

# **LA POLITICA FISCAL Y EL DERECHO ANTE LAS PRACTICAS MONOPOLISTICAS**

Conferencia pronunciada el día 12 de enero de 1962

por

**D. FRANCISCO FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ**

*Inspector Técnico de Timbre del Estado*

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES, SEÑORES:

Quiero expresar inicialmente a la Junta rectora de la Mutualidad de nuestro Cuerpo de Inspectores Técnicos de Timbre mi agradecimiento y satisfacción dobles: por haberme sido ofrecida tan ilustre tribuna y porque se me invita para hablar sobre un tema al que he dedicado cierto tiempo de meditación en estos años últimos.

La presencia vuestra, la elevada exigencia de las Semanas de Estudios de Derecho Financiero y lo ambicioso del tema me obligan a mucho. Quedaría, sin embargo, cumplido mi propósito si lograra haceros llegar, en frase del poeta, "unas pocas palabras verdaderas".

## **1. EL PROBLEMA DEL MONOPOLIO.**

1.1. Planteamiento.-La cuestión que vamos a tratar se caracteriza por lo proteico. Se estudia un tema que unas veces se presenta como jurídico, otras *como* económico y, a menudo, como político o social. Acaso porque no sean sino distintas caras que ofrecen diversas perspectivas de una misma realidad.

De otro lado, inútil es decirlo, es un problema fuertemente polémico, de opiniones encontradas y antitéticas. Ello ha hecho saltar su atención desde las construcciones de los teóricos a la Prensa diaria, y desde ésta, al comentario popular. Presenta tales incitaciones y sugerencias que precisaría más que una conferencia, un verdadero coloquio de varios días para confrontarlas y precisarlas.

Frente a tan variada caza, utilizando la metáfora orteguiana, el conferenciante tratará de levantar algunas piezas, pero no podrá disparar contra todas.

Queda únicamente la elección del temario, porque hay que optar por una perspectiva. Yo he preferido hacerme cuestión del problema jurídico: ¿qué tiene que decir el Derecho positivo español sobre los monopolios? ¿Ha dicho algo? De optarse por una regulación, ¿cuál debe ser ésta?

Antes, sin embargo, de abordar este tema es necesario, siquiera sea con carácter urgente, avanzar unos conceptos e indicar una terminología.

1.2. *Problemática general.*-El sistema de economía, de competencia perfecta en su

forma ideal o teórica, es un fenómeno sumamente quebradizo e inestable. Incluso puede aparecer como algo transitorio si no se adoptan medidas rigurosas para mantenerlo.

Cuando a causa de disposiciones legales o de maniobras de empresas se llega a un *status* en que una o varias empresas pueden controlar los precios, nos encontramos con lo que podemos llamar situación de monopolio. La situación de monopolio es algo más amplio que los conceptos económicos de monopolio, puesto que puede incluir el oligopolio. En definitiva, lo que importa es el elemento fáctico que termina en la medición del grado de monopolio: conocer en cada caso concreto si ha habido una alteración patológica en los elementos determinantes del precio o incluso. una actuación directa sobre éste.

Estas situaciones de monopolio pueden adoptar diversas figuras en la realidad.

En su reciente obra sobre el tema (*La lucha contra los monopolios*. Ed. Tecnos, S.A., 1961), RAMÓN TAMAMES clasifica las formas de organización del monopolio atendiendo a su duración, distinguiendo formas de organización de corto plazo, de duración intermedia y de larga duración.

En el primer grupo sitúa los compromisos informales o "gentlemen's agreements", las asociaciones reguladores de la producción y los pactos sobre distribución de contratos.

En el segundo grupo los carteles y pools'. En el tercer grupo los trusts, holdings, fusiones.

Creo, sin embargo, que no es la duración el elemento más preciso para delimitar las formas de monopolio. Un trust puede tener una vida efímera, y un mero acuerdo no pactado por escrito sobrevivir largo tiempo.

Desde un ángulo jurídico resulta de mayor interés distinguir dos clases de formas:

A) La primera está basada en el acuerdo o contrato. El contrato impone una línea de conducta a las sociedades participantes, las cuales conservan por lo demás su autonomía económica y jurídica.

Esta forma es típicamente europea y va unida a un malthusianismo económico. Nace de la renuncia a la lucha. Podemos aquí utilizar el término amplio de entente o acuerdo. Va desde el mero acuerdo tácito (gentlement agreement) hasta los carteles europeos o pools americanos, Permanece total la independencia jurídica de las partes.

