

el cuidado de la riqueza es en un sentido propio de la administración doméstica, pero en otro sentido pertenece a un arte auxiliar. Con todo, y según hemos dicho antes, es principalmente la naturaleza quien debe proveer a esto, ya que es oficio de la naturaleza suministrar alimento al que viene a la existencia, y éste recibe su alimento del residuo de aquello de que nace.¹⁸ Así pues, la crematística que es natural a todos es la que opera con los frutos de la tierra y con los animales.

De ella hay, como hemos dicho, dos formas, una comercial, otra doméstica. Esta última es necesaria y laudable, al paso que la primera, la que tiene que ver con los cambios, es justamente censurada (ya que su rendimiento no proviene de la naturaleza, sino de los hombres). En cuanto al préstamo con interés, es odiado con plenitud de razón, a causa de derivar su provecho del dinero mismo y no de aquello para lo que éste se introdujo. El dinero, en efecto, hízose por causa del cambio, pero en el préstamo que decimos el interés multiplica el dinero. (Por esta propiedad el interés ha recibido el nombre que tiene,¹⁹ pues como los hijos son semejantes a sus padres, el interés resulta ser dinero de dinero.) De todas las especies de tráfico, ésta es pues la más contraria a la naturaleza.

IV

Una vez que hemos definido suficientemente los principios teóricos en esta materia, es menester considerarla desde el punto de vista práctico, por más que en todas estas cosas la teoría sea liberal y la práctica servil. Las partes prácticamente útiles de la crematística son las siguientes: La primera es tener un conocimiento práctico del ganado; saber cuáles son las crías que rinden más y en qué lugar y con qué tratamiento, por ejemplo qué clase de ganado caballar, vacuno o lanar

hemos de adquirir, y lo mismo con respecto a los demás animales. (Hay que ser un experto para saber cuáles son de entre estos animales los de mayor rendimiento y en qué suelo cada raza, pues unas medran en unas comarcas y otras en otras.) Después hay que saber de agricultura, y cuáles tierras son de labranza o bien de plantío de viñas y olivos. Luego de apicultura y de otros animales acuáticos y volátiles de que podamos esperar provecho. Estas son pues las partes y primeros elementos de la crematística en el más propio sentido del término. De la crematística que consiste en el cambio, su elemento principal es el comercio (el cual a su vez se divide en tres secciones según el mayor o menor margen de seguridad o de provecho, a saber: transporte marítimo, transporte terrestre y venta al consumidor). Viene en segundo lugar el préstamo con interés, y en tercero el trabajo asalariado, el cual se distribuye a su vez entre obreros técnicamente calificados y obreros sin preparación técnica y que sólo son útiles por su trabajo corporal. La tercera forma de crematística, intermedia entre esta última y la primera (pues participa de la natural y de la de cambio) es la que tiene que ver también con la tierra, pero con productos de la tierra que, sin ser frutos, no por ello carecen de utilidad, como por ejemplo la tala forestal y toda la minería. Esta a su vez abarca muchos géneros, pues son muchas las especies de metales que se extraen de la tierra. De estas industrias las más técnicas son aquellas en que hay un mínimo de riesgo; las más ásperas aquellas en que el cuerpo recibe mayor daño; las más serviles aquellas en que más se ejercita el cuerpo, y las más viles aquellas en que a más de la habilidad técnica no se requiere sino un mínimo de virtud. Podríamos ahora detenemos en analizar circunstanciadamente cada una de estas actividades de que hemos hablado en general, y sería sin duda útil para dichos tra-

bajos, pero no sería propio de una mente libre. Hay además libros escritos sobre la materia, como los de Carérides de Paros y Apolodoro de Lamos,²⁰ sobre la agricultura en su doble aspecto de labranza y plantación, y otros han escrito sobre otros temas, y en estos autores podrá estudiar dichos tópicos cualquiera a quien interesen. Debería además hacerse una colección de los relatos que andan dispersos sobre los métodos que ciertos individuos pusieron en práctica con éxito para hacer fortuna. Todo esto puede ser útil para quienes tienen en estima la crematística, como ejemplo la especulación lucrativa que se atribuye a Tales de Mileto, a causa sin duda de su sabiduría, pero que puede ser de aplicación universal. Cuéntase, en efecto, que como las gentes le vituperaran su pobreza, y dijeran ser causa de ella la inutilidad de la filosofía, pudo prever desde el invierno, por sus conocimientos de astronomía, que había de haber, en el verano siguiente, una abundante cosecha de olivos; y con el poco dinero de que pudo disponer, otorgó fianza para asegurarse todos los molinos de aceite en Mileto y Quíos mediante un módico alquiler, ya que nadie hacía una oferta mayor. Cuando llegó la estación, y al acudir una multitud en demanda apremiante y simultánea de molinos, los subarrendó en los términos que le pareció, allegando mucho dinero y demostrando así que para los filósofos es cosa fácil el enriquecerse cuando quieren, pero que no es éste el blanco de su afán. De este modo, dícese, acreditó Tales su sabiduría, mas como hemos dicho, es un expediente financiero que aplica en general todo aquel que puede hacerse de un monopolio. A este expediente acuden las ciudades que se hallan en apuros financieros, constituyendo el monopolio de los víveres. En Sicilia hubo un tipo que usó del dinero que tenía en depósito para comprar todo el hierro que salía de las fundiciones, y después, cuando llega-

ron los comerciantes de los diversos mercados, fue el único vendedor; y sin elevar exageradamente el precio, ganó cien talentos sobre un capital de cincuenta. Cuando Dionisio tuvo noticia de esto, ordenóle que no permaneciese más en Siracusa, aunque le permitió que llevase consigo su dinero, por haber descubierto un arbitrio económico perjudicial a los intereses del tirano. Esta especulación, sin embargo, era la misma que la de Tales, pues uno y otro se industrializaron para crearse un monopolio. Sería pues útil que los políticos conocieran de estas cosas, ya que en muchas ciudades —lo mismo que en una familia, aunque en grado mayor— hay necesidad de recursos y consiguientemente de expedientes para arbitrárselos. Por esto ciertos políticos no dedican sino a este asunto su actividad.

V

Tres son pues, como hemos visto, las partes del régimen familiar; una la del señorío sobre el esclavo, de la cual hemos hablado antes; otra la paterna, y la tercera la conyugal. Al jefe de familia corresponde, en efecto, gobernar a su mujer y a sus hijos (y si bien a una y otros como a sujetos libres, su mando no es, con todo, del mismo modo, sino que sobre la mujer es como el magistrado de la república y sobre los hijos como monarca absoluto). El macho está naturalmente mejor dotado que la hembra para el mando (haciendo omisión de casos aislados y antinaturales), y la edad y la madurez lo están mejor que la juventud y la inmadurez. En la mayoría de los gobiernos de las ciudades el mando y la obediencia son alternativos (y la tendencia natural es la de establecer la igualdad, sin diferencia alguna, entre gobernantes y gobernados). Con todo, y mientras uno gobierna y otro obedece, el primero trata de distinguirse por el empleo de insignias, títulos y honores, como lo declaraba Amasis²¹ con la

cia monopolística de la economía moderna. Ahora bien: el Estado por sí mismo no puede crear la competencia mercantil con sus propios medios. Lo que puede hacer—y es lo que se ha hecho con esta ley, o se ha intentado hacer al menos—es crear los recursos jurídicos que permitan corregir los abusos de la libertad de comercio. El primer día dije que todo pecado es un abuso de la libertad y que el pecado contra la libre competencia, que es también un abuso de la libertad de pactos, tiene su penitencia en estas leyes llamadas *antitrust*. Y puesto que los instrumentos del abuso han sido antes, y lo son hoy, instrumentos jurídicos (los contratos, acuerdos o convenios entre las empresas), la ley ha buscado combatir el abuso con los propios medios de éste. Hablaba algún día de la terapéutica homeopática contra las enfermedades que aquejan a la libre competencia. Puesto que los instrumentos jurídicos han servido de medios para el abuso de la libertad, vamos a restringir esos instrumentos jurídicos recortando el principio de la libertad de pactos. Este es el sistema de todas las leyes de esta naturaleza. ¿De qué modo se hace esto? Pues negando la libertad en defensa de la libertad; prohibiendo los convenios, las declaraciones, las prácticas concertadas que de una u otra forma atenten a la competencia. Y cuando la competencia misma haya desaparecido por causa de una situación de monopolio—que puede ser producto de pactos colusorios o de la propia dinámica del mercado, o puede ser también consecuencia de una concesión legal—, entonces la ley, con una gran prudencia, siguiendo en esto el ejemplo de las legislaciones continentales europeas, ha sustituido el principio de la prohibición por el del abuso. No toda posición de dominio cae bajo el imperio de la ley, sino sólo aquellas posiciones de dominio que se traduzcan en un abuso.

Quizá se acuse a la ley de haber acentuado el carácter administrativo de los órganos que ella misma ha creado, y singularmente del Tribunal de Defensa de la Competencia, a pesar de lo cual las decisiones de este Tribunal son privativas suyas, gozan de la presunción legal de la cosa juzgada en cuanto a su

certeza y condicionan notablemente la actuación de otros Tribunales.

Lo cierto es que nos lanzamos a un ensayo legislativo de incalculable alcance, un ensayo que dará lugar a problemas complicadísimos, a problemas delicadísimos de aplicación. Vamos a entrar en un terreno completamente virgen, sin el apoyo de precedentes judiciales en España ni de la labor doctrinal, ni siquiera de una opinión pública formada en torno a conductas que en nuestra patria no han adquirido, por fortuna, la difusión y la virulencia que en otros países.

La ley queda en manos del Tribunal de Defensa, que ha de defender la competencia, tratando día a día de superar la enorme dificultad que encierra el armonizar las exigencias de la política económica con los imperativos de la justicia. Porque, en definitiva, la misión del Tribunal es restaurar la igualdad entre los competidores, y es sabido que todo criterio de igualdad encierra una labor de justicia. Y puesto que comencé con unas palabras del Sr. ministro de Comercio—con el cual a veces he tenido que mostrar mi disconformidad a lo largo de este trabajo, una disconformidad respetuosa y basada, creo yo, en razones atendibles—, puesto que comencé citando las palabras del Sr. ministro cuando me refería a la indiferencia de los empresarios españoles ante esta ley, y destacaba la importancia que el propio ministro había dado a la ley al decir que era la más importante que había salido de su Departamento; quiero hoy también terminar haciendo más otras palabras del propio ministro de Comercio pronunciadas en el discurso que dirigió al Tribunal de Defensa de la Competencia con ocasión de la toma de posesión de sus miembros: «Vais a crear—decía—un estilo, un nuevo estilo, una praxis, una jurisprudencia. Abrís en cierto modo una etapa constituyente en lo que seguramente había de ser el mundo frondoso de la futura norma de actividad española en el campo de la lucha contra las prácticas que tiendan a viciar la competencia leal.»

Extracto del folleto conteniendo cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA MERCANTIL

EL DERECHO ANTE LA COMPETENCIA MERCANTIL

I

El día 15 de julio de 1963 fue aprobada en las Cortes una ley sin precedentes en la legislación española: la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. En el discurso, el señor Ministro de comercio, al presentar la ley a las Cortes, dijo así: «De toda la actuación del Ministerio de Comercio durante estos años, a lo que doy más importancia es a esta ley.» Contrastan estas palabras del Ministro con la escasa atención y la indiferencia de los empresarios españoles ante la nueva ley. Indiferencia que a mí no deja de sorprenderme, pues, a mi juicio, se trata de una ley trascendental cuya repercusión a favor o en desfavor de la economía española dependerá del tacto y de la prudencia con que la ley sea aplicada. Para el jurista, en cambio, esta ley, por su novedad y, en cierto modo, por su peligrosidad, es singularmente atractiva, tanto más para un especialista de Derecho mercantil, que se precia de ser el Derecho más moderno y progresivo entre los que componen la rama del Derecho privado. De aquí mi atrevimiento al acceder a la invitación amable de la «Sociedad de Estudios y Publicaciones». Atrevimiento tanto mayor cuanto que para un jurista europeo son grandes las dificultades de interpretación de una ley como ésta, frente a la cual

nuestros esquemas y nuestros conceptos tradicionales son totalmente inadecuados. Se trata de conceptos exóticos que nos llegan de países cuya estructura económica y cuya mentalidad jurídica son muy distintas. El viento sopla desde Norteamérica, que, a su vez, recogió los principios del *Common law* inglés, Derecho, como se sabe, refractario a nuestra dogmática y a nuestra fe en el ordenamiento legislativo, como un todo cerrado, que se basta a sí mismo. Frente a nuestra sistemática rigurosa está la falta del sistema del *Common law*; yo diría que su sistema consiste precisamente en la falta de sistema. Se trata de un modo de razonar, de un modo de tratar los problemas jurídicos, más bien que de un cuerpo de reglas definidas.

Con estas prevenciones, el jurista europeo ha de enfrentarse con unas normas exóticas ya difundidas en ordenamientos nacionales y supranacionales. Y ¿qué se proponen esas normas? Defender la libre competencia. Mas ¿contra qué? La Exposición de Motivos de la ley española contesta a esta pregunta: «Contra las prácticas restrictivas instrumentadas merced a la colusión y contra los abusos de las empresas con dominio del mercado.»

Mas ¿cómo ha nacido esa libertad que se trata de defender ahora?; ¿cómo se ha destruido en un momento histórico determinado?; ¿cómo han aparecido los remedios jurídicos dirigidos a restablecer la libertad perdida?; ¿cómo fueron recibidos fuera del país de origen?; ¿qué resonancias despertaron, qué coincidencias doctrinales hallaron y cuál es la posición crítica ante la legislación llamada *antitrust*? Estas son las cuestiones que pienso esbozar en esta primera conferencia.

