

COMPETENCIA DESLEAL Y LIBRE COMPETENCIA: LA OPTICA DEL DERECHO PUBLICO

José Eugenio Soriano García
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad de Extremadura)
Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

I. UNA RELACION CONFLICTIVA: LOS ORIGENES

La ley 20 de julio de 1963, por la que se estableció en España la primera fórmula de defensa de la libre competencia, planteaba numerosos problemas, derivados muchos de ellos de su espurio nacimiento.

Es historia conocida que la legislación protectora de la competencia aparece en nuestro país como una “sugerencia” de las autoridades norteamericanas, las cuales tras la firma de los acuerdos iniciales sobre cooperación y defensa con el régimen político entonces vigente, incluyeron como cláusula secreta el establecimiento de un régimen de competencia (1953). Lo cual correspondía a la más pura línea de la cultura económica norteamericana que desde la ya centenaria “Sherman Act” y la “Clayton Act” de 1914, aplicando los principios de democracia económica, entendida como igualdad de oportunidades, venían exigiendo la implantación de reglas jurídicas antimonopolios, antiabusivas y de lealtad en el juego de los distintos operadores económicos.

Se entendía que la concurrencia o competencia entre los distintos empresarios tenía que tener una doble característica: ser libre y ser leal. Aún más, no se concebía que la libre competencia pudiera estar basada en un juego desleal, por lo que la matriz de la que parte toda esta cultura económica es la persecución de la “competencia ilícita”, lo que puede tener lugar tanto por razones de pura libertad de operar (fin), como de lealtad en el concurrir (medios).

No resulta difícil imaginar que en nuestro país estas ideas, tanto en su concepción global como particularizadamente, iban a tener una recepción llena de dificultades.

Me interesa destacar, siquiera brevemente, el contexto en que se movía, —y en parte se mueve todavía— nuestro sistema, desde esta perspectiva de la competencia, para lo cual no me parece inútil, aunque sí arriesgado, ofrecer mi visión particular del contexto en el que se ubica el sistema social en el que se pretendía implantar como nuevo injerto esta legislación “antitrust”. Pero voy a hacerlo con una visión dinámica, teniendo en cuenta el pasado y el presente, ya que es la mejor manera, a mi parecer, de demostrar que el importante camino recorrido apenas constituye el tramo inicial de una larga senda en la que todavía tenemos mucho trecho que andar.

II. EXCURSUS SOBRE "NOMENKLATURA Y SOCIEDAD ABIERTA". NOTAS SOBRE EL CASO DE ESPAÑA

1. *La actual falta de alternativas al sistema. Consecuencias*
2. *La jerarquía social tradicional y moderna*
3. *Derechos fundamentales y sociedad civil*

1. Una de las consecuencias del hundimiento espectacular de los países del Este de Europa es sin duda la caída de la ideología en que se sustentaban y que sostenía también las distintas alternativas al sistema imperante en los países occidentales. (Quizás sea al revés, pero tanto nos da en estos momentos).

Al menos de las opciones más radicales, pero que constituían al mismo tiempo el referente obligado y el núcleo de generación de un pensamiento alternativo, frente a la situación establecida desde la Segunda Guerra Mundial.

No es necesario teorizar pedantemente sobre el "fin de la historia", al modo de Fukuyama, para caer en la cuenta de que los grandes temas finiseculares y de la alborada del siglo que viene, tales como medio ambiente, alimentación de la humanidad, asilo económico, control demográfico, recursos energéticos etc., van a tener que resultar solucionados con unas claves ideológicas completamente distintas de las que han regido en este siglo que cae, y que en realidad se formularon desde el conocimiento, la historia, la teoría y la sociedad decimonónica. También desde su concepción económica, que sin embargo ha resultado, en algunos aspectos, más perdurable de lo que cabía sospechar, aun cuando sometida a importantes correcciones, entre otras, desde luego, las que atañen al derecho de la competencia.

Sucede en efecto que, a falta de otro instrumentario, esos problemas van a tener que resultar enfocados desde la óptica económica que, en línea de continuación directa con el liberalismo clásico, ha constituido el soporte básico del mundo occidental, apenas corregido por la formulación del llamado Estado Social y Democrático de Derecho.

No estamos desdeñando esta importante aportación. Antes bien, parece capital —al menos en el viejo Continente—, que ha encontrado en el Estado Social y Democrático (siempre *de Derecho*), una proyección bastante feliz y cuyos visibles logros constituyen un patrimonio al que resulta difícil renunciar puesto que ofrece al menos un "minimum" de solidaridad. Pero esta formulación, dicho en términos sencillos, constituye un correctivo apenas de fondo al esquema fundamental del capitalismo que permanece inmovido en su columna central.

