

EL INTERÉS PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RICARDO ALONSO SOTO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La intervención del Estado en defensa de la competencia.- III. El interés particular en la defensa de la competencia.- IV. Cuestiones que se plantean en relación con la conceptualización de la defensa de la competencia como interés público: 1. El interés público como límite con respecto a la actuación de los poderes públicos y de los particulares; 2. El interés público como límite con respecto a la aplicación del Derecho de la Competencia; 3. Conflicto entre diversos intereses públicos.- 4. El sometimiento a arbitraje.

I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas de economía de mercado destaca, como uno de los principios básicos, la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica. Dicho principio, como es sabido, aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 38 de la Constitución, que establece: *"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"*. Es decir, se reconoce a todo ciudadano el derecho a desarrollar libremente una actividad empresarial y a ejercerla en un marco concurrencial en el que impera la libre y leal competencia.

A la vista de este texto constitucional interesa destacar dos cuestiones: En primer lugar, que el citado principio de libertad de empresa no aparece consagrado en términos absolutos, sino que está sometido a diversas limitaciones que derivan de la protección de otros intereses, socialmente considerados de naturaleza prioritaria, frente a los cuales cede el derecho individual a la libre iniciativa económica. Pero no se debe olvidar que incluso en este contexto, la regla general es la libertad de empresa y su corolario la existencia de competencia en el mercado y la excepción es la regulación o la intervención administrativa. Y, en segundo lugar, que los poderes públicos están obligados a defender la competencia mediante el fortalecimiento de los mecanismos de mercado y procurando impedir que los agentes u operadores económicos desvirtúen el sistema mediante la realización de prácticas anticompetitivas.¹

Asimismo, el principio de la libre competencia se configura en el ámbito de la Unión Europea como un instrumento esencial para el logro del objetivo último del Tratado de la Comunidad Europea, que no es otro que la consecución del mercado único. Por este motivo el mencionado Tratado impone tanto a las Instituciones Comunitarias como a los Estados miembros dos obligaciones fundamentales: En primer lugar, la de procurar la existencia de competencia en el mercado, para lo cual deberán promover políticas de liberalización de los sectores regulados y, en segundo lugar, una vez que la Competencia exista, la de tratar por todos los medios de que aquélla no sea restringida o falseada, para lo cual será necesario desarrollar políticas activas de defensa de la competencia.²

En este contexto, la competencia, entendida como la pugna por la conquista del mercado de modo que prevalezca la eficiencia, se convierte en un elemento básico del modelo económico ya que constituye el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo eficiente

¹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 1.07.1986.

² Véase los artículos 3 g) y 5 del Tratado CE.

sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes. En definitiva, la competencia acrecienta la eficacia del sistema al conseguir que los recursos productivos se asignen de la mejor manera posible, que solo sobrevivan las empresas más eficientes, y que los consumidores tengan a su alcance más y mejores productos y a menor precio, lo que amplía extraordinariamente su capacidad de elección y su grado de satisfacción.

Conviene, sin embargo, tener en cuenta a este respecto dos factores que relativizan las afirmaciones anteriores: En primer lugar, que, en la práctica, no suele darse el llamado modelo de competencia perfecta fundamentalmente por las siguientes razones: a) Por las propias imperfecciones de los mecanismos de mercado, ya que, de un lado, suelen estar ausentes algunos de sus presupuestos esenciales (comportamientos racionales de los operadores económicos, información completa y similar, transparencia, inexistencia de economías de escala, presencia de monopolios, etc) y, de otro, existen externalidades positivas o negativas (imposición de costes o atribución de beneficios a terceras personas que no reciben una compensación adecuada o pagan por ellos); b) Por las intervenciones reguladoras de la Administración Pública (precios autorizados limitaciones a la entrada en el mercado, etc); c) Por la existencia de comportamientos empresariales anticompetitivos (algunos empresarios prefieren pactar en lugar de competir o abusan de su poder de mercado o de su derecho de libertad de empresa); d) Porque el libre juego del mercado no siempre permite satisfacer determinadas demandas económicas (prestación universal de servicios básicos, reconversión industrial, desarrollo regional, etc.) Y, en segundo lugar, que un sistema de libre competencia llevado a sus últimas consecuencias (la llamada competencia salvaje) puede producir efectos contrarios a los perseguidos.³ Por ello, no debe excluirse una intervención del Estado promoviendo la introducción de competencia en los sectores regulados (política de liberalización), estableciendo un conjunto de normas que garanticen su existencia y la protejan frente a todo ataque contrario al interés público (derecho de la competencia) y desarrollando una política activa de defensa de la competencia (política de competencia como parte integrante de la política económica).