La materia de la ley son las «prácticas restrictivas de la competencia». Y para saber cuándo hay prácticas restrictivas es preciso saber cuándo hay competencia. Mas he aquí que los juristas se han preocupado de las perturbaciones de la competencia y no de la competencia misma como concepto previo. Han tratado de la competencia desleal, de las restricciones o de los ataques a la libre competencia. En suma, de la patología de la competencia. Parece más lógico arrancar, por tanto, del estado de salud de la competencia, es decir, de la libre competencia.

Los juristas presuponen el concepto económico de competencia. Pero la competencia es un concepto que excede de la economía. Hay competencia en el deporte, en la ciencia, en el amor. Y esta última es quizá la más dramática y aguda de todas las competencias, pues se trata de la lucha por una sola mujer, que no es fungible o sustituible por otra, como ocurre con los clientes en la lucha entre los competidores mercantiles. El fenómeno de la competencia se estudió a fondo por los fisiócratas, y del campo de la economía pasó al de la biología. La idea de la lucha por la existencia y la selección natural de los que triunfan en esa lucha es, en suma, una traducción o transposición de un concepto que atraviesa de punta a punta toda la historia de la economía: desde la lucha entre los cazadores en la selva por conseguir la mejor pieza hasta la batalla moderna entre las empresas que se disputan el mercado. En economía esta lucha es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero.

En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos. Y si el Derecho supone siempre una limitación dentro de la libertad, es claro también que no cabe concebir una libre competencia en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad omnímoda de los competidores. Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores. Esta idea de la igualdad en la situación competitiva relampaguea en algún pasaje de la ley española. Así, en el artículo 3.º vemos que prohíbe en las relaciones comerciales aplicar condiciones diferentes para prestaciones similares, ocasionando con ello *desigualdades* en la situación competitiva.

Pero el Derecho puede o bien limitarse a acotar el campo de combate y a impedir las desigualdades, o bien puede, por el contrario, abandonar esa posición neutral, sustituyendo el princi-

pio de igualdad por el principio de la desigualdad, es decir, por el privilegio, por el monopolio legal. Roto el principio de igualdad, deja *ipso facto* de haber libre competencia. Mas también deja de haberla por obra de los competidores cuando éstos, utilizando instrumentos que el Derecho les concede, o bien se ponen de acuerdo para eliminar entre ellos la competencia, o bien someten los contratos con los consumidores a condiciones de otros contratos a los que los consumidores son ajenos, o bien abusan de una posición dominante de hecho o de Derecho para imponer su voluntad al consumidor. En todos estos casos hay abuso o desviación de instrumentos jurídicos. Y se hace precisa la intervención del legislador.

Pues bien: históricamente, la posición del Derecho ante la competencia ha pasado por fases diversas. En una primera fase, la reglamentación era tan minuciosa que llegó a anular la competencia, destruyendo el principio de la igualdad. Es la época de la Edad Media que se adentra por los comienzos de la Edad Moderna. En una segunda fase se entroniza el principio de igualdad al proclamarse la libertad de industria y de comercio a fines del siglo XVIII. Finalmente, en una tercera fase, el abuso de la libertad reclama de nuevo la intervención del Estado. A esta última fase pertenecen las leyes especiales sobre represión no de la competencia, sino de las prácticas restrictivas de la competencia. En ellas se utiliza la restricción legal para impedir las restricciones contractuales. Se defiende la libertad limitando la libertad.

II

El período que se extiende en Europa desde el siglo XII al siglo XVII se caracteriza por una fuerte organización dirigista y monopolista. Y es curioso observar que el florecimiento del Derecho mercantil en las ciudades europeas coincide con la falta de libertad profesional. En efecto, el acceso al mercado no era libre. Se requería la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, las que, a su vez, obtenían privilegios del Estado

o del Municipio. El Estado, el Municipio y la Corporación regulaban la competencia. Pero no para hacerla libre, sino para condicionarla y limitarla. Las corporaciones medievales, formadas por los grandes mercaderes y negociantes, se parecían a los modernos consorcios en que estaban integradas por empresas y en que dictaban normas sobre la competencia entre ellas.

Los grandes mercaderes, como los FUGGER, en Alemania, o los MÉDICI, en Italia, pactaban entre sí o pactaban con el Rey o con el Papa para asegurarse un determinado mercado y excluir a los competidores. Los juristas distinguían entonces entre monopolios lícitos y monopolios ilícitos. Mas he aquí que quienes definían la licitud o la ilicitud eran los monarcas, y su opinión no podía ser imparcial, puesto que se valían de los monopolios para atender las exigencias siempre crecientes del gasto público. Aparece así la legitimación del monopolio por *publica necessitas*.

Más tarde, en los tiempos de la monarquía absoluta, los príncipes, como dijo CARANDE, fueron los mejores abogados de los monopolios. Los reyes de la Casa de Austria contrataron con los grandes financieros la explotación de regalías en los yacimientos de plata, de cobre, de estaño, de mercurio, concediéndoles monopolios de explotación. Los ejemplos fueron frecuentes en el reinado de CARLOS V. Recordemos la coacción del Emperador sobre el fiscal de Ausburgo, que quería llevar a los Tribunales a un grupo de mercaderes, en cumplimiento de un acuerdo de la Dieta Imperial, que en 1512 había prohibido los monopolios. Desde Burgos el Emperador CARLOS V escribe una carta al fiscal conminándole para que sobresea las actuaciones. Esto ocurría en 1523.

Los abusos fueron tan grandes, que provocaron la reacción del pueblo y de los juristas (COQUE y BACON, en Inglaterra). Y este movimiento condujo en Inglaterra, en tiempos de JAIME I, al famoso Estatuto de los monopolios (*Statute of monopolies* de 1623).

En el continente, el comercio sufre una progresiva estatificación. El Estado vigila las corporaciones y regula minuciosamente la actividad mercantil. Es en Francia la época de las grandes Ordenanzas de comercio terrestre y marítimo de Luis XIV. Se

llega así al final del siglo XVIII. La competencia no ofrecía problemas, pues estaba legalmente condicionada y limitada por la inscripción en la matrícula y por la disciplina impuesta a los miembros de las corporaciones.

Los problemas de la competencia sólo podían surgir cuando la competencia se declarase libre. Tal declaración, inspirada más por móviles políticos que económicos, es decir, por la animadversión contra el sistema gremial, se produce en Francia con la ley de 2 de marzo de 1791. Según esta ley, a contar desde el 1 de abril inmediato sería libre para todas las personas realizar cualquier negocio y ejercer cualquier profesión, arte u oficio que tuvieran a bien. Meses más tarde, en 17 de junio de 1791, se publica la famosa Ley Le Chapelier, que suprimió radicalmente las corporaciones.

En España, las normas sobre la competencia siguen el movimiento pendular entre el sistema absolutista y el sistema liberal en política. Por Decreto de 8 de julio de 1813, se declara que «todos los españoles podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil sin necesidad de examen ni de título ni de incorporación a los gremios respectivos». Mas la Real Orden de 29 de junio de 1815 mandó que se restablecieran las ordenanzas gremiales, pero que éstas se sometiesen a examen y que se anulase «todo lo que pudiera causar monopolio por los del gremio y lo que impidiese la justa libertad que todos tienen de ejercer su industria». La Ley de 6 de diciembre de 1836 restableció el Decreto de 8 de junio de 1813.

Nace, pues, el siglo XIX bajo el signo de la libertad de comercio, que implicaba la supresión de toda barrera gremial y administrativa. Pero el siglo XIX es el siglo de las paradojas de la libertad. El fenómeno de la competencia, que no ofrecía problemas en la época medieval, se convierte en problema para los hombres de leyes. El problema consiste en armonizar dos cosas al parecer incompatibles: el principio de la libertad y la necesidad de limitar esa libertad. ✓

III

La revolución industrial, con su secuela de la producción en masa y el desarrollo de los mercados y de los transportes, reclamaba una revolución del Derecho, a la sazón incapaz para dominar los nuevos fenómenos económicos. Pero el Derecho ha reaccionado de una manera lenta e insuficiente, como ocurre casi siempre. Y, sobre todo, ha reaccionado paradójicamente, viéndose obligado a negar la libertad precisamente para poder defenderla. Así, en materia laboral se niega la libertad de pactos para proteger al obrero contra las consecuencias de esa libertad. El obrero tenía libertad para admitir o rechazar las cláusulas que el patrono quería imponerle. Pero su falta de recursos económicos le obligaba a aceptarlas sin discusión, para poder subsistir. Así también en materia industrial, al conceder el Estado exclusivas de explotación de los inventos y del uso de marcas y nombres comerciales.

✓ Pero la libertad de comercio había producido otras consecuencias inesperadas. Cuando había verdadera competencia, ésta no era siempre como quería el legislador: una lucha leal como en el deporte. Al faltar las normas corporativas de la Edad Media que regulaban el *regulariter agere*, los competidores, abusando de la libertad, no utilizaban las mismas armas, como en los torneos medievales, sino que se valían, como en la guerra moderna, de todos los medios a su alcance: los nobles y los innobles.

Otras veces los competidores suprimían la lucha entre ellos y la dirigían contra el consumidor por medio de alianzas con el fin de asegurarse el mercado no por el triunfo en la competencia, sino por la eliminación de la competencia, o por medio de prácticas restrictivas que aminoraban o eliminaban totalmente la competencia.

Los juristas europeos prestaron atención a la competencia desleal, pero descuidaron la defensa de los consumidores. Mientras tanto, de la lucha por el cliente se había pasado a la lucha contra

el cliente. El régimen de la libre competencia se había devorado a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios.

Pero Europa seguía aferrada a los principios de libertad de la Revolución francesa. Habíamos suprimido los gremios y las corporaciones y los controles administrativos. Pero habíamos dejado el campo libre a los monopolios privados, a las prácticas restrictivas, a los acuerdos para eliminar la competencia.

IV

A) En Norteamérica las cosas pasaban de diversa manera. No había que luchar contra las corporaciones medievales, porque en América no había existido Edad Media; ni contra un fuerte poder político central, que no existía tampoco por la dificultad de dominar tan vastos territorios. Pero sí había que luchar contra otros enemigos de la libre competencia, que no eran los privilegios reales ni corporativos, sino las grandes formaciones monopolísticas privadas, nacidas en el Este industrial frente al Oeste campesino. Contra ellas comienza, a fines del siglo XIX, una lucha que aún perdura a través de una legislación imponente: la llamada «legislación *antitrust*». Es la lucha paradójica contra la libertad a favor de la libertad. Las alianzas entre empresarios no eran en sí mismas reprobables. A veces estaban exigidas por razones técnicas de mejora en la producción. A veces también favorecían a los consumidores, al permitir afinar en la calidad de los productos o en el precio. Pero la sospecha nacía de que estos pactos se mantenían secretos, al contrario de lo que ocurría en los pactos sociales, y de que los medios utilizados no siempre eran honestos. Muchas veces se valían de la intriga, de la influencia, de la corrupción política, en una palabra. A estos conciertos entre empresas se los llamó *trusts*, tomando el nombre de una vieja institución inglesa cuya esencia radicaba en el secreto y en la confianza. Contra ellos se dirige la «legislación *antitrust*», que comienza con la Ley Sherman de 2 de julio de 1890. Ley breve

y categórica, que declara ilegal todo contrato y toda combinación que tienda a restringir la competencia en la industria o el comercio y que hace reo de delito a las personas que participen en estos contratos o combinaciones; y que declara también reo de delito a todo el que monopolice o intente monopolizar una rama cualquiera de la industria o del comercio. Y en ambos casos impone penas de multa, que hoy se puede elevar a 50.000 dólares, y de prisión, que puede ser hasta de un año como máximo.

Pues bien: la realidad es que, fuese por causa de una interpretación demasiado literal de la ley, fuese por causa de los manejos de las grandes empresas para eludirla, la Ley Sherman no tuvo ningún éxito en la práctica. En los primeros trece años no se iniciaron más que once procesos, y el resultado de muchos de ellos fue altamente sorprendente. Así en el caso de la «American Sugar Refining Company», la cual, a pesar de controlar el 98 por 100 de la producción de azúcar en todo el país, fue absuelta de la acusación de monopolio porque el Tribunal Supremo, en su sentencia, dictada en 1895, estimó que «comercio» e «industria» eran cosas diversas y que la producción de mercancías no caía bajo el imperio de la ley.

Por otra parte, muchos *trusts* aparentaron disolverse fingiendo adaptarse a la nueva corriente; pero bien pronto volvieron a nacer bajo otra forma. Así, en 1892 la «Standard Oil» se dividió en veinte sociedades; pero en el reparto de las acciones, los *trust certificates*, que estaban en manos de los mayores accionistas, fueron sustituidos por acciones en cada una de las sociedades pequeñas, de suerte que, con títulos diversos, se volvía a controlar las veinte sociedades que sustituyeron a la primitiva. El resultado fue que esta gran empresa y otras se transformaron en *holding companies*, forma social permitida por la legislación de New Jersey, y las cosas siguieron como antes estaban.

En 15 de octubre de 1914 se publica una nueva ley, la «Clayton Act», más extensa y detallada que la «Sherman Act». En ella se trata por primera vez de la discriminación de precios, de los contratos de compraventa o arrendamiento o representación con exclusiva a favor del vendedor o del representado; se

prevén las reducciones de precios, los premios, los descuentos, etc., concedidos a condición de que el comprador o el arrendatario no compre las mercancías o utilice los servicios de los competidores; se prohíben los contratos que obligan al comprador o al arrendatario a adquirir o alquilar otros bienes distintos del previsto (*tying contracts*); se prevé la adquisición de acciones, las fusiones y la acumulación del cargo de administrador en dos o más sociedades competidoras, etc.

