a mantenir la competència (article 11.1.b de la LDC). La CNC

pot actuar d'ofici o a instàncies de qualsevol administració pública (articles 11.1 de la LDC 7.2 del RLDC) i, en virtut de l'article 25.e de la LDC, també a instàncies dels col·legis professionals, les cambres de comerç i les organitzacions empresarials o de consumidors i usuaris.

Perquè la CNC pugui fer els informes i propostes referits, l'òrgan responsable de la notificació a la Comissió Europea –per exemple, el govern de l'estat membre (vegeu els articles 9.1 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, i 10.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i el Reial decret 1755/1987, de 23 de desembre)– li ha de comunicar el següent:

- a) els projectes d'ajuts públics inclosos en l'àmbit d'aplicació dels articles 87 i 88 del TCE;
- b) els ajuts públics concedits a l'empesa de reglaments comunitaris d'exempció, i
- c) els informes anuals sobre tots els règims d'ajuts públics que hi ha, recollits en l'article 21 del Reglament núm. 659/1999 del Consell, de 22 de març (article 11.3 de la LDC). Sense perjudici dels deures d'informació referits, la CNC pot requerir qualsevol informació sobre els projectes i els ajuts concedits per les administracions públiques (articles 11.4 de la LDC i 7.1 del RLDC).

A més, la Comissió Nacional de la Competència ha d'emetre un informe anual sobre els ajuts públics concedits a Espanya que serà de caràcter públic després d'haver-lo tramès al Ministeri d'Economia i Hisenda i a la Comissió d'Economia del Congrés de Diputats (articles 11.2 i 27.3.b de la LDC). Així mateix, els òrgans de defensa de la competència de les comunitats autònomes poden elaborar informes sobre els ajuts públics concedits per les administracions autonòmiques o locals en l'àmbit territorial respectiu (article 11.5 de la LDC). Aquests informes autonòmics han de ser remesos a la CNC per a incorporar-los a l'informe anual.

4. El dret de defensa de la competència a la Unió Europea

La Unió Europea té els orígens en la creació de la Comunitat Econòmica Europea, el 1957, que, a fi d'assolir una sèrie d'objectius (article 2 del TCE), va establir un mercat comú. La consecució efectiva d'aquest mercat comú té com un dels instruments imprescindibles formular un règim que garanteixi que la competència no serà falsejada en el mercat interior (article 3.I.g del TCE). El desenvolupament d'aquest instrument ha donat lloc a la formació del dret de defensa de la competència de la Unió Europea, la finalitat principal del qual és integrar els mercats de cadascun dels estats membres en aquest mercat comú.

Aquest règim, que compleix la funció de garantir que la competència no serà falsejada en el mercat comú, forma part de l'ordenació jurídica comunitària i, per tant, també de l'ordenació jurídica espanyola, i està contingut i format per les normes de dret originari dels articles del 81 al 89 del TCE, per un nombrós nombre de normes de dret derivat produïdes al llarg de la vigència del TCE i per la jurisprudència del TJCE, i es poden ordenar en dos grups diferents, segons si els destinataris són els operadors econòmics en general o si són els estats membres de la UE.

La Comissió Europea és l'òrgan titular de les competències per a aplicar el dret de defensa de la competència comunitari i sota la seva dependència la Direcció General IV. Les facultats necessàries per a complir les funcions que en aquesta matèria ha de desenvolupar la Comissió són establertes en el Reglament (CE) núm. 1/2003 del Consell, de 16 de desembre de 2002, relatiu a l'aplicació de les normes sobre competència previstes en els articles 81 i 82 del Tractat, que substitueix el Reglament núm. 17/62 del Consell, de 6 de febrer de 1962, i és desenvolupat pel Reglament (CE) núm. 773/2004 de la Comissió, de 7 d'abril de 2004, relatiu al desenvolupament dels procediments de la Comissió d'acord amb els articles 81 i 82 del Tractat CE. Encara que hem d'advertir de seguida que el dret comunitari de defensa de la competència és d'aplicació directa i té també efecte directe, de manera que pot ser aplicat a cada país per les autoritats dels estats membres designades expressament a l'efecte.

La CNC és l'òrgan administratiu competent per a aplicar a Espanya els articles 81 i 82 del Tractat CE i el seu dret derivat (article 24.c de la LDC i el RD 2295/2004, de 10 de desembre). La Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004 desenvolupa les formes de cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència. En tot cas, la incoació d'un procediment per part de la Comissió priva les autoritats nacionals de competència de la competència per a aplicar els articles 81 i 82 del Tractat CE (article 11.6 del R 1/2003) Així mateix, la descentralització de l'aplicació del dret de defensa de la competència comunitari es plasma en la competència objectiva atribuïda als jutjats mercantils per a conèixer dels

Web recomanada

L'entorn web de la CE és disponible a l'adreça següent:
http://ec.europa.eu/competition/index_es.html

procediments d'aplicació dels articles 81 i 82 del Tractat CE i del seu dret derivat (article 86.2 ter, lletra f, de la LOPJ). Aquesta competència objectiva pot produir resolucions contradictòries amb una decisió de la Comissió i, a aquest efecte, l'article 16.1 del R 1/2003 estableix, sorprenentment, que en aquest cas els òrgans jurisdiccionals nacionals no poden adoptar resolucions incompatibles amb aquesta decisió de la Comissió, i la Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004 desenvolupa les formes de cooperació entre la Comissió i els òrgans jurisdiccionals dels estats membres de la UE per a aplicar els articles 81 i 82 del TCE.

La coexistència del dret de defensa de la competència espanyol i comunitari planteja el problema de la delimitació del seu respectiu àmbit d'aplicació, que, en principi, és determinat pel mercat que resulti afectat: mercat nacional o mercat comunitari. Ara bé, quan es produeix una infracció que afecta tant el mercat nacional com el comunitari, tots dos drets es poden aplicar simultàniament. Aplicació simultània que segons la teoria de la doble barrera es justifica per la diversitat de finalitats perseguides pel dret de defensa de la competència comunitari (per exemple, integrar cadascun dels mercats dels estats membres al mercat comú) i el nacional dels estats membres (per exemple, garantir una competència suficient).

La disciplina aplicable als operadors econòmics és recollida en els articles 81 i 82 del TCE i consisteix a prohibir les conductes col·lusòries i l'abús de la posició de domini en el mercat, en termes anàlegs als previstos en el dret espanyol de defensa de la competència.

La prohibició general de les conductes col·lusòries ha estat objecte d'una excepció, també de caràcter general, ja que no és aplicable als acords que es poden qualificar menys importants respecte al mercat comunitari; es tracta de l'anomenada regla *de minimis*, la disciplina de la qual és establerta en la Comunicació de la Comissió de 22 de desembre de 2001, i la Comunicació de la Comissió de 9 de desembre de 1997 estableix els elements que s'han de tenir en compte per a definir el mercat de referència a l'efecte d'aplicar l'article 82 a les conductes constitutives d'un abús de la posició de domini en el mercat.