Y es que, con el bagaje del que hoy disponemos, poco más se puede hacer.

De ahí que sea práctico e importante desarrollar algunos de sus componentes para conseguir una sociedad más madura y más abierta, en la seguridad de que, al menos, los más obvios y onerosos inconvenientes del "sistema" pueden ser en alguna medida corregidos y eventualmente neutralizados.

2. Una de las primeras consecuencias de la implantación del orden capitalista es la generación de una clara jerarquía social, cuyo fundamento no es otro que la posesión de los bienes, especialmente del dinero.

El paso de una economía patrimonialista de corte aristocrático y con raíces feudales a un régimen de libre cambio, implica (debería implicar), la desaparición de castas autopertuadas sin otro fundamento que su pura existencia. La posibilidad de que cualquier "tercero" económico, venido desde fuera, juegue por su cuenta y riesgo el papel de francotirador y de que además acierte, es uno de los méritos del sistema que, según se teoriza, juega así el papel de árbitro permitiendo que los me-

jores —los más eficaces— puedan promoverse económicamente y por ende socialmente también, con lo que se haría bueno el principio de igualdad de oportunidades, verdadera faz del principio de igualdad entre los hombres en su versión económica. Propiedad e igualdad sabiamente mezcladas así pues, y animando el motor del sistema el principio de libertad, verdadero “*Deus ex machina*” de toda la maquinaria, basado además en la racionalidad de la conducta humana.

Ahora bien, todo este modelo se funda en una serie de suposiciones, entre las que cabe recordar la neutralidad de los poderes económicos sin otorgar privilegios como sucedía con los viejos *octrois*, la honestidad de los distintos agentes que compitan, el carácter autolimitativo de tales sujetos económicos impidiendo el abuso de su posición dominante, en suma, dando oportunidad leal y eficaz a todos los miembros de cada colectividad para obtener el ascenso social vía poder económico conseguido con honradez.

De ahí la necesidad de establecer una serie de reglas jurídicas que regulen algunos aspectos del sistema económico, y *que hagan bueno el principio de igualdad dentro de la propia sociedad civil*.

3. Me interesa detenerme en este último aspecto, con la brevedad que requiere el caso, que por lo que se refiere a nuestro país. España, es bastante novedoso.

En efecto, frente a un capitalismo agreste que acaba generando sociedades jerarquizadas de acuerdo con principios puramente aristocráticos, la exigencia de una sociedad más abierta exige una permanente renovación de la clase económica dirigente.

Conectemos esta idea con el principio de igualdad.

Frente a sociedades cerradas en la que mecanismos de ascenso social se fundaban solamente en: a) la herencia; b) la corrupción; y c) la pura fortuna o azar, de manera que el propio trabajo y la eficiencia jugaban un papel muy marginal, en las sociedades abiertas, es precisamente la propia valía laboral y personal la que juega un papel fundamental, pasando los otros tres mecanismos de ascenso social a desempeñar un papel subordinado.

Ahora bien, en países como el nuestro, inspirados en una concepción de los derechos fundamentales de corte francés y que surgieron en el siglo XVIII como reacción frente al poder, resulta difícil, aún en el contexto de una sociedad democrática, hacer calar en el espíritu de gobernantes y ciudadanos una nueva concepción de ciertos derechos fundamentales que se dan en el seno de la sociedad misma y frente a miembros de la propia sociedad.

Pues bien, todo el sistema jurídico del derecho de la competencia, visto desde la perspectiva del derecho público, no consiste en otra cosa que en llevar los derechos fundamentales al propio seno de la sociedad civil y muy especialmente el principio y derecho de igualdad. No es cierto que los derechos fundamentales sean ya derechos solamente contra el poder. También pueden ser violados desde dentro de la propia sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen, entre otras, las reglas de la competencia.

No puede sorprender que cuando en el contexto de una economía liberalizada hagan su aparición estas reglas de competencia, su verdadera naturaleza sea la de normas de orden público económico. Su carácter es de freno, limitativo de posibles descontrolados y al mismo tiempo orientativo, indicando cuáles han de ser las conductas y pautas que han de regir el sistema de competencia económico entre los distintos agentes que concurren en el mercado.

