

CONSIDERACIONES EN TORNO DE UN ANTEPROYECTO DE LEY DE REGULACION DE LA CONCURRENCIA

I. EL ENCARGO

Cuando la Sección de Ordenación Social del Instituto de Estudios Políticos recibió del director el encargo de elaborar un anteproyecto de ley, dirigido a la eliminación de las situaciones jurídicas existentes en España propiciadoras de prácticas anticompetitivas y de realidades monopolísticas, cierta sorpresa se produjo en algunos de sus componentes. No se podía evitar una primera reflexión acerca de si correspondía, tanto misional como técnicamente, a un grupo de estudio y trabajo de clara vocación laboral y sociológica una materia de perfiles de tan acusada técnica económica, como es el intento de restablecer, siquiera sea paulatinamente y con muy señaladas y penetrantes limitaciones, un sistema de economía de mercado en una sociedad que se ha desarrollado y ha vivido varias décadas bajo clara influencia y evidente signo dirigista e intervencionista. Sin embargo, una más profunda meditación sobre la índole del encargo recibido hizo variar los criterios previos y condujo a la elaboración del anteproyecto que comentamos y que aparece como anexo al final de este trabajo.

Se advirtió que una nueva etapa económica está alboreando en el panorama español. Ahora bien, los perfiles característicos y definidores de las distintas etapas económicas no vienen dados, básicamente, en función de nuevas formas de organización económica, de nuevos y distintos sistemas económicos; lo que define y caracteriza, en fin de cuentas, a una etapa económica, es el trasfondo social que la sustenta, la forma de organización social que la impone, la estructura y el modo de hacer que tiene la sociedad que la vive.

No se trató de cumplir las instrucciones recibidas, sino que se subrayó la clara razón de las mismas y se advirtió que no fueron la casualidad ni la improvisación las que colocaron sobre la mesa de trabajo de la Sección de Ordenación Social el tema que, abreviando, podemos llamar *antitrust*. La clara

vigilancia social —y ello en el más amplio sentido de la palabra, pues a todos los estratos de la sociedad española afecta— de todo intento encaminado a atenuar prácticas monopolistas y la psicología económica dirigista justifican sobradamente el encargo. Se trata, sí, de un tema netamente económico; ciertamente, para abordarlo con toda garantía de adecuado manejo hace falta disponer de amplia dotación científica de técnica económica; sin duda, los resultados inmediatos de las normas que se adopten tendrán acento y perfil de pura economía política. Pero el impulso es social, porque la sociedad misma lanza el tema, que se nutre de las propias raíces del hombre español, que a todo el ámbito de nuestra comunidad de destino alcanza y que, según cuál sea el tratamiento legal que le conceda, bueno o malo, gravitará con todas sus consecuencias, para bien o para mal, en la nación que constituimos. Por ello, la Sección de Ordenación Social aceptó la responsabilidad de elaborar el anteproyecto que le fué encomendado, y lo hizo no con el orgullo de lograr obra perfecta, sino con la humildad de presentar un problema y de convocar para su solución a quienes están en condiciones de alcanzarla.

II. OPORTUNIDAD DEL ANTEPROYECTO

El Estado español tuvo que hacer acto de presencia en nuestro sistema económico a raíz de la terminación de la guerra civil y fué procedente y necesario que lo hiciera. Destrozada nuestra infraestructura económica, con ingentes pérdidas en nuestro equipo-capital y profunda desorganización de nuestro esfuerzo productivo, amén de una grave dislocación de nuestras fuerzas, tanto laborales como empresariales, no se podía pretender que la pura iniciativa privada —con la intensidad, energía y audacia que el momento requería— pusiera en práctica toda la serie de medidas, muchas veces poco acordes con sus propios intereses, que eran necesarias e indispensables, siempre urgentes, para reconstruir nuestra estructura productiva, manteniendo, al mismo tiempo, nuestra estabilidad social y un nivel de vida, siquiera fuera mínimo, del pueblo español.

Posteriormente, el semiaislamiento político, social y económico en que mantuvieron a nuestra patria los vencedores occidentales —que lo hubieran practicado los orientales hubiera sido lógico— de la segunda contienda mundial, arrastrados por un resentimiento sin causa profunda y desvanecidos por un complejo de superioridad que el decurso del tiempo ha demostrado cuán viciado era, como, en definitiva, ocurre con todos los complejos, hicieron que el Estado tuviera que continuar presente en todas las tareas de nuestro proceso de desarrollo, volcando en él sus posibilidades económicas, cuando no

coactivas, para evitar que se interrumpiera o se extraviara por senderos que, en definitiva, hubieran restringido grandes parcelas de la libertad profuanda del hombre que, a tan alto precio, se había rescatado en nuestra patria.