ERVIN HEXNER (*Carteles internacionales*, pág. 40) dice que el cartel es "la relación voluntaria, potencialmente no permanente, que existe entre un número independiente de negociantes, de empresarios particulares, que al coordinar los precios del

mercado afecta de manera importante al mercado de cierto producto o servicio".

Los requisitos son, pues: 1, pluralidad de empresas; 2, comportamiento voluntario y coordinador dedicado a la fijación de los precios de mercado; 3, inestabilidad 4, planeamiento de ventajas para los participantes.

Sin embargo, nos interesa un concepto más amplio de entente porque se trata sencillamente de todo acuerdo entre empresas que afecta a la producción, al mercado, a los precios, a los servicios comerciales o a la circulación y distribución de mercancías. Cuando este acuerdo afecta a la competencia y al espíritu de lucha, adquiere relevancia y peligro. Puede ser horizontal si se produce entre empresas del mismo sector económico y en la misma fase o nivel del proceso productivo, o vertical si se produce entre empresas situadas en niveles sucesivos.

B) La segunda forma se caracteriza por la unidad de dirección. Comprende desde la pérdida de autonomía económica de las sociedades en los *trust* o *holdings* hasta la pérdida de autonomía jurídica y económica que ocurre con las absorciones y fusiones de sociedades. Es un método que se puede llamar *darwiniano* (*Ententes et monopolio dans le monde*, "La Documentation Française. París, 1953) o del más fuerte. Es típico de países como Estados Unidos donde la lucha económica, feroz a veces, ha terminado por llegar a un proceso de fusiones donde o se unen varios poderosos o, en otros casos, el más fuerte devora al débil.

El *trust* nace hacia 1882 mediante la adaptación de una antigua institución del *common law*, semejante al fideicomiso. Los accionistas de las sociedades afectadas entregan sus acciones a unos fiduciarios que, disponiendo así de mayoría en todas ellas, las administran y dirigen como si de una sola se tratase. El *trust* representa la primera forma de organización interna porque el *Board of trustees* controla el grupo de empresas que pierden totalmente su independencia económica. Los *trust* se desarrollan a partir de 1888 en E. U. surgiendo el problema cuando abusan de su posición dominante en el mercado e imponen discriminaciones contra los concurrentes, fijan precios, etc. El descontento popular, muy fuerte desde 1869, origina disposiciones en contra por los diferentes Estados. Pero el Estado de New Jersey, desde 1888, venía permitiendo las sociedades *holdings*, que disponen de mayoría en un grupo de sociedades a las que entregan a cambio de las acciones, otras equivalentes del grupo *holding*. Al desaparecer del mercado los valores de las sociedades del grupo que pasan a la Sociedad *holding*, el control interno es muy fuerte puesto que se centraliza totalmente el negocio.

En este mecanismo de participación de una sociedad en el capital de otras, es típica en nuestra patria la relación de sociedad madre y sociedades filiales donde la primera dispone de mayoría absoluta y, por tanto, dirección de las segundas (Cfr. la *novísima ley de desgravaciones tributarias ofreciendo un concepto de estas sociedades si bien limitado al impuesto a que se refiere*).

El último paso lo significa la fusión o merger que representa la total pérdida de

autonomía y personalidad de las sociedades. Hoy es la fusión el punto más álgido y discutido de la legislación antitrust americana.

El problema en todas estas formas de organización (sin pretender un trazo divisorio neto porque las particularidades son variadísimas) consiste, como en las ententes, en su relación con la libre competencia. La concentración no es perjudicial o beneficiosa *in abstracto*, sino cuando afecta a las fuerzas económicas originando una situación de monopolio.

Este desarrollo con carácter de urgencia, y sin duda necesariamente superficial de una terminología y unas formas, nos lleva a un primer encuentro con nuestra problemática. Porque sucede que las formas son jurídicamente indiferentes. Al Derecho no le ofrece interés especial un acuerdo o una fusión de empresas. Pero si como consecuencia de ellos se produce una situación monopolística, donde se limita artificialmente la producción, se sostienen precios elevados en perjuicio del consumidor, se benefician indebidamente empresas marginales, se falta a la justicia disfrutando unas empresas de posiciones privilegiadas a costa de otras, entonces entramos en un terreno que debe ser materia de la norma jurídica en la que se regule no tanto las formas de monopolio como sus efectos. Todo esto quiere decir que la normatividad debe incidir sobre una constelación de hechos de coloración económica y que es preciso despejar primero dos incógnitas: 1.<sup>a</sup>, si las situaciones de monopolio son favorables o desfavorables, justas o injustas, y 2.<sup>a</sup>, si en un país determinado donde se suscita la cuestión existen o no formas monopolísticas.

