

1. Planteamiento¹

El diseño institucional de los órganos encargados de la defensa de la competencia supone un elemento relevante en los resultados del tipo de política pública que se desarrolla. Así, el mandato del Libro Blanco para la reforma de sistema español de defensa de la competencia hace incapié en los principios de eficacia, coherencia e independencia que habrán de conectarse con en el texto del nuevo anteproyecto de Ley de defensa de la competencia.

A pesar de ello, como indica el Global Competition Forum de la OCDE, *“dado que existen diferentes modelos potencialmente eficientes para implementar la política de defensa de la competencia, cada uno de ellos encajando mejor en una jurisdicción o economía, la aplicación práctica del modelo elegido, determina o contribuye a determinar en gran medida los parámetros de eficiencia, transparencia y seguridad jurídica. Muchos de estos aspectos no tienen una conexión directa con el diseño institucional sino con el estilo administrativo (enforcement style) de las instituciones de defensa de la competencia”*²

Estas páginas intentan presentar los elementos determinantes para reflexionar acerca de las opciones disponibles para el legislador en ese proceso de reforma así como acerca de las consecuencias de su adopción. Por tanto, nuestro objetivo no consiste en cerrar el debate sobre la cuestión sino trazar los puntos clave para el análisis y la discusión.

Se utiliza como base de trabajo el texto disponible del anteproyecto, con especial atención a los títulos II (esquema institucional) y III(Comisión Nacional de Competencia).

2. Elementos estáticos. Diseño institucional

2.1. Autoridad única (CNC)

Artículo 22. Composición de la Comisión Nacional de Competencia.

Los órganos de dirección de la Comisión Nacional de Competencia son:

*a) El **Presidente de la Comisión Nacional de Competencia**, que ostenta las funciones de dirección y representación de la Comisión y preside el Consejo.*

*b) El **Consejo de la Comisión Nacional de Competencia**, órgano colegiado de resolución formado por el Presidente de la Comisión Nacional de Competencia y cuatro Consejeros, uno de los cuales ostentara la vicepresidencia.*

*c) La **Dirección de Investigación**, que realiza las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de Competencia.*

¹Documento de trabajo. Versión draft para discusión. carlos.padros@uab.es

² OCDE Global Forum on Competition. “The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain” Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28.

Uno de los aspectos más visibles del proyecto es la sustitución de la estructura dual existente hasta la actualidad entre SDC y TDC por un único órgano: la **Comisión Nacional de Competencia**. Sin embargo, la necesidad de garantizar la separación entre la función instructora y la enjuiciadora de los expedientes se mantiene inalterada en el seno de la propia CNC. Así, la estructura interna de la CNC divide entre Consejo (antiguo TDC) y Dirección de Investigación (antiguo SDC).

Mientras que el Consejo es el órgano colegiado de resolución, la Dirección de investigación realiza las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación. La diferencia fundamental puede residir no tanto en la desaparición de la dualidad orgánica sino en el carácter más presidencialista del nuevo diseño institucional. En la actualidad, la separación entre SDC y TDC es casi-absoluta mientras que en el nuevo modelo, el nombramiento del Director de investigación debe contar con la opinión del Presidente CNC.

Para el nombramiento del Consejo debe oírse en la Comisión de economía del Congreso de los Diputados. Para el nombramiento del Director, no se exige ni requisito de profesionalidad ni reconocido prestigio ni se apoya en la cámara baja. Igualmente, las condiciones de cese del presidente y de los consejeros CNC difieren de las previstas para el Director.

La previsión, pues, es cierto mantenimiento de la dinámica actual puesto que la disociación entre función instructora y función enjuiciadora se arrastra al propio diseño institucional a través del mantenimiento de legitimidades diversas.

Esta unidad orgánica puede dotar de mayor coherencia al sistema de defensa de la competencia (principio de eficacia), pero no necesariamente supone un refuerzo de la independencia del conjunto.³

En otro orden de cosas, es cierto que la adopción del modelo presidencialista permite tener más influencia sobre la instrucción de los expedientes. Así una de las críticas comunes al sistema institucional vigente era el hecho de que la dependencia del SDC del Ministerio de Economía permitía regular el flujo de casos que examinaba el TDC. Si bien existe independencia en la resolución, existe menos independencia en la selección de casos. Ahora, el proyecto contempla entre las funciones del Presidente CNC el impulsar la actuación inspectora (art. 34.d); elaborar planes de actuación (art. 34.d); coordinar el Consejo con la Dirección (art. 34.e). También entre las funciones del Consejo destaca la posibilidad de éste de “interesar la instrucción de expedientes por la Dirección de Investigación” (art. 36.3), aspecto que existía ya en la Ley 16/1989 (art. 25.f)

De hecho, la exposición de motivos del proyecto detalla que el nuevo sistema *“consagra la unidad de actuación y coordinación de todos los servicios y órganos bajo la dirección del Presidente y, al mismo tiempo, la independencia en el ejercicio de las funciones de instrucción o propuesta y resolución por parte de la Dirección de Investigación y del Consejo de la Comisión”*.