Por una y otra causa, el Estado tuvo que ser intervencionista, dirigista y planificador. Y, unas veces con acierto y otras con error, se fueron cubriendo las etapas hasta que en 1958-1959, cambiadas ya, tanto la coyuntura como la estimación, se está en condiciones de bajar la guardia, replanteando, desde su misma base, desde sus específicos principios y criterios orientadores, el tema del desarrollo económico español.

La oportunidad de que pueda pensarse en una legislación que estimule la economía de mercado y que, paralelamente y como ineludible secuela y condición — fin y principio—, empiece a limitar las prácticas anticompetitivas, con excesos frecuentes y, con frecuencia, de harto poder vinculante en el panorama económico-social español, viene dada no únicamente por su propia necesidad o, cuando menos, conveniencia nacional, sino también por la procedencia indudable de progresar en el camino emprendido en 1959 al formular y decidir nuestro plan de estabilización, etapa previa de nuestra reactivación y desarrollo económicos.

Entre los problemas básicos que en la actualidad tiene planteados el Estado español se encuentra precisamente, y en lugar bien destacado, el de contribuir con los medios a su alcance al proceso ya iniciado de reactivación a través de una progresiva liberalización de la actividad e iniciativas privadas, quebrando las estructuras anticompetitivas existentes y propendiendo a una economía de mercado, bien que con acusados acentos sociales. La adhesión de España a la Organización Europea de Cooperación Económica, al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional y, más recientemente, su petición de ingreso en el Mercado Común Europeo son actitudes que obligan a revisar la política económica del Estado español en los últimos veinticinco años, así como, secuela ineludible, a crear los cauces legales adecuados para que tal revisión pueda desarrollarse agilmente, orientándose de una manera acorde con las tendencias económicas de la organización europea en que nos hemos de desenvolver en el futuro inmediato.

Afirmar que cualquier comunidad nacional que desee incrementar su desarrollo económico tiene que fomentar la utilización de sus recursos naturales, propiciar el adecuado empleo de sus recursos humanos y favorecer la inversión de capitales es una verdad comúnmente aceptada como axiomática. En esas tres esferas se resumen y concretan los medios al alcance de la sociedad actual para lograr más altos índices de producción global de bienes y servicios; para aumentar, en definitiva, el nivel de vida de sus componentes individuales.

Puede intentarse llegar a alcanzar estos objetivos por distintos caminos, que, en síntesis, se mueven entre dos posiciones extremas: a través de fórmulas dirigistas y planificadoras, haciendo intervenir al Estado en el proceso económico, o a través del restablecimiento de la economía de mercado, alentando y propiciando el desarrollo de la iniciativa privada. Cada uno de estos caminos ha tenido y sigue teniendo sus defensoras y sus adversarios, si bien es preciso reconocer que el primero, que ha sido mundialmente practicado, está experimentando considerable retroceso en su estimación como consecuencia de los ataques teóricos del neoliberalismo económico y de los éxitos prácticos logrados en países que, en mayor o menor medida, o no lo utilizaron o lo han abandonado o están en trance de abandonarlo, como Suiza, Alemania Occidental y naciones agrupadas en el Mercado Común Europeo.

Las más recientes orientaciones de nuestra política económica y fiscal y los compromisos de índole internacional últimamente adquiridos sitúan a España en el segundo de los grupos aludidos y, en consecuencia, tendencialmente al menos, dentro del régimen de economía social de mercado. Procedo, pues, acentuar las bases legales que, abriendo paso a una situación económica competitiva, estimulen la iniciativa privada y permitan el desarrollo de la misma con el menor número de trabas posibles.

Ahora bien, estas trabas, ¿dónde aparecen o pueden presentarse? Salta a la vista que, esencialmente, en dos lugares:

- 1.º En la fronda burocrática existente en la actualidad en nuestro país.
- 2.º En las multitudes y frecuentes situaciones legales o de hecho, de signo exclusivista o monopolístico, que se presentan en nuestro panorama económico.

Quedan así señalados los dos objetivos primordiales del anteproyecto elaborado: desburocratización de la economía española y supresión de las situaciones anticompetitivas en las mismas existentes. Ni uno ni otro fáciles de alcanzar; uno y otro seguramente con capacidad intrínseca para gobernar en el oleaje de este primer intento, y ambos, desde luego, sólidamente atrincherados tras amplios y poderosos intereses creados. Pero principio necesitan las cosas de los hombres.

III. EL PROPÓSITO BUROCRÁTICO

El anteproyecto que nos ocupa va dirigido, en primer término, a moderar la actividad dirigista e intervencionista de la propia Administración Pública, restituyendo a la iniciativa privada sus facultades de selección y decisión respecto a la actividad económica a desarrollar. Su artículo primero, al sancio-

nar la libertad de instalación, apertura y funcionamiento de empresas privadas de todas clases y limitar la actividad administrativa a la comprobación del cumplimiento de las normas vigentes de seguridad e higiene, viene a constituir una declaración de la mayor importancia, que se orienta hacia dos vertientes o facetas distintas: positiva una, que afirma el principio de la libre empresa; negativa otra, frenando o reduciendo a sus adecuados límites la actividad interferente del funcionario público.