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. En el marco anteriormente indicado se desarrolla y cobra un papel decisivo el denominado Derecho de la Competencia, que supone la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones privadas en defensa de un interés general o público consistente en que el mercado funcione. En efecto, la intervención se produce para regular determinados comportamientos que se desarrollan en el mercado, tales como los acuerdos o contratos entre operadores económicos, las estrategias empresariales en materia de producción o distribución de bienes o servicios o las formas de estructuración privadas reguladas por los principios de libertad de empresa o autonomía de la voluntad.

Se trata en este caso, sin embargo, de un nuevo tipo de intervención, puesto que el Estado interviene en el mercado no para regularlo, sino para preservar la libertad de competencia, cuestión que se considera de interés general una vez que ha quedado definido políticamente el modelo económico que ha de configurar el desarrollo de la actividad económica.⁴ El Estado debe, por consiguiente, asumir la conformación de defensa del modelo económico que, tanto en el contexto comunitario europeo como en el español, es el de la economía de mercado para conseguir un

³ BARRE, *Economía Política I*, Barcelona 1973, p. 416; CLARK, *Towards a concept of workable competition*. En: *American Law Review* No. 30, 1940, p. 241; HAYECK, *Derecho, legislación y libertad II*, Madrid 1982, pp. 86 y 88 y 119 y ss; SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona 1984, pp. 342 y ss.

⁴ Ver CASES, L., *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid 1995, pp. 52 y ss; SORIANO, J.E., *La defensa de la competencia en España: ante aplicación de sus fundamentos políticos*. *La Ley (Argentina)* 249, pp. 2 y ss.

objetivo: obtener un nivel razonable de competencia, esto es, una competencia eficaz (*workable competition*) sin tratar de sustituir el proceso de generación de la misma.

En este sentido se expresa la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 al establecer en su Exposición de Motivos:

"La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas y económicas, de orden público o privado."

Así pues, la defensa de la competencia constituye, de un lado, una forma de actuación de los poderes públicos en el mercado y, de otro, un límite impuesto a su actuación puesto que, a partir del momento del reconocimiento legislativo de dicho principio, no podrán establecer medidas contrarias a la libre competencia.⁵

2. La defensa de la competencia en el sentido expresado no es, sin embargo el único mecanismo existente de intervención administrativa en el mercado.⁶

La actividad del Estado o de las entidades supranacionales en defensa del modelo económico puede desarrollarse principalmente a través de dos vías diferentes:

- La regulación, que genera actuaciones administrativas en sustitución de las decisiones de los particulares.
- El establecimiento de un marco normativo dentro del cual pueda desarrollarse libremente la actividad de los particulares.

Se pretende, en definitiva, alcanzar el mismo objetivo por medio de diferentes técnicas jurídico-administrativas. En efecto, como decía con toda claridad la Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, la actividad de la Administración dirigida a conformar económicamente la sociedad puede, sin embargo, emprenderse por diversos caminos, desde la emanación de auténticos actos de sustitución hasta la fijación de unos límites dentro de los cuales la actividad libre de los particulares puede desarrollarse. En realidad, tanto el sistema de intervención económica con emanación de actos administrativos de sustitución en las relaciones interprivadas como la delimitación de un orden público económico, implican a fin de cuentas una misma finalidad a alcanzar por diferentes técnicas jurídico-administrativas. La meta en uno y otro camino es idéntica: la de conseguir el resultado que se obtendría de un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde un punto de vista económico no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma.⁷

La fijación normativa de límites dentro de los que puede desarrollarse la actividad de los particulares, a su vez, se puede llevar a cabo mediante diversos tipos de regulación:

- La regulación penal.
- La regulación administrativa.
- La regulación civil.