La modernització de les normes d'aplicació dels articles 81 i 82 del TCE ha produït la substitució del sistema d'exempcions individuals basant-se en el compliment de les condicions establertes en l'article 81.3 del TCE per una excepció legal, de manera que les conductes prohibides que generin algun avantatge econòmic que compensi prou les limitacions que poden produir en la competència perquè compleixen les quatre condicions establertes en l'article 81.3 del TCE no són prohibides sense que sigui necessària cap decisió prèvia (article 1.2 del R 1/2003), si bé l'empresa o associació d'empreses que invoqui l'empara de les disposicions de l'apartat 3 de l'article 81 del TCE ha d'aportar la prova que es compleixen les condicions previstes en aquest apartat (article

Formes de cooperació

La Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004 desenvolupa les formes de cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència i la Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004 desenvolupa les formes de cooperació entre la Comissió i els òrgans jurisdiccionals dels estats membres de la UE per a aplicar els articles 81 i 82 del TCE.

2 del R 1/2003 i, respecte al significat de les condicions referides, vegeu la Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004, sobre les directrius relatives a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat).

Així mateix, el Consell de Ministres de la Comunitat pot atorgar exempcions per a determinades categories d'acords promulgant els reglaments d'exempció, sempre que s'ajustin a les normes establertes en el reglament corresponent. El Consell delega aquesta facultat a la Comissió mitjançant el Reglament núm. 19/65/CEE, del Consell de 2 de març de 1965, i el Reglament núm. 2821/71 del Consell, de 20 de desembre de 1971, i la Comissió l'ha exercida aprovant els reglaments d'exempció per categories per als acords següents: acords de transferència de tecnologia (Reglament (CE) núm. 772/2004 de la Comissió, de 27 d'abril de 2004, relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat a determinades categories d'acords de transferència de tecnologia i Comunicació de la Comissió de 27 d'abril de 2004, sobre directrius relatives a l'aplicació de l'article 81 del Tractat CE als acords de transferència de tecnologia); acords verticals i pràctiques concertades (Reglament núm. 2790/99 de la Comissió, de 22 de desembre de 1999, i Comunicació de la Comissió de 13 d'octubre de 2000, sobre directrius relatives a les restriccions verticals); acords d'especialització (Reglament núm. 2658/2000 de la Comissió, de 29 de novembre de 2000, i Comunicació de la Comissió de 6 de gener de 2001, sobre directrius sobre l'aplicabilitat de l'article 81 del Tractat CE als acords de cooperació horitzontal); acords d'investigació i desenvolupament (Reglament núm. 2659/2000 de la Comissió, de 29 de novembre de 2000). Aquests són els reglaments d'exempció per categories de caràcter general, però hi ha també un nombre important de reglaments d'exempció per a acords de sectors econòmics determinats: assegurances (Reglament núm. 358/2003 de la Comissió, de 27 de febrer de 2003, relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat a determinades categories d'acords, decisions i pràctiques concertades en el sector de les assegurances); vehicles automòbils (Reglament núm. 1400/2002 de la Comissió, de 31 de juliol de 2002, relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 81 del Tractat CE a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades en el sector dels vehicles de motor), i d'altres com transport marítim i aeri.

En darrer lloc els operadors econòmics també són els destinataris de les normes que integren la disciplina comunitària de les concentracions d'empreses, continguda en el Reglament (CE) núm. 139/2004 del Consell, de 20 de gener de 2004, sobre el control de les concentracions entre empreses (Reglament comunitari de concentracions), desenvolupat com a conseqüència de la insuficiència dels articles 81 i 82 del TCE per a controlar totes les operacions de concentració entre empreses. En relació amb aquesta disciplina, la Comissió ostenta la competència exclusiva per a controlar les operacions de concentració d'empreses que tinguin una dimensió comunitària d'acord amb els límits previstos en l'article 1 del R 139/2004, de manera que obliga els estats a respectar aquesta competència i a abstenir-se d'aplicar la seva legislació nacional en aquesta matèria (articles 8.2 de la LDC i 4 del R 139/2004). El criteri subs-

tantiu per a avaluar les operacions de concentració entre empreses és mixt ja que no solament es preveu la susceptibilitat de l'avaluació per a obstaculitzar de manera significativa la competència efectiva en el mercat comú o en una part substancial del mercat comú sinó també que aquest efecte es produeixi, en particular, com a conseqüència de la creació o reforç d'una posició dominant (article 2 del R 139/2004).

En primer lloc, els estats membres de la Unió Europea són els destinataris de les normes de la competència que declaren que són incompatibles amb el mercat comú i, per tant, prohibeixen els ajuts públics que falsegin la competència en el mercat comunitari i afavoreixin així determinades empreses o produccions (articles 87 del TCE i 19.1 de la LDC). No obstant això, el mateix article 87.2 preveu algunes excepcions en què els ajuts es consideren compatibles amb el mercat comú. A més, l'apartat tercer preveu la possibilitat que el Consell determini altres categories d'ajuts compatibles amb el mercat comú. El Reglament núm. 994/98 del Consell, de 7 de maig de 1998, habilita la Comissió a promulgar aquests reglaments d'exempcions per categories; dels que s'han aprovat cal destacar el Reglament (CE) núm. 69/2001 de la Comissió, de 12 de gener de 2001, relatiu als ajuts *de minimis*, i, sobretot, el Reglament 800/2008 de la Comissió, de 6 d'agost de 2008, pel qual es declaren determinades categories d'ajut compatibles amb el mercat comú (reglament general d'exempció per categories).

El control dels ajuts públics és competència de la Comissió i es desenvolupa d'acord amb el que preveu l'article 88 i el Reglament núm. 659/1999 del Consell, de 22 de març de 1999, desenvolupat pel Reglament de la Comissió (CE) 794/2004, de 21 d'abril de 2004, pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació del Reglament (CE) núm. 659/1999 del Consell, pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació de l'article 93 del Tractat CE. En síntesi, el control s'efectua mitjançant l'obligació de notificar a la Comissió qualsevol projecte de concessió d'ajut nou que recau sobre els estats membres i el procediment posterior d'examen d'aquest ajut a l'efecte de determinar-ne la compatibilitat o no amb el mercat comú, i també en el cas dels ajuts il·legals, això és, els ajuts que s'han executat sense complir l'obligació anterior, començant el procediment d'examen respecte a la seva compatibilitat o no amb el mercat comú i, en cas contrari, dictant un requeriment de recuperació per part de l'estat membre a fi que aquest estat recuperi l'ajut del beneficiari i l'incompliment del qual constitueix una violació del Tractat CE.