Con el abandono de las prácticas intervencionistas y dirigistas, que suponen la previa autorización administrativa para que pueda proceder a instalarse y a comenzar su funcionamiento una empresa, de cualquier índole que sea, se inicia la vuelta a una economía de mercado que ha sido escasamente aplicada durante los últimos decenios.

Al adoptarse semejante decisión se advierte una primera ventaja, consistente en que con ello se inicia también el replanteamiento de la esencia misma de la empresa dentro del sistema de economía social de mercado, en lo que tiene de previsión de futuro, en lo que tiene de riesgo y ventura, de intuición, de adivinación incluso, si así se quiere, de la diferencia existente entre el precio actual a pagar por el empresario para obtener los distintos factores que intervienen en la elaboración del producto y el precio futuro que los consumidores estarán dispuestos a pagar por el producto mismo. En el acierto o error con que el empresario logre predeterminar anticipadamente esa diferencia se halla implícito el éxito o el fracaso de la empresa. Esa valoración ha de ser hecha por la propia empresa, que, en definitiva, es quien se arriesga con arreglo a su propio criterio y a sus propios juicios de valor; no por un funcionario o un grupo de funcionarios que, por mucha que sea su preparación y competencia, por rectos y honrados que sean sus propósitos, por aguda que sea su penetración, lo más que pueden lograr es sustituir por sus propios criterios de valoración —ellos, que nada arriesgan como no sea una pequeña parcela de su prestigio personal— los criterios de valoración de la empresa que lo arriesga todo —ideal, trabajo y capital— en el negocio que se proyecta.

Una segunda ventaja de la supresión de la previa autorización administrativa para establecer una nueva empresa se encuentra en el inmediato olvido que se producirá en el ámbito de la economía española de la noción del Estado paternalista y benefactor —omnisciente y omnipresente—, que tanto ha contribuido a recortar las alas de esa misma economía. Carecerá de lógica la actitud que tantas veces se ha observado en nuestros empresarios cuando las cosas les van mal; no habrá razón para que se repita el espectáculo de empresarios recorriendo Ministerios, haciendo antesaías, visitando a altos funcionarios, elaborando notas y memorándums y buscando recomendaciones para

que se dicte una disposición que haga perdurar una empresa mal planteada o termine con la ventaja competitiva que otro empresario más hábil, más preparado o más audaz —más intuitivo, en suma— haya conseguido. Tampoco se podrá producir el hecho, más grave y peligroso aún que el anterior para la buena marcha de la producción española, lo que equivale, en definitiva, a más grave y peligroso para el incremento del nivel de vida del pueblo español; de que los recorridos, visitas, antesalas, notas, memorándums y recomendaciones terminen por alcanzar éxito, convenciendo al funcionario competente y logrando la promulgación de la disposición interesada. Y calificamos de más grave que se promulgue esa disposición porque al promulgarse lo que se sanciona es una disposición anticompetitiva que, en definitiva, hará perdurar empresas antieconómicas que restarán a otras empresas más adecuadamente planteadas los medios de que aquéllas disponen, haciendo que, en consecuencia, disminuya el índice de nuestra producción total, con la ineludible correlativa disminución del bienestar y del nivel de vida de nuestros consumidores, de nuestro pueblo, en suma.

Que con la promulgación de esa suplicada disposición se impide que desaparezcan algunas empresas, evitando así la pérdida de empleo de sus trabajadores y una distorsión circunstancial de la colocación de capitales; cierto. Pero, ¿a costa de qué? A costa de que no nazcan nuevas empresas donde encontrarían empleo esos mismos u otros trabajadores, donde se invertirían más adecuadamente otros capitales y donde la sociedad, considerada como ente total, encontraría más amplia y más ventajosamente cubiertas sus necesidades. Nuevos empleos que podrían ser mejor retribuidos y más estables que los desaparecidos con la empresa caducada, por cuanto la nueva, mejor planteada económicamente, podría obtener mejores y más seguros beneficios. Necesidades sociales que podrían ser más adecuada y ventajosamente cubiertas, porque también la nueva empresa estaría —su propio éxito y perdurabilidad vendría a mostrarlo— más de acuerdo con los deseos, apetencias, aspiraciones y posibilidades económicas del consumidor.