Es desde esta perspectiva como se comprende que la existencia de una permanente presencia de la autoridad económica en el mercado no es en absoluto incompatible, sino más bien lo contrario, con las tendencias de autonomía de la sociedad civil y de autorregulación libre por parte de los agentes económicos. Cobra así

sentido la advertencia, tantas veces repetidas, de que la "desregularización" es en realidad una regulación de nuevo cuño. La vieja "intervención" administrativa en los distintos sectores, cede paso a ojos vista a otras formas de control, no por ello menos efectivas. La palabra del momento es la de "supervisión", que se traduce en realidad en una suerte de control remoto o mando a distancia en la que, vía transparencia e información, se ordena el juego económico de los distintos operadores garantizando que van a utilizar las reglas del juego sin romperlas ni malutilizarlas.

El ejemplo norteamericano es bien significativo al respecto.

Nadie negará que si existe un país con mayor tradición de creencia en el mercado como medio de satisfacción general y de definición de las políticas económicas, ese es Estados Unidos de América. Y sin embargo, también es el país en el que con mayor fuerza y energía hacen su aparición las reglas del juego limpio y de control de la competencia. La labor de las Agencias Federales, singularmente de la Federal Commission ya añeja; de la Securities and Exchange Commission, además del Departamento de Justicia, es bien significativa y constituye un ejemplo en el que todos deberíamos mirarnos. Recuérdese, para aviso de navegantes olvidadizos, que la violación de las normas sobre competencia y sobre valores, además de multa pueden llevar aparejada la pena de prisión, por considerarse su violación crimen federal.

III. LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

1. *¿Dos conceptos distintos y distantes? Posición personal*

Cuando un observador imparcial se acerca por primera vez a estudiar las reglas de competencia, recibe un primer impacto al comprobar que en la doctrina mercantilista de nuestro país se han dedicado notorias y abundantes páginas a distinguir con toda pulcritud entre las reglas de libre competencia y las reglas de competencia desleal. Hasta el extremo que allí donde el legislador, conscientemente, ha querido juntarlas, un sector notable de la doctrina ha reaccionado totalmente en contra, clamando por su separación total, tanto en sus aspectos materiales como en sus aspectos procesales. Y se propugna reiteradamente la superación, previa condena, de todo intento legislativo de utilizar dentro del campo de la libre concurrencia ningún elemento de competencia desleal.

Así se concluye que una cosa es la libre competencia y que otra muy distinta es la competencia desleal, de manera que podría haber un mercado libre, absolutamente libre, pero absolutamente desleal. Y naturalmente un mercado absolutamente leal pero nada libre. (Libertad entre operadores, que no nos estamos refiriendo aquí a la intervención administrativa). Se propugna así que órganos distintos, con medios distintos, procedimientos distintos, técnicas distintas y filosofías distintas entiendan respectivamente de la libertad y de la lealtad.

Correspondería a un órgano administrativo especializado, el Tribunal de Defensa de la Competencia, ser el adalid de la libertad, pero quedar ciego frente a toda deslealtad, sea cual sea su dimensión y consecuencias. Y correspondería a los Tribunales de Justicia entender de la lealtad del juego entre competidores.

Y ello pese a que con toda rotundidad la legislación se ha pronunciado de manera distinta a la así teorizada por tales autores.

Antes de entrar en el análisis de las normas, creo que es un deber de autor en este tema ser leal para con su lector desde el principio, por lo que para no incurrir en deslealtad descubriré desde ahora mi propia posición. Y mi postura es: a) que no resulta fácil distinguir en muchas ocasiones; b) que claramente hay supuestos en

los que la forma de impedir la libre competencia es precisamente la comisión de deslealtades; c) que hay claros supuestos de deslealtades que afectan al orden público económico y que por ende no son perseguibles por los tribunales ordinarios en un mero juego de "microderecho" entre particulares; d) que la postura que discutimos está lastrada por el hecho de que faltara tradicionalmente una legislación sobre competencia desleal y que además el Tribunal de Defensa de la Competencia en el régimen anterior era una jurisdicción especial, con lo que era la única que podría aplicar determinados artículos o determinadas normas, lo que ya no es cierto; e) y por último, que la tesis que combatimos lleva al final a negar la existencia de un ordenamiento jurídico único, sino que habría "agujeros negros" dentro del Ordenamiento Jurídico, lo que tiene consecuencias incalculables para la teoría de la interpretación de la norma.