En segon lloc, els estats membres també són els destinataris de l'article 86 del TCE, ja que regula la relació dels poders públics amb les empreses públiques i amb les empreses privades que gestionen la prestació de serveis públics. En aquesta norma s'estableix el principi de la igualtat de tracte entre les empreses públiques i les empreses privades respecte al dret de defensa de la competència, una prohibició que consisteix en el fet que els estats promoguin, adoptin o mantinguin mesures contràries a les normes sobre defensa de la competència respecte a les empreses públiques i les altres empreses públiques o privades a

les quals concedeix drets especials o exclusius i una excepció a la regla general que consisteix a dispensar d'aplicar el dret de defensa de la competència quan aplicant-lo s'impedeix a les empreses que deixen serveis d'interès econòmic general i als monopolis fiscals complir la missió específica que els ha estat atribuïda pels poders públics.

5. El dret contra la competència deslleial

Els operadors econòmics que despleguen una competència deslleial, això és, una competència que no està basada en l'eficiència de les pròpies prestacions, distorsionen alguna de les pressuposicions de la competència econòmica i, per tant, produeixen, realment o potencialment, un falsejament de la competència de conseqüències anàlogues a les derivades de les conductes limitadores de la competència prohibides pel dret de defensa de la competència.

Aquesta afirmació inicial posa de manifest que el dret contra la competència deslleial comparteix el fonament, l'objecte i la funció amb el dret de defensa de la competència, i que permet, per tant, formar la unitat sistemàtica del dret de la competència. El fonament material deriva de les conseqüències que produeixen, realment o potencialment, els actes de competència deslleial, això és, un falsejament de la competència econòmica. Aquestes conseqüències expliquen que el fonament jurídic del dret contra la competència deslleial també es reconduïx al reconeixement de la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat (article 38 de la CE), ja que, com sabem, en aquest mercat hi ha implícita la institucionalització de la competència.

La matèria de la realitat social i econòmica constitutiva del dret contra la competència deslleial solament pot ser la mateixa competència, ja que aquesta competència és la realitat sobre la qual es projecten els efectes de les conductes deslleials.

Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial

Aquesta afirmació resulta indiscutible després de la lectura del primer dels articles de la disposició més general en la matèria, la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial, ja que com que delimita la seva funció o finalitat expressament configura la competència com l'objecte sobre el qual es projecta aquesta llei. El mateix caràcter indiscutible, i per la mateixa raó, té la funció atribuïda al dret contra la competència deslleial: la protecció de la competència, que es justifica en l'interès, individual i col·lectiu, de tots els qui participen en el mercat i es materialitza establint una prohibició dels actes de competència deslleial.

La identitat de la matèria de la realitat social i econòmica que constitueix l'objecte tant del dret de defensa de la competència com del dret contra la competència deslleial expliquen i justifiquen que la potestat legislativa sobre aquest darrer dret correspongui també a l'Estat, i per les mateixes raons apuntades abans respecte al dret de defensa de la competència.

Pluralitat de títols competencials

Aquesta competència estatal sobre el dret contra la competència deslleial pot tenir suport en una pluralitat de títols competencials, des del més concret, relatiu a la legislació mercantil (article 149.1.6a. de la CE), fins al més general, sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (article 149.1.13a. de la CE), passant pel que hi atribueix la competència sobre les bases de les obligacions contractuals (article 149.1.8a. de la CE).

La pluralitat d'interessos que es presenten en la protecció contra la competència deslleial fa que cobrin rellevància altres títols competencials sobre matèries que, com la defensa dels consumidors i usuaris i el comerç interior, incideixen directament sobre aquests interessos. En l'àmbit d'aquests altres títols competencials s'ha de tenir present que les comunitats autònomes han assumit competències que els atribueixen la potestat legislativa sobre les matèries que els configuren.

El dret espanyol contra la competència deslleial està format, per tant, per una pluralitat de normes integrades a l'ordenació completa i general de l'Estat o bé a les ordenacions parcials i territorials de cadascuna de les comunitats autònomes. Les disposicions de l'ordenació completa i general de l'Estat que contenen el dret contra la competència deslleial són les següents:

- la **Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial**, que conté el dret general contra la competència deslleial;
- la **Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat**, que conté el dret especial contra la competència deslleial aplicable a les activitats publicitàries;
- la **Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista**, i el **Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre**, pel qual s'aprova el **Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris**, són igualment rellevants per al dret contra la competència deslleial perquè estableixen la disciplina de determinades activitats concurrents, amb normes que configuren estructuralment el mercat de la distribució minorista o bé amb normes relatives a determinades pràctiques concurrents. Les quatre normes esmentades, encara que de manera més destacada respecte a la LCD, són objecte de modificació per l'avantprojecte de llei pel qual es modifica el règim legal de la competència deslleial per a millorar la protecció dels consumidors i usuaris, avantprojecte mitjançant el qual es pretén incorporar a l'ordenació jurídica interna la Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors.

En aquest darrer àmbit material relatiu a la configuració estructural del mercat i del règim de determinades pràctiques concurrents hi ha una pluralitat de normes amb rang de llei integrades a les diferents ordenacions parcials i territorials de les comunitats autònomes. Aquestes normes autonòmiques són el

resultat de l'exercici de les competències assumides en els estatuts d'autonomia respectius en matèria de comerç interior i defensa dels consumidors i usuaris en virtut del que disposa l'article 149.3 de la CE. La rellevància de totes aquestes disposicions per al dret contra la competència deslleial es concreta en el fet que vulnerar-los constitueix un acte de competència deslleial per infracció de normes que tenen per objecte la regulació de l'activitat concurrent (article 15.2 de la LCD).

5.1. Els pressupòsits d'aplicació

La prohibició dels actes de competència deslleial (article 1 *in fine* de la LCD) es desplega amb una clàusula general (article 5 de la LCD) i una tipificació d'actes concrets de competència deslleial (articles del 6 al 17 de la LCD). L'aplicació i el significat de la clàusula i dels actes és determinat per la concurrència necessària de les pressuposicions objectives (article 2 de la LCD), subjectives (article 3 de la LCD) i territorials (article 4 de la LCD) expressament establerts. El significat de totes les pressuposicions d'aplicació deriva del fonament institucional del sistema de repressió de la competència deslleial establert amb la finalitat de protegir la competència.

La qualificació d'un comportament com a acte de competència deslleial, segons la clàusula general o algun dels tipus previstos, exigeix en primer lloc que es tracti d'un comportament fet en el mercat, això és, on s'entrecreen l'oferta i la demanda dels béns i serveis. La pressuposició de la realització en el mercat es comprèn fàcilment si es té present que la competència és l'element que estructura i defineix el mercat, i precisament per això és clar que els únics comportaments que poden afectar la competència són els comportaments que són exterioritzats en el mercat.