Es bueno no olvidar que una economía sana es un cuerpo vivo que se encuentra en constante cambio y evolución, que abandona ideas, propósitos y deseos para adoptar cada día otros distintos que vinculan la voluntad y la acción de los empresarios en el desarrollo de su constante misión de previsión de futuro. Esa dinámica del mercado da lugar —debe dar lugar— a que unas empresas desaparezcan y otras se constituyan en cumplimiento de la inexorable ley biológica de la vida y la muerte. Cumpliéndose esta ley en los humanos puede y debe también cumplirse en las empresas sin que, en definitiva, se produzca ni alarma ni decadencia en el cuerpo social que las sustenta. En función del cumplimiento de esa ley biológica, lo único que ocu-

re es que desaparecen las empresas económicamente mal constituidas, mal planeadas o que, como consecuencia de la dinámica del mercado, se han convertido en decrépitas; pero tal desaparición no es dañosa para la sociedad; antes al contrario, es favorable al mejor desarrollo social, al mejor nivel de vida del pueblo, por cuanto los recursos que antieconómicamente se empleaban, con escaso e inadecuado rendimiento por tales empresas, se canalizarán hacia otras más sanas, en consecuencia, más productivas, incrementándose así la total producción y renta social y el caudal de bienes disponibles para su consumo o inversión.

No es infrecuente que empresarios fracasados o en trance de serlo —cuando no avisados en demasía— acudan al Estado paternalista solicitando su intervención en el proceso económico de una u otra manera; pero, por supuesto, siempre favorable al empresario suplicante, alegando los «esfuerzos que han realizado o están dispuestos a realizar, o los «sacrificios» que se impusieron o serían capaces de efectuar si el Estado promulga tal disposición o adopta tal medida. Se olvida que el consumidor —personaje central de la vida económica dentro del sistema de mercado— no adquiere los bienes en función del «sacrificio» o del «esfuerzo» que costó producirlos, sino de la satisfacción que puede alcanzar al obtenerlos, del deseo o necesidad que puede cubrir al poseerlos. En el acontecer económico nada tienen que ver «sacrificios» o «esfuerzos» con la utilidad de los bienes que se obtengan, con su aptitud para ser absorbidos por la demanda. Todo eso, en el fondo, no es más que tratar de incorporar vagos sentimentalismos al ámbito del proceso económico de la producción, que tan sólo pueden servir para desorientarla, y que, únicamente al amparo de aquel Estado paternalista, pueden encontrar eco y lograr adhesiones y protección, porque sólo ese tipo de Estado puede ser lo suficientemente ingenuo para caer en la trampa de hacer caridad con el dinero de otros. La producción es una cosa y otra distinta la práctica de la beneficencia.

Asimismo, ventaja, y no pequeña, ha de encontrar la iniciativa privada al plantear sus futuros movimientos de creación económica cuando no tenga que enfrentarse, para empezar, con la muralla de papel con que actualmente tiene que hacerlo. Sorprende hacer la cuenta del número incalculable de impresos, informes, certificados, declaraciones, resoluciones y dictámenes que es preciso cumplimentar u obtener antes de poner en marcha la más modesta industria o efectuar el más insignificante movimiento económico. Es indeclinable la responsabilidad que, en mayor o menor medida, incumbe a la casi totalidad de los funcionarios españoles, de todos los órdenes, por no actuar con toda constancia y tesón para aliviar, en la medida de sus posibilidades y en su esfera de influencia, esta agotadora tarea, las más de las veces estéril y fre-

rumentemente reiterativa, que pesa sobre las iniciativas de desarrollo económico. Todo aquel que con buen propósito y recta intención se detenga a pensar en este tema ineludiblemente tiene que reconocer que es imprescindible restituir a sus propios términos la intervención burocrática en materia económica; que el motor del desarrollo económico es la iniciativa privada; que cuando se acumulan obstáculos previos sólo puede conseguirse dificultarla, desvirtuarla y, frecuentemente, lograr que abandone sus proyectos, contribuyendo a paralizar importantes parcelas de creación; que no es misión del funcionario pronunciarse sobre la viabilidad de un proyecto ni sobre su eficacia retributiva ni sobre su necesidad o conveniencia; que todo esto es típica función empresarial, y que el funcionario debe limitarse a que se respeten y cumplan las leyes esenciales de la convivencia económica entre los españoles; que quien actúa en el ámbito económico no es el llamado a demostrar que no infringe la legalidad aportando la prueba documental de su actuación, sino que es el funcionario custodio de esa legalidad el que en cada caso deberá demostrar --buscando, documentando y aportando en cumplimiento de su propia función y no haciendo trabajar a los demás para aliviar la pesadumbre de su tarea-- la infracción de legalidad.

Finalmente, la desburocratización de nuestra economía o, cuando menos, el reajuste de las estructuras burocráticas que sobre la misma pesan tendrán una última consecuencia que, insignificante si se valora en dinero, no deja de ser irritante; es lo que podríamos englobar en el término genérico de «socialiña». Las dos pesetas del impreso, las cinco de la póliza de mutualidad, las tres veinticinco del registro, la peseta de «el número», las tres del timbre, los dos duros por no hacer cola, los cinco por habilitar un tiempo inhábil y otras tantas pequeñas gabelas que nada nacional resuelven, que sólo a ínfimos grupos sociales favorecen y que a tantos ciudadanos incomodan no podrán subsistir, no tendrán razón de subsistir en un sistema aséptico de creación económica, donde cada cual afronte el riesgo de sus iniciativas, sin necesidad del papel impreso como mentor.