En nuestro país, al igual que sucede en la mayoría de los países de la Unión Europea, se ha descartado la vía penal y se ha optado por una regulación administrativa, sin perjuicio de la aplicación privada del Derecho de la Competencia por la vía de la interdicción del abuso del derecho (artículo

⁵ En este sentido se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 07/1986.

⁶ BORK, *The antitrust paradox: A policy at war with itself*, New York 1978, CASES, Op. Cit., pp. 23 y ss.

⁷ Exposición de Motivos, Apartado III, I.

7 del Código Civil) o la violación de normas como acto de competencia desleal (Artículo 15 de la Ley de competencia desleal).

Dos son principalmente las razones por las que se considera que no es adecuada la regulación penal en esta materia.⁹

- En primer lugar, por las dificultades de tipificación de las prácticas restrictivas. Se trata de tipos indeterminados: en los que no hay un deslinde claro y preciso de la materia prohibida, lo cual atenta, de un lado, contra el principio de seguridad jurídica y, de otro, contra la eficacia de su aplicación.
- En segundo lugar, por razones de política criminal consistentes principalmente en que en las sociedades europeas no existe una conciencia social que lleve a configurar las prácticas anticompetitivas como crímenes.

En cuanto a la vía civil, si bien no se rechaza, se sitúa en un segundo plano porque se considera que, por su propia naturaleza, no resulta adecuada para la tutela del interés público y porque, además, es menos eficaz que la acción de la Administración Pública para controlar el poder de mercado de las empresas que se encuentran en una posición de dominio en el mismo o que puedan llegar a lograr una situación similar a través de la constitución de un cártel. Así pues, en el contexto de los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países europeos, se considera, por lo general, que la vía administrativa es la más conveniente para la investigación y sanción de este tipo de infracciones. La preferencia por las técnicas del Derecho Administrativo frente a las del Derecho Penal o Civil se suele justificar, como se ha señalado con anterioridad, en función de los intereses en juego, que, en este caso, se concreta en el interés general de que el mercado funcione. Sin embargo, no deja de resultar paradójico que se prime la atribución a la Administración Pública de la defensa de la competencia cuando resulta que es la propia Administración uno de los sujetos que desarrolla más actuaciones anticompetitivas.¹⁰

III. EL INTERÉS PARTICULAR EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La realización por los operadores económicos de prácticas anticompetitivas no solo lesiona un interés general, que se cifra en que el mercado funcione, sino que también puede vulnerar intereses particulares de los competidores o de los terceros que se encuentran afectados por dichas prácticas.

Estos intereses son también dignos de tutela y han de ser considerados de modo especial a la hora de establecer un marco regulador de la competencia en el mercado. Es más, podría decirse que existe un interés público en que dichos intereses sean protegidos incluso en el ámbito del Derecho de la Competencia. En efecto, la protección de los intereses de los particulares en este ámbito se articula a través de dos diferentes vías: de un lado, mediante unas normas que establezcan la nulidad de los acuerdos o decisiones anticompetitivas y la obligación de resarcir los perjuicios causados a los afectados, pretensiones que, sin embargo, habrán de hacerse valer ante la jurisdicción civil ordinaria; y, de otro, mediante las normas que, en el marco de los procedimientos administrativos de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, establecen la personación y la audiencia de los terceros interesados tanto en los procedimientos sancionadores o de autorización de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia, como en los de control de las operaciones de concentración económica.