La segona pressuposició objectiva és constituïda per la finalitat concurrent del comportament fet en el mercat. És clar que un comportament fet en el mercat que no constitueixi un acte de competència no pot ser rellevant per al dret contra la competència deslleial, ja que no afecta de cap manera la competència. La finalitat concurrent de l'acte com a pressuposició aplicable expressa el caràcter d'acte de competència, això és, d'acte que incideix sobre l'oferta o la demanda de béns i serveis, del comportament fet en el mercat, ja que solament els actes de competència, quan a més són deslleials, són idonis per a afectar, realment o potencialment, la competència, i distorsionar així alguna de les seves presumpcions. L'existència de finalitat concurrent es presumeix *iuris tantum* quan el comportament fet en el mercat resulta objectivament idoni per a promoure o assegurar la difusió en el mercat de les prestacions pròpies o d'un tercer.

L'aplicació de la LCD no exigeix cap qualificació subjectiva dels subjectes que fan en el mercat un comportament amb finalitats concurrents, encara que esmenti expressament els empresaris perquè són els destinataris naturals; n'hi ha prou que sigui qualsevol persona, física o jurídica, que participi en el mercat.

La delimitació legal de l'àmbit subjectiu en aquests termes comporta que el control de deslleialtat dels comportaments fets en el mercat amb finalitats concurrents s'estén no solament a les activitats econòmiques típiques dels empresaris mercantils (per exemple, industrials, comercials i de serveis) sinó també a les activitats tradicionalment excloses d'aquesta qualificació com ara les activitats agrícoles, ramaderes i artesanes, i també a les activitats artístiques, científiques, esportives i professionals.

En conseqüència, qualsevol persona, física o jurídica, que faci un comportament en el mercat en el marc de qualsevol d'aquestes activitats amb finalitats concurrents queda subjecta al control de deslleialtat del seu comportament. Això també val per a l'activitat publicitària, ja que el legislador, com que la defineix com a tota forma de comunicació feta a fi de promoure de manera directa o indirecta la contractació de béns mobles o immobles, serveis, drets i obligacions (article 2 de la LGP), la situa expressament entre les activitats fetes en el mercat amb finalitats concurrents.

El fonament institucional del dret contra la competència deslleial explica i justifica que tampoc no sigui necessari que hi hagi una relació de competència entre la persona que fa l'acte de competència deslleial i la persona o persones afectades per aquest acte, ja que s'hi poden incloure actes deslleials que són idonis per a falsejar, realment o potencialment, la competència però que no comporten un perjudici individual d'un competidor.

Relació de competència?

No és necessari que hi hagi una relació de competència entre la persona que du a terme l'acte de competència deslleial i la persona o persones afectades per aquest acte.

L'aplicació territorial de la disciplina contra la competència deslleial és regida pel principi dels efectes, reals o potencials, de l'acte de competència deslleial. La fixació d'aquest criteri per a delimitar l'àmbit d'aplicació territorial coincideix amb l'utilitzat en el dret de defensa de la competència. Aquesta coincidència no és casual sinó que arreu s'explica per la tutela institucional de la competència en el mercat espanyol, de manera que qualsevol comportament que la pugui falsejar ha de ser susceptible de repressió. La competència pot ser falsejada amb independència de la nacionalitat dels subjectes que fan l'acte de competència deslleial, de la seva intenció o del país des d'on es porti a efecte.

En qualsevol d'aquests casos la disciplina de la competència deslleial continguda en la LCD és aplicable quan els actes de competència deslleial produeixin o puguin produir efectes substancials en el mercat espanyol. La referència al mercat espanyol compleix la funció de delimitar geogràficament l'espai econòmic rellevant que se circumscriu a l'establert per les fronteres jurídiques

de l'Estat espanyol. Els efectes de falsejament de la competència que l'acte de competència deslleial produeixi, realment o potencialment, en el mercat espanyol han de ser substancials. El caràcter substancial dels efectes al·ludeix al fet que siguin prou significatius per a afectar la competència.

5.2. La clàusula general i l'enumeració d'actes deslleials

La prohibició dels actes de competència deslleial es materialitza, com queda dit, amb una clàusula general que estableix amb valor normatiu propi el criteri que defineix els comportaments deslleials i amb una tipificació no exhaustiva dels actes de competència deslleial més significatius. La clàusula general reputa deslleial tot comportament que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe. L'estudi anterior de les pressuposicions d'aplicació en combinació amb el contingut de la clàusula general ens permet afirmar ara que, en general, són deslleials els comportaments de qualsevol persona, física o jurídica, fets en el mercat amb finalitats concurrents que resultin objectivament contràries a les exigències de la bona fe.

El contingut de la clàusula general posa indirectament de manifest que la deslleialtat del comportament ni és vinculada a la presència de cap criteri d'imputació subjectiva (per exemple, culpa, frau), sinó únicament i exclusivament a la contrarietat objectiva del comportament amb les exigències de la bona fe, ni tampoc no es fa dependre de l'efectiva producció dels efectes de falsejament de la competència, i n'hi ha prou que l'acte o comportament sigui objectivament idoni per a produir-los.

La clàusula general no defineix els comportaments deslleials sinó que únicament estableix el criteri valoratiu per a determinar la deslleialtat. El criteri fixat consisteix en el fet que el comportament manqui de bona fe en sentit objectiu. La bona fe objectiva constitueix una regla de conducta en la seva dimensió positiva i un límit a l'exercici dels drets en la seva dimensió negativa. El recurs a la bona fe objectiva per a fixar el criteri de deslleialtat troba el seu fonament en el fet que els actes de competència deslleial constitueixen un abús de l'exercici del dret a la llibertat d'empresa. L'abús referit es produeix perquè l'exercici d'aquest dret s'ha de desenvolupar sense distorsionar les pressuposicions de la competència institucionalitzada implícitament amb el seu reconeixement.

La protecció de la institució de la competència com a funció pròpia de la disciplina contra la competència deslleial permet concretar el significat de la clàusula general. Els comportaments objectivament contraris a les exigències de la bona fe són els comportaments que produeixen o poden produir un falsejament de la competència, de manera que distorsionin alguna de les seves pres-

suposicions. El contingut del criteri de les exigències de la bona fe es dona, per tant, per les pressuposicions que configuren la competència tant en l'ordre econòmic com en el jurídic.

En l'ordre econòmic les pressuposicions no són diferents de les exposades abans respecte als fonaments del dret *antitrust*, i en l'ordre jurídic les pressuposicions de la competència són establertes en les lleis següents:

- a) la Constitució econòmica, perquè conté els principis del sistema d'economia social de mercat que instaura;
- b) la legislació *antitrust*, perquè estableix els principis de política econòmica en matèria de defensa de la competència, i
- c) la mateixa LCD, perquè en la tipificació dels actes de competència deslleial que conté es poden descobrir les pressuposicions del model de competència establert.