No se piense, sin embargo, que esta desburocratización será fácil ni se logrará sin resistencias e inconvenientes dilatorios de su puesta en práctica. Hará falta un gran tesón y plena independencia en las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el anteproyecto que comentamos, si éste llega a convertirse en ley, para que pueda lograr real y completamente aplicación sin menoscabos ni recortes. Aquella resistencia tendrá verosímilmente su origen, de un lado, en los propios intereses empresariales afectados, que, habituados a cómodas situaciones anticompetitivas, harán cuanto esté en su mano para mantener su posición de privilegio; y de otro lado, también en el ámbito burocrático surgirán fuertes

resistencias por cuanto se pretenderá mantener a toda costa facultades de rango económico-administrativo decisorias, que confieren posición social e influencia —en definitiva, mando— al cargo y a quien lo ejerce.

IV. EL PROPÓSITO ANTIMONOPOLÍSTICO

El segundo objetivo del anteproyecto es abrir un portillo a las firmes situaciones anticompetitivas establecidas en el mercado español.

No fué nuestro propósito establecer un índice de los ámbitos económicos en que más adecuadamente se manifiestan fórmulas monopolísticas, entre otras razones porque, muy recientemente, Ramón Tamames ha dedicado a este estudio una obra (*La lucha contra los monopolios*, Editorial Tecnos, en Colección de Ciencias Sociales, núm. 17, Madrid, 1961) de buen estilo y documentación en la que dicho índice queda bastante elaborado, bien que, por lo menos, con una grave omisión de bulto, cual es el olvido de las situaciones monopolísticas existentes en el ámbito del transporte en todas sus manifestaciones; en todo caso, dicha publicación cubre más que sobradamente las necesidades que pudieran advertirse en esta materia.

Por lo que a nosotros concernía, más bien nos interesó subrayar el carácter de generalidad y recuerdo de normas jurídicas vigentes que tiene el anteproyecto y que, en cierto modo, condicionaron su elaboración; por cuanto, al enfrentarse con la misma, la Comisión redactora tuvo que considerar —y, básicamente, elegir— entre los distintos caminos de restricción de prácticas anticompetitivas seguidos en otros países y que, al mismo tiempo, pudieran tener un antecedente en nuestra legislación.

Aquéllos, elementalmente, pueden reducirse a dos: uno, mantenido por la ley Sherman promulgada en 1890 en los Estados Unidos; otro, el adoptado en la reciente legislación suiza.

La ley Sherman se centra marcadamente en el ámbito de las normas punitivas, reforzando con la coacción penal las normas de protección de la competencia recibidas de la estructura jurídica de Derecho común que la precedió en el tiempo. También la ley Sherman generaliza la ilegalidad de todo acuerdo, contrato o agrupación de empresas que, bajo cualquier forma, tienda a restringir la competencia en la industria o en el comercio, independientemente de que se perjudique o no al interés público, siendo así que este concepto diferencial de «lesión de interés público» era el punto de apoyo de la balanza de la justicia norteamericana, antes de la vigencia de la ley Sherman, para pronunciarse sobre la validez de los acuerdos y contratos tendientes a restringir la competencia.

La recientemente promulgada ley suiza, reguladora de la competencia, cambia radicalmente de orientación; se abandona el marco del derecho coactivo para entrar de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad, acentuándose su vigencia y limitándose, en virtud del principio conocido con la denominación de «conurrencia posible», a defender a los empresarios que, estando comprometidos por acuerdos, contratos o situaciones de hecho anticompetitivas, no deseen continuar obligados por los dichos acuerdo, contrato o situación. Se sanciona, en síntesis, la posibilidad de incumplir los pactos o acuerdos anticompetitivos por parte de los mismos que los adoptaron.

En la alternativa la Comisión se decide por una fórmula intermedia, bien que más próxima a la norteamericana, mediante la cual, limitándose a recordar las disposiciones legales vigentes en España, matiza y dulcifica la tensión excesivamente drástica y generalizadora de aquéllas, haciendo entrar en liza un concepto objetivo de «alza de precios o evitación de una baja de los mismos» como propósito especial del pacto anticompetitivo, con lo cual se desplaza el centro de gravedad de la infracción desde el mero acuerdo anticompetitivo, que, en ocasiones, puede ser lógico y hasta conveniente para el mejor y más económico montaje y funcionamiento técnico y comercial de las empresas que en el mismo participan, a la lesión no ya del interés público, concepto genérico de acentuada vaguedad y de difícil definición, sino del interés del consumidor, que es concreto, definido en todo momento por la ley de oferta y demanda libres y cada día ratificado por el precio más favorable.