Centrándonos en el tema de la protección de los operadores económicos directamente afectados por la realización de una práctica anticompetitiva señalaremos que la tutela de los mismos

⁹ En ese sentido, véase la Exposición de Motivos de la Ley 1/1963, Apartado II, 2 y potestades administrativas y garantía de la empresa en el Derecho español de la competencia. Madrid 1956, p. 6. Vid también, ARROYO-TIEDEMANN, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Cuarta 1994, pp. 111 y ss.; BAJO, P., *Derecho Penal Económico*, Madrid 1978, p. 340; BOIX, *Reposición penal de las prácticas restrictivas de la competencia*, R.D.P. No. 67, 1977, pp. 275 y 250.

¹⁰ BANO LEON, *Op. cit.*, pp. 3 y 35.

se lleva a efecto principalmente a través de la llamada aplicación privada o judicial del Derecho de la Competencia.

En principio, tanto en el Derecho español como en el comunitario europeo está prevista la intervención de la jurisdicción ordinaria para declarar la nulidad de las decisiones y acuerdos contrarios a la competencia, así como para otorgar indemnizaciones de daños y perjuicios a los afectados por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. Existe, sin embargo, una importante diferencia a este respecto: mientras en el Derecho comunitario cualquier particular interesado puede demandar la intervención judicial en defensa de sus intereses al margen de los procedimientos administrativos de aplicación del Derecho de la competencia, en el Derecho español dicha intervención no es posible, ni a título directo ni a título incidental, hasta que no alcance firmeza la resolución de la Autoridad Administrativa encargada de la defensa de la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia).

En efecto, aunque desde antiguo se postulaba en el ámbito comunitario la aplicación judicial del Derecho de la Competencia en todos los estados miembros en virtud del principio del efecto directo de las normas comunitarias, esta teoría no se hizo realidad hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18.9.1992, *As. Automec*, que reconoció expresamente dicha posibilidad, abriendo una nueva vía, que fue desarrollada posteriormente por la Comunicación de la Comisión Europea de 1993 e impulsada, sin mucho éxito, por la propia Comisión Europea.

La posibilidad de que la jurisdicción civil pudiera aplicar en España las normas del Derecho comunitario de la competencia ha sido negada, en cambio, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta fechas muy recientes.¹⁰

En estos momentos la aplicación judicial directa de las normas del Tratado de Roma que prohíben los comportamientos anticompetitivos de colusión y abuso de posición dominante (artículos 81 y 82 TCE) ya no resulta discutida puesto que, por una parte, el Reglamento CE No. 1/2003 ha venido a consagrar definitivamente su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 6) y, por otra, la Ley Orgánica 8/2003 para la reforma concursal, atribuye a los juzgados especiales de lo mercantil, creados por dicha Ley, el conocimiento de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado (artículo 2.7. 2 f).

Pese a lo anterior, sigue manteniéndose en nuestro país la tesis de la imposibilidad de que la jurisdicción civil pueda aplicar las normas nacionales de defensa de la competencia. Las razones que han motivado esta interpretación del Derecho español, que ha sido confirmada por el Tribunal Supremo¹¹, son: De un lado, la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, cuando una ley atribuye el conocimiento de una materia a la Administración Pública, la jurisdicción solamente puede entrar a enjuiciar si dicha materia por vía revisora y, de otro, la propia Ley de Defensa de la Competencia que, en su artículo 13, establece: la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.

La jurisdicción civil ordinaria puede, sin embargo, como anteriormente se ha expuesto, enjuiciar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil, que establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo; todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en

¹⁰ Vid. en sentido contrario a la aplicación judicial, las sentencias del Tribunal Supremo de 30.12.1993 y, a favor de la citada aplicación, las sentencias del Tribunal Supremo de 2.06.2000, 3.03.2001 y 15.03.2001.