L'ordenació dels actes de competència deslleial tipificats pel legislador seguint el criteri més generalitzat, que atén els interessos tutelats i afectats de manera principal per cadascun dels diferents comportaments deslleials, ens permet descobrir els principis constituïts pel legislador en pressuposicions per a l'existència de la competència, la qual pretén protegir prohibint els actes de competència deslleial.

5.2.1. Actes de deslleialtat davant del consumidor

El primer grup d'actes de competència deslleial està format pels que lesionant l'interès dels consumidors i usuaris produeixen o poden produir un falsejament de la competència. La ràtio d'aquest grup resideix a garantir l'autonomia i la llibertat de decisió dels consumidors com a pressuposició de la competència. Els actes que incideixen sobre l'autonomia i llibertat dels consumidors impedeixen que les seves decisions siguin racionals i, per tant, que la competència es basi en l'eficiència de les prestacions ofertes.

Els actes deslleials que incideixen sobre l'autonomia i llibertat de decisió dels consumidors són els següents:

- els actes de confusió (article 6 de la LCD i 6.b de la LGP, publicitat confusional),
- els actes d'engany (articles 7 de la LCD i 4.I, publicitat enganyosa i encoberta, i 4.II, publicitat enganyosa per omissió, de la LGP),
- els actes de lliurament d'obsequis (articles 8.1 de la LCD i 9 de la LGDCU),
- la venda amb prima (articles 8.2 de la LCD i 19.3 i 32.1, vendes amb premi o regal, i 32 i 33, vendes amb obsequis, de la LOCM),
- les prestacions subordinades (articles 8.3 de la LCD i 34, ofertes conjuntes, de la LOCM) i

- els actes de comparació (articles 10 de la LCD i 6.c, publicitat comparativa, de la LGP).

Els actes de confusió consisteixen en actes idonis (per exemple, utilitzar signes o mitjans d'un competidor) per a produir un error sobre l'origen, la procedència o els vincles de l'activitat (per exemple, empresa), les prestacions (per exemple, productes) o l'establiment propi amb els d'un tercer, i els actes d'engany són els actes susceptibles d'induir a error sobre l'objecte (per exemple, naturalesa, qualitat o característiques del producte) de l'engany (per exemple, utilitzar o difondre indicacions incorrectes o falses). Els actes de confusió i els actes d'engany afecten l'autonomia i llibertat de decisió dels consumidors perquè menyscaben la transparència del mercat subministrant informacions que no es corresponen amb la realitat.

Els actes de lliurament d'obsequis no condicionats a contractar una prestació, la venda amb prima en què l'obtenció de la prima és condicionada a contractar la prestació principal i les prestacions subordinades en què es condiciona contractar la prestació principal a contractar simultàniament una prestació suplementària solament menyscaben l'autonomia i llibertat de decisió del consumidor i, per tant, són deslleials, quan imposen obstacles en algun dels elements necessaris per a portar a terme una decisió racional (per exemple, posen el consumidor en el compromís de contractar o indueixen a error sobre el nivell de preus).

Els actes de comparació són actes que comporten una confrontació pública d'extrems relatius a l'activitat, prestacions o establiment propi amb els d'un tercer amb la finalitat de destacar els avantatges d'un davant l'altre. L'autonomia i llibertat de decisió dels consumidors solament pot ser afectada per aquests actes quan la comparació no és objectiva, perquè en aquest cas són denigradors o indueixen a error ja que proporcionen informació que dificulta l'exercici de l'autonomia i llibertat de decisió del consumidor.

5.2.2. Actes de deslleialtat davant el competidor

El grup d'actes de competència deslleial que lesionen l'interès dels competidors està format pels que produeixen o poden produir un menyscapte de la seva posició en el mercat. La ràtio d'aquest grup resideix en el fet que el menyscapte de la posició dels competidors es du a terme amb actes de competència que no estan basats en l'eficiència de les prestacions pròpies com a pressuposició de la competència i, per tant, produeixen o poden produir un falsejament de la competència.

Els actes deslleials que incideixen sobre la posició d'un competidor en el mercat són els següents:

- els actes de denigració (articles 9 de la LCD i 6.a, publicitat denigradora, de la LGP),

- els actes d'imitació (article 11),
- els actes d'explotació de la reputació aliena (articles 12 de la LCD i 6.b, publicitat adhesiva, de la LGP),
- els actes de violació de secrets (article 13) i
- els actes d'inducció a la infracció contractual (article 14).

La posició guanyada per un competidor en el mercat és afectada deslleialment amb els actes de denigració, que consisteixen a fer manifestacions sobre l'activitat, prestacions o establiment d'un tercer amb la finalitat de menyscar-ne el crèdit en el mercat, perquè el poden privar de la reputació adquirida en el mercat, encara que també incideixen sobre l'autonomia i llibertat de decisió dels consumidors quan transmeten una informació no ajustada a la realitat respecte al competidor.

La imitació de les prestacions i de les iniciatives empresarials és lliure, excepte si tenen la protecció derivada d'un títol de propietat industrial o intel·lectual. La protecció dels drets que confereixen aquests títols davant els actes d'imitació del seu objecte es produeix amb les corresponents accions per violació d'aquests drets. La protecció de la disciplina contra la competència deslleial es refereix a la imitació dels resultats del treball aliè. Els actes d'imitació que consisteixen a reproduir prestacions o iniciatives alienes solament són deslleials quan generen confusió, comporten un aprofitament de la reputació o de l'esforç aliens o obstaculitzen el competidor, ja que solament en aquests casos produeixen un menyscapse de la posició guanyada per un competidor sense base en la millor eficiència de les prestacions de l'imitador.

Els actes d'explotació de la reputació aliena consisteixen a aprofitar els avantatges de la reputació adquirida en el mercat per un competidor amb qualsevol mena d'utilització dels signes o mitjans que transmeten informació sobre les seves activitats, prestacions o establiment. Aquests actes són deslleials perquè lesionen la reputació guanyada en el mercat per un competidor amb un comportament clarament ineficient que falseja la competència.

La violació de secrets empresarials consistent a divulgar-los, explotar-los o adquirir-los per mitjans incorrectes (per exemple, sense autorització del titular, per mitjà d'espionatge) és un comportament deslleial, configurat com a manifestació concreta i especialment tipificada d'aprofitament de l'esforç aliè, perquè constitueix un acte que no està basat en l'eficàcia pròpia i que perjudica la posició del competidor posseïdor del secret empresarial violat. El legislador ha substituït en aquest cas les pressuposicions de realització en el mercat i la finalitat concurrent per la intenció de l'autor de l'acte d'obtenir un profit, propi o aliè, o causar un perjudici en el titular del secret, i ampliar d'aquesta manera l'àmbit objectiu amb la finalitat d'incloure actes de violació de secrets la finalitat dels quals no és pròpiament concurrent.

