

La defensa de la competencia y la competencia desleal

M.^a CARMEN VIDAL

Profesora titular de Historia de la Farmacia y Legislación Farmacéutica. Facultad de Farmacia. Universidad de Valencia.



La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. En este artículo se analiza cómo se ha ido regulando progresivamente en España la defensa de la competencia y la competencia desleal, así como los aspectos más sobresalientes de las normativas promulgadas.

En la actualidad, la defensa de la competencia debe de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Asimismo, deber ser compatible con las restantes leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.

En el desarrollo de este trabajo pondremos de manifiesto las incumbencias del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y del Servicio de Defensa de la Compe-

tencia (SDC), órganos administrativos que pueden informar y someter al Gobierno propuestas para la modificación de leyes, evidenciándose la doble persecución que puede tener ciertas prácticas desleales.

Antecedentes

Regulación de las prácticas restrictivas de la competencia

Mediante la Ley 110/63 se regula las prácticas restrictivas de la competencia¹. Se prohíben las prácticas

surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Se prohíbe las prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, exploten su posición de dominio² en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificada lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores.

En particular, se prohíben prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en las prácticas anteriores consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta y otras condiciones de transacción; limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional; repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento; desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores; aplicar, en las relaciones comerciales con terceros contratantes, condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdades en su situación competitiva; 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.

Constitución y actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia

En la Ley 110/63 se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, adscrito, en lo administrativo, al Ministerio de Comercio. Lo integran un presidente, designado por el jefe del Estado, y 8 vocales, nombrados entre personas de prestigio nacional, y que pertenecen, en situación activa o pasiva, a la carrera judicial o fiscal o a cualquier otra del Estado con categoría de magistrado de término, jefe superior de Administración o equivalente, o abogado con 15 años de ejercicio profesional como mínimo.

Admitido a trámite el expediente, el Tribunal, si declara la existencia de prácticas prohibidas puede: dirigir una intimidación a los autores de las prácticas para que cesen en ellas; proponer, en su caso, al Consejo de Ministros la aplicación de la sanción correspondiente; pasar, en su caso, el tanto de culpa a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

Jurisdicción y régimen del Tribunal de Defensa de la Competencia

El Decreto de 4 de marzo de 1965 establece que el Tribunal de De-

fensa de la Competencia ejercerá su jurisdicción en todo el territorio español para asegurar la libre actividad del mercado, dentro del orden público económico exigido por el bien común.

Su jurisdicción se extiende a todas las situaciones que se contemplan en la Ley 110/63, de 20 de julio, siempre que produzcan efectos dentro del mercado nacional. Goza de plena y absoluta independencia en su función. Y a efectos exclusivamente administrativos continúa adscrito al Ministerio de Comercio.

Aquellos que se resistan a los requerimientos del Tribunal y les nieguen su auxilio y cooperación incurrirán en las responsabilidades de todo orden a que hubiere lugar

Los tribunales, organismos, corporaciones, autoridades, funcionarios y particulares contestarán diligentemente a los requerimientos del Tribunal, poniendo en su conocimiento la información y los datos que posean relacionados con los asuntos sometidos por la Ley a la jurisdicción del mismo y le prestarán siempre su cooperación y auxilio. Aquellos que se resistan a los requerimientos del Tribunal y les nieguen su auxilio y cooperación incurrirán en las responsabilidades de todo orden a que hubiere lugar³.

Este reglamento sería desarrollado mediante Orden de 28 de septiembre de 1973, y ulteriormente parcialmente modificado en virtud del RD 2.574/1982 al tener en consideración lo preceptuado en la Constitución Española. De esta manera se determina, que la competencia del Tribunal, en cuanto a las declaraciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo. Las consecuencias civiles, penales o laborales que de ellas se deriven se determinarán,

en cada caso, por la jurisdicción correspondiente⁴.

Adhesión de España a las Comunidades Europeas

La firma del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas comporta, entre otros, un efecto directo sobre las actividades administrativas del sector público y presupone la adopción de una serie de medidas para adecuar la estructura orgánica de la Administración Pública y el ordenamiento jurídico español al comunitario.

Por ello, con el RD 1.936/1985 se actualiza el Estatuto de los vocales del TDC disponiéndose que sean nombrados mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda entre personas de prestigio y reconocida competencia en las materias que son objeto de su actividad⁵.

Situación actual

Ley de Defensa de la Competencia (LDC)

El interés jurídico tutelado, en palabras de la exposición de motivos de la LDC, es el de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público siempre que, como expresa el artículo primero de aquella, pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. El objeto por tanto de protección es el mercado nacional.