Existe un notable grado de indefinición en las condiciones de funcionamiento entre Presidente y Director, así como del mandato de este último (unidad de actuación versus separación funcional).

En Derecho comparado parece prevalecer el modelo administrativo de institución única. Así, la misma UE constituye junto con Alemania, Italia o Portugal, ejemplos de ello. La adopción de un modelo de institución única parece reforzar la necesidad de su independencia puesto que desaparece el equilibrio de legitimidades que representa la dualidad orgánica entre SDC y TDC. Como indica el ex presidente TDC Solana, “a nivel internacional se observa recientemente una convergencia de la mayoría de sistemas de los Estados Miembros de la Unión Europea hacia un modelo de una sola institución administrativa encargada tanto de la

³ en palabras de mismo Libro Blanco, “no hay una relación directa entre el número de órganos y la independencia de sus decisiones” (§ 44)

instrucción como de la resolución de los expedientes sancionadores. Actualmente, Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia cuentan con un modelo institucional de defensa de la competencia de estas características. Dentro de los quince antiguos Estados Miembros sólo Bélgica, Francia y España permanecen con un modelo basado en dos instituciones”.⁴

Si se examina la cuestión de los proyectos de concentración, en la actualidad, resultará que de hecho puede hablarse ya de una cierta integración entre SDC y TDC. La inmensa mayoría de los proyectos de fusiones no accede al Tribunal, de manera que el Servicio funciona en realidad como instancia final. O bien se dilucidan las condiciones de competencia directamente en sede SDC o bien se abandona el proyecto. De esta manera, el rol del TDC en materia de fusiones es muy reducido y, estadísticamente, en la práctica funciona ya una especie de integración.⁵

Con la reforma, parece que la facultad resolutoria recae siempre en manos del Consejo por lo que el centro de la decisión se desplazará del SDC (director de investigación) al TDC (Consejo) (art. 59 y ss). Ello supondrá una mayor independencia en las decisiones que viene a sumarse a la reducción del papel del Consejo de Ministros en su capacidad de veto.

La doctrina ha destacado entre las virtudes del modelo dual su capacidad para brindar una mayor protección de los derechos de defensa de las partes en un procedimiento.⁶ Existe siempre la posibilidad de revisión en vía administrativa de los acuerdos adoptados a través del actual recurso contra los actos del SDC. Este derecho de defensa es especialmente importante cuando existe un alto grado de discrecionalidad técnica en el asunto y los operadores no conocen de antemano los criterios normativos. Dicho en otras palabras, la inexistencia de reglas claramente codificadas y la decisión casuista son elementos para considerar a favor del mantenimiento de una dualidad de instituciones. Según la OCDE, algunos de los derechos de defensa que no deben perjudicarse con la unificación orgánica son:

- el derecho de acceso a la agencia durante el procedimiento para poder conocer la calificación administrativa de los actos
- el derecho de audiencia en un procedimiento justo y previo a la decisión
- el derecho a recibir una notificación de la resolución debidamente motivada
- el derecho de recurso ante la jurisdicción ordinaria

Con ello se demostraría la conexión entre diseño institucional y entorno normativo. Así, la unificación orgánica que supone la CNC debería acompañarse de una mayor transparencia en los procedimientos y una mayor codificación de las *enforcement guidelines*. A título de ejemplo, el SDC publica las directrices para el cálculo de la cuota de mercado en los procedimientos de concentración, directrices que lamentablemente no siempre se respetan por parte del propio instructor.

⁴ SOLANA GONZÁLEZ, G. “Pasado, presente y futuro del modelo español de defensa de la competencia” Anuario de la Competencia 2003. ICO-Marcial Pons, Madrid, 2004 p. 50

⁵ SOLANA GONZÁLEZ, G. “Unas bases sólidas para acometer la reforma” Anuario de la Competencia 2004. ICO-Marcial Pons, Madrid, 2005, “las críticas a la falta de independencia del sistema se centran en dos cuestiones. La primera se deriva del art. 15 bis LDC que prevé que el Ministerio de Economía pueda aprobar una operación de concentración en un plazo de un mes sin solicitar el informe consultivo del Tribunal de Defensa de la Competencia. En estos supuestos, que son más del 90% de los casos, no existe intervención del órgano independiente del sistema. La segunda cuestión se refiere a que, de acuerdo con el art. 17 LDC, el Consejo de Ministros es el órgano competente para declarar la procedencia o improcedencia de las operaciones de concentración en aquellos casos en los que se haya solicitado informe consultivo al Tribunal. En estos casos sí existe intervención preceptiva del Tribunal pero sin efectos vinculantes”.

⁶ WILS, W.P. Principles of European Antitrust Enforcement. Hart Publishing, Londres, 2005. También SOLANA GONZÁLEZ, G. para quien “la Ley, al separar las fases de instrucción y resolución de los expedientes en organismos distintos y ubicar al Tribunal en una posición de órgano de revisión de las actuaciones del Servicio, ha sabido crear un balance institucional adecuado”. SOLANA GONZÁLEZ, G. “Unas bases sólidas para acometer la reforma” Anuario de la Competencia 2004. ICO-Marcial Pons, Madrid, 2005