Dejemos a un lado la legislación americana que continuó en los años sucesivos a través de diversas leyes: la Webb-Pomerane Act de 1918, que se propuso fomentar la exportación; la Robinson Patman Act de 1936, que trató más especialmente de las discriminaciones de precios; la Celler-Kefauver Anti-Merger Act de 29 de diciembre de 1950, que reprimió, a más de las fusiones horizontales, las verticales entre empresas, etc.; y volvamos la vista a Europa.

B) ¿Qué pasaba mientras tanto en nuestro continente? Después de haber dado muerte al monstruo de los monopolios del Estado y de las corporaciones, nuestros legisladores sesteaban a la sombra del dogma de la libertad industrial, mostrándose neutrales e indiferentes ante el fenómeno de la competencia mercantil. No se preocupaban de los monopolios privados ni de las prácticas restrictivas de la competencia. Era la exasperación de la libertad. Había libertad para todo. Libertad para la libertad y libertad para la negación de la libertad, a través del monopolio. La libertad de cada uno podía destruir la libertad de los otros. Y en el centro de todo el sistema estaba el principio de la libertad de pactos, clave de arco de los códigos decimonónicos. Este principio era el instrumento jurídico que destruía la libre competencia al permitir todos los pactos y combinaciones imaginables, a menos de contradecir la ley, la moral o el orden público. Tal es la declaración del artículo 1.255 de nuestro Código Civil. Pero el jurista se encontraría perplejo ante la posibilidad de aplicar este precepto legal, por ejemplo, a un pacto entre empresarios sobre fijación de precios mínimos. La defensa era a todas luces insuficiente.

Alemania, país industrial por excelencia, se había convertido en el país clásico de los *cárteles*. Condescendiente con ellos, la jurisprudencia alemana no se acordaba de sus propios filósofos. KANT consideraba limitada la libertad de cada uno por la libertad igual de los demás, admitiendo, por tanto, libertad sólo como libertad igual para todos.

No es extraño, por ello, que la primera ley alemana sobre *cárteles*, de 2 de noviembre de 1923, se inspirase no en el principio americano de la prohibición, sino en el principio europeo del abuso. Y así, la ley se designa con el nombre de «Ordenanza contra el abuso de las posiciones del poder económico». Esta ley no contenía normas sobre los *cárteles*, sino que se limitaba más bien a establecer un control estatal para evitar los abusos. No se creyó conveniente formular una prohibición absoluta, por estimar que los *cárteles* hubieran continuado de un modo clandestino mediante simples acuerdos verbales, concertados a veces en la sobremesa. Por ello la ley se limita a imponer la forma escrita a estos convenios y a facultar al Ministro de Economía para pedir a un Tribunal especial (*Kartellgericht*) la anulación de los acuerdos que se consideren nocivos para la economía y para el bienestar general.

Mas he aquí que los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania. El principio del abuso va a ser sustituido por el principio de la prohibición. Y el móvil va a tener carácter exclusivamente político y militar antes que económico. Se creyó peligrosa la excesiva concentración de la potencia económica alemana, que podía facilitar la preparación de una nueva guerra. Y así se publican en los años 1945 a 1947 sucesivas Ordenanzas militares de los ejércitos aliados en Alemania para la «descartelización» de la industria alemana del carbón, del hierro, del acero, de la química, etc. Recobrada más tarde por Alemania su independencia política, se suscitó la necesidad de una nueva ley defensora de la competencia, y en su elaboración a lo largo de siete años de empeñadas discusiones combatieron entre sí el principio europeo del abuso y el principio

americano de la prohibición. Al fin, se publica la ley en 27 de junio de 1957. Se trata de una ley ecléctica, que representa un compromiso entre dos épocas, la anterior y la posterior a la ocupación de Alemania, y entre los dos criterios opuestos antes aludidos. Es elocuente el cambio de nombre de la ley. Ya no es una ley contra el abuso de poder económico, sino que es una ley contra las limitaciones de la competencia: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. La declaración de invalidez de los convenios de *cárcel* que se formula en el artículo primero resulta debilitada por una copiosa lista de excepciones, es decir, de sectores económicos a los que la ley no se aplica (Administración postal, ferrocarriles, transportes, Bancos, agricultura, etc.). Otros *cárteles* pueden ser autorizados previa notificación a la oficina correspondiente.

En Inglaterra, la política de las nacionalizaciones había convertido en monopolios públicos los más importantes monopolios privados. En 1948 se publica la Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas (*Monopolies and Restrictive Practices Act*), que fue después reformada por la Ley de 1953, que creó la Comisión llamada de «Monopolios y Prácticas Restrictivas». Esta Comisión, cuyo carácter era el de órgano consultivo, tenía por misión investigar los casos en los que el Gobierno podía ordenar el cese de las actividades que restringiesen la libre competencia. Pero en ningún caso fue necesaria la orden gubernamental, porque los interesados aceptaron voluntariamente las recomendaciones de la Comisión. Un informe de ésta dio lugar a la publicación de la Ley vigente de 1956, titulada *Restrictive Trade Practices Act*, que regula minuciosamente la materia, aunque con un sistema sumamente complicado y lento que dio lugar a vivas críticas del partido laborista. La ley atiende a dos puntos esenciales: regular la inscripción en el Registro de acuerdos restrictivos y atribuir a un Tribunal especial (*Restrictive Practices Court*) la calificación de los casos que deben considerarse como contrarios al interés público. Cuando la ley hace esta declaración, las restricciones contenidas en el correspondiente contrato se consideran inválidas, pero no invalidan el conjunto del contrato. Es la regla

vitiatur sed non vitiat, que luego hemos aceptada también por la ley española.

A más los ejemplos de Alemania y de Inglaterra, que hemos considerado como los más representativos, la realidad es que las leyes antimonopolio se propagaron por toda Europa. En Francia, el Decreto de 9 de agosto de 1953 dictó reglas sobre la conservación y el restablecimiento de la libre competencia y condenó, en principio, las prácticas restrictivas de los convenios (*ententes*), reprimiéndolas penalmente. Prohibió también cierto número de prácticas que se juzgaban contrarias al principio de una competencia leal (los rehúses de venta, las ventas a precios impuestos, las prácticas discriminatorias de precios, etc.).

En 1955 se publicó en Dinamarca la Ley sobre Protección de la Competencia siguiendo el modelo de la Ley noruega de 1953, que estableció el sistema del previo control. En 1960 se publica en Bélgica sobre «protección contra los abusos del poder económico».

Las normas de defensa de la competencia se elevaron al plano internacional, primeramente con la Carta de La Habana (marzo 1948), después con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA), de 18 de marzo de 1951, que contiene una regulación muy completa de la materia, que influyó decisivamente en el tratado de la Comunidad Económica Europea firmado en Roma en 25 de marzo de 1957, uno de cuyos objetivos fue precisamente, según su artículo 3.º, letra f, «la creación de un régimen dirigido a garantizar que la competencia no sea falseada en el Mercado Común».

V

Con estos antecedentes podemos ya intentar una síntesis crítica de la legislación llamada *antitrust*. Hay que reconocer el hecho de la recepción en Europa de este tipo especial de legislación, que tuvo su origen en Norteamérica. Pero hay que reconocer también que, lo mismo que ocurre con el trasplante de los ár-

boles esa legislación perdió, al ser transportada a Europa, mucho de su primitivo rigor. ¿Cuáles han sido las razones?

En primer lugar anotaremos el abandono de las ideas que sobre la libre competencia tenía la escuela liberal en economía. Para ésta, la lucha libre de los competidores se traducían necesariamente en una baja de precios. Es elocuente recordar aquí el conocido texto de Adam SMITH: «El precio de monopolio es en toda circunstancia el más alto que se pueda obtener; el precio de la libre competencia es, al contrario, el más bajo que se pueda aceptar...» Mas la experiencia después de la revolución industrial demostró que la realidad económica no se adaptaba a estos esquemas teóricos. La guerra de los precios no siempre terminaba con la victoria del precio más bajo. En efecto, el productor o el comerciante más fuerte podía resistir la competencia de los precios bajos hasta llegar a arruinar a los competidores. Y después era él quien imponía los precios altos, convirtiéndose en monopolista.

En segundo término hemos de anotar el hecho de que la jurisprudencia y la doctrina en Norteamérica no sólo habían templado el rigor de la legislación *antitrust*, sino que habían llegado a poner en duda su eficacia y su oportunidad. La *per se condemnation theorie* no sólo ha sido rechazada en las legislaciones europeas, sino que ha perdido terreno en la propia América. Los tribunales americanos introdujeron la regla de «lo razonable» (*rule of reason*) para moderar las severas sanciones de la ley en vista de la peculiaridad de cada caso concreto. Y es curioso comprobar que el escepticismo frente a las leyes *antitrust* alienta en los escritos de los propios economistas americanos. Citaremos tan sólo los nombres más representativos:

SCHUMPETER (*Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, 1947), combatiendo la idea tradicional de que las empresas en competencia son más dinámicas que aquellas otras en posición monopolista, afirma que las empresas en fuerte competencia no obtienen beneficios suficientes para financiar las innovaciones tecnológicas y que la competencia perfecta, que da lugar a una inmediata duplicación de tales innovaciones por parte de

otros, no ofrece beneficios superiores a los normales que puedan justificar el riesgo inevitable.

CLARK (*Toward a Concept of Workable Competition*, 1940) sienta las bases para la elaboración de la teoría de la *workable competition*, o competencia efectiva. Este concepto supone la presencia de dos elementos comunes y fundamentales. En primer lugar, una rivalidad suficientemente intensa entre un número adecuado de productores, de suerte que puedan ofrecer a los consumidores una posibilidad razonable de elección entre las distintas ofertas en competencia y mantener, por tanto, bajo control el poder monopolístico. En segundo lugar, un aumento del poder monopolístico suficiente para evitar la competencia ruinosa, asegurar el proceso tecnológico y permitir a los productores alcanzar la eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa.

GALBRAITH (*El capitalismo americano.—Il concetto di potere di equilibrio*) intenta justificar la ideología económica social dominante en los Estados Unidos no a través de una generalización de la noción de competencia, sino a través de una nueva interpretación de la estructura del mercado, caracterizada por la existencia de situaciones monopolísticas. El poder monopolístico de los dueños del trabajo puede ser neutralizado por el poder monopolístico de los sindicatos; el poder monopolístico de los productores de determinadas materias primas y sus productos (acero) puede ser anulado por un poder análogo de los que solicitan los mismos bienes (productores de automóviles, etc.); la influencia que las grandes empresas productoras de bienes de consumo ejercen sobre el precio de sus productos puede ser bloqueada por la amenaza de los grandes almacenes de venta de producir los mismos bienes.

DIRLAM y KAHN hablan de «la omnipresencia de prácticas monopolísticas en el mercado americano». BURNS, de la difusión en este mercado de la llamada «competencia impura». Y LILIENTHAL publica en la revista *Collier's* un artículo en 1952 con el título «Nuestras leyes *antitrust* están paralizando América».

En resumen: para todos estos autores la formación de grupos monopolísticos ha representado para los Estados Unidos no ya un

fenómeno patológico, sino la consecuencia necesaria de un desarrollo económico que ha conducido a difundir un nivel de vida más elevado. La limitada competencia en los precios ha aumentado la competencia en la calidad del producto y ha favorecido, por tanto, las innovaciones técnicas. Hoy ya no se habla de libre competencia a la manera del liberalismo clásico, sino de «competencia imperfecta» o de «competencia monopolística», en la que cada empresario posee el monopolio de sus propios productos amparado por sus marcas y patentes.

Todos están de acuerdo en que desde la revolución industrial la competencia ya no puede ser enteramente libre. Esta libertad de competencia es un puro mito, que armoniza con una concepción paradisiaca del mercado y de la competencia. Ninguna ley moderna de defensa de la competencia se propone la vuelta a un sistema de libertad desenfrenada que no concuerda con la estructura económica moderna. En suma, ni la libre competencia es necesariamente un bien, ni el monopolio es necesariamente un mal. Vivimos en un régimen mixto de libre competencia y de monopolio. Y de aquí la posición ecléctica de las leyes *antitrust*. El principio de la prohibición se temple con un gran número de excepciones. El monopolio no se considera malo *per se*, sino tan sólo cuando implica un abuso.

En esta atmósfera un tanto indecisa se publica la Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia, ley que al ser presentada a las Cortes ha sido calificada por el señor Ministro de comercio en términos altamente elogiosos.

LAS NORMAS SUSTANTIVAS DE LA LEY ESPAÑOLA

I

Hasta aquí he intentado aclarar cuál ha sido la posición del Derecho ante el fenómeno económico de la competencia a través de sucesivas fases históricas que culminan en la consagración legislativa del «principio de la libre competencia». Principio que,

a su vez, tiene su instrumento jurídico en el llamado «principio de la libertad contractual». Y veíamos cómo esa libertad contractual había engendrado el abuso, es decir, el pecado, porque, en definitiva, todo pecado es un abuso de la libertad, y cómo el Derecho había reaccionado frente a ese pecado imponiendo una penitencia. La penitencia en este caso fue la legislación *antitrust*. Dijimos también que de ese frondosísimo árbol de la legislación *antitrust*, que había sido trasplantado desde América a Europa, perdiendo mucho de su vigor originario, el último brote era la Ley española de 20 de julio de 1963.

Pues bien: hoy vamos a enfrentarnos con esta ley española. El hablar como jurista tiene muy graves inconvenientes para el público. El principal es el del aburrimiento. El Derecho, que es cosa muy distinta de la literatura y de la poesía, no tiene nada de poético; se parece más bien a las matemáticas; pero son unas matemáticas especiales, porque así como el matemático sabe que si el cálculo está bien hecho el resultado será siempre exacto, en Derecho no podemos decir lo mismo; siempre quedamos inciertos ante la exactitud de nuestras conclusiones.