Els actes d'inducció a la infracció contractual, que consisteixen en actes que comporten una interferència en les relacions contractuals d'un competidor, comprenen tres casos: la inducció a la infracció de deures contractuals bàsics, la inducció a l'acabament regular d'un contracte i l'aprofitament d'una infracció contractual. Aquests actes únicament són deslleials, perquè deterioren l'eficiència organitzativa de l'entramat de relacions jurídiques constitutives d'empresa i afecten la posició del competidor en el mercat, quan es fan amb comportaments incorrectes (per exemple, influir en una altra persona amb la finalitat de moure-la a infringir o influir-la amb engany per acabar de manera regular una relació contractual).

5.2.3. Actes de deslleialtat de mercat

El tercer i darrer grup d'actes de competència deslleial l'integren els actes que atempten de manera directa contra l'interès públic en el funcionament correcte del mercat i produeixen, realment o potencialment, un falsejament de la competència. La ràtio d'aquest grup resideix en el fet que el falsejament de la competència es du a terme amb actes basats en un abús de poder de mercat i no en l'eficiència de les prestacions pròpies, que és la pressuposició d'un mercat en estat de competència, i per tant s'ha d'evitar que es faci per a garantir que hi hagi una competència no falsejada.

Els actes deslleials que comporten un abús de poder de mercat són els següents:

- els actes de violació de normes (article 15),
- els actes de discriminació (article 16.1),
- els actes d'explotació d'una situació de dependència econòmica (article 16.2) i
- la venda a pèrdua (articles 17 de la LCD i 14 de la LOCM).

Els actes de violació de normes comprenen qualsevol infracció (per exemple, incompliment, contravenció, defraudació) de normes jurídiques que proporcioni a l'infractor un avantatge competitiu significatiu i que, a més, se'n prevalgui. En cas que les normes infringides tinguin per objecte regular l'activitat concurrent se'n presumeix l'avantatge i la prevalença. La deslleialtat dels actes de violació de normes no deriva de la infracció en si mateixa sinó dels efectes negatius que ofereix aquesta infracció sobre el funcionament correcte del mercat, perquè confereix a l'infractor un avantatge competitiu, en termes de reducció de costos, que li permet ocupar una posició millor en el mercat respecte als altres competidors, que no està basada en la seva pròpia eficiència, i que produeix un falsejament directe de la competència.

L'abús de poder de mercat és present en els actes de discriminació del consumidor, consistents a no aplicar les mateixes condicions comercials sense justificació objectiva, i en els actes d'explotació d'una situació de dependència econòmica, situació que es produeix entre dues empreses, una que demanda o ofereix béns i serveis i una altra que els adquireix o subministra i que no dis-

posa d'alternativa en el mercat. En els primers perquè resulta difícil sostenir un comportament discriminatori amb els consumidors si no se sustenta en una situació de poder econòmic. En els segons perquè l'explotació abusiva d'una situació de dependència econòmica solament es pot produir quan qui la fa ostenta poder econòmic. En tots casos la conducta és deslleial perquè, de manera anàloga a l'abús de posició de domini en el dret de defensa de la competència, produeix o pot produir un falsejament estructural de la competència, i per això mateix la LDC també la preveu en l'article 6.1.b.

La competència també es pot falsejar amb actes d'abús de poder de mercat com les vendes a pèrdua, això és, les vendes fetes per un preu inferior al cost de producció o al preu d'adquisició. Aquestes vendes, tanmateix, solament són constitutives d'actes de competència deslleial quan indueixen a error sobre el nivell de preus, desacrediten la imatge d'un producte o establiment aliens o constitueixen una pràctica depredatòria, això és, una pràctica dirigida a eliminar o a evitar l'ingrés de competidors nous en el mercat. En aquest darrer cas es torna a manifestar la connexió entre el dret contra la competència deslleial i el dret de defensa de la competència, ja que les pràctiques depredatòries han estat controlades com un cas d'abús de posició de domini.

5.3. Accions derivades dels actes de competència deslleial

La protecció institucional de la competència contra els comportaments deslleials que produeixen l'efecte, real o potencial, en cas de falsejar-la, s'instrumenta tipificant un nombre d'accions, declaratives o de condemna i de naturalesa civil, la funció principal de les quals és precisament activar aquesta protecció institucional. Aquestes accions no compleixen únicament la funció referida sinó que també permeten, al costat d'altres accions també previstes expressament, la satisfacció, si escau, dels interessos privats lesionats pels actes de competència deslleial. L'arsenal d'accions tipificades comprèn les següents:

- 1) l'acció declarativa de la deslleialtat,
- 2) l'acció de cessació,
- 3) l'acció de remoció,
- 4) l'acció de rectificació,
- 4) l'acció de rescabament de danys i perjudicis i
- 6) l'acció d'enriquiment injust.

S'han d'afegir a aquesta enumeració les accions de cessació i de rectificació en matèria de publicitat il·lícita regulades en la LGP (articles 26, 27 i 31).

1) **L'acció declarativa de la deslleialtat** té per objecte que es declari l'existència d'un acte de competència deslleial (article 18.1a.). L'exercici d'aquesta acció exigeix la concurrència de la realització efectiva de l'acte de competència deslleial i que subsisteixi la pertorbació que ha ocasionat. Aquesta acció es pot exercir de manera independent o bé com a pressuposició per a l'exercici d'altres accions, cas en què no s'ha d'exigir que subsisteixi la pertorbació.

2) **L'acció de cessació** és per l'efectivitat que té la més significativa, tant des de la perspectiva de la tutela institucional com dels interessos privats. L'objecte de l'acció de cessació consisteix a condemnar la cessació de l'acte de competència deslleial posat en pràctica, prohibint-ne la continuació o la repetició, o bé a prohibir de posar-lo en pràctica (article 18.2a.). L'exercici de l'acció de cessació solament exigeix la concurrència de la realització prèvia de l'acte de competència deslleial o el risc imminent de la posada en pràctica.

3) **L'acció de remoció** dels efectes produïts per l'acte de competència deslleial té per objecte adoptar les mesures necessàries per a eliminar els efectes d'un acte de competència deslleial (article 18.3a.). El contingut de les mesures no és previst expressament, si bé l'objecte de l'acció n'assenyala la pluralitat i diversitat (per exemple, restitució, retirada del trànsit o destrucció dels objectes, publicació de la sentència o de les rectificacions), i també, al seu torn, la complementarietat d'aquesta acció amb l'acció de cessació en la consecució efectiva de la restauració de l'ordre concurrent falsejat. La naturalesa de l'objecte d'aquesta acció fa necessari que la realització de l'acte de competència deslleial hagi produït efectes reals, de manera que hagi falsejat efectivament la competència i, si escau, lesionant algun interès privat.

