

principales modificaciones operadas en los últimos años en los instrumentos estatales utilizados para tal control, en particular durante la década de los '80, concretadas en una atenuación de los controles directos del volumen y de la composición del crédito mediante instrumentos administrativos, en la atribución a la Banca de Italia de un poder de determinar el costo del propio crédito y de gestionar autónomamente su propia reserva, en la atribución de un lugar creciente a operaciones de mercado abierto consistentes en la adquisición y en la venta de títulos, y finalmente en la liberalización monetaria, consistente en la eliminación de los límites a las transacciones financieras con el extranjero. Las últimas páginas del capítulo vienen dedicadas en consecuencia al sistema europeo de los bancos centrales y a la Unión Económica y Monetaria, como organismos supranacionales de control que progresivamente van adquiriendo más importancia.

El décimo y último capítulo de la obra que comentamos se dedica a la disciplina pública de las finanzas privadas, donde CASSESE comienza por señalar las tres partes tradicionales en que se divide el mercado financiero, que son el bancario, el de valores mobiliarios y el de seguros, correspondiendo a cada una de ellas un diverso tipo de operador y un diferente órgano de control. En las páginas siguientes acomete la exposición de los aspectos fundamentales de la normativa reguladora de cada uno de estos sectores y las modificaciones introducidas por el ordenamiento comunitario, comenzando por la disciplina del crédito —que acoge diversas actividades estrechamente conectadas, como la actividad de las empresas crediticias y de ahorro—, el mercado de valores mobiliarios y el de las empresas aseguradoras, finalizando con las que considera características comunes de los tres mercados.

Nos encontramos ante una obra fundamentalmente descriptiva, otorgadora de pocas concesiones a la teorización, en la que además de emprender un tratamiento minucioso de la regulación por el ordenamiento jurídico italiano de las materias que en la misma se incluyen, se exponen de una forma sistemática las interrelaciones entre aquél y el ordenamiento comunitario. Aun así hay que agradecer al profesor CASSESE las acertadas precisiones y reflexiones que, si bien escasas, hace sobre los diversos problemas que se vienen planteando en el momento de proceder a su aplicación práctica. En definitiva, la obra abarca de manera no prolija, aunque con exhaustividad, los principales ámbitos de actuación

estatal en el terreno económico, procediendo a un tratamiento general de la disciplina. La reseña bibliográfica que se acompaña, así como con el índice cronológico tanto de la legislación estatal italiana como de la normativa comunitaria que con gran intuición el profesor CASSESE ha incluido al final de la misma, nos van a permitir extender el conocimiento de los temas que aquí han sido tratados.

José Luis Blasco Díaz  
Universitat Jaume I

**CASES PALLARÉS, Lluís: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.**

El extenso libro de Lluís CASES, cuyo origen está en la tesis doctoral del autor, se estructura en cuatro partes —cada una de ellas susceptible de constituir una monografía— con un claro hilo conductor, a saber, el Derecho de la competencia en su vertiente jurídico-administrativa, en este caso respecto de cuatro ordenamientos jurídicos distintos.

Se trata, salvo error, de la primera monografía dedicada al vigente Derecho administrativo de la competencia español. En efecto, el Derecho de la competencia acostumbra en nuestras latitudes a ser objeto de estudio y análisis desde el prisma jurídico-mercantil, centrado en el estudio de determinadas conductas y prácticas llevadas a cabo por los operadores económicos (acuerdos sobre precios, reparto de mercados, limitación de la producción, abusos de posición dominante, etc.), mientras los aspectos jurídico-públicos y administrativos carecían, hasta la afortunada aparición de la obra objeto de comentario, de un estudio global. No debe olvidarse, como muestra de la transversalidad de los fenómenos jurídicos, que amplios sectores de lo que comúnmente se integra en el Derecho mercantil desde el punto de vista material —patentes, marcas, mercado de valores, incluso el Derecho societario, etc.— son administrativos desde el punto de vista «formal» o procedimental, en la medida que frecuentemente operan en el marco de un procedimiento administrativo que concluye con un acto de dicha naturaleza, cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. El creciente sesgo administrativo del Derecho mercantil tiene, de este modo, un claro ejemplo en el Derecho de la competencia.

Con todo, una monografía sobre Derecho de la competencia, en cualquiera de sus vertientes, no deja de ser en nuestro país una relativa novedad. En efecto, España ha sido, hasta fechas recientes y en gran medida, un Estado en donde la sobrerregulación, los monopolios, cárteles y las conductas anticompetitivas estaban, y están aún en ciertos sectores, al orden del día. La Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, devino casi en un paradigma de ley inoperante por la misma voluntad de los poderes públicos y no es hasta la entrada en la Comunidad Europea y la posterior aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (LDC), que esta temática adquiere relevancia real.

¿Cuál es la *ratio essendi* del Derecho de la competencia? Existe un consenso básico en la línea de que éste es absolutamente necesario para la existencia misma del mercado. El mercado es algo demasiado importante para ser dejado en las manos exclusivas de los operadores económicos. En realidad, es cosa sabida que la voluntad más o menos oculta de cualquier empresa es eliminar a sus competidoras para convertirse en monopolista. Por ello, la intervención de los poderes públicos en el sentido de garantizar la supervivencia del mercado, prohibiendo y persiguiendo determinadas conductas de los operadores económicos, es hoy una realidad imprescindible en las economías avanzadas. La defensa de la competencia se convierte con ello, como destaca CASES, en una función pública de obligado desarrollo por parte de los poderes públicos. No debemos sin embargo ignorar, como destaca oportunamente el autor a lo largo de la obra, que en sus orígenes americanos, el derecho *antitrust* es también un reflejo de la íntima vinculación de la libertad económica —entendiendo como tal la economía de mercado— con la libertad política. La afirmación del senador Sherman, inspirador de la ley americana, es altamente ilustrativa al respecto: «*si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir*».

Los modelos jurídico-administrativos de la competencia analizados son cuatro: Comunidad Europea, España, Estados Unidos y Alemania. La elección de los mismos no es casual. El origen de la normativa *antitrust* y de la existencia de una Administración especializada en implementarlo es claramente americana. En expresión harto ilustrativa de GARRIGUES recogida en el libro, «*los principios americanos de la legislación antitrust*

*penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania*». Tres de los citados sistemas se caracterizan por su estructura descentralizada, por cuanto la aplicación del Derecho *antitrust* corresponde a distintos niveles territoriales de poder.

En la Comunidad Europea, una muestra de lo que constituyen los fines de la misma —conseguir un mercado único y la plena integración económica— radica en el hecho que uno de los escasos ámbitos en que la Comisión ejecuta directamente el Derecho comunitario —que es una excepción a la regla general de ejecución del Derecho comunitario por los Estados miembros— es precisamente la política de la competencia. Y no podría ser de otra manera, ya que garantizar que la competencia en el mercado interior europeo no sea falseada sólo puede ser conseguido por un ente supraestatal, al menos cuando las conductas afecten el comercio entre Estados miembros, en definitiva, cuando tengan relevancia comunitaria y no meramente intraestatal. El Derecho *antitrust* es, en este sentido, uno de los ámbitos más comunitarizados, en la medida que la propia Comisión dispone de importantísimos poderes ejecutivos, de *enforcement*, pero sin que ello signifique exclusividad de la Administración comunitaria ni que sea óbice para la existencia de distintos Derechos *antitrust* estatales. La coexistencia de dos ordenamientos jurídicos y el juego Derecho comunitario-Derechos nacionales, es aquí muy importante, en la medida que en todos los Estados miembros existen regulaciones en la materia. Ello ha ocasionado no pocos problemas, en lo fundamental a propósito de la polémica entre las teorías de la «barrera única» y la «doble barrera», siendo esta última la que ha recibido, con importantes límites, el respaldo del Tribunal de Justicia (*as. Walt Wilhelm*), lo que posibilita la existencia de una doble sanción por una misma conducta.

El análisis se centra especialmente en la articulación competencial entre autoridades comunitarias y nacionales, así como la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de los órganos competentes, tanto comunitarios —la Comisión, que ocupa la posición central en la política de la competencia— como nacionales. Es decir, las autoridades nacionales, además de poderes normativos, disponen de facultades para aplicar los Derechos de la competencia interno y comunitario, ya sea a título principal (Administración) o incidental (tribunales).

Se aborda también la aplicación, por parte de la Comisión, del Derecho de la competencia en sus aspectos procedimentales, con exhaustivo análisis de sus poderes, así como de los derechos de defensa que asisten a las empresas. Es destacable la trascendencia de todo ello en el Derecho interno, con las positivas influencias que determinados aspectos del procedimiento administrativo comunitario han tenido o pueden tener en España, entre muchas razones por la gran influencia de la normativa en la LDC. A título de ejemplo, piénsese en la posición y los derechos del denunciante en el procedimiento comunitario de defensa de la competencia y los que ostenta normalmente en nuestro procedimiento administrativo común, o bien en la publicación —obligatoria o facultativa según los casos— de las decisiones de la Comisión, aun con contenido sancionador, que tiene su reflejo en la publicación de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

En lo que a España se refiere, el vigente sistema de defensa de la competencia está regulado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, y consagra como principal autoridad administrativa encargada de su aplicación al TDC, organismo creado por la Ley de 1963, que ya garantizaba, al menos en teoría, la independencia orgánica y funcional de aquél respecto del Ejecutivo. Por lo que respecta a la independencia del actual TDC, CASES, crítica diferentes aspectos de su estructura, que o bien minan su pretendida independencia, como los criterios de designación de sus miembros —de pura discrecionalidad gubernamental— o le restan operatividad. Respecto a esto último, algunas de las disfunciones del sistema español radican en la propia articulación del sistema, heredado en gran parte de la Ley de 1963, con el mantenimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, como órgano encargado de la instrucción de los expedientes, mientras el TDC tiene funciones de resolución y, en su caso, de propuesta. De igual modo, el importante papel que mantiene el Gobierno, mediante el control de concentraciones, por ejemplo, o la falta de competencias del TDC en el control de las ayudas públicas, constituyen lagunas importantes en el quehacer del Tribunal.

Uno de los aspectos analizados es el de la distribución territorial del poder en esta materia, y, para ser más exactos, en la ausencia de atribución de intervención alguna a las Comunidades Autónomas en la citada Ley, lo que motivó la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad,

pendientes aún de resolver por el Tribunal Constitucional después de más siete años desde la promulgación de la Ley. Las tachas de inconstitucionalidad por vulneración de las competencias autonómicas, fundamentalmente ejecutivas, alegadas por las Comunidades Autónomas recurrentes no estarían faltadas de razón, según el autor, y ello en base a los títulos competenciales estatutarios de comercio interior, sólo limitados normalmente por la competencia estatal en legislación —no ejecución— de defensa de la competencia. Puede decirse que la intervención de las Comunidades Autónomas se hace necesaria no ya por razón de mera legalidad constitucional, lo que debería bastar, sino para garantizar la eficacia misma de la aplicación del Derecho de la competencia. Así lo postula, además de CASES, el autor del prólogo y ex-presidente del TDC, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, quién desde su valiosa experiencia, reclama para aquéllas la instrucción de los expedientes en aquellos casos cuyos efectos se circunscriben al territorio autonómico.

Se estudian también el conjunto de actuaciones del TDC y del Servicio, las peculiaridades del procedimiento administrativo, así como las demás competencias del Tribunal, en materia de propuesta o elaboración de informes y estudios, que no pueden ser minimizados, dado el gran impacto que acostumbran a tener ante los sectores afectados y la propia opinión pública.

El sistema estadounidense de defensa de la competencia se caracteriza, y ello es el objeto de análisis del libro, por una superposición de ordenamientos jurídicos y de autoridades administrativas en la aplicación del Derecho de la competencia. Debe tenerse en cuenta que varios Estados disponían ya de un Derecho *antitrust* con rango constitucional con anterioridad a la *Sherman Act* de 1890, que inauguró la normativa federal en la materia en una línea, mantenida hasta el momento, de no eliminar en ningún caso las regulaciones estatales. El juego entre las normas federales y estatales está presidido por la cláusula de comercio —que opera a partir del test de afectación del comercio interestatal—, y la cláusula de supremacía, que permite al Derecho federal, mediante la técnica de la *preemption*, desplazar al Derecho estatal. El papel de los Estados en la aplicación del Derecho *antitrust*, ya sea el propio o el federal, es desde luego muy importante. Cabe mencionar al respecto a las facultades de los fiscales genera-

les estatales para perseguir las prácticas prohibidas, a través de distintas acciones procesales, entre las que destacan las *parens patriam actions*. El federalismo americano se articula a través de un conjunto de técnicas de coordinación y cooperación —entre la Federación y los Estados y estos últimos entre sí— que también se plasman en el Derecho *antitrust*, tanto de manera formal como informal.

Una de las cuestiones tratadas es la difícil sintonía y compatibilidad que puede producirse entre la normativa *antitrust* federal y las regulaciones estatales en un determinado ámbito, como el ejercicio de profesiones, los servicios públicos o cualquier otro sector económico. Las enormes posibilidades que tienen los Estados para «restringir» —desde el prisma de la normativa federal— la competencia mediante reglamentaciones y ordenaciones sectoriales han sido, por regla general, refrendadas por la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción de Estado (en especial, la sentencia *Parker v. Brown*). Ello, siempre que el Estado manifieste claramente que su opción reguladora y ordenadora tiene precisamente como objetivo desplazar la competencia y ejerza la debida supervisión sobre las conductas que ampara. Una de las principales razones de tal enfoque reside en los valores propios del federalismo, favorables a la experimentación y a la diversidad, y en este caso además en la circunstancia que la *Sherman Act* no pretende en principio restringir la capacidad reguladora de los Estados.

El sistema de defensa de la competencia vigente en Alemania, impuesto por los ocupantes norteamericanos, es un ejemplo más del federalismo de ejecución, que pivota sobre la Ley federal contra las limitaciones de la competencia de 1957 (GWB). Ésta encomienda su ejecución a distintas autoridades administrativas, federales (Ministro de Economía, *Bundeskartellamt* y *Monopolkommission*) y de los *Länder*, de tal manera que las prácticas restrictivas que afectan únicamente al comercio interno de cada *Land* quedan atribuidas a las Oficinas de Cárteles de cada uno de ellos, mientras el *Bundeskartellamt*, autoridad principal a la que se encomienda la aplicación del Derecho *antitrust*, asume el conocimiento de los casos que afectan a más de un *Land*. Es de destacar que mientras el *Bundeskartellamt* queda encuadrado organizativamente dentro de las denominadas administraciones independientes, no sucede lo mismo con

las oficinas de cárteles regionales, integradas plenamente en la estructura del Ministerio de Economía de cada *Land*, y ello debido a la voluntad de la GWB, que deja amplia libertad a los *Länder*, de no interferir en la potestad de autoorganización de estos últimos.

La distribución de competencias entre los niveles federal y subestatal se basa en una cláusula residual, según la cual los *Länder* serán competentes en todo aquello que no haya sido atribuido expresamente a autoridades federales. Aunque el margen competencial que ostentan los *Ländeskartellbehörden* sea limitado, su papel es creciente, en especial en la aplicación de normas de prohibición y de abuso de posición dominante, en donde su actividad tiene, por su propia naturaleza, un perfil menos político que en otros supuestos. El ejemplo alemán es ilustrativo de los sistemas con descentralización territorial del poder. Como ha destacado BURGBACHER, esto sucede en un país relativamente pequeño, con la ventaja que la descentralización permite la difusión social del Derecho de la competencia así como la lucha contra las tan frecuentemente locales prácticas restrictivas de la competencia. En definitiva, la posibilidad de actuación de las autoridades de los *Länder* se centra, excluyendo además los casos en que opera una atribución concreta en favor de la autoridad federal, en los supuestos con trascendencia local o regional, puesto que una conducta prohibida con incidencia en el mercado nacional o en más de un *Land* implica la atribución de la competencia al nivel federal. No puede minimizarse, al igual que en ejemplo norteamericano, el hecho que las competencias regionales dependen de un análisis caso por caso, de difícil concreción.

A la vista del vasto análisis de distintos modelos de defensa de la competencia, se imponen algunas reflexiones. Tres de los cuatro sistemas jurídico-administrativos de defensa de la competencia que se analizan en el libro se caracterizan por el reparto de competencias desde un punto de vista territorial entre diferentes niveles de poder. Tres modelos descentralizados y pluralistas, aunque ofrezcan distintas articulaciones al respecto. En ellos se plantean algunos problemas parecidos que conducen a veces a distintas soluciones. Debe destacarse, pues, la existencia de modelos con superposición de ordenamientos *antitrust* y/o autoridades administrativas encargadas de apli-

carlo, de suerte que en determinados países de la UE, como Alemania, existe un triple nivel en cuanto a la aplicación del Derecho de la competencia. En cualquier caso, el modelo americano y, más modestamente, el alemán, son ejemplares en

cuanto a la aplicación descentralizada intraestatal del Derecho de la competencia.

Maria Àngels Orriols Sallés  
Profesora Ayudante de  
Derecho Administrativo  
Universitat Autònoma de Barcelona