A) El hecho es que la ley española vino precedida de una serie de anuncios oficiales más o menos solemnes. Fue el Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1957 el primero que anunció la publicación de esta ley; y, más concretamente, el contenido de la ley se anuncia en el Decreto de 23 de octubre de 1962. Pero en realidad estos anuncios vienen a ser una condensación o un precipitado de una atmósfera, de cierta atmósfera favorable a la publicación de la ley.

El ambiente internacional, por su parte, dejaba sentir con creciente apremio la influencia de las doctrinas americanas sobre los monopolios. Realmente la legislación *antitrust* se había convertido—si me permiten ustedes la expresión—en una especie de artículo de exportación de Norteamérica. En Norteamérica se exportan muchas cosas. Nosotros exportamos unas pocas: exportamos naranjas, exportamos el cante hondo, que es uno de los productos más serios que se producen en España... América, por su parte, exporta, entre otras cosas, la legislación *antitrust*. Yo

diría que la legislación *antitrust* es el folklore del capitalismo americano. Pues bien: esa presión sobre el Gobierno se manifestó también, y de un modo concreto, en el artículo 2.º del Convenio con Norteamérica de 26 de septiembre de 1953. En este Convenio los norteamericanos impusieron una cláusula que nos obligaba a «desalentar» las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o *cártel* y de los que resulte una restricción en la producción y un aumento en los precios.

El Gobierno no se dio mucha prisa para cumplir aquel compromiso con Norteamérica y, en cambio, sentía el deseo legítimo de equipararse con las legislaciones de los estados occidentales y fundamentalmente con el Tratado de Roma sobre el Mercado Común de marzo de 1957. Ya lo dice la Exposición de motivos de la ley, donde se alude al hecho de que más de veinte estados contaban con disposiciones legales sobre la materia, y que, además, las cláusulas prohibiendo las prácticas restrictivas se habían incluido en el Tratado de la CECA (Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero) y en el Tratado del Mercado Común (Comunidad Económica Europea) de 25 de marzo de 1957. Queríamos, por tanto, alinearnos con las potencias occidentales y con el Mercado Común; mas, a semejanza de lo que ocurre con las alineaciones militares, esta alineación exigía que vistiéramos un determinado uniforme. Este uniforme, en nuestro caso, ha sido cortado por sastres extranjeros, y así lo reconoce noblemente el ministro de Comercio en su discurso a las Cortes, cuando decía: «Se ha puesto a nuestro servicio una serie de normas legales extranjeras que, a falta de antecedentes propios, nos ha permitido entrar a saco en ellas en todo aquello que podía ser de utilidad para nuestro designio español». Ahora bien: ese vestir un traje ajeno y completamente exótico para nosotros supone que la estatura es la misma, porque no se puede vestir el traje de una persona que tenga una estatura diferente a la nuestra. No olvidemos que las leyes protectoras de la libre competencia habían nacido en países de alto nivel industrial como es Norteamérica, como es Alemania. En esos países los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia habían sido una enfermedad que

era algo así como la patología de la prosperidad; una enfermedad no ciertamente de crecimiento, sino de plena madurez. Cabe preguntarse, pues, si España ha alcanzado ya esa estatura, esa madurez que haga temer la enfermedad de los monopolios y de los *trusts*, o si, por el contrario, vamos a emplear ya desde ahora una medicina un tanto peligrosa antes de haber sufrido la enfermedad. ¿Servirá esta legislación para estimular nuestro crecimiento o para estorbarlo? Todo dependerá, en definitiva, de la prudencia y del tacto en la dosis de aplicación de la ley a la realidad española.

Mas, por otra parte, la ley tenía que descansar sobre un supuesto lógico, y el supuesto lógico de una ley de defensa de la libre competencia es que exista antes una competencia libre. Así lo comprendió el propio señor ministro de Comercio cuando, en el preámbulo o Exposición de motivos de la ley, dice que esta ley viene en cierto modo a cubrir un hueco que se juzga peligroso, el hueco que deja la supresión de las intervenciones administrativas en el comercio: «Libertado en gran parte nuestro comercio exterior, suprimidas la mayoría de las intervenciones administrativas en materia de distribución y de consumo interior y reducidas al mínimo indispensable las técnicas de intervención, es necesario el complemento de estas supresiones con un perfecto deslinde del orden público económico». Pero aquí vuelve a surgir la pregunta, la pregunta de si realmente la liberación de las trabas administrativas en España ha alcanzado el grado suficiente para permitir ya el libre juego de la competencia. Creo que el primer día aludía yo al hecho de una enmienda a la totalidad de la ley, suscrita en primer término por el señor LAMO DE ESPINOSA, en la cual se dice precisamente lo contrario: se dice que todavía no hemos llegado en España a una supresión absoluta de las trabas administrativas y que, por tanto, falta el supuesto lógico para una ley que defiende la libre competencia, puesto que todavía no existe esa libre competencia.

Y es preciso reconocer que no andaba esta opinión muy descaminada, porque el profesor GÜNTER, que es el presidente del Servicio Federal Alemán de Defensa de la Competencia, en un

artículo publicado en *Información Comercial* en enero de 1963, decía esto: «Un problema especial para España lo constituye la notable influencia del Estado sobre el desarrollo del acontecimiento económico, del acontecer económico; por esta causa la ordenación de la concurrencia se encuentra ante unas premisas *poco favorables*». Lo cierto es que, por encima de todos estos reparos más o menos doctrinales, hemos vestido ese traje, un traje hecho a la moda extranjera. Pero había que elegir entre varios modelos de traje. Veamos cuáles eran estos modelos y cuál ha sido el modelo elegido por nosotros.

B) Desde un punto de vista doctrinal esquemático se pueden contraponer dos sistemas antagónicos: el sistema de la prohibición y el sistema del abuso. Pero en la práctica el sistema de la prohibición—lo vimos en páginas anteriores—está sumamente dulcificado o moderado en Norteamérica con una interpretación flexible de los tribunales, con la aplicación de la llamada regla de «lo razonable», que pretende adaptar el esquematismo de la ley a los casos particulares. Y en Europa el principio se templea con la lista de excepciones a la prohibición. Uno de los teóricos europeos más destacados decía que una ley prohibitiva con numerosas excepciones de carácter general, aplicada con cierta amplitud, no puede en la práctica diferir mucho de una ley contra los abusos aplicada rígidamente.

Por ello, yo creo, en suma, que cabe contraponer dos sistemas que se fundan en la prohibición. Uno es el sistema de la *prohibición absoluta* o sin excepciones; está representado por la Ley Sherman de 1890. Esta ley, como recordarán ustedes, declara ilícito todo convenio, toda combinación, todo acuerdo que tienda a restringir o impedir la competencia en los Estados miembros de la Unión y todo monopolio o intento de monopolizar una parte de la industria o del comercio. Sin excepción alguna se formula la prohibición radical. Frente a ese sistema está el sistema de la *prohibición relativa*, que es el europeo. En él se formula la prohibición, seguida de un cierto número de excepciones, como hace la ley alemana. No se prohíben los acuerdos ni las prácticas restrictivas sino cuando esas prácticas y esos acuerdos

son abusivos. Es el caso de Bélgica, de Holanda, de Suecia y, sobre todo, de Suiza, que es quizá la legislación más liberal en este punto. Pero dentro de este sistema de la prohibición con excepciones, que es el que yo llamo sistema europeo, caben todavía dos subgrupos: 1.º El de las legislaciones en las que las excepciones se admiten previa una autorización administrativa. Es el que llamaríamos *sistema de control a priori*, del cual es el exponente máximo el Tratado de Roma sobre el Mercado Común. 2.º El sistema en el cual las excepciones se admiten por virtud de la ley, es decir, sin necesidad de ninguna previa notificación a las autoridades ni de aquiescencia de estas autoridades (*control a posteriori*).

C) ¿Cuál ha sido el sistema elegido por la ley española? Esta ley española ha seguido el modelo europeo ecléctico, es decir, el principio de la prohibición de las prácticas restrictivas, con excepciones; y el principio del abuso respecto de las posiciones dominantes del mercado. La diferencia consiste en que en el primer caso (prohibición de las prácticas restrictivas), entra en juego la prohibición ante la simple presencia de una práctica comercial que la ley considera reprobable y salvo las excepciones que la misma ley establece; en el segundo caso, la prohibición solamente entra en juego ante el abuso de una cierta posición adquirida en el mercado, sea de un modo voluntario, sea de un modo involuntario.

La ley española recoge estos dos grupos de actividades restrictivas de la competencia: primero, los acuerdos o combinaciones entre empresas independientes que limiten o eliminen la competencia entre esas empresas o que priven a otras de participar en el mercado; en segundo lugar prevé las actividades ejercidas por empresas aisladas que han adquirido un fuerte poder monopolístico en el mercado y que abusan de ese poder. De suerte que el principio de la prohibición viene en la ley española a ser moderado con arreglo al estilo europeo. No toda práctica restrictiva de la competencia es incompatible con la ley, porque algunas prácticas restrictivas están exceptuadas por virtud de la

ley y otras son exceptuables por declaración del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Esta es la primera base de la ley. Después viene la materia de las sanciones. Unas son establecidas por la ley, otras son complementarias de las que establece la ley. La ley establece como sanción civil la nulidad de los convenios de los que derivan prácticas restrictivas de la competencia; como sanción administrativa, las multas, y como sanción fiscal, un recargo de los tributos de las empresas que realicen estas prácticas restrictivas. Como sanciones complementarias están las sanciones penales, cuando el Tribunal de Defensa pasa tanto de culpa a los tribunales ordinarios; y la sanción civil, consistente en que queda abierta la posibilidad de una indemnización de daños y perjuicios.

Junto a esto, la ley establece unos órganos especiales para la defensa de la competencia. En primer lugar, una jurisdicción especial a cargo del llamado «Tribunal de Defensa de la Competencia», el cual declara la existencia o la inexistencia de una práctica restrictiva, y en el primer caso ordena el cese de tal práctica. Después tenemos el «Servicio de Defensa de la Competencia». En segundo lugar, un servicio administrativo encargado de llevar el Registro llamado «de prácticas restrictivas» y de tramitar los expedientes que se sometan al Tribunal de Defensa. Por último, un Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano consultivo del Ministerio de Comercio y como nexo de unión, según dice la exposición de motivos, entre el Tribunal de Defensa y la sociedad.

II

A) Hecho así este bosquejo panorámico de la ley española, vamos a entrar ya en su examen, comenzando, como es natural, por el artículo primero. El artículo primero trata de las prácticas prohibidas. Mas en la exposición de motivos a estas prácticas se les añade un adjetivo: el de colusorio. Son «prácticas colusorias». La colusión, de *colludere*, expresa siempre la idea de un

pacto celebrado entre dos personas en perjuicio de un tercero. Alude, por tanto, este adjetivo *colusorio* a un origen convencional o concertado, consensual en definitiva, de tales prácticas. El artículo 1.º, núm. 1, dice: «Quedan prohibidas las prácticas surtidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir o falsear la competencia, en todo o en parte, del mercado nacional». Este artículo es una traducción libre, a mi juicio demasiado libre, del artículo 85 del Tratado de Roma. (En esto de las traducciones a veces echa uno de menos ciertas «restricciones» a la libertad de los traductores...) El Tratado de Roma destacaba el origen convencional de estas prácticas colusorias cuando hablaba de «acuerdos, decisiones y prácticas concertadas», trilogía caracterizada por el elemento de la consensualidad.

Pero la ley española ha venido a quebrar la lógica del sistema. Quizá por el deseo de no copiar o de no traducir literalmente, en lugar de hablar de «prácticas concertadas», habla de «conductas conscientemente paralelas». ¿Qué es esto de conductas conscientemente paralelas? El simple hecho del paralelismo consciente entre dos conductas no significa más que una actuación similar, una finalidad similar o idéntica en la actuación de dos empresas; pero no supone acuerdo alguno entre ellas. Si basta con que haya conductas que sean conscientemente paralelas entre dos empresas, sin que haya mediado entre ellas ningún acuerdo en perjuicio de tercero, la postura de la ley resulta un tanto excesiva, porque permite condenar conductas que no se proponen en modo alguno atentar a la libre competencia, sino, a veces, resolver problemas de la economía interna de las empresas. Por ejemplo: si dos empresas, a causa de la elevación de los costos de producción, se ven obligadas simultáneamente a elevar sus precios, esa elevación de precios, aunque sea coincidente, no implica ningún acuerdo colusorio ni, por tanto, ningún atentado a la libre competencia. Recuerdo que en la jurisprudencia americana hay un caso, el caso de *Pevely Dairy Co.*, en el que se trataba de la distribución de la leche en una gran población. Se acusó a las empresas de haber cometido lo que en el lenguaje de la *Com-*

mon law se llama *conspiracy* (término que podemos traducir como «práctica colusoria»), porque sabían las empresas encartadas en el proceso que ellas estaban vendiendo a los mismos precios. El Tribunal declaró que los precios idénticos entre las compañías suministradoras de leche se justificaban por el precio uniforme (establecido por disposición federal) que debían pagar a los granjeros, por los jornales iguales que debían abonar a los trabajadores representados por un Sindicato único, por las condiciones de elaboración y por la uniformidad de los productos, de acuerdo con las ordenanzas sanitarias. He aquí un caso en que, habiendo mediado una conducta conscientemente paralela entre varias empresas, no se podía hablar de restricción de la competencia. Pues el hecho de que una empresa se vea obligada a la elevación de los precios y sepa que otras empresas hacen lo mismo que ella, no puede representar por sí solo un ataque a la libre competencia. La calificación de «práctica colusoria» es en este caso manifiestamente improcedente, porque si no hay acuerdo entre esas empresas, sino que hay tan sólo una conducta conscientemente paralela, es claro que donde no hay acuerdo tampoco puede haber colusión. La conducta conscientemente paralela puede tener por efecto impedir o falsear la competencia. Pero esto sería una consecuencia no imputable, por cuanto no implica una voluntad dirigida a tal fin. Para ser imputable la conducta sería necesario que mediase un acuerdo entre los directivos de las empresas. Con ello llegamos al otro término de la trilogía del artículo 1.º; es decir, a los «convenios».