¹¹ Vid. las sentencias de 30.11.1999 y 4.11.1999.

que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, o en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de competencia desleal que considera que la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial es un acto de competencia desleal.¹²

IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LA CONCEPTUACIÓN DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO INTERÉS PÚBLICO

Como hemos visto con anterioridad, el Derecho de la Competencia entendido como mecanismo de impulso y defensa del sistema de economía de mercado y como modo de impedir los excesos de la libertad de empresa, nace cuando se trasciende la concepción clásica de la autonomía de la voluntad y se impone como modelo económico un auténtico orden competitivo que opera como límite de esta. De conformidad con esta concepción, el Estado debe ordenar la concurrencia para lograr el máximo aprovechamiento de los recursos productivos dentro del mayor grado de libertad económica o, lo que es lo mismo, debe velar por la existencia de competencia en el mercado y evitar que se produzcan prácticas monopolísticas.

En este contexto la libre competencia se configura como un elemento estructural del mercado cuya existencia interesa tanto al Estado como a la Sociedad, de modo que entra a formar parte del llamado orden público económico.

Conviene resaltar a este respecto, sin embargo, que la finalidad de la normativa de referencia es la protección o defensa de la competencia en beneficio del mercado y no la tutela de los competidores o de otros operadores económicos que puedan verse afectados por la existencia de prácticas anticompetitivas.

La consideración de que las normas de defensa de la competencia forman parte del denominado orden público económico conlleva una serie de consecuencias que seguidamente se analizan de forma somera:

1. El interés público como límite con respecto a la actuación de los poderes públicos y de los particulares

La idea de interés público comporta, como se ha indicado con anterioridad, una limitación a la libertad genérica de los particulares de configurar las relaciones económicas privadas y también una frontera que las Administraciones Públicas deben respetar a la hora de actuar frente al mercado.

El concepto tradicional de orden público económico constituye, desde un punto de vista jurídico, una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, penal y administrativo.

Según esto los particulares pueden crear empresas y desarrollar una actividad económica con plena libertad de criterios sin más límites y condiciones que las de que sus fines sean lícitos y, por tanto, se respeten las reglas de competencia. El Derecho de la Competencia se configura de este modo como un límite que no se puede sobrepasar bajo amenaza de sanción.

Asimismo todas las actuaciones de los poderes públicos referidas al mercado deben responder a un interés público, tanto si se trata de actos de autoridad como si son actuaciones económicas o empresariales.¹³

¹² ALFARO, Competencia desleal por infracción de normas, R.D.M. No. 202, 1991, pp. 466 y ss.; ALONSO SOTO, Derecho de la competencia. En: URJA-MENÉNDEZ, Curso de Derecho Mercantil I, Madrid 1995, pp. 269; MASSAGUER, Comentarios a la Ley de competencia desleal, Madrid, 1999, pp. 462 y ss.; SÁNCHEZ SOLE, La violación de normas como acto de competencia desleal. Comentarios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de marzo de 1994, R.G.D. No. 604/605, pp. 791.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10/10/1989.

En este sentido, las Administraciones Públicas no podrán adoptar medidas legislativas o reglamentarias que generen restricciones de la competencia no justificadas en función de otros intereses generales o que obliguen o permitan a los operadores económicos la realización de prácticas anticompetitivas.¹⁴

2. El interés público como límite con respecto a la aplicación del Derecho de la Competencia

El interés público se configura también como un límite en relación con la aplicación del Derecho de la Competencia, tanto en el caso de que esta se realice por las Autoridades Administrativas de Defensa de la Competencia nacionales o comunitarias, como si se realiza por la jurisdicción ordinaria.

En efecto, la presencia de un interés público es un requisito consustancial a la normativa de la competencia que la inspira y la dota de sentido, de modo que su ausencia determinará que el Estado pierda su legitimación para intervenir y que los particulares recobren la plena libertad para configurar sus relaciones privadas con la única salvedad del perjuicio de tercero. En consecuencia, la afectación del mencionado interés público se presenta como un requisito esencial para la aplicación de las normas de competencia y su falta implicará la imposibilidad de aplicarlas.