4) **L'acció de rectificació** té un objecte més limitat que l'acció de remoció i consisteix a corregir les informacions enganyoses, incorrectes o falses constitutives d'un acte de competència deslleial (article 18.4a.). Això exigeix, per a exercir l'acció, la concurrència de l'efectiva realització i efectes de l'acte de competència deslleial. La rectificació consisteix a difondre la correcció de les informacions enganyoses, incorrectes o falses efectuades anteriorment (arg. exart. 31.d de la LGP).

5) **L'acció de rescabament de danys i perjudicis** compleix, fonamentalment, una funció indemnitzatòria, com prova no solament la seva pròpia naturalesa sinó també la limitació de la legitimació activa a les persones que participin en el mercat els interessos econòmics de les quals resultin directament perjudicats o amenaçats per un acte de competència deslleial, de manera que respecte a la funció d'activar la tutela institucional de la competència la seva transcendència és mínima, i si potser la compleix és per l'efecte preventiu que produeix tota acció de responsabilitat civil per danys i perjudicis.

L'objecte de l'acció atesa la seva naturalesa solament pot ser rescabalar els danys i perjudicis que hagi ocasionat un acte de competència deslleial sempre que la realització d'aquest acte sigui imputable a l'autor a títol de culpa o frau (article 18.5a.). Els requisits per a exercir l'acció són, per tant, la realització efectiva d'un acte de competència deslleial, la producció d'una lesió patrimonial i la conducta culposa o dolosa de l'autor de l'acte. La condemna de l'autor exigeix no solament la prova dels requisits acabats d'esmentar sinó també, i d'acord amb la doctrina general de la responsabilitat civil, la prova de la relació de causalitat entre l'acte i els danys i perjudicis. La indemnització que correspon en concepte de danys i perjudicis comprèn tant el dany emergent o pèrdua produïda com el lucre cessant o beneficis deixats de percebre com a conseqüència de l'acte de competència deslleial. El rescabament pot incloure, així mateix, la publicació de la sentència condemnatòria a càrrec de l'autor de l'acte.

6) L'acció d'enriquiment injust compleix exclusivament una funció tutelar d'interessos privats per la seva pròpia naturalesa i per l'àmbit reduït de la legitimació activa establert per a exercir-la, i el seu objecte consisteix a restituir la quantitat en què es xifri l'enriquiment obtingut sense causa per l'autor de l'acte de competència deslleial (article 18.6a.). L'exercici de l'acció és condicionat al fet que l'acte de competència deslleial lesioni una posició jurídica emparada per un dret d'exclusiva o alguna altra de contingut econòmic anàleg (article 18.6a.), i la legitimació activa se circumscriu al titular d'aquesta posició jurídica violada (article 19.1.II). Les referències a una posició jurídica emparada per un dret d'exclusiva i a una posició de contingut econòmic anàleg s'han d'entendre fetes, respectivament, als drets de propietat industrial i de propietat intel·lectual, i als signes distintius no inscrits o a secrets empresarials, entre d'altres. La lesió rellevant per a exercir l'acció de l'enriquiment injust no és la del dret d'exclusiva sinó la produïda per un acte de competència deslleial. Els elements que s'han de presentar per a exercir l'acció no són d'altres que els determinats per la doctrina de l'enriquiment injust: enriquiment de l'autor de l'acte, correlatiu empobriment del titular de la posició jurídica violada i manca de causa en l'enriquiment.

La legitimació activa individual per a exercir qualsevol de les accions enumerades, a excepció de l'acció d'enriquiment injust, s'estén a qualsevol persona que participi en el mercat els interessos econòmics de la qual resultin directament perjudicats o amenaçats per l'acte de competència deslleial (article 19.1.I9). Aquesta mateixa legitimació, quan és a títol col·lectiu, tampoc no comprèn l'acció de rescabament de danys i perjudicis, i s'estén a les associacions, corporacions professionals o representatives d'interessos econòmics i a les associacions de consumidors, sempre que l'acte de competència deslleial afecti els interessos dels seus membres o afecti directament els interessos dels consumidors (article 19.2).

La legitimació passiva correspon a l'autor de l'acte de competència deslleial i a qualsevol cooperador. L'autor és la persona que ha fet o ordenat l'acte de competència deslleial, i el cooperador, qualsevol persona que ha cooperat a fer-lo. La regla anterior és aplicable a totes les accions derivades d'un acte de competència deslleial amb l'excepció de l'acció d'enriquiment injust, que solament es pot dirigir contra el beneficiari de l'enriquiment.

En cas que els autors de l'acte de competència deslleial siguin treballadors o col·laboradors i l'hagin fet en l'exercici de les seves funcions, les regles per a determinar la legitimació passiva depenen del tipus d'acció exercitada. L'acció declarativa de deslleialtat i l'acció de rectificació s'han de dirigir contra el principal (article 20.2), mentre que la legitimació passiva a l'acció de rescabament de danys i perjudicis i a l'acció d'enriquiment injust es determina per aplicació de les regles del Dret civil (article 20.2 *in fine*) i, per tant, es poden contra el principal i els treballadors o col·laboradors conjuntament o separadament (articles 1902 i 1903.IV del CC), i, finalment, respecte a l'acció de cessació i l'acció de remoció regeix la regla general de l'article 20.1 i, per tant, la legitimació passiva correspon als autors de l'acte: treballadors i col·laboradors.

La prescripció

La disciplina de la prescripció de totes aquestes accions derivades de la realització d'un acte de competència deslleial és única. L'article 21 de la LCD estableix dos terminis de prescripció. El primer és un termini anual que es computa des del moment en què es pot exercitar l'acció corresponent i es té coneixement de la persona que ha fet l'acte de competència deslleial. El segon és un termini triennal i el còmput s'efectua des del moment de la realització de l'acte de competència deslleial. Aquests dos terminis són recíprocament excloents, de manera que la prescripció es produeix en el moment en què ha transcorregut un dels dos terminis, encara que el còmput de l'altre no s'hagi iniciat o completat encara.

Resum

El dret de la competència comprèn el dret de defensa de la competència i el dret contra la competència deslleial, que històricament sorgeixen en diferents moments i per a satisfer finalitats diverses. Això no obstant, en l'actualitat tots dos conjunts normatius comparteixen fonament, objecte i funció. El fonament teòric i el significat del dret de la competència és en la teoria econòmica i en concret en la teoria del monopoli, que permet saber el significat de la noció de *competència* i explica els costos socials que produeixen les conductes limitadores de la competència. La institucionalització de la competència en la Constitució espanyola amb el reconeixement de la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat constitueix el fonament jurídic del dret de la competència.