Este término «convenio» tampoco tiene mucho arraigo en la terminología jurídica española. Desconocido en el léxico del Código civil, se emplea preferentemente en el Derecho laboral. En definitiva, ha venido a sustituir a la palabra «acuerdo» que figura en el Tratado de Roma. Se ha querido quizá buscar una palabra de significado más amplio que la de «contrato», probablemente influidos los autores de la ley por el hecho de que en la lengua inglesa y en el *Common law* la palabra «contrato» no es equivalente a la nuestra, sino que representa simplemente una promesa de prestación, que puede ser unilateral, con la sola

condición de que la promesa esté basada o en un documento solemne o en una *consideración* o causa. Para separarse de la idea del contrato, la ley española habla de «convenio». Y además habla de «decisiones». ¿Qué diferencia hay entre «convenio» y «decisión»? Aquí es necesario recordar la realidad de las uniones de empresas. Estas uniones pueden adoptar diversa instrumentación jurídica. Puede tratarse de un simple acuerdo entre empresarios independientes, con ánimo de limitar o eludir la competencia entre ellos. Es el caso del *cártel* de primer grado o sin actividad externa. Puede tratarse de una unión de empresas con un organismo común, aunque no llegue a ser una verdadera sociedad mercantil. Es el caso de la «central de ventas» o del *cártel* de segundo grado; es decir, con actividad externa. Pues bien: cuando en la unión de empresas se crea una organización interna, aparece un órgano deliberante; y a lo que alude la ley en este caso es a las decisiones de estos órganos colegiados de las uniones y agrupaciones de empresas, sean o no al mismo tiempo sociedades mercantiles. Con esto tenemos ya esbozado el triple concepto del artículo 1.º: convenios, decisiones y conductas conscientemente paralelas. Pero esos convenios, decisiones o conductas han de tener por objeto o han de producir el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia, en todo o en parte, del mercado nacional. Cuando esto ocurre, las prácticas resultantes quedan prohibidas. Es el principio prohibitivo que se enuncia al principio del artículo 1.º, donde es visible la influencia del artículo 85 del Tratado de Roma.

Yo no tengo ningún reparo que oponer a lo de «impedir o restringir» la competencia. Pero el «falsear» la competencia es expresión que conviene mejor, a mi juicio, a los actos de competencia desleal, no a los de restricción de la competencia; y a los actos de denigración de un competidor, o de confusiónismo con los productos de otro competidor; es decir, a los actos que perturbaban la competencia por el uso de medios incorrectos en la competencia misma. Es la hipótesis de la competencia desleal que aparece históricamente también con la libertad de contrata-

ción, como creo haber dicho anteriormente, distinguiendo este supuesto del de las verdaderas restricciones de la competencia.

En cambio, el «impedir o restringir» la competencia, eso sí se refiere directamente al supuesto o presupuesto de la libre competencia. Se impide la libre competencia cuando se impide a otra empresa el ejercicio de una actividad determinada; por ejemplo, un *cártel* dirigido a prohibir la venta de unos productos determinados. Ese sería un caso de impedimento de la competencia.

Otras veces se trata sólo de restringir la competencia, cosa que significa que la actividad está permitida en su conjunto, pero que en algunas de sus modalidades particulares la competencia está limitada. Es el caso de los *cártels* sobre fijación de precios comunes, sobre limitación de precios, sobre limitación de áreas territoriales para asignar a cada empresa un sector determinado, sobre limitación de mercados; o el caso del reparto de productos en el sentido de que se conviene que unas empresas produzcan determinadas mercancías, y otras, mercancías distintas. Pero muchas veces ocurre que estos pactos no tienden a la fijación de precios más altos que los que se derivarían de la libre competencia, sino que suponen procedimientos indirectos que dan lugar, en definitiva, a una elevación de precios o a evitar el descenso de precios. Por ejemplo, los pactos que se propongan favorecer la escasez de ciertos productos o limitar un futuro aumento de la oferta de ciertos productos.

B) Pues bien: cuando concurren estas circunstancias, la ley formula el principio prohibitivo. Pero ¿qué es lo que prohíbe la ley? Prohíbe, en definitiva, un resultado; es decir, las prácticas restrictivas derivadas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas. Claro es que cabría objetar, desde un punto de vista puramente gramatical: ¿cómo es posible que las prácticas restrictivas deriven de una conducta conscientemente paralela, cuando la conducta es ya por sí sola una práctica? Una práctica no puede ser el resultado de otra práctica. Indudablemente, la ley aquí quiso referirse más directamente a las prácticas surgidas de convenios y decisiones, y declara nula la fuente

de esas prácticas. No puede declarar nulas las conductas conscientemente paralelas porque ellas no son un convenio. Declara nulos los convenios y los acuerdos y decisiones de todo género. Son nulos, como contrarios a la ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones y agrupaciones de aquellas que originen prácticas calificadas por la ley como prohibidas. Se declara, pues, nula la fuente y el origen de esas prácticas. El principio de la prohibición se enlaza así con el de la nulidad. Mas como esta nulidad se decreta sólo cuando el convenio o la decisión hayan causado la práctica restrictiva, la ley acoge, en consecuencia, un *criterio represivo*—es el resultado el que decide—, en oposición al *criterio preventivo* que inspira la mayoría de las legislaciones.

El principio prohibitivo está compensado, dentro de ese criterio ecléctico que llamábamos europeo, con la admisión o permisión de dos grupos de prácticas restrictivas: el grupo de las prácticas excluidas y el de las prácticas exceptuables.

C) El artículo 4.º se refiere a las primeras, a las *prácticas excluidas*, y hemos de reconocer que la sistemática de este artículo dista mucho de ser un acierto. Por ejemplo, en la ley alemana la técnica es muy clara. Consiste en fijar el ámbito de aplicación de la ley, es decir, aquellas materias a las que radicalmente la ley es ajena (arts. 98 y siguiente): las empresas públicas, la administración postal, los ferrocarriles, las empresas de transporte de mercancías y de personas, los bancos e instituciones de crédito, los acuerdos entre empresas de suministro de electricidad, gas y agua; la producción agrícola. Las prestaciones de estas empresas están reguladas por leyes y ordenanzas especiales. No tienen nada que ver con la ley de los *cárteles*; están fuera de la ley. Frente a esta técnica, que es muy clara, el artículo 4.º de la ley española contiene ciertas normas de exclusión de ciertas prácticas, unas que son claras y otras que son menos claras.

El apartado 1 se refiere al ejercicio de potestades administrativas y el 4 se refiere a la agricultura. Son, pues, dos ámbitos o sectores que quedan excluidos de la ley. Pero luego hay otros

dos apartados, el 2 y el 3, cuya interpretación, a mi juicio, es clara, pero que no tienen nada que ver con la hipótesis de prácticas excluidas, como ahora veremos. El apartado 1 dice que las prohibiciones contenidas en el artículo 1.º no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal. A mí me parece que esta expresión es un tanto enigmática. ¿Qué quiere decir «ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal»? Parece que se alude aquí al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración que tengan su origen en una ley, pero que no se regulen por la misma ley. Mas ¿se refiere también a los monopolios legales o fiscales? Parece que no, porque se trata de excluir algo de las disposiciones contenidas en el artículo 1.º, y en ese artículo sólo se habla de prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas, no de prácticas surgidas de posiciones dominantes del mercado, como es el caso de los monopolios. Es decir, parece—en una interpretación que yo someto a ustedes, pero de cuya exactitud tampoco estoy seguro—que se trata de prever aquí, por ejemplo, el caso de las concesiones municipales o provinciales, como sería la concesión municipal de una línea de autobuses, que, naturalmente, puede significar una restricción a la competencia de las previstas en el artículo 1.º Confirma esta interpretación el hecho de que en los párrafos 2 y 3, sobre todo en el 2, se habla de concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas por corporaciones o autoridades locales. Pues bien: esta exclusión se aclara después, en los párrafos siguientes, de una manera un tanto original. El párrafo 2 dice que, sin perjuicio de lo dispuesto en apartado anterior, el Tribunal de Defensa de la Competencia o el ministro de Comercio podrán proponer, y el Gobierno en todo caso decidir, la supresión o la modificación de las situaciones de restricción de competencia que existan en el abastecimiento de las poblaciones como consecuencia de concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas. Vean ustedes que aquí no se trata de excluir de la prohibición, sino, al contrario, de decidir la supresión o modificación

de las situaciones de restricción de la competencia que existan en materia de abastecimiento de las poblaciones. A mí me parece perfectamente acertada esta disposición, que nos permite abrigar la esperanza de que el Gobierno, haciendo uso de esta facultad, se decidirá algún día a suprimir esa situación de falta de competencia de que adolece, por ejemplo, el mercado de frutos y de hortalizas en las grandes capitales y que tolera la existencia de unos márgenes escandalosos entre los precios que se pagan al agricultor y los precios que se cobran al público.

El apartado 3, siguiendo esta línea de recelo frente al ejercicio de potestades administrativas que implique una restricción de la competencia, nos dice que en lo sucesivo las nuevas situaciones de restricción de la competencia sólo podrán establecerse por medio de ley aprobada en las Cortes. Es una garantía que tienen los consumidores de que en lo sucesivo no se podrán establecer nuevas restricciones a la competencia por vía del ejercicio de potestades administrativas, sino que será necesario una ley aprobada en las Cortes.

Por último, el apartado final de este artículo se refiere a la agricultura. No se aplicarán los preceptos de esta ley a los acuerdos, decisiones y prácticas de empresarios agrícolas en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieran a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, etc. Es la ya tradicional excepción del sector agrícola, que vemos recogida en casi todas las leyes de esta naturaleza; por ejemplo, en el Tratado de Roma y la ley alemana de 1957. ¿Por qué razón? Por razón de la duración del ciclo productivo en la agricultura, la exposición a grandes riesgos meteorológicos, las limitaciones a las posibilidades de expansión o de cambio de la producción, etc. Por todos estos motivos, la agricultura está sometida a unas leyes económicas especiales distintas de las que rigen otros sectores. Nótese, sin embargo, que la ley establece la limitación de que los acuerdos o prácticas nunca han de llevar aparejada o aneja la obligación de aplicar

precios determinados. Se huye siempre de los precios concertados en perjuicio del consumidor.

D) Con esto pasamos al otro grupo: el de las prácticas exceptuables (art. 5.º). Mientras que las prácticas exceptuables se permiten por declaración general de la ley, sin consideración alguna al caso particular, estas otras tienen más bien un carácter de dispensa en atención al beneficio concreto que reportan y a que ese beneficio es mayor que el perjuicio que puedan suponer. Viene aquí a cuento la distinción francesa entre las *mauvaises* y las *bonnes ententes*. Efectivamente, cabe distinguir entre los buenos acuerdos o entendimientos (*ententes*) y los malos, y precisamente estas prácticas exceptuables vienen a salvar de los preceptos de la ley a los acuerdos y decisiones que deben ser dispensados en atención al beneficio concreto que reportan.

Aquí entra ya en juego el arbitrio del Tribunal de Defensa, arbitrio que no es total, porque está también limitado por la ley. Es necesario, para que una práctica quede exceptuada, que concurren estos requisitos: 1.º, que el acuerdo o las decisiones contribuyan a mejorar la producción, la distribución o el progreso técnico-económico; 2.º, que los consumidores obtengan parte adecuada en los beneficios resultantes de las prácticas; 3.º, que las prácticas restrictivas sean las indispensables para esta finalidad, y, por último, que se dé audiencia a los que justifiquen un interés legítimo, y en todo caso al organismo sindical.

Y siguiendo el sistema de formular una declaración general para luego descender a una lista de casos que no tiene carácter taxativo, sino simplemente enunciativo, nos indica a continuación la ley cuáles son los casos concretos que el Tribunal podrá autorizar. El primero es el de los acuerdos y decisiones que se refieren a la aplicación de normas y tipos comunes de carácter técnico y comercial o de organización y cuyo propósito sea exclusivamente racionalizar los procesos económicos y elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas participantes.

Después habla la ley de acuerdos y decisiones que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando sea manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución

170 TEMAS DE DERECHO
de ésta o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico. Este es el caso de los que la doctrina alemana llama *cártels de crisis*, siendo la crisis no de coyuntura, sino de estructura. Cuando estamos en presencia de una crisis de esta naturaleza, se permite limitar el juego libre de la oferta y la demanda, forzando una adecuación entre ambos elementos, siempre que sea manifiesta la tendencia sostenida de una disminución de la demanda o cuando se perciba un exceso de producción que sea claramente antieconómico.

Después, en los apartados siguientes, se autorizan los acuerdos y decisiones que fortalezcan la postura de los exportadores o de los importadores españoles en el mercado internacional. Los *cártels* que limitan la competencia entre los exportadores se admiten siempre que no afecten perjudicialmente al mercado nacional y siempre que sean compatibles con los convenios internacionales. En el otro caso, el de los *cártels* de importadores, la ley exige que los acuerdos y decisiones se refieran a importaciones procedentes de mercados extranjeros donde no exista libre competencia y siempre que la restricción de la competencia de ellos derivada no perjudique al mercado nacional. Se refiere la ley, con entera razón, a aquellas importaciones procedentes de mercados extranjeros donde no exista la libre competencia, porque se trata de proteger al importador español contra los monopolios extranjeros de exportación bajo la forma de entes estatales. Ahora bien, si no hay ningún monopolio extranjero que proteja a sus exportadores, tampoco hay que proteger a los importadores españoles. Por el contrario, la libre competencia entre los exportadores extranjeros se traducirá en un beneficio para los consumidores nacionales que no debe ser impedido por ninguna especie de *cártel* de importación.