2. *Algunos argumentos. Su discusión. Primeras conclusiones*

Partiendo de que una cosa es la libertad de concurrencia y otra distinta la lealtad, se ha venido a establecer una pretendida distinción por razón del interés directamente protegido. En el caso de la prohibición de prácticas restrictivas, esto es, cuando nos referimos a las normas para proteger la libertad, serían los consumidores los beneficiarios últimos de la libre concurrencia. La prohibición de competencia desleal protege directamente a los empresarios, garantizándoles que el que triunfe en el mercado lo será debido a su mejor eficiencia y capacidad.

Con toda sinceridad no creo posible aceptar esta distinción.

En ambos casos los destinatarios finales que se benefician de una y otra son tanto los concurrentes en el mercado como los consumidores finales.

Veámoslo.

Si se admite que mediante técnicas desleales, tales como la realización de actos de confusión, con el consiguiente riesgo por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación, o la realización de actos de denigración, engaño, imitación, etc., no se está protegiendo directamente el interés de los consumidores, hay que concluir que una de dos: o la propia ley de competencia desleal (ley 3-91) se ha equivocado de arriba abajo puesto que expresamente se apoya en la protección de los consumidores, o esta doctrina no se sostiene.

Y dígase lo mismo respecto de la otra proposición. La libertad concurrencial protege desde luego a los consumidores, pero sin duda alguna es una técnica puesta también al servicio de los demás competidores. Ya que por pura definición, quienes compiten han de hacerlo libremente; si no, no hay competencia, ni leal ni desleal. La eliminación de barreras no es solamente una técnica puesta al servicio del consumidor, que lo es desde luego, sino también de todos los demás competidores que resultan así directamente beneficiados de la propia existencia de un mercado otrora inexistente.

Con mayor o menor repercusión, todo acto de competencia desleal es un acto contra la libre competencia. No es admisible que exista una libertad basada en la deslealtad. Y resulta perfectamente imaginable que en la defensa de la libertad se examinen los supuestos de deslealtad y que se encomendara la custodia de las reglas jurídicas de protección de ambas cualidades de la competencia a un órgano único.

Obsérvese que he dicho con "mayor o menor repercusión". Si apuramos el argumento, se comprenderá con facilidad que es la fuerza de la repercusión sobre un mercado la que determina en nuestro actual sistema que se opte por llevar a uno u otro sistema de protección la persecución contra los actos desleales, de manera que si son insignificantes en su fuerza frente al conjunto de los operadores en el mercado,

no tenga sentido económico perseguirlos como actos contrarios a la libertad. Repito, siempre dentro de nuestro actual sistema.

Por el contrario, cuando con toda claridad el acto desleal es contrario al orden público, sin género de dudas ese acto es susceptible de ser perseguido por violación también de las reglas de la libre competencia. Hay actos desleales que pueden por su fuerza expansiva atentar contra todo un mercado. Y hay actos desleales que en mi opinión, sin duda pueden constituir el tipo mismo del daño concurrencial.

No es mi actual propósito describir todas las conductas en las que la comisión de un acto desleal es el medio mismo para atacar a la libertad competencial. Pero baste imaginar los supuestos de "Boycott", en la que bien de forma unilateral, bien mediante el concierto, se toma la decisión de eliminar cualquier intento de penetración en un mercado por parte de un tercero a través de la provocación de su asfixia económica. La eliminación de toda fuente de suministro o de aprovisionamiento tiene como finalidad atacar a la libertad en el mercado donde se pretendía operar por parte del "boycoteado". Piénsese también en la típica utilización de precios predatorios como mecanismos para arrasarse un mercado o para constituir una barrera.

Son sólo algunos ejemplos. La realidad puede mostrar algunos más.

Los medios desleales son en estos supuestos los instrumentos para atacar al fin último, que es la libertad de competencia.

Y el enjuiciamiento de estos supuestos ha de hacerse precisamente cuando se tienen en la mano todos los elementos de juicio, esto es, cuando puede contemplarse en su totalidad la verdadera naturaleza de la repercusión que la práctica desleal ha ocasionado. Y ese momento, sin duda, es el del análisis de la práctica anticompetitiva, que es cuando se puede calibrar con toda exactitud la dimensión del daño y el verdadero sentido de la utilización de un medio desleal para eliminar a un competidor.

Como puede verse, la reconstrucción de un concepto unitario de ilícito anticompetitivo presenta bastantes problemas, a cuya solución quedamos no obstante comprometidos desde nuestro trabajo en el Tribunal de Defensa de la Competencia español, en la seguridad de que los juristas venezolanos podrán transmitirnos su experiencia comparada con la nuestra para provecho de nuestros respectivos ciudadanos.