Las propias normas de competencia y la praxis de su aplicación por las Autoridades de la Competencia corroboran esta afirmación. Así, por ejemplo, podemos constatar, de un lado, que las Autoridades de Defensa de la Competencia no intervienen en aquellos casos en los cuales las prácticas denunciadas son cuestiones de interés particular irrelevantes para la competencia¹⁵, distinguen, por tanto, entre el interés privado del operador económico lesionado por una determinada práctica y el interés público, jurídicamente protegido por la Ley de Defensa de la Competencia, que consiste en la existencia de competencia que se garantiza por el buen funcionamiento de la norma¹⁶; y, de otro, que determinadas normas (o la interpretación que se está haciendo de las mismas) condicionan la persecución de aquellos comportamientos anticompetitivos que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia o no distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado afectando al interés público (artículos 1.3 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y Comunicación de la CE de 22 de diciembre de 2001 sobre acuerdos de importancia menor).

En cambio, hay que preguntarse si rige la misma regla en los casos de la denominada Aplicación privada del Derecho de la Competencia, esto es, si las autoridades jurisdiccionales de los estados miembros de la Unión Europea (en España los juzgados de lo mercantil) han de tener en cuenta el referido interés público en el momento final del proceso o a la hora de pronunciarse sobre algunos actos procesales como la posibilidad de transacción entre las partes que intervienen en el litigio o el desistimiento del demandante.

A nuestro juicio el interés público ha de obrar como límite de la actuación judicial al dictar sentencia, de modo que no podrá resolver en contra o prescindiendo de las normas que regulan la competencia y deberá actuar en beneficio del mercado favoreciendo la eficiencia económica. Asimismo el juez deberá resolver sobre la transacción acordada por las partes en función del interés público de preservar la competencia en el mercado. Cuestión diferente es la que se refiere al desistimiento de la parte demandante pues, al actuar en defensa de su propio interés particular, podrá disponer libremente del mismo.

¹⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 10.12.1991, As. Porto di Genova/Gabrielli.

¹⁵ Véase las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10.12.2004, As. Peña Sierra, 7.05.2004, As. Abastecimiento de agua; y 8.06.2004, As. Diario La Región.

¹⁶ Así se expresa la sentencia de la Audiencia Nacional de 1.05.1994, que confirma la Resolución del TDC sobre el As. Lonje de pozos.

3. Conflicto entre diversos intereses públicos

Como cuestión adicional hay que plantearse, asimismo, la relativa a los conflictos de intereses, que puede enunciarse en los siguientes términos: ¿Qué sucede cuando se enfrenta el interés público de la defensa de la competencia con otros intereses generales que son también objeto de tutela jurídica?

El tema no es nuevo y se ha planteado y resuelto algunas veces en la legislación de competencia fundamentalmente en materia de autorización de acuerdos anticompetitivos, de control de las operaciones de concentración económica y de conflicto con respecto a la prestación de servicios públicos.

Así por ejemplo, no es difícil encontrar dispensas de la prohibición de acuerdos anticompetitivos con base en la consecución de objetivos de interés general como el crecimiento económico, el aumento de las exportaciones, el progreso técnico o económico o la protección de otros valores diversos que se consideran de interés general (artículo 81.3 del Tratado CE y artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia).

En este contexto resulta especialmente ilustrativa la norma contenida en el artículo 3.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que establece: Asimismo se podrán autorizar, siempre y en la medida que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que: a) Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, (...), b) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social o económico de zonas o sectores deprimidos, c) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.¹⁷

En el mismo sentido se expresa el Preámbulo del Reglamento CE No. 1/2003 cuando establece: Los artículos 81 y 82 del Tratado tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. El presente Reglamento, que se adopta para aplicar esas disposiciones del Tratado, no impedirá que los estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. En la medida en que dicha legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto del de la protección de la competencia en el mercado, las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán aplicar esa legislación en sus territorios.¹⁸

Y lo mismo sucede en aquellos casos en los que el mercado no puede satisfacer en condiciones de libertad de competencia la prestación de algunos servicios públicos o servicios de interés general. En efecto, si el servicio público debe alcanzar a todos los ciudadanos y esa es una condición esencial del estado del bienestar, debe cuestionarse hasta qué punto solo debe atenderse, en estos casos, al criterio económico prescindiendo de otros valores.