Por último, pueden exceptuarse los acuerdos y decisiones que produzcan una elevación importante del nivel social y económico de sectores deprimidos de la nación.

De cuanto acabo de decir se deduce que el éxito o el fracaso de este sistema que estoy exponiendo de la ley española depen-

derá, en definitiva, del procedimiento de autorización para estas prácticas exceptuables.

Aquí hay dos sistemas en presencia. El que hemos llamado antes sistema de control *a posteriori*, por ejemplo, el de Francia o el de los Estados Unidos, en el cual las empresas mismas juzgan si el acuerdo cae o no dentro de la prohibición, y, como son ellas las que libremente lo juzgan, corren con las consecuencias de poner o no en práctica el acuerdo que luego puede ser declarado ilícito. Las autoridades administrativas se limitan a vigilar que no se pongan en funcionamiento acuerdos prohibidos y cuando conocen esos acuerdos, sea por el Registro de las prácticas restrictivas o sea por la denuncia de un tercero, entonces declaran la nulidad del acuerdo e imponen la sanción. Por tanto, en este sistema los acuerdos no se juzgan por su letra, sino por sus efectos. Esto tiene ventajas. Tiene la ventaja de que las autoridades de *cártel* o las autoridades de la defensa de la competencia concentran sus esfuerzos solamente en las verdaderas restricciones perjudiciales a la competencia, ya que no entra en funcionamiento el sistema de autorización sino después de haberse puesto en práctica el acuerdo correspondiente y haberse demostrado si es o no nocivo.

Pero el sistema tiene también sus inconvenientes. En primer lugar, el inconveniente de que los interesados no saben si el acuerdo que han llevado a la práctica es o no legal hasta que no se produce la decisión de la autoridad administrativa. Mientras tanto, puede ocurrir que hayan realizado enormes gastos, que han de considerarse hechos a fondo perdido si más tarde la autoridad administrativa declara que el acuerdo es ilícito. En segundo lugar, mientras esa decisión de la autoridad administrativa no se produce, pueden subsistir en el mercado restricciones que sean indeseables y perjudiciales para el comercio.

Frente a este sistema está el sistema de control *a priori*, que es el que se sigue en Alemania y en el Tratado de Roma. En este sistema sólo se permiten las restricciones de la competencia cuando el acuerdo correspondiente es autorizado por la decisión de un órgano *ad hoc*. Este órgano tiene que examinar el acuerdo

antes de su puesta en práctica y decir si es o no lícito. Los inconvenientes saltan a la vista. En primer lugar, el enorme costo del sistema, porque todos los acuerdos dudosos han de pasar por el tamiz de la autoridad administrativa, desde el cártel concertado entre dos empresas poderosas hasta el convenio entre dos modestas tiendas de ultramarinos para repartirse la clientela del barrio o para fijar unos precios mínimos a sus mercancías. Todo tiene que pasar por ese tamiz, y luego, naturalmente, hay que vigilar la puesta en práctica del acuerdo, para saber si se respetan o no las condiciones de la autorización. Esto supone una avalancha colosal de solicitudes de autorización, con el consiguiente atasco del sistema. Ya se está observando así en el Mercado Común, cuyas autoridades están desbordadas por el examen de acuerdos, de prácticas y de decisiones; examen que, en definitiva, paraliza la vida de los negocios, dado que implica que toda puesta en práctica de un acuerdo sobre competencia quede en suspenso hasta que el Tribunal no decida sobre el particular, retraso éste que causa evidente perjuicio a la economía general.

El sistema español en este punto me parece que es bastante confuso, porque si sólo son nulos los acuerdos que originen las prácticas prohibidas, como dice el artículo 1.º, habrá que esperar su puesta en práctica para decretar la sanción. Esta parece ser la conclusión que lógicamente se desprende del artículo. Pero el artículo 5.º, en su apartado 5, y el artículo 21, en su apartado 6, dicen otra cosa, porque de ellos se deduce que sólo se pueden comenzar las prácticas exceptuables a partir de la publicación del acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia en el *Boletín Oficial*, y si se pone en práctica antes este hecho, puede ser sancionado con multa. Pero hallamos el polo opuesto en el artículo 25, en donde sólo se sanciona con multa la realización de prácticas exceptuables cuya inscripción no haya sido solicitada. Mas, por otro lado, si la inscripción ha sido solicitada, parece que esto debe servir para lavar todas las culpas. Así vemos que si de buena fe se solicitó la inscripción y el Tribunal de Defensa declara luego la actividad prohibida, intimando para que cesen esas prácticas o para que se abstengan de iniciarlas, no ha-

brá lugar a sanción, según el artículo 18, hasta que se notifique el acuerdo al interesado y, naturalmente, el acuerdo no se cump-la. De aquí el contradictorio sistema que se desprende de la confrontación de los artículos 1.º, 5.º, 18 y 21.

Con lo dicho se comprende la enorme trascendencia del criterio que se elija para la aplicación de este artículo 5.º, que se refiere a las prácticas exceptuables. Si han de examinarse, caso por caso, todos los posibles acuerdos y prácticas exceptuables; si ha de suspenderse la entrada en vigor de los convenios hasta que no se produzca la decisión del Tribunal, lógicamente, como decía yo antes, se va a producir una avalancha fenomenal y un atasco lamentable en la actividad del Tribunal de Defensa, y se va a producir, además, en muchos sectores económicos de la vida española, una lamentable paralización hasta que el Tribunal de Defensa, luchando con ese diluvio de peticiones, pueda ir declarando, caso por caso, cuál es su decisión.

Pero se me dirá—y con esto voy a terminar esta pesada disertación—que estoy hablando de una ley que se llama *antimonopolio*, y hasta ahora no he dicho ni una sola palabra de los monopolios. Lo curioso es que la ley tampoco lo dice; la ley nunca emplea la palabra «monopolio», y, sin embargo, en esas conclusiones de los congresos de trabajadores y de la Organización Sindical se estaba postulando insistentemente, apremiantemente, por la publicación de una ley antimonopolio. ¿Qué es lo que ha hecho el legislador? ¿Ha escamoteado el fantasma de los monopolios? ¿Por qué no se habla de los monopolios? De este tema, si ustedes me acompañan con su paciencia y con su benevolencia, he de ocuparme el próximo día.

III

La materia siguiente, aunque cae dentro del capítulo I de la ley, dudo mucho que constituya propiamente otra manifestación de las restricciones a la libre competencia. al nivel de las llamadas «prácticas colusorias», de las que hemos tratado antes. Ahora tratamos del abuso de posición dominante.

El concepto de práctica colusoria se integraba de dos elementos: en primer lugar, ha de tratarse de una actividad concertada en forma de convenio, en forma de decisión o en forma de las llamadas prácticas o conductas conscientemente paralelas; en segundo lugar, la finalidad ha de consistir en impedir, en falsear o en limitar la libre competencia. En cuanto estos dos elementos concurren, inmediatamente se aplica la regla por cuya virtud esas prácticas están absolutamente prohibidas. En esa zona de la ley relativa a las prácticas colusorias lo que se defiende en primera línea es la libre competencia, aunque indirectamente se defiende a los consumidores, ya que se entiende que éstos salen beneficiados por la libre competencia, según el principio clásico de la economía de que a mayor competencia, menor alza de los precios. Pero el tema que ahora vamos a tratar se plantea en un terreno diríamos próximo o colindante con este otro de las prácticas colusorias, pero completamente distinto; porque no se trata aquí de prohibir prácticas concertadas que paralicen el juego de la libre competencia. Al contrario, se parte de la base de que la competencia ha dejado de existir, en razón a que una o varias empresas han adquirido en el mercado una preponderancia de tal naturaleza, que les permite imponer a los demás concurrentes su propia ley, eliminando la competencia. En este caso, la ley no se preocupa del origen de esa situación de predominio, al contrario de lo que ocurre con las prácticas colusorias, donde la ley busca el origen—el convenio, la decisión—para declararlos nulos. Estima la ley que, a priori, la conquista de una posición dominante no es, per se, ilícita. No se preocupa tampoco de los medios empleados para conseguir esa posición dominante. Puede ocurrir muy bien que esos medios consistan, a su vez, en prácticas colusorias; pero esto no le interesa a la ley. Tampoco se preocupa ésta de la situación misma de dominio. Se preocupa únicamente del comportamiento de quien haya adquirido esa posición dominante. A esos empresarios que hayan adquirido una posición dominante en el mercado se les exige una conducta correcta. En cuanto esta conducta deja de ser correcta y se incurrir en el abuso, la ley interviene inmediatamente. Interviene;

pero ¿en favor de quién? No de la competencia, ciertamente, porque la competencia ha sido eliminada precisamente por virtud de esa situación preponderante de una o varias empresas en el mercado. Interviene a favor del consumidor, que es víctima de las imposiciones de esos empresarios en situación de predominio. Esto explica que mientras en el artículo 1.º—que se refiere a las prácticas colusorias—no aparece la figura del consumidor, en cambio, el artículo 2.º habla ya de «lesión de los intereses de los consumidores».

Pues bien: así como en el apartado II hemos intentado desentrañar el concepto de los convenios, de las decisiones, de las conductas conscientemente paralelas, y el concepto de impedir, falsear o limitar la competencia, ahora vamos a intentar esclarecer qué es lo que se entiende por posición dominante y qué debe entenderse por abuso de esa posición dominante.

A) ¿Cuál es el concepto de posición dominante? Aquí nos encontramos de nuevo con la dificultad a la que tantas veces he aludido ya: la dificultad de tener que trasladar al campo jurídico conceptos netamente económicos. Ahora hemos soltado las amarras de las leyes *antitrust* americanas y navegamos por nuestra propia cuenta en el mundo que nosotros mismos nos hemos creado. ¿Qué es esto de posición dominante? El concepto legal de posición dominante aparece en Europa por primera vez con la ley alemana de cártels del año 1923. Recuerden ustedes: esta ley se titula precisamente «ley contra los abusos de los poderes económicos». Después, siguiendo el ejemplo de la legislación alemana—que es, indudablemente, la clave de todas las legislaciones *antitrust* en Europa—, nos encontramos con otras leyes, las cuales han seguido diversos criterios. A veces un criterio puramente matemático, para definir la posición de dominio, como ocurre en Inglaterra y en Noruega (cuando la empresa alcanza un determinado nivel que le permite dominar o controlar un cierto porcentaje de mercado, el 33 o el 25 por 100, estamos en presencia de una posición dominante). Frente a este criterio matemático, rígido, que define la posición dominante, hallamos otros criterios más flexibles, sean criterios positivos, fundados

NO
NECESARIA MENTE

en la influencia preponderante que tenga una cierta empresa en el mercado; sean criterios *negativos*, fundados en la falta de competencia de esa empresa con otras empresas concurrentes.

Pues bien: la ley española se ha lanzado a la definición de la posición dominante en el artículo 2.º, párrafo 2: «A los efectos de esta ley, se entiende que una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo»; y que «dos o más empresas gozan de posición de dominio cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él». Se recogen aquí dos

casos: la posición dominante de una sola empresa y la posición dominante de dos o más empresas. En el primer caso puede ocurrir que la empresa sea única o que no sea la única en el mercado. Si la empresa dominante es única, entonces estaremos en el caso límite del monopolio: no hay competencia en absoluto.

En el segundo caso, es decir, cuando no es única la empresa dominante, se precisa que esa empresa no esté sometida a una competencia sustancial por otras empresas en el mercado. Si son

dos o más empresas las dominantes, se requiere que no haya una competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros. Esta expresión alternativa suscita dudas acerca de su acierto. Yo creo que la frase «cuando no exista competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros» ha debido de sustituirse por esta otra: «no existir competencia efectiva entre ellas y competencia sustancial por parte de terceros». Pues el solo hecho de que dos empresas no compitan entre sí no es bastante para entender que gozan de una posición dominante si esas empresas están expuestas a una competencia sustancial por parte de terceros. La redacción de la ley en este punto permite el contrasentido de calificar como empresas dominantes a dos pequeñas empresas (recordemos aquellas tiendas de ultramarinos de que hablábamos anteriormente) que no compiten entre sí, pero que están sometidas a una fuerte competencia por parte de otras.

Tampoco se entiende que para que una empresa se califique como dominante ha de ejercer su dominio en todo el territorio, en todo el mercado nacional, mientras que si se trata de dos o más empresas basta que el dominio se ejerza sobre una parte del mercado nacional.

Pues bien: la ley—eso es fundamental—no considera ilícitas estas posiciones de dominio, pero las considera, por lo menos, peligrosas, y en este concepto obliga a inscribir en el Registro de prácticas restrictivas todos los acuerdos de concentración de empresas cuando por consecuencia de esos acuerdos de uniones se llega a controlar el 30 por 100 o más del mercado nacional. ¿Por qué? ¿Por qué esta sospecha? Sencillamente por la razón elemental, de todos bien conocida, de que toda concentración de poder tiende al abuso, en el terreno económico, al permitir el ejercicio sin límites—sin el límite de la libre competencia—de una actividad que por su propia naturaleza tiende a la ganancia ilimitada. Esta tentación del lucro máximo es una tentación que suele tener escasos frenos...

Ante el hecho del dominio del mercado, las leyes han reaccionado de diversa manera. El criterio de máximo rigor es el criterio de la Ley Sherman: basta con que exista no ya un monopolio, sino la mera intención de monopolizar una rama o un sector de la industria o del comercio para que inmediatamente se provoque la sanción penal. La Ley Sherman es una ley—como vimos anteriormente—netamente penal. Es el criterio que llamaríamos *impeditivo de la formación de poderes dominantes*, el criterio prohibitivo o represivo.