El dret de defensa de la competència, tant l'espanyol com el comunitari, conté la disciplina estructural de la competència mitjançant la tipificació de les conductes limitadores de la competència prohibides: conductes col·lusòries, abús de posició dominant i, a més, en el dret espanyol, les conductes deslleials de rellevància *antitrust*. La realització de qualsevol d'aquestes conductes quan té per objecte o efecte, real o potencial, impedir, restringir o falsejar la competència constitueix una infracció. Això no obstant, com que la competència no constitueix l'únic valor tutelat ni en la nostra ordenació ni en la comunitària es preveu un sistema d'exempcions destinat a satisfer la consecució d'altres finalitats igualment atendibles.

El sistema de prevenció, aplicació i sanció del dret de defensa de la competència és, fonamentalment, públic ja que, per raons diverses, és atribuït a uns òrgans especialitzats i independents de l'Administració pública estatal i autonòmica. La imposició de les sancions previstes per la realització d'alguna de les conductes limitadores de la competència prohibides es du a terme començant, instruint i resolent un procediment sancionador. Això no obstant, la descentralització en l'aplicació del dret de defensa de la competència s'ha produït no solament respecte a les competències executives que corresponen, respectivament, als òrgans estatals i autonòmics, sinó també com a conseqüència de l'atribució als jutjats mercantils de la competència objectiva per a conèixer de totes les qüestions que són competència de l'ordre jurisdiccional civil respecte dels procediments d'aplicació dels articles 1 i 2 de la LDC i també dels articles 81 i 82 del TCCE i, consegüentment, també de les accions de responsabilitat pels danys i perjudicis causats per les conductes prohibides.

El contingut del dret de defensa de la competència comprèn, així mateix, la disciplina de control de les concentracions econòmiques i dels ajuts públics. La disciplina de control de les concentracions és destinada en la nostra ordenació, a diferència de la comunitària, no solament a complir una funció de tu-

tela de la competència sinó també i sobretot a permetre al Govern el desenvolupament d'una política industrial atribuint-li la potestat d'autoritzar les operacions de concentració segons interessos generals diferents de la defensa de la competència. El control dels ajuts públics que distorsionen la competència està molt més desenvolupat a la Unió Europea que en la nostra ordenació, en la qual té caràcter discrecional.

Les conductes dels operadors econòmics que no estan basades en l'eficiència de les prestacions pròpies constitueixen actes de competència deslleial perquè distorsionen alguna de les pressuposicions de la competència econòmica tutelada en aquest àmbit pel dret contra la competència deslleial. La realització dels actes de competència deslleial en el mercat i amb finalitats concurrents configurades com a pressuposicions aplicables d'aquesta disciplina deriven del seu fonament, objecte i funció que també hi hagi en la competència. La prohibició de competència deslleial es plasma amb una clàusula general i amb tipificació dels actes de competència deslleial més significatius. La combinació de les pressuposicions aplicables amb el contingut de la clàusula general ens permet afirmar que són deslleials les conductes de qualsevol persona, física o jurídica, fetes en el mercat amb finalitats concurrents que resultin objectivament contràries a l'exigència de la bona fe i produeixin, realment o potencialment, l'efecte de falsejar la competència en el mercat espanyol.

L'ordenació dels actes de competència deslleial més significatius tipificats expressament comprèn tres grups ordenats segons el criteri dels interessos tutelats i afectats de manera principal per cadascun d'aquests actes. Aquests tres grups d'actes de competència deslleial són el dels actes de deslleialtat davant el consumidor, el dels actes de deslleialtat davant el competidor i el dels actes de deslleialtat de mercat. Aquesta ordenació ens permet descobrir, així mateix, els principis constituïts pel legislador en pressuposicions per a l'existència de la competència. La tutela institucional de la competència contra els actes de competència deslleial es desplega tipificant unes accions per a l'exercici de les quals s'estableix una àmplia legitimació activa i que també permeten satisfer els corresponents interessos privats que, si escau, resultin lesionats. L'acció més destacable pel seu objecte i per la seva efectivitat és, sens dubte, l'acció de cessació, ja que compleix una funció de tutela tant institucional com privada, mentre que la rellevància de l'acció d'indemnització de danys i perjudicis i de l'acció d'enriquiment injust rau en la funció tutelar d'interessos privats.

Exercicis d'autoavaluació

1. Estableix els caràcters de les conductes col·lusòries i la naturalesa de les diverses categories previstes en la legislació de defensa de la competència.
2. Exposa el fonament del control de les concentracions econòmiques i relaciona'l amb les operacions de concentració subjectes a l'obligació d'obtenir una autorització administrativa prèvia a executar-les.
3. Enumera les pressuposicions aplicables de la disciplina contra la competència deslleial i explica'n el significat.

Solucionari

1. Les conductes col·lusòries són les fetes en comú per dos operadors econòmics o més amb l'objecte o efecte, real o potencial, de limitar la competència i aconseguir els beneficis associats als monopolis. La naturalesa de les conductes col·lusòries és diversa i l'article 1.1 de la LDC preveu els acords horitzontals o verticals entre dos operadors econòmics o més, les decisions o recomanacions que tenen l'origen en els acords adoptats pels membres d'una organització, les pràctiques concertades i les pràctiques conscientment paral·leles que es distingeixen entre si per la presència o no d'un element consensual en el desenvolupament de la pràctica.

2. El fonament del control de les concentracions econòmiques rau en el fet que, quan l'augment de la mida d'un operador econòmic es produeix com a conseqüència d'una operació de concentració, aquesta operació pot produir o bé un augment de l'eficiència o bé una limitació de la competència. Aquesta darrera conseqüència solament pot tenir lloc quan l'operació de concentració obstaculitza mantenir una competència efectiva en tot o part del mercat nacional i per això únicament són subjectes a l'obligació de notificació prèvia les operacions que se situen en els llindars previstos en l'article 14 de la LDC.

3. Les pressuposicions objectives aplicables de la LCD són que el comportament deslleial es produeixi en el mercat i amb una finalitat concurrent. La concurrència necessària d'aquestes dues pressuposicions objectives s'explica perquè l'objecte de protecció és la institució de la competència, la qual solament es pot falsejar per un comportament deslleial quan aquest comportament es produeix en el mercat i amb finalitats concurrents. Aquesta tutela institucional de la competència també explica que no s'exigeixi com a pressuposició cap condició subjectiva en els subjectes que fan el comportament deslleial ni tampoc la presència d'una relació de competència entre aquests subjectes i la persona afectada per l'acte deslleial.

Bibliografia

Costas Comesaña, J. (1997). *Los cárteles de crisis*. Madrid: Marcial Pons.

Gómez Segade, J. A. (1989-1990). "La nueva Ley de Defensa de la Competencia". *ADI* (pàg. 579 i següents).

Madrenas, C. (1990). *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*. Madrid: Civitas.

Massaguer, J. (1999). *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas.

Massaguer, J. i altres (dir.) (2008). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Civitas.

Menendez, A. (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas.