No era preciso que el anteproyecto entrase en una regulación detallada de las situaciones anticompetitivas dignas de ser sancionadas, porque, de consuno, se le impedían, en primer lugar, su propósito programático no exhaustivo, sino de señalamiento de un objetivo y de un camino en el que progresar; y en segundo lugar, el hecho de que no se encuentra tan horra la vigente legislación española de disposiciones al amparo de las cuales pueda defenderse, si tal es el propósito, el principio de la libre competencia.

En este aspecto procedía mencionar, como se hace, por su alta significación dentro de la jerarquía de las normas, los preceptos del Código penal referidos a la materia en cuestión. Así, especialmente, los artículos 540 y 541 parecieron suficientes a la Comisión para reactivar los instrumentos legales necesarios a fin de proteger la libre concurrencia y lograr que ésta se viera impunemente afectada por actitudes o acuerdos que pudieran, fraudulentamente, alterar el precio de las cosas.

Poco o ningún margen a la duda deja la redacción de los mencionados artículos a causa de la irrestricta generalidad y amplitud que la preside. «Los que esparciendo falsos rumores o usando de cualquier otro artificio --dice:

el 540— consiguieren alterar los *precios naturales que resultarían de la libre concurrencia* de mercancías, acciones, rentas públicas o privadas o *cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación*, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.» Y la gravedad de la sanción se acentúa en el 541, que dispone: «Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre cosas alimenticias u otros objetos de primera necesidad, las penas se impondrían en su grado máximo. Para la imposición de estas penas bastará que la coligación haya comenzado a ejecutarse.»

Era suficiente, pues, acentuar el énfasis en la protección del consumidor, a través de una competencia comercial abierta, con la referencia que hace el anteproyecto en su artículo tercero al lógico y normal nivel de precios para que el esquema de la posible actitud estatal contra situaciones privilegiadas anticompetitivas quedase completo.

Sin embargo, en el estadio actual del análisis del anteproyecto también conviene recordar que, además de los preceptos citados del Código penal, existen otros en nuestra legislación que pueden servir para crear amplios frentes de ataque a las situaciones y acuerdos anticompetitivos. Prescindiendo de los ya trasnochados contenidos en la Ley de 26 de octubre de 1939, sobre acaparamiento, y en las leyes de Tasas de 30 de septiembre de 1940 y de 16 de octubre de 1941, además de una larga serie de normas sobre precios dictadas en las distintas ramas de la producción, aquéllas y éstas, más o menos derogadas o en trance de serlo, recientemente merecen especial mención la ley de Reforma tributaria de 26 de diciembre de 1957 y el Decreto de ordenación económica de 21 de julio de 1959. El artículo 74 de la Ley de 1957 dice: «Cuando el Gobierno, con informe del Consejo de Economía Nacional considere que en el desenvolvimiento de una actividad industrial o mercantil existen características reveladoras de unión de empresas, convenios de control o reparto de mercados, y, en definitiva, cualquier otra circunstancia que permita obtener beneficios superiores a los que se lograrían en régimen de libre concurrencia, podrá acordar, por decreto dictado para una actividad determinada, la aplicación de un gravamen complementario, que no podrá exceder del quince por ciento de la base imponible»

«No tendrá aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando las circunstancias a que el mismo se refiere provengan de convenios concertados por iniciativa de la Administración.»

Y el artículo tercero del Decreto de 1959 declara: «El Gobierno propondrá a las Cortes o dictará, en caso de urgencia, las oportunas disposiciones para prevenir y combatir las prácticas monopolísticas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía.»

Pero es lo cierto que estas disposiciones, bastante adecuadas para luchar contra situaciones anticompetitivas y con suficiente vigor intrínseco para hacerlo seriamente, han tenido, hasta el momento, ninguna o muy escasa aplicación. Posiblemente, sólo en el caso del cemento se ha hecho uso de la facultad otorgada en el artículo tercero del Decreto de 1959 que acabamos de transcribir.

Contestar a la pregunta de cuáles han podido ser las razones de esta inaplicación de las disposiciones mencionadas es intrínsecamente complejo por la multiplicidad posible de dichas razones.

Señalemos por delante la acusada imprecisión de la terminología legislativa: «alterar los precios naturales», «obtener beneficios superiores a los que se lograrían en régimen de libre concurrencia», «normalidad del comercio» y «flexibilidad de la economía», son expresiones que abren de par en par las puertas a la polémica sobre su significado e interpretación y que, de cualquier manera, desembocan en conceptos punto menos que inasibles. En segundo lugar podría señalarse el hábito ciudadano; no es fácil ni frecuente que alguien se sorprenda por, ni mucho menos pretenda atajar, situaciones anticompetitivas que «siempre han estado ahí» formando casi parte del aire que se respira. En tercer lugar, la falta de autoridades específicamente encargadas de velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el normal desarrollo de la iniciativa privada y de defenderla contra los asaltos monopolísticos que desde tantos ángulos se le dirigen. Seguidamente, la eventual vacilación del Estado ante la posibilidad de adoptar medidas de fondo que no habían de despertar la simpatía de las más importantes concentraciones económicas existentes en nuestro país, y que no contarían tampoco con el apoyo franco y abierto de la propia Administración. Y, finalmente, quizás como razón más importante, la falta de una acción civil privada, claramente perfilada y dotada del adecuado cauce jurisdiccional para que cualquier persona, natural o jurídica, que se vea perjudicada en sus bienes o intereses por pactos, acuerdos o situaciones de hecho anticompetitivas pueda interponer la adecuada demanda de resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