En el conflicto entre la prestación de servicios de interés general y la aplicación al caso de la normativa de competencia, el Derecho comunitario se decanta por la prevalencia de este otro interés general frente al interés público de la defensa de la competencia, como se desprende del artículo 86.2 del Tratado CE que establece: Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas de competencia, en la medida que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas

¹⁷ Vid. en aplicación de este artículo las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29.04.1991, As. Electricidad de Galicia, que contempló el supuesto del desarrollo regional, y de 11.12.1991, As. Noticias del Estado de Ginebra, que se refiere a un supuesto de interés nacional.

¹⁸ Considerando 9.

asignada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.¹⁸

Como vemos, las soluciones del Derecho de la Competencia no tienen mayor valor que otras en el debate de cómo organizar los distintos sectores de la actividad económica y en determinados casos pueden prevalecer estas últimas frente a aquellas siempre dentro de determinados límites.

En materia de control de concentraciones nos encontramos igualmente con normas legales que establecen soluciones a la concurrencia de intereses públicos diferentes a los de la defensa de la competencia. Así por ejemplo, en el ámbito de la legislación comunitaria europea de control de concentraciones se prevé que los estados miembros puedan adoptar las medidas adecuadas para proteger intereses legítimos distintos de los relativos a la defensa de la competencia, que son los contemplados prioritariamente en el Reglamento CE No. 139/2004 de control de concentraciones, siempre que la tutela de dichos intereses sea compatible con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. En principio, se otorga este tratamiento a los siguientes intereses que se enumeran expresamente en el propio Reglamento: la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las denominadas reglas prudenciales (artículo 21.4 del Reglamento No. 139/2004), las cuales, según la Comisión Europea, han de entenderse referidas a la regulación especial de los agentes que intervienen en los mercados bursátil, del crédito y del seguro. Pero está previsto también en la norma que la Comisión, a instancias de un Estado miembro y a los solos efectos de la aplicación de esta excepción, pueda otorgar carta de naturaleza a cualquier otro interés público que resulte compatible con los principios del Derecho comunitario. Ahora bien, con respecto a esta última cuestión ha de tenerse presente que la facultad para decidir lo que se entiende por interés público corresponde exclusivamente a la Comisión Europea, los estados deberán esperar su previo pronunciamiento antes de proceder a adoptar las medidas pertinentes.¹⁹ En todo caso está claro que, por esta vía, un Estado podrá tomar medidas complementarias con respecto a una operación de concentración de dimensión comunitaria (tales como prohibirla en su territorio o imponer en esta cargas o condiciones suplementarias), cuando la citada operación perjudique los intereses de la defensa o seguridad nacionales, elimine o ponga en peligro la pluralidad informativa de los medios de comunicación o se oponga a las normas reguladoras de la prestación de servicios financieros.²⁰

Y, en el marco de la legislación española, se contempla la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia, al emitir su dictamen sobre la operación de concentración, pueda hacer valer otros intereses frente a los típicamente concurrenciales, tales como la contribución que la operación pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores y usuarios (artículo 16.1 in fine de la Ley de Defensa de la Competencia).

En conclusión, en caso de conflicto de intereses el interés público de la defensa de la competencia puede ceder frente a la presencia de otros intereses generales en juego.

¹⁸ Vid. con carácter general ALONSO SOTO, *Los poderes públicos y la libertad de competencia* (Análisis del artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea), En: *Casos de Derecho Europeo Aranzak*, No. 5, 1999, p. 31; y también las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de: 4.05.1988, As. Pronpa linebrés, 11.04.1989, As. Ahmed Saeed Zentou vs. WW, 19.05.1993, As. Corrao Balga, 27.04.1994, As. Almelo y 11.11.1997, As. CE/Landroute Racing Ltd., referidas a casos concretos.