Otro criterio puede ser el de desmontar o privar de poder dominante a las empresas poderosas en exceso, criterio que, paradójicamente, no inspira ninguna de las leyes llamadas antimonopolio, pero que puede inspirar otra gama de distintas medidas indirectas; por ejemplo, la empresa pública, las cooperativas, la política arancelaria, etc. Quizá el único ejemplo de esta legislación que tiende a desarticular los monopolios se encuentre en aquellas Ordenanzas dictadas durante la ocupación de los ejér-

citados aliados en Alemania, que sirvieron a la llamada «descartelización» de la industria alemana.

Y, por último, hay otro criterio—que es el seguido por la mayoría de las leyes, de hecho también por los tribunales americanos, y concretamente por nuestra ley—, que es el de la lucha contra el abuso de poder dominante.

B) Pues bien: cuando a duras penas creemos haber dominado—si se me permite la redundancia—el concepto de posición dominante, he aquí que nos encontramos de nuevo ante otro embrollo conceptual. ¿Qué es esto de «abuso de posición dominante»? Nudo de problemas resuelto también de diversas maneras por las diferentes leyes. Unas leyes atienden al interés de los consumidores y se fijan en la imposición de precios excesivos, de condiciones contractuales injustas que perjudican directamente a los consumidores. Es el caso de la ley alemana, de la ley danesa, de la ley noruega y de la ley francesa. Citemos nada más como ejemplo, en esta ley francesa, la negativa injustificada a vender, la imposición de condiciones de venta o el aumento de precios de carácter discriminatorio.

En otras leyes se atiende al interés público en general. Así en la ley belga, en la holandesa, en la inglesa, en la suiza. La holandesa, por ejemplo, interviene cuando existe una posición dominante en el mercado cuyas consecuencias son contrarias al interés general; la ley inglesa, cuando esas situaciones o todo o parte de sus actos son o amenazan en convertirse en contrarios al interés público.

C. Pues bien: la ley española nos ofrece una definición del abuso en el artículo 2.º, núm. 1, en el que se destaca un elemento nuevo: el elemento de la lesión de la economía nacional, de los consumidores o de los competidores.

He aquí un elemento nuevo, el de la lesión, frente al puro obrar que prohíbe la ley en las llamadas «prácticas colusorias» del artículo 1.º

Aquí se necesita algo más: se necesita una lesión y, además, que sea una lesión injustificada. «Asimismo—dice la ley—quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales

una o varias empresas explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado de manera *injustificadamente* lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores.» La lesión, por tanto, ha de ser injustificada. Pero ¿acaso puede haber lesiones justificadas?, se preguntarán ustedes. Yo creo que frente a la economía nacional, nunca; creo que toda lesión de la economía nacional, por su propia definición, tiene que ser injustificada.

Ahora bien: las lesiones a los competidores y las lesiones a los consumidores pueden ser justificadas o no justificadas. Cuando la posición de dominio se ha adquirido por una empresa por consecuencia de la dinámica propia del mercado (el vender más barato que otro, el fabricar mejor, el ser el productor único de una determinada mercancía) o se ha adquirido por causas legales (como es el caso de los monopolios fiscales), es claro que esa situación no va en perjuicio de los consumidores, los cuales verosímilmente van a obtener precios y calidades mejores.

(Claro es que esta conclusión acaso no pueda hacerse extensiva siempre al caso de los llamados monopolios fiscales.)

Pero si la empresa dominante, atenta sólo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas, privando a los competidores indirectamente de la posibilidad de vender (como sería el caso, por ejemplo, de una cláusula de exclusiva de compra a favor del vendedor que impidiese a los compradores comprar en otro lugar distinto), entonces surge el abuso de la posición dominante, abuso que se ejerce, como veíamos el primer día, precisamente a través de instrumentos jurídicos, concretamente a través del instrumento jurídico de la libertad de pactos, que permite a estas empresas incluir cláusulas lesivas para el otro contratante.

¿Cuáles pueden ser las formas de este abuso? A esta pregunta nos va a contestar el artículo 3.º de la ley. Siguiendo el sistema de la cláusula general, que luego va seguida de una enumeración de casos que no tiene carácter limitativo, sino puramente enunciativo, el artículo 3.º nos dice que quedan prohibidas las prác-

ticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en alguno de los supuestos que ahora vamos a ver.

Y hemos de ver metidos en un mismo cajón los ejemplos de «prácticas concertadas» (aquí aparece ya el término exacto de «prácticas concertadas», y no la desacertada expresión de «conductas conscientemente paralelas») y los abusos de posición dominante, en contra del criterio del Tratado de Roma, que en su artículo 85 enumera los casos típicos de prácticas concertadas y en el artículo 86 los casos típicos de abusos de posición dominante. Reconocemos que, en el fondo, es difícil distinguir un caso de otro. Las mismas hipótesis, los mismos hechos en el tráfico contractual pueden ser consecuencia de una práctica concertada o consecuencia de una práctica dominante. Sin embargo, hay matices jurídicos que el Tratado de Roma se ha preocupado de subrayar acertadamente y que, aunque la ley española no distinga, nosotros nos veremos obligados a distinguir.

✓ ¿Con qué criterio podemos distinguir los casos de abusos de dominio de los casos de práctica colusoria? Por el carácter unilateral o bilateral de la conducta. Cuando la conducta es bilateral estamos ante una práctica colusoria. Y también por la presencia o la ausencia de la lesión a la economía nacional, de los competidores o de los consumidores. La práctica abusiva exige siempre—como veíamos antes—la presencia del daño, mientras que la práctica concertada no supone la lesión de nadie: basta el haber atentado a la competencia para que intervenga la ley.

Si analizamos uno por uno todos los casos que enuncia el artículo 3.º desde la letra a) a la letra f), observaremos que quizá lo primero que haya que hacer es descartar la letra d), que habla de desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores. He aquí un precepto que, excediendo el ámbito de las restricciones de la competencia, invade el terreno propio de otras leyes, las leyes sobre competencia desleal, confundiendo la eliminación de competencia por *acuerdo* de los competidores con la eliminación de la competencia por *desacuerdo* de los competidores (toda com-

petencia desleal implica una lucha, una lucha desleal, pero al fin y al cabo una lucha). En suma, este apartado d) no es propio de la ley que nos ocupa. Vamos, por tanto, a detener brevemente nuestra atención en los apartados restantes.

El apartado a) dice: «Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras *condiciones de transacción*». Aquí se ha copiado al pie de la letra esta expresión de la ley francesa. En español diríamos mejor «condiciones contractuales». Pues bien: esta fijación de precios y de condiciones contractuales puede tener, evidentemente, esos dos orígenes: o los convenios colusorios o una posición dominante en el mercado. Pero (y esto era lo que yo quería recalcar cuando aludí antes al Tratado de Roma) el tratamiento jurídico no puede ser el mismo. Por ello, el Tratado de Roma, mientras en el artículo 85—al referirse a los ejemplos de prácticas concertadas—habla de *fijar precios*, en el artículo 86, que se refiere a los abusos de posición dominante, no dice *fijar precios*, sino que dice *imponer precios*. Y además imponerlos en forma no equitativa. Y, en efecto, el tratamiento jurídico no puede ser el mismo, pues así como en el primer caso—el de la fijación de precios o de otras condiciones por consecuencia de una práctica concertada—ello significa siempre un atentado a la libre competencia, en el segundo caso, el hecho de fijar precios u otras condiciones no tiene nada de extraordinario, porque precisamente la situación dominante en el mercado se traduce lógicamente en la facultad de imponer condiciones y de imponer precios. Por eso, para que esta fijación de precios o de condiciones sea ilícita en las posiciones de dominio, se requiere en el Tratado de Roma que no sea equitativa. Entonces, sí; entonces no es que se persiga la simple fijación de condiciones contractuales que pueden ser buenas; es que se persigue el abuso de la posibilidad que tiene esa empresa dominante de imponer condiciones no equitativas. Es lamentable que la ley española no distinga uno de otro supuesto, a causa de haber englobado las posiciones dominantes y las prácticas colusorias. La diferencia entre ambas hipótesis consiste en que si se trata de precios impuestos, el hecho se produce en el ámbito de las *concen-*

tracciones verticales, o sea, en los vínculos entre empresas que se hallan dentro de un mismo proceso productivo, pero en grado o fase diversos (fabricantes y revendedores, mayoristas y detallistas, etc.), mientras que los vínculos entre empresas de la misma naturaleza son expresión de la tendencia moderna a transformar a los intermediarios en auxiliares, ligándolos a las directrices del empresario, sin atentar a su autonomía. En ambos casos—precios impuestos y precios fijados libremente por convenio—la práctica va en perjuicio del consumidor, quien no puede buscar precios más bajos en otro vendedor, sea porque tal vendedor no exista (por tratarse de una empresa dominante que los excluye), sea porque todos los vendedores están comprometidos a no vender por debajo del precio fijado. En ciertos ramos del comercio son normales y frecuentes las cláusulas de «precio de reventa impuesto». Tal ocurre en los artículos de lujo (especialmente de perfumería), en los que el prestigio entre el público distinguido muchas veces no va unido a la calidad, sino a lo elevado del precio. La ley alemana permite la fijación de precios de reventa en los artículos protegidos por una marca registrada.

Otras veces el precio de reventa impuesto tiende a evitar que los clientes vayan a buscar la misma mercancía en otro vendedor con la esperanza de conseguir un precio más bajo, cosa que implica no sólo la pérdida de la ocasión de venta de esa mercancía, sino el peligro también de que los clientes sean desviados por el competidor hacia otros artículos similares. Nada de esto ha atraído la atención de la ley española.

Yo no quisiera cansar a ustedes con demasiados ejemplos que pudieran recordarles esa sección de los periódicos que se llama «Sección financiera», pero ciertamente estos convenios o *cártels* de fijación de precios son abundantísimos. Lo curioso es que muchos de estos *cártels* internacionales han sido creados o consentidos por los mismos Estados con fines de su propia política económica.

En cuanto a los *cártels* de fijación de precios, podemos citar el de las empresas americanas productoras de cobre llamado

«Copper Exporters Incorporated»; el *cártel* del aluminio («Alliance Aluminium Company»); los antiguos *cártels* internacionales creados por Alemania y por Francia para la potasa, entre los que destaca el firmado en París el 29 de diciembre de 1926, por cuya virtud se repartió el mercado mundial de la potasa en la proporción del 70 por 100 para las minas alemanas y el 30 por 100 para las francesas, reservándose la exclusividad de ventas en sus respectivos mercados interiores (en Alemania se autorizó de nuevo en 1958 por el Gobierno federal la llamada «Comunidad de ventas de la potasa»); el *cártel* americano del acero fundado entre los productores de este metal por la «United States Steel Corporation», etc.

Sigamos nuestro recorrido por el artículo 3.º, b). «Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o las inversiones, en perjuicio de la economía nacional.» Aquí se incluyen los llamados «pactos sobre fijación de contingentes» (contingentes de fabricación o producción, contingentes de ventas al interior o a la exportación), los pactos sobre explotación de patentes y secretos de fabricación y los pactos sobre la utilización restringida de máquinas utilizables (limitación del número de máquinas utilizables), sobre limitación de capitales invertidos en las empresas (así la prohibición de abrir nuevas sucursales y filiales) y otra serie de pactos de esta naturaleza, de los cuales encontramos también ejemplos en el comercio internacional. A partir de 1939, existen en los Estados Unidos los convenios en materia de productos agrícolas, que regulan las cuotas de exportación, pero no la producción; el *cártel* internacional del caucho, concluido en 1934, entre los países asiáticos productores de tal mercancía, los cuales decidieron dividirse las exportaciones y fijaron los respectivos contingentes; el *cártel* de cobre, ya mencionado antes («Copper Exporters Incorporated»), que, de acuerdo con la legislación de los Estados Unidos, permitía sólo de los *cártels* de exportación, reguló en 1926 el comercio exterior del cobre, cuya producción, en cambio, dejaba libre; el *cártel* del ázoe, que establece contingentes de exportación; el *cártel* establecido en los Estados Unidos por Ley de 16 de febre-

ro de 1938 para regular la producción agrícola, en el sentido de considerar libres las cuotas de producción, limitando, en cambio, el contingente destinado al comercio.

El párrafo c) del artículo 3.º se refiere a los acuerdos sobre repartos de mercado o fuentes de aprovisionamiento («repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministro o las fuentes de aprovisionamiento»). Son pactos de división de zonas para la venta o para la adquisición de mercancías. Son pactos que no limitan la fase productiva, sino la fase comercial de las empresas. En definitiva, se trata de un reparto de la clientela, sean compradores, sean suministradores, para evitar la competencia entre los mismos empresarios concertados. De ellos también tenemos una serie de ejemplos. Generalmente los *cárteles* de precios son al mismo tiempo *cárteles* de distribución y de venta. Citemos de nuevo: el *cártel* del gas-oil, el *cártel* de la potasa, firmado en París en 1926, que estableció el reparto del mercado entre las minas alemanas y las minas francesas, antes indicado; el convenio norteamericano del café, de 28 de noviembre de 1940, que divide el mercado mundial en dos partes: de un lado, los Estados Unidos, y de otro, los restantes Estados.