Precisar la terminología, haciéndola más directa y ceñida a conceptos simples y, al mismo tiempo, concretos, que sean claros incluso para los no especialistas; romper el inmovilismo mental ante el fenómeno anticompetitivo; señalar jurisdicciones, vencer vacilaciones, indicar posibles acciones, todo esto persigue el anteproyecto y hace que lo saludemos como fecundo en consecuencias de la mayor importancia.

Tampoco puede negarse que los preceptos contenidos en el mismo y la programática que en su artículo ocho y en sus disposiciones transitorias se delinea sientan, asimismo, las premisas iniciales de un acercamiento de la or-

denación económica española a las normas orientadoras de la concurrencia en la Comunidad Económica Europea.

Para llegar a esta afirmación basta comparar las disposiciones del anteproyecto con las reglas de concurrencia establecidas en los arts. 85 a 89 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, que prohíben y declaran nulos de pleno derecho los acuerdos que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la concurrencia, y que son aplicables a todas las empresas, tanto públicas como privadas, excepción hecha de las que prestan servicios de interés económico general, tengan carácter de monopolio fiscal o sean beneficiadas con una «declaración de inaplicabilidad de la prohibición». Esta declaración puede producirse en virtud de que tales acuerdos contribuyen a mejorar la producción o la distribución del producto, promueven el progreso técnico o económico y, en todo caso, no son aptos para conferir a las empresas interesadas la posibilidad de eliminar la concurrencia. Todo ello, claro está, referido a acuerdos anticompetitivos que puedan perjudicar el comercio entre los Estados miembros, pues, en otro caso, cuando se trata de mercados interiores, se mantiene en toda su eficacia la legislación nacional, que, por otra parte, tendrá que ir arrojándose paulatinamente a las disposiciones adoptadas por el Mercado Común para no crear o mantener una disparidad de tratamiento legislativo en la ordenación económica, claramente improcedente.

Por cuanto antecede, parece que no es precipitado afirmar que la toma de posiciones que adopta el anteproyecto es, a todas luces, también procedente, habida cuenta, sobre todo, de la más reciente actitud española ante el Mercado Común Europeo. Y que puede servir de manera eficaz para ir acercando nuestras estructuras económicas y la mentalidad de nuestras autoridades y nuestros hombres de negocios a las premisas de base de que, en un plazo más o menos corto, adquirirán el rango de previas indiscutibles de cualquier intento o proyecto de terciar en el ámbito europeo de la producción o de los servicios.

Pero sobre todo esto, otras, no por más sabidas menos importantes posibilidades atribuímos al anteproyecto. La de abrir las puertas hacia el quehacer español de quienes nuevamente quieran incorporarse al mismo a través del camino ancho y claro de la iniciativa privada y de la libre competencia; la de que no se respete la cantinela de las dificultades con que se desenvuelve una rama cualquiera de la producción para proteger el privilegio de quienes están en ella impidiendo que se registren nuevas incorporaciones; que deje de considerarse axioma la necesidad de condicionar o limitar la incorporación de nuevas gentes a la tarea económica, porque semejante actitud no significa otra cosa que cerrar el camino a los creadores en favor

de los poseedores y, en definitiva, favorecer lo que «es» frente a lo que «podría llegar a ser», cerrando todo margen a la esperanza; la de descargar a la Administración de la grave responsabilidad de manejar el tremendo margen arbitrario o discrecional que queda entre sus manos con la previa autorización para montar una industria o un comercio o instalar un telar, un horno o un motor; recortar al máximo las reglamentaciones económicas, recordando que en todo lo reglamentado debe existir un margen también reglamentado de provecho que, en definitiva, normalmente, es perjuicio del consumidor; y, finalmente, familiarizar a las gentes con la libertad económica y la responsabilidad que de la misma se deriva, porque, como dice Hazlitt, siempre que a los hombres se les conceda libertad, cometerán errores. La libertad no es una garantía de omniscencia. Pero tampoco los errores de los hombres son una excusa válida para suprimir la libertad e imponer controles en su lugar, sobre la base de que toda la prudencia y el desinterés residen en las personas que van a realizar el control.