¹⁹ CALVO CARAVACA-GOÑI, *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid 1999, p. 332.

²⁰ Vid. a este respecto, en materia de defensa nacional, las Decisiones de la CE de: 19 de mayo de 1993, As. IBM Franco/CG y de 15 de mayo de 1994, As. GEC/THOMSON; en materia de medios de comunicación, la Decisión de la CE de 14 de marzo de 1994, As. Newspaper Publishing/PRISA; y en materia de seguros, la Decisión de la CE de 18 de junio de 1986, As. Sun Alliance/Royal Insurance.

4. El sometimiento a arbitraje

El arbitraje es un sistema jurídico de solución de conflictos consistente en que las partes en litigio deciden que sus diferencias sean resueltas por una o varias personas que emitirán una decisión obligatoria.

Ahora bien, dada la naturaleza jurídica de las normas de defensa de la competencia y la presencia de un interés público en juego, cabe preguntarse si es posible el arbitraje en esta materia.

Con respecto a esta cuestión, la discusión se ha centrado preferentemente en la necesidad de respetar las normas de competencia que son normas de obligado cumplimiento con independencia de lo que las partes hayan podido establecer en su compromiso arbitral. Se trata de normas de naturaleza pública que forman parte, como ya se ha indicado con anterioridad, del denominado orden público económico cuyo objetivo primordial es la defensa de un interés público consistente en que operen los mecanismos de mercado dejando al margen el interés que puedan tener los particulares en el caso concreto.³²

Por consiguiente, tratando de dar respuesta a la pregunta de si es posible el arbitraje en materias propias del Derecho de la Competencia, hay que decir que, tras una etapa de cierta polémica sobre la cuestión, en la actualidad se admite el sometimiento a arbitraje del contenido patrimonial que constituye el trasfondo de la aplicación de las normas de competencia. A este respecto ha resultado decisiva la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1 de junio de 1999, *As. Eco Swiss* que, enfrentada a un caso de ruptura unilateral de un contrato de licencia, consideró que el arbitraje privado resulta factible en materia de defensa de la competencia, pero que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 g) del Tratado CE, los árbitros deben respetar las disposiciones comunitarias y nacionales de orden público entre las que se encuentra la prohibición de desarrollar prácticas colusorias.

Así pues, la aplicabilidad de las normas de competencia no sería arbitrable en el sentido de que dichas normas son de aplicación obligatoria y el árbitro tiene que aplicarlas necesariamente al caso sometido a su consideración, incluso aunque no hayan sido invocadas por las partes. De lo contrario, es decir, si los árbitros ignoran la norma de orden público, el laudo arbitral no será ejecutable y quedará invalidado.

Una última cuestión se plantea en relación con el arbitraje en materia de Derecho de la Competencia y es la relativa a aquellas cuestiones que, como sucede en el caso de las autorizaciones de acuerdos anticompetitivos, la propia legislación de competencia reserva con carácter exclusivo a las Autoridades Administrativas de Defensa de la Competencia.

En este ámbito no resultará posible sustituir la decisión de la Autoridad Administrativa por el laudo arbitral, pero sí, en cambio, realizar el análisis de si una determinada conducta reúne o no los requisitos de la exención legal en el contexto de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia (artículo 1 del Reglamento CE No. 1/2003) o si se ajusta a los supuestos contemplados en un reglamento de exención por categorías, tanto cuando se trate de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia como del Derecho español.

Por otra parte, en relación con esta cuestión hay que señalar también que la Ley 60/2003, de arbitraje, contempla la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Institucional (artículo 14), situación que se contemplaba ya en la Ley de Defensa de la Competencia pueda desempeñar funciones arbitrales en el contexto del arbitraje Competencia (artículo 25 d).

³² Vid. RINCÓN, A. La inarbitrabilidad del Derecho de la competencia: especial referencia a la normativa de la UE. En *Unión Europea Anual* No. 7, 2004, pp. 5 y ss.