El apartado e) del artículo 3.º trata de los llamados «pactos sobre trato discriminatorio»: «Aplicar en las relaciones comerciales con terceros contratantes condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdades en su situación competitiva.» En definitiva, consisten estos pactos en establecer condiciones diferentes, esto es, discriminatorias, para unas prestaciones que sean similares o equivalentes, cosa que engendra, como dice con acierto la ley, una desigualdad en los derechos contractuales. Y ya vimos el primer día que en la igualdad entre los competidores descansaba precisamente el concepto mismo de la libre competencia. Estos pactos discriminatorios pueden afectar a los precios. La desigualdad en los precios es ilícita cuando se refiere a compradores o vendedores que están en la misma posición. Puede traducirse en una baja de precios que favorezca transitoriamente al consumidor, hecha con el fin de arruinar a los competidores modestos para

luego elevar los precios y obtener grandes beneficios. Otros ejemplos de precios discriminatorios pueden ser las primas a las exportaciones (que se practican por los Estados que desean exportar sus productos a precios competitivos en el mercado internacional), los regalos a los compradores (para inducirles a comprar no en atención a precios y calidades, sino en consideración al regalo; aunque éste es más bien un medio de falsear la competencia, hipótesis incluida, por tanto, en la definición de prácticas restrictivas del art. 1.º), etc.

Mas el caso típico de abuso de posición dominante está recogido en el apartado f) del artículo 3.º: «Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias que por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos.» Se trata de pactos que suelen condicionar la venta de servicios o de mercancías producidas en régimen de monopolio (por ejemplo, si se trata de un producto patentado) a la compra de otras mercancías producidas en régimen de libre competencia. La fórmula del artículo 3.º es muy clara, mejor que la del artículo 3.º de la *Clayton Act* americana, que sólo apunta vagamente a esta hipótesis. Nuestra fórmula está inspirada directamente en el Tratado de Roma. Se trata de contratos, que yo no sé calificar en el idioma español, porque otra de las dificultades de mis escritos consiste en que a veces no encuentra uno las palabras exactas que traduzcan los conceptos extranjeros. Yo diría que se trata de contratos que *atan* o *enganchan* un producto que no es el que se quería al producto que se quería. Estoy traduciendo literalmente la expresión inglesa *tying contract* o la expresión alemana *Klopplungsvertrag*, que justamente expresan la idea de *enganchar* o *atar*. Esos contratos *atan* al propio contrato cosas o servicios que no deseaba el otro contratante, quien se somete a la imposición de la otra parte, para poder conseguir precisamente la mercancía o el servicio que a él le interesaba. El esquema de estos contratos es el siguiente: hay dos contratantes en una posición económica desigual, uno en posición de dominio, otro en posición inferior; hay dos posibles

objetos del contrato no ligados por un vínculo de accesoriedad (porque en este caso no habría contrato de ligamiento o de atadura), siendo uno de esos productos el que interesa al contratante no dominante, y ambos los que interesan al que está en posición dominante. En el contrato, en definitiva, se sobrepone la voluntad del contratante poderoso, y el resultado es que el contratante no poderoso se ve obligado a comprar dos cosas: la que quería y la que no quería.

De estos contratos atados a otro contrato se pueden citar muchos casos (en América encontraríamos muchísimos); por ejemplo, una empresa titular de una patente de una máquina automática para la distribución de la sal da el arrendamiento de esta máquina (mediante un contrato, que sería el *tying contract*) a otras empresas, pero a condición de que éstas se obliguen a adquirir de aquélla la sal necesaria para hacer funcionar la máquina. En este caso, la sal es el *tied product*, el producto atado. Otro caso: un fabricante distribuidor de productos derivados de la refinación del petróleo obliga a las estaciones de servicio a adquirir de él todo lo necesario para la estación misma (bombas, aceites, baterías, etc.). Otro caso: una compañía ferroviaria propietaria de vastas parcelas de terrenos agrícolas los cede en arrendamiento o los vende con la condición de que para el transporte de los frutos de la tierra y de los instrumentos para su cultivo los concesionarios se sirvan únicamente de los servicios de la compañía misma.

C) Hemos intentado ver (no sé si habré conseguido explicarlo claramente) en qué consiste la posición dominante, en qué consiste el abuso de esa posición y cuáles son los ejemplos típicos de esos abusos. Ahora es necesario que nos enfrentemos con los *monopolios*.

Claro que de los monopolios estamos hablando ya, porque no otra cosa son las empresas en absoluta posición dominante. Sin embargo, la ley española ha tenido buen cuidado de no hablar nunca de los monopolios. La palabra «monopolio» no aparece en la ley ni para condenarlo ni para justificarlo, y el propio ministro de Comercio, en su discurso a las Cortes, salió al paso

del calificativo corriente que se da a estas leyes: «leyes antimonopolio». «El hecho de ser monopolístico—decía el ministro—no cae bajo la ley. Sí caen, en cambio, los abusos de dominio de los monopolistas...» y «... ni acuerdos ni monopolios—añadía—son *per se* malos». (En este punto, yo me permitiría discrepar del Sr. ministro. Porque, efectivamente, los monopolios no son *per se* malos, pero los acuerdos colusorios siempre lo son, según se desprende de la propia definición del art. 1.º) El hecho es que la ley no es una ley antimonopolio, y me remito una vez más a la interpretación auténtica del propio Sr. ministro de Comercio. En tal sentido, yo creo que la ley ha tenido que defraudar a quienes desde el campo político reclamaban una ley antimonopolio. Recuerden ustedes lo que se pedía en el I Congreso Sindical: «Las posiciones monopolísticas están exigiendo una política *antitrust* sentada, *pero firme*... La ley ha tenido que defraudar también a otros elementos del Gobierno, ya que tampoco está en armonía con el propio Decreto-ley de Ordenación Económica del año 1959, en el cual se anunciaba que «el Gobierno propondría a las Cortes las oportunas disposiciones para prevenir y combatir las prácticas monopolísticas». Pues bien: las prácticas monopolísticas no aparecen condenadas en ningún pasaje de la ley; sólo se condenan los abusos de posición dominante. Incluso los economistas españoles, los que más se han distinguido en esta campaña bajo el banderín de la llamada lucha contra los monopolios, terminan por confesar su escepticismo frente a las leyes. «El objetivo que persiguen las leyes *antitrust* yanquis—dice el más combativo de ellos—, desarticular los monopolios, es alcanzable sólo en parte.» La animadversión hacia los monopolios es evidentemente un residuo medieval, el residuo de la reacción contra los privilegios arbitrariamente concedidos por los monarcas a las corporaciones y a los grandes negociantes (ejemplos de esos privilegios ofrecí en páginas precedentes y no he de repetirlos ahora). Pero los Estados modernos han cambiado de actitud frente al monopolio, porque no sólo utilizan los monopolios en beneficio propio (recordemos los monopolios fiscales), sino que se muestran indiferentes ante

los monopolios privados. Ya hemos comentado otro día ese estado de indiferencia del Poder público en los Estados modernos frente a los monopolios privados, con la sola excepción de los Estados Unidos, representada por la Ley Sherman de 1890, cuyo artículo 2.º castiga, sin más, a todo el que monopolice o *intente* monopolizar una rama de la industria o del comercio. Pero ustedes saben también—si han tenido la paciencia de seguirme—que esta postura de rigor de la ley americana, que no admitía excepción ninguna, se fue templando, primero dentro de los propios Tribunales americanos bajo la influencia de la llamada regla de la razón (*rule of reason*), y que al pasar a Europa la legislación americana *antitrust*, esa rígida posición antimonopolística fue reemplazada por una actitud mucho más ecléctica, mucho más comprensiva, mucho más condescendiente hacia los monopolios. ¿Por qué razón?

En primer lugar, creo que porque estamos convencidos de la ineficacia de las medidas antimonopolio. Antes leía yo la opinión escéptica de un economista español que se ha distinguido mucho en la lucha literaria contra los monopolios. Desmantelar los monopolios, desarticular los monopolios y volver a la competencia libérrima es ya una pura ilusión.

La segunda razón es la observación desapasionada y libre de prejuicios de la realidad económica. Los economistas, los mismos economistas que combaten los monopolios, han tenido que reconocer algunas ventajas de éstos. En la misma obra antes citada se reconocen las ventajas de una mayor economía en la producción en gran escala, la introducción de nuevos métodos de producción, la impulsión de los adelantos técnicos, la mayor estabilidad industrial, etc. Y en una obra muy importante en esta materia, en la obra de SCHUMPETER, publicada en Londres en 1950 con el título *Capitalismo, socialismo, democracia*, se puede leer el párrafo siguiente: «La facultad de explotar en forma abusiva una determinada demanda difícilmente puede subsistir durante un largo período de tiempo, a menos que se disponga de una concesión legal. Y si el monopolista raramente puede explotar

a sus anchas a los consumidores, ¿a qué viene entonces tanto hablar del monopolio?»

El resultado de todo este ambiente es que ya el monopolio no se considera malo *per se*, como se consideran malas *per se* las prácticas colusorias. Ya deja de ser verdad el *slogan* de que el monopolio es siempre malo y que la libre competencia es siempre buena. Hay monopolios que no son tan malos y no hay que recargar de tintas negras el fenómeno del monopolio. Lo cierto es que el legislador no se preocupa de este hecho del monopolio, sino que se preocupa únicamente de la conducta del monopolista. No se cuida del *poder*, sino del *abuso del poder*; de eso que llaman las leyes—y entre ellas la española—«el abuso de posición dominante». No se ataca el poder sencillamente porque el poder o la magnitud de una empresa puede ser—como ya vimos—el resultado normal de la dinámica del mercado. A estas ideas responde el artículo 2.º de la ley española, que ya hemos comentado. Entre las líneas de ese artículo 2.º se cobijan todos los monopolios: los legales, los privados, los propiamente dichos y los oligopolios.

El Estado moderno no sólo concede monopolios a las empresas privadas—y éste ha sido el origen histórico de aquellos irritantes privilegios que denunciábamos anteriormente—, sino que él mismo se ha concedido privilegios de compra o de venta a través de organismos autónomos, a través de empresas paraestatales, fijando los precios y las condiciones de venta de las mercancías y de los servicios. Recordemos en España, sin ir más lejos, el caso de la venta de trigo, que necesariamente har de realizar los agricultores españoles al Servicio Nacional de Trigo¹. Cuando la finalidad de estas concesiones de monopolio es obtener recursos para el Tesoro, se habla de «monopolios fiscales»; entre nosotros, el del tabaco, el del papel sellado y el de los petróleos.

Y nadie ha pensado que estos monopolios, a los que me estoy refiriendo, legales y fiscales, estén en contradicción con esta ley

¹ Llamado hoy Servicio Nacional de Productos Agrarios.

cuando no lo están los mismos monopolios privados. Lo que ocurre es que tanto los unos como los otros—y esto es muy importante subrayarlo e indica en la ley española un criterio altamente justo y equitativo—o—dicho con la terminología de la ley—todas las posiciones dominantes, *incluso las legales*, están sometidas al principio del abuso. Así lo dice claramente el apartado 3 del artículo 2.º: «La prohibición contenida en el apartado 1 de este artículo (la que habla de explotar la posición dominante de una manera injustificadamente lesiva) será también de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio en el mercado establecida por disposición legal.» De suerte que nadie puede abusar: ni los monopolistas privados ni, en teoría al menos, tampoco los monopolistas públicos. El principio del abuso en materia de posiciones dominantes o de monopolio no admite excepciones, ni legales ni facultativas.

La posición benévola de la ley frente a los monopolios se confirma por el criterio de la misma exposición de motivos respecto de las concentraciones de empresas, que es el camino que normalmente conduce al monopolio. «No se atenta—dice la exposición de motivos—contra la concentración económica, deseable por tantos conceptos en España, donde más del 90 por 100 de las empresas cuentan con cinco o menos empleados, debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción y distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas.» Para evitar que se produzcan abusos de situaciones de dominio por consecuencia de la concentración de empresas, la ley obliga a la inscripción de los acuerdos de concentración cuando por consecuencia de esa concentración se obtenga el control del 30 por 100 del mercado nacional. La ley, en esta materia de la concentración de empresas atiende simplemente al resultado y no a los medios, porque los medios de esa concentración de empresas pueden también caer bajo el imperio de la ley, no por el concepto de posición dominante, del que estamos hablando ahora, sino por el concepto de práctica concentrada contra la

libre competencia. Efectivamente, la concentración de empresas se sirve de diversos instrumentos jurídicos, según cuál sea el grado de concentración que se persiga: desde una simple comunidad de intereses o comunidad de ganancias (los llamados *pools*) hasta la fusión de dos sociedades, pasando por los más variados vínculos asociativos, con o sin formación de una persona jurídica nueva. Pues bien: entre esa infinita variedad de pactos que sirven al designio asociativo de las empresas puede haber algunos que limiten la libertad de competencia. (Por ejemplo, bajo la forma de prestaciones accesorias en una sociedad de responsabilidad limitada que se erija en central de una serie de sociedades asociadas.) De esto la ley no dice nada, y es lástima que no lo diga ella y que no haya dicho nada sobre el tema otra ley posterior. Me refiero a la llamada Ley de Asociaciones y de Uniones de Empresas de 28 de diciembre de 1963, a pesar de que uno de los objetivos que se señalan en esa ley como propios de las asociaciones de empresas es precisamente la promoción de las ventas.

IV

Y con esto llegamos, señores, a las conclusiones. La ley que hemos comentado hasta hoy, esa ley que calificué de último brote del árbol frondosísimo de la legislación *antitrust*, es, evidentemente, una ley que responde a una corriente universal, que tarde o temprano había de llegar a España. Si esto es así, hay que reconocer que los autores de la ley han tenido una indudable recta intención y han demostrado su mejor voluntad en superar las enormes dificultades nacidas de la falta de precedentes legales, de la falta de una experiencia judicial y, además, de la necesidad de transportar a la ley conceptos económicos que hasta hoy habían estado alejados del campo jurídico en España. La intención, desde luego, es irreprochable. Se ha querido, utilizando la experiencia de otros países, crear un estado de Derecho en España que haga posible la libre competencia; la libre competencia, entiéndase bien, hasta el límite que permite la tenden-