Estamos en trance de empezar a volver la espalda a lo que durante muchos años ha venido siendo considerado como axiomático en el mundo económico en función de la normativa política que, en el fondo, no es otra cosa que socialismo más o menos confesado. Y ello hemos de hacerlo precisamente en función de libertad, que está insita en la misma esencia del alma española y que, todavía hace unos días, ha sido reiterada por el Generalísimo, que ejerce a la española su caudillaje, en la clausura del Segundo Congreso Sindical cuando decía: «Yo proclamo aquí que nosotros amamos la libertad más que la pueda amar ningún otro pueblo»; y que a seguido señalaba la necesaria instrumentación de la libertad «dentro de un orden, de una seguridad social, porque en el desorden naufragan todas las libertades».

Estas palabras, lo que representan y lo que significan, son una constante en el pensamiento político español de los últimos treinta años. Hasta el punto de que apenas si varían las expresiones actuales si se las compara con las pronunciadas en los entusiastas tiempos fundacionales: «El hombre —decía José Antonio en Valladolid el 3 de marzo de 1935— tiene que ser libre, pero no existe libertad sino dentro de un orden». Vejar por la libertad a través del orden: he ahí una primera tarea que tiene, a su vez, su primer postulado en la consideración del individuo como ente económico, para que «no se canten derechos individuales de los que no pueden cumplirse nunca en casa de los famélicos».

ANTONIO BOUTHELIER

A N E X O

PONENCIA DE UN ANTEPROYECTO
DE
LEY DE REGULACION DE LA CONCURRENCIA

Artículo 1.º Es libre la instalación, apertura y funcionamiento de empresas privadas de todas clases, sin otros requisitos que la licitud de su objeto y el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene, generales y de trabajo, dictadas por el Estado y los Municipios.

La actividad administrativa en esta materia quedará reducida a la rápida comprobación del cumplimiento de los requisitos indicados, sin que pueda significar entorpecimiento o demora en el libre desarrollo de la iniciativa privada.

Artículo 2.º Continúan en vigor las actuales exclusivas establecidas por ley o que dimanen de una concesión administrativa.

Cualquier limitación futura de la norma consignada en el artículo 1.º habrá de ser establecida por ley o mediante concesión administrativa otorgada por autoridad competente en uso de las facultades que la ley le confiera.

Artículo 3.º El establecimiento de pactos, acuerdos o situaciones de hecho entre empresarios, que tengan por objeto o produzcan el efecto de influir en el mercado mediante la limitación colectiva de la libre concurrencia o impidiendo a otros empresarios participar en la misma, y especialmente si de ellos resulta un alza de precios o la evitación de una baja de los mismos, se declara ilegal y estará incurso en los artículos 540 y 541 del Código penal.

De forma especial se entenderán incluidos en el párrafo anterior los pactos y convenios que tenga por objeto la retención de mercancías y bien destinados normalmente a la venta al público, realizada para mantener niveles de precios o para conseguir su alza, al provocar su escasez en el mercado.

Artículo 4.º Sin perjuicio de las responsabilidades penales, los pactos o acuerdos a que se refiere el artículo 3.º se declaran nulos, como contrarios al interés y al orden público, careciendo de toda fuerza de obligar.

Quienes resulten perjudicados por los mismos podrán reclamar en vía civil la correspondiente indemnización a daños y perjuicios. Si el demandante se hubiera visto obligado a ser parte o a aceptar el convenio, el juez, a su prudente arbitrio moderará la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta la concurrencia de responsabilidades.

Artículo 5.º En cualquier caso se consideran excluidos de los dos artículos anteriores:

- a) Los Convenios colectivos de trabajo.
- b) La regulación del uso de patentes, marcas y procedimientos industriales amparados en la legislación de propiedad intelectual o industrial.

Artículo 6.º Toda autoridad o funcionario público que en el ejercicio de sus funciones conozca, o ante quien se denuncie una infracción de las tipificadas en el artículo 3.º, tendrá el deber inexcusable de ponerla en conocimiento del Ministerio público, para el ejercicio, en su caso, de la acción penal.

Artículo 7.º La jurisdicción ordinaria civil o penal, según los casos, es la única competente para entender de las causas que se incoen o litigios que se susciten con motivo de la aplicación de la presente ley.

Artículo 8.º El Estado favorecerá, a través de su política económica, el principio de libertad de concurrencia que informa la presente ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1.º Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, que entrará en vigor el...

2.º Queda autorizado el Gobierno para desarrollar por Decreto, a propuesta de los diversos Departamentos ministeriales, los preceptos de la presente ley.

3.º Los empresarios actualmente vinculados por pactos o acuerdos comprendidos en el artículo 3.º deberán anularlos en plazo de dos meses a partir de la publicación de la presente ley, incurriendo, si no lo hiciesen, en las responsabilidades que en el mismo se señalan.

4.º Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final 1.ª, dentro de los treinta días siguientes a la publicación de la presente ley, se constituirá en la Presidencia del Gobierno, una Comisión interministerial que con carácter de urgencia, y en cualquier caso antes de la fecha de su entrada en vigor, preparará una tabla o lista de las disposiciones derogadas o modificadas por la presente ley.