Pero ocurre, sin embargo, que estas dos preguntas se plantean y deben resolverse en el terreno económico. Un estudio detenido sobre este campo extendería notablemente esta conferencia, pero debo decir unas palabras sobre ellas para situar debidamente la cuestión.

*1.2.1. Ventajas e inconvenientes del monopolio.*-Aunque el fenómeno del monopolio ha dado lugar a toda clase de opiniones, es evidente el predominio de aquéllas para quienes los inconvenientes son superiores a las ventajas. La bibliografía es aquí abundantísima, y no es del caso recorrerla (*V. con carácter sinóptico la obra de Tamames y, además, M. J. G. MERIGOT, Ententes et monopoles dans le monde, de "Documentación Francesa". France, págs. 19 y ss. Recientemente estudia el tema I.C.E. Noviembre 1961*).

Lo que no ofrece duda es que en función de la estructura económica de cada país, las orientaciones de las correspondientes políticas económicas y los distintos regímenes políticos, defensores o no de una economía dirigida, se ha favorecido en determinadas épocas la concentración de empresas y la creación de ententes, que, por el contrario, en momentos distintos y en los mismos países han sido objeto de enérgica persecución.

Así en el Régimen nacionalsocialista alemán, "los carteles se transformaron en organismos semioficiales utilizados por el Gobierno como un medio de ejecución de

su política económica, sobre todo para los problemas de urgencia" ((6) GUNTHER, *Cuide de la legislation sur les Practiques commerciales, publicado por la O. E. C. E.*)

En Francia, entre 1935 y 1938, varios D.-L. promovieron diversas ententes obligatorias. En Austria, después de la crisis económica mundial, en el año 1930, se produce un fuerte movimiento de cartelización como única forma de sobrevivir a una lucha feroz sobre un mercado nacional muy reducido. En Italia, por las mismas fechas y por idénticas razones de protección de la industria nacional que exigía concentración, se decidió el consorcio del mármol de Carrara, la siderurgia y otros de tipo agrícola, dictándose así el D.-L. regulador en 16 de abril de 1936 (TOMMAZO CARLIZZI, *Op.cit. de la O.E.C. E.*) Los ejemplos son, por tanto, muy numerosos.

Recientemente, en la obra de RAMÓN TAMAMES (primer estudio general hecho en nuestra Patria sobre el tema con absoluto rigor) se presenta un juicio totalmente desfavorable ante el monopolio, porque en todo caso los inconvenientes superan a las ventajas (*Op. Cit., pág.49*).

Acaso sea más ponderado, sin embargo, pensar, como decíamos antes, que el problema no es tanto de monopolio como de abusos. Por ello suscribimos estas recientes palabras de I. C. E. (Noviembre,1961): "El objetivo... ha de ser el mantener ese grado de competencia viable... tratando de eliminar aquellos monopolios que no sean técnicamente justificables y tratando de intervenir y controlar aquellos en los que la técnica dé el respaldo necesario para su existencia. Competencia y monopolio han de convivir en la vida económica nacional..."

Por tanto, si el problema es de supresión de abusos, la competencia viable no puede existir sin una normatividad decidida a protegerla. La consecuencia fundamental que se deduce, por tanto, de este balance de ventajas e inconvenientes del monopolio es la necesidad de su regulación jurídica. Se trata, en consecuencia, de un tema que de ningún modo debe ser ajeno a nuestra preocupación jurídica.

1.2.2. *Las situaciones de monopolio en España.*-Si existen o no, y cuál sea el grado de monopolio en los distintos sectores de nuestra economía, es una cuestión, como la anterior, netamente económica. Haremos breve, pero necesaria referencia.

I. C. E. dedicó algunos números a este tema (*Números 7 ó 9 a 713 del Boletín Mensual*). En sus editoriales estima la existencia de un alto grado de monopolio en nuestra economía, puesto de relieve como catalizador por el plan de estabilización y deducido de los hechos siguientes: a) gran inflexibilidad de los precios a la baja; b) ligeras subidas durante la vigencia del plan, que apenas han tenido correlación con tina cierta reactivación de la demanda; c) en el nivel comparativo de los precios de muchas mercancías concretas en España, que no está justificado por la comparación del coste de las materias primas, del nivel de los salarios o de la productividad.

La motivación podemos clasificarla así:

A) *Situaciones dominantes sobre el mercado.* En este aspecto se han efectuado

algunos estudios parciales (*FERMÍN DE LA SIERRA, La concentración económica en las industria básica españolas. "I.E P.", 1953, MUÑOZ LINARES, El monopolio en la industria eléctrica, Aguilar, 1954. JUAN VELARRE, Consideraciones sobre algunas actividades monopolísticas en el mercado papelerero español. "Rev. de Economía Política", 1955*), pero los últimos datos nos los ofrece recientísimamente TÁMAMES en su obra, donde determina los siguientes grados de concentración "en varios sectores seleccionados" de la economía española:

Electricidad, 46,81 ;  
Siderurgia, 77,69;  
Cemento, 72,56  
Banca Comercial, 63,12;  
Vidrio, 70,00;  
Papel, 40,00.

En estos ramos existen numerosas conexiones por medio de consejeros comunes y un grado muy bajo de pliopolio (*Sobre esta medición del grado de monopolio, cfr. Houssiaux, Le pouvoir de monopolie, París, 1958*).

*B) Monopolios creados por disposiciones legales.*

a) Directamente, como en el caso del trigo, donde la concentración es del 100.

b) Estableciendo reservas de mercado, como ha ocurrido en determinados sectores agrícolas. TAMAMES aprecia los siguientes grados: azúcar: 71,65; algodón: 50; lúpulo: 100.

*C) Monopolios fiscales.* Aquí la concentración es de 100%.

*D. Régimen monopolístico de concesiones administrativas*

*E) Situaciones monopolísticas creadas al amparo indirecto de disposiciones legales.* Este grupo es el más difuso, vario y numeroso. Se trata de situaciones de verdadero privilegio que han nacido o se mantienen al abrigo de disposiciones legales de matiz intervencionista, dictadas muchas veces para coyunturas económicas ya desbordadas y cuya finalidad directa no era promover situaciones de monopolio.

Pueden tener carácter estatal o local y surgen lo mismo en el ámbito exterior, como la política comercial con restricciones cuantitativas a la importación o protecciones arancelarias excesivas; que en el interior, como las limitaciones a la inversión industrial o el establecimiento de precios oficiales mínimos excesivamente elevados.

De este brevísimo recorrido podemos deducir, a la vista de los trabajos ya publicados, una absoluta unanimidad en estimar la existencia en nuestra Patria de un importante grado de monopolio en nuestra economía, a cuya aparición y desarrollo no han sido ajenas las medidas estatales.

Hemos indicado antes cómo la creación de ententes o las prácticas monopolísticas puede deberse en algunos casos a razones de interés público, evitando gasto inútil de capital o tratando de favorecer una producción racional. A veces, incluso estas situaciones vienen determinadas por la estrechez de un mercado al que bastan para abastecerlo muy pocas empresas.

Pero estas consideraciones no pueden desviar nuestra atención de las cifras precedentes. Porque el problema está vivo. Las prácticas monopolísticas han nacido y alientan muchas veces al amparo de reglamentaciones momificadas y fósiles. La ausencia total de regulación jurídica no es deseable ni conveniente. Si la enfermedad existe, debemos preguntarnos los juristas qué ha hecho y qué puede hacer la norma jurídica para atacarla. Sirvan de antecedente, de resumen y de justificación a toda nuestra exposición ulterior las siguientes autorizadas palabras de D. MANUEL DE TORRES (*Prólogo a la obra de MUÑOZ LINARES*):

"Siempre se ha dicho que los males deben atacarse en su raíz, y nunca con mayor propiedad puede aplicarse esta fórmula que en el caso del gran cáncer que corroe el progreso económico de España: el monopolismo en la producción primaria. Y para extirparlo hace falta una radical y cirujana decisión... La legislación antitrust existe en casi todos los países, y en los Estados Unidos ha constituido uno de los más poderosos factores que han contribuido al desarrollo de la colosal industria. Si la memoria no me es infiel, las leyes contra el monopolio y la coalición económicos fueron introducidos en Norteamérica por el partido político más liberal y moderado. No es demagogia pedir que el Código Penal defina como delito la colusión monopolística que explota al consumidor."

## 2. LA REGULACIÓN JURÍDICA.

2.1. *Derecho comparado.* Se ha dicho, no sin razón, que para conocer el Derecho comparado basta consultar cualquier estudio sobre derecho español. Esta lícita preocupación nuestra por las soluciones extranjeras, queda aquí sobradamente justificada por un hecho fundamental: el gran vacío legislativo que rodea esta materia en nuestra patria. No es, por tanto, curiosidad, sino apoyo en la experiencia ajena lo que nos mueve a preguntar por sus soluciones en un doble sentido: 1, si existe sobre este tema un repertorio coordinado de normas jurídicas; 2. cuál es la orientación de esas normas.

La exposición será necesariamente sinóptica y generalizadora.

Las soluciones posibles son varias:

A) *Prohibición absoluta.*-Es típica de países con mercado amplio y fuerte en que se trata de frenar el proceso de concentración. Está basada esta legislación en el credo del principio de concurrencia "como uno de los fundamentos de nuestras libertades políticas y sociales", escribe el Fiscal general del Comité de Estudios de las leyes antitrust en Norteamérica (*Report. 1955*).

Son tipo de esta legislación la norteamericana y la de Alemania Federal.

En Norteamérica está regulada la materia por la ley SHERMAN de 2 de julio de 1890, aprobada curiosamente por unanimidad menos un voto rodeada de una total indiferencia. Ha sido modificada en 17 de agosto de 1937. La completan la ley reguladora de la Federal Trade Commerce de 26 de septiembre de 1914, organismo básico para la puesta en marcha de la legislación antitrust; la ley CLAYTON de 15 de octubre de 1914, que precisa y amplía los tipos de la SHERMAN act., y la ley WEBB-POMERENE de 10 de abril de 1918 sobre comercio de exportación. Las disposiciones complementarias a estos textos son variadísimas.

En última instancia, las piezas maestras de la legislación norteamericana son estos principios: a), prohibición absoluta de toda entente que tienda a restringir el comercio (*restraint of trade*) entre los Estados (*interstate commerce*) y de todo monopolio o intento de monopolio (*artículos 1 y 2 de la ley SHERMAN*).

b) Que estas prohibiciones tienen carácter penal y las infracciones son delitos castigados con pena de multa y arresto. c) Que ante la vaguedad de los tipos legales, la decisión judicial ha adquirido una relevancia extraordinaria, precisando todos los conceptos a través de una jurisprudencia detenida, laboriosa e independiente. Los hechos objetos de condena han sido con preferencia el reparto de mercados (territorial o económicamente), los precios impuestos, discriminaciones en operaciones comerciales (*boycott y exclusivas*), discriminaciones en precios, monopolios constituidos "por medio de maniobras que, aunque comercialmente honestas, no eran económicamente indispensables" (*sentencia del juez Handa sobre el asunto Alcoa*) y fusiones con disminución de la competencia.

En la Alemania Federal se encuentra la legislación europea más avanzada constituida por la ley de 27 de julio de 1957, que es un verdadero código de 109 artículos. Se basa en los siguientes puntos: a), prohibición de carteles y ententes con restricción de concurrencia; b), los monopolios no se prohíben, sino que se controlan sus abusos y acuerdos; c), se especifican los sectores y acuerdos exceptuados; d), se crea un registro público de los acuerdos para aquellos que, enumerados por la ley, pueden ser autorizados por la autoridad de control de ententes; e) se determinan las infracciones y sanciones administrativas constituidas por multas fijadas en relación a los beneficios obtenidos por la infracción; f) el control es administrativo, con recursos administrativos y jurisdiccionales.

En Canadá se sigue el sistema prohibitivo por medio de artículos incluidos en el C. P., donde se tipifican los diversos hechos.

El mismo criterio prohibitivo rige en Australia, Brasil, Argentina y Unión Sudafricana (*Ententes et monopoles dans le monde*).

*B) Regulación con supresión de abusos.*



Las legislaciones que optan por este criterio parten de la existencia de las ententes como hecho, pero tratando de controlarlo para utilizar sus efectos favorables y reprimir los desfavorables.

La legislación inglesa, aunque claramente prohibitiva, no es tan avanzada. Está constituida por la Ley de 1948 sobre monopolios y prácticas restrictivas; de 1953, sobre Comisión de monopolios y prácticas restrictivas, y Ley de 1956, sobre prácticas comerciales restrictivas.

La única clase de prácticas restrictivas prohibida en absoluto son los acuerdos sobre aplicación colectiva de condiciones imponiendo los precios de reventa por medio de *boycotts* y discriminaciones (*Ley de 1956, capítulo II*). Fuera de esto, ninguna práctica está prohibida en absoluto, pero todos los acuerdos deben ser inscritos en el Registro público creado al efecto, y serán examinados por un tribunal de prácticas restrictivas. Los acuerdos están en vigor mientras no se decida por éste que son contrarios al interés público. El art. 21 de la Ley de 1956 fija la regla de interés público cargando la prueba de la existencia de circunstancias especiales sobre la empresa para el caso de