La importancia del interés tutelado motiva que para defender el correcto funcionamiento del mercado nacional se establezcan prohibiciones que conduzcan a la nulidad radical de los actos que las vulneren, interviniendo directamente la Administración en su vigilancia y control mediante dos organismos administrativos: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia que, a su vez, autorizan, intimidan, multan y coaccionan al transgresor hasta que cesa en su conducta⁶.

Contenido

Como bien comentó Ayanz⁷, la Ley 16/1989, de Defensa de la Compe-

tencia da cobertura legal al TDC. Se inspira en las normas comunitarias de política de competencia, que han desempeñado un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común. Por otra parte, nace con el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963, que ahora se deroga.

La Ley 16/1989⁸, reformada por Ley 52/1999⁹ se encuentra dividida en tres títulos. Bajo el título primero, se regula en el capítulo primero («De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas») un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional. Se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.

Específicamente se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y en particular, las que consistan en:

- La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

- La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

- El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

En el capítulo segundo («De las concentraciones económicas») se establece un régimen de control de aquellas que, por su importancia y

efectos, pudiera alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público. Y en el capítulo tercero, «De las ayudas públicas», se instituye un sistema que permitirá analizar éstas con criterios de competencia y, en su caso, prevenir sus efectos indeseables desde la perspectiva de los intereses generales.

El título segundo, bajo el epígrafe «De los órganos de Defensa de la Competencia», regula, por un lado, el Tribunal de Defensa de la Competencia, y por otro, el Servicio de Defensa de la Competencia.

—————
**Como órgano
 administrativo encargado
 de resolver los
 expedientes instruidos
 por el Servicio de
 Defensa de la
 Competencia, el TDC
 dicta resoluciones que
 agotan la vía
 administrativa**
 —————

Tribunal de Defensa de la Competencia en la LDC

Respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia, no es exactamente un «tribunal», sino un órgano administrativo «adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia».

No deja de sorprender su composición, ya que estará integrado por un presidente y por 8 vocales, nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda. Serán elegidos «entre juristas, economistas y otros profesionales de prestigio con más de 15 años de ejercicio profesional». La Ley 52/1999 (artículo 24.1) establece que el TDC se entenderá válidamente constituido con la asistencia del presidente o vicepresidente y 5 vocales.

Entre las competencias del Tribunal se encuentran las siguientes: resolver los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley; dictaminar los proyectos de apertura de grandes

establecimientos comerciales¹⁰; informar sobre las operaciones de concentración económica de dimensión comunitaria que sean remitidos por la Comisión Europea en aplicación de las normas comunitarias de control de concentraciones por la Comisión; interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia; realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes.

Además de estas competencias, también le compete: informar los anteproyectos de normas con rango de Ley que afecten a la competencia; dirigir informes a cualquier poder u órgano del Estado y estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de la Ley, conforme a los dictados de la experiencia en la aplicación del Derecho nacional y comunitario.

Como consecuencia de sus funciones consultivas, el TDC podrá emitir para el Gobierno, ministerios, cámaras legislativas, comunidades autónomas, etc., informes, que no tienen carácter vinculante. Asimismo, promoverá y realizará estudios y trabajos de investigación en materia de competencia.

Como órgano administrativo encargado de resolver los expedientes instruidos por el Servicio de Defensa de la Competencia, el TDC dicta resoluciones que agotan la vía administrativa. Contra ellas se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de la correspondiente jurisdicción. No es de extrañar que los informes, propuestas y resoluciones (en expedientes concretos) sean de influencia para el Gobierno ya que, como se ha dicho anteriormente, el TDC es un órgano administrativo integrado por miembros elegidos libremente por el Gobierno.

Toda persona natural o jurídica debe de colaborar con el TDC, y está obligada a proporcionar, a requerimiento de éste, y en un plazo de 10 días, toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de la Ley. El incumplimiento de la obligación establecida será motivo de sanción con multas coercitivas de 61,10 a 3.005,06 euros

por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de aportación en plazo de datos e informaciones.

Servicio de Defensa de la Competencia en la LDC

El capítulo segundo del título segundo de la LDC se dedica al Servicio de Defensa de la Competencia, que «estará integrado en el Ministerio competente por razón de la materia». Se les confiere diversas funciones, entre ellas: instruir los expedientes por conductas incluidas en la Ley; llevar el Registro de Defensa de la Competencia; las de estudio e investigación de los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos; las de cooperación, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales; informar los anteproyectos de normas que afecten a la competencia; llevar a cabo las funciones de colaboración entre la Administración Española y la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia; estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas de modificación de la LDC.

El título III de esta Ley, bajo el epígrafe «Del procedimiento», en su capítulo I («Del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas y autorizadas»), pormenoriza la iniciación e instrucción del expediente¹¹.

Desarrollo de la LDC

Desarrollo de las exenciones por categorías, autorización singular y defensa de la competencia

La LDC autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y ejecución, de forma que el Gobierno mediante reglamento, puede autorizar categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas; no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indis-

pensables para la consecución de aquellos objetivos; y no consientan que las empresas participen en la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

La Ley 16/1989, reformada mediante Ley 52/1999, recoge que mediante reglamentos, de exención, de cuya elaboración informará preceptivamente el TDC, el Gobierno podrá autorizar las categorías de acuerdos, decisiones, indicadas anteriormente, cuando:

- Participen únicamente dos empresas e impongan restricciones en la distribución y/o suministro de determinados productos para su venta o reventa, o en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial o intelectual.

La LDC autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y ejecución

- Tengan únicamente por objeto la elaboración y aplicación uniforme de normas o tipos, o la especialización en la fabricación de determinados productos, o la investigación y el desarrollo en común.

- Tengan por objeto o efecto aumentar la racionalidad y competitividad de las empresas.

De esta manera, el RD 157/1992 autoriza los acuerdos en que participan únicamente dos empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías, afecten únicamente al mercado nacional:

- Acuerdos de distribución exclusiva, en los que una parte se compromete con la otra a entregarla únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte determinada del mercado nacional.

- Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se compromete con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ellas¹².

- Acuerdos de licencia de patentes, y acuerdos mixtos de licencia de patentes y comunicación de know how¹³.

- Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles¹⁴.

- Acuerdos de franquicia.

Además, quedan autorizados los siguientes acuerdos:

- De especialización¹⁵.

- De investigación y desarrollo¹⁶.

El RD 157/1992 señala los requisitos y datos que deben contener los escritos de solicitud de los interesados cuyo conocimiento es necesario para poder resolver las peticiones formuladas.

Para todo ello se reglamenta el procedimiento de autorización singular y el Registro de Defensa de la Competencia, que tendrá por objeto la inscripción de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal haya autorizado y los que haya declarado prohibidos total o parcialmente.

Desarrollo sobre concentraciones económicas

La LDC establece que «todo proyecto de operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas por parte de otra persona, empresa o grupo de empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español (...) podrá ser remitido (...) al Tribunal de Defensa de la Competencia», cuando: se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado servicio; o cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20 millones de pesetas.

Asimismo, la LDC (artículo 15.2) indica «que se determinará, reglamentariamente, la forma y contenido de la modificación voluntaria de los proyectos y opera-

ciones de concentración de empresas o de toma de control».

El RD 1.080/1992 recoge el procedimiento a seguir por los órganos de Defensa de la Competencia para el control de las concentraciones económicas, tanto si el procedimiento se inicia de oficio como por notificación voluntaria, fijándose el formulario de notificación.

Ley de Competencia Desleal

En la Ley de Competencia Desleal (LCD), lo que se pretende es evitar que se utilicen medios considerados como desleales en el ámbito concurrencial. Lo que se protege son intereses concretos de los intervinientes en el mismo (competidores y consumidores) frente a actuaciones desleales pero que no llegan a afectar de modo sensible al mercado nacional o parte de él.

Por ser la importancia del bien tutelado ligera, el Estado se limita a establecer un marco normativo adecuado para que los perjudicados por las conductas desleales puedan, a su costa, impedir las o hacerlas cesar, sin intervenir en el proceso que se promueva —sin atisbo de derecho administrativo— ni siquiera mediante el Ministerio Fiscal.

Antecedentes

La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad competencial¹⁷. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Exigencia que se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado.

La competencia desleal ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador. Esta cir-

cunstancia, se remedió parcialmente por la aprobación de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas¹⁸, y 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad¹⁹, propiciándose la formación de una disciplina discontinua y fragmentaria que pronto quedó desprovista de fuerza.

La LCD crea un marco jurídico cierto y efectivo, capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial²⁰. Sigue un criterio marcadamente restrictivo, aclarando en el preámbulo que para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones siguientes: que el acto se «realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales» (es decir, que el acto tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»)²¹. No es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la LCD también resulta aplicable a otros sectores del mercado: agricultura, profesiones liberales, etc.), ni se exige tampoco que entre ellos medie una relación de competencia.

Es un acto de competencia desleal la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas

Contenido de la ley

Esta Ley recoge 28 artículos en 4 capítulos. El capítulo I, bajo el epígrafe «Disposiciones generales», se dedica a aclarar la finalidad y ámbitos de aplicación. El capítulo II, bajo el epígrafe «Actos de competencia desleal» cataloga los actos de competencia desleal con gran generosidad. El catálogo incluye, junto a las más tradiciona-

les prácticas de confusión (artículo 6 LCD), los supuestos de engaños (artículo 7 LCD), la venta con primas y obsequios (artículo 8 LCD), la denigración (artículo 9 LCD), la publicidad comparativa (artículo 10 LCD) y los actos de imitación (artículo 11 LCD), la explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD), la violación de secretos (artículo 13 LCD), la inducción a la infracción contractual (artículo 14 LCD), la violación de normas (artículo 15 LCD), el tratamiento discriminatorio del consumidor (artículo 16 LCD) y la venta a pérdida (artículo 17 LCD).

En el capítulo III, bajo el epígrafe «Acciones derivadas de la competencia desleal», se enuncia la posibilidad del ejercicio de una serie de acciones. El capítulo IV, bajo el epígrafe «Disposiciones procesales», lleva la tramitación de los procesos en materia de competencia desleal.

Actos de competencia desleal

Son considerados actos de competencia desleal los siguientes:

– Actos de confusión. Todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

– Actos de engaño. La utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza.

– Obsequios, primas. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal; la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se trate la prestación principal.

– Actos de denigración. La realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

– Actos de comparación. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se refiera a puntos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

– Actos de imitación. Salvo excepciones se considera desleal la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas.

– Explotación de la reputación ajena. Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

– Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente.

– Inducción a la infracción contractual. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

– Violación de normas. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes.

– Discriminación. Se reputará desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios, a no ser que medie causa justificada.

– Venta a pérdida. Salvo disposición contraria de las leyes o reglamentos, la fijación de precios es libre. Sin embargo, la venta realizada a bajo coste, se reputará desleal en los siguientes casos: cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno; cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

– Disposiciones procesales. Los procesos en materia de competencia

desleal se tramitarán en todo caso con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de menor cuantía.

Doble persecución de la deslealtad

El artículo 7 de la LDC indica que el TDC debe conocer «los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público». Ahora bien, la pregunta que nos hacemos es cuándo un acto de competencia desleal falsea de manera sensible la libre competencia.

En determinados supuestos, podrán coexistir dos procedimientos: uno judicial sobre la deslealtad del acto (independientemente del carácter abusivo o colusorio del mismo) y otro administrativo ante el TDC, que analizaría los parámetros antitrust, independientemente de que se hubiera producido mediante la deslealtad, que resultaría irrelevante para el Tribunal.

Informes del TDC

El informe del TDC dado en 1992 nace de un encargo del Gobierno con motivo del Plan de Convergencia, que pretende presentar la economía española ante la Unión Europea en un plano convergente con sus más avanzados Estados, dentro de las previsiones del Tratado de Maastricht²² ratificado por España el 7 de febrero de 1992^{23,24}.

Como consecuencia de este informe, el Ministerio de Economía y Hacienda redactó un Anteproyecto de Ley, entre cuyos puntos esenciales hay que destacar lo siguiente:

– Las profesiones colegiadas se ejercerán en régimen de libre competencia y con sujeción a la Ley de libre Competencia (1989), Competencia Desleal (1991) y General de Publicidad (1988).

– Eliminación de tarifas o aranceles.

– Se excluye la posibilidad de sancionar la competencia desleal

desde los propios colegios, limitando la competencia a la denuncia de los hechos.

– Basta estar inscrito en un colegio para poder ejercer en todo el territorio nacional, con la obligación de comunicar la actividad en el colegio del territorio en que se ejerza.

– Se introduce la libertad de la asociación para el ejercicio de la actividad profesional.

– Se elimina la posibilidad de encargarse el Colegio de cobrar los honorarios «con carácter general»; se mantiene cuando sea «a petición de los interesados»²⁵.

De esta manera, se inicia el debate, tan controvertido desde entonces, sobre la liberalización de las oficinas de farmacia y que tuvo una nueva intensificación a principios de 1995, suscitándose informaciones y debates en varios medios de comunicación en los que se vertieron distintas ideas, algunas equívocas. Parece ser que se inició con las afirmaciones del presidente del TDC, quien dijo, entre otras cosas, que uno de los «sectores comerciales pendientes de liberalizar en nuestro país son las farmacias». A estas declaraciones se unieron las de las asociaciones para la libre apertura de farmacias en España y las de los franquiciados de los locales de parafarmacia. A este respecto, la Administración puso de manifiesto que tenía otros objetivos prioritarios²⁶.

En un documento titulado «Consideraciones sobre la liberalización del sector farmacéutico» resalta que, si bien nadie va a discutir el principio del libre mercado ya que éste tiene aceptación universal, la cuestión es hasta qué punto la teoría tiene validez universal y es aplicable al sector farmacéutico.

La condición fundamental para que funcione un sistema de competencia es que se cumplan las reglas del mercado. Sin embargo, hay razones para pensar que las condiciones de libre mercado no se dan en el sector sanitario, en general, y en el farmacéutico, en particular. Desde este punto de vista, hay tres aspectos del mercado que merecen consideración: es un mer-

cado en régimen de monopsonio por la influencia de la Seguridad Social; el consumidor no tiene la información necesaria para elegir libremente, y la expansión del mercado no es esencialmente deseable²⁷.

En el X Congreso Nacional Farmacéutico se abordó esta cuestión en el marco de la regulación del sector de la oficina de farmacia. Invitado el subdirector general de informes del TDC, éste insistió en que la libre competencia aumenta la eficiencia y que es perfectamente compatible con cualquier interés social. «Sin embargo —añadió—, hay numerosos preceptos que impiden la libre competencia entre oficinas de farmacia.» Para concluir que «esta libre competencia perjudica inevitablemente a los farmacéuticos establecidos»²⁸. □

Bibliografía y notas

1. Ley 110/63, de 20 de julio (Jefatura del Estado, BO n.º 23). Represión de prácticas restrictivas de la Competencia. L.A. 21.539.
2. 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.
3. Decreto 538/65, de 4 de marzo (Ministerio de Comercio, BO n.º 15). Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia. LA 21.541.
4. RD 25.174/1982, de 24 de septiembre (BOE de 15 de octubre).
5. RD 1.936/1985, de 9 de octubre (BOE de 23 de octubre).
6. Otamendi JJ. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Pamplona: Aranzadi, 1994: 68.
7. Clarificar, clarificación. Acófar 1995; abril: 34.
8. Ley 16/1989 (BOE de 18 julio).
9. Ley 52/1999 (BOE de 29 diciembre).
10. Crevillen P. Elementos modificados por la Ley 52/1999 en materia de defensa de la competencia. Boletín de Legislación. 2000; 133: 1-4.
11. Concretamente, los decretos 538/1965; 422/1970; 3.564/1972; la Orden de 28 de septiembre de 1973; el RD Ley 18/1976; RD 2.574/1982 y 1936/1985. Cf. Ley 16/1989 de 17 de julio (BOE de 18 julio 1989).
12. Siempre que cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 1983/83 de la Comisión, de 22 junio.
13. Siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 2.349/84 de la Comisión, de 23 de julio.
14. Siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 4.087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre.
15. Siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre.
16. Siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre.
17. El artículo 38 de la Constitución Española dice: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»
18. Ley 32/1988, de 10 de noviembre (BOE de 12 noviembre 1988).
19. Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE de 15 noviembre 1988).
20. La competencia desleal ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador. Esta circunstancia se remedió parcialmente por la aprobación de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, y de la Ley 34/1988, de 11 de diciembre, General de Publicidad.
21. Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de esta Ley.
22. Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Tribunal de Defensa de la Competencia. Madrid: 1992; 94.
23. Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, autorizando la ratificación (BOE de 29 diciembre).
24. Instrumento de ratificación del Tratado de Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (BOE de 13 enero de 1994).
25. El Informe del TDC se aborda más detenidamente en: Vidal MC, López Guzmán J. El ocaso de los colegios profesionales (I). El Farmacéutico 1994; 142: 91100, y en: Vidal MC, López Guzmán J. El ocaso de los colegios profesionales (II). El Farmacéutico 1994; 143: 7176.
26. La farmacia en el punto de mira. Farmacéuticos 1995; febrero: 89.
27. Consideraciones sobre la liberalización del sector farmacéutico. Farmacéuticos 1995; marzo-abril: 3336.
28. La farmacia frente a la liberación. Informativo Farmacéutico 1995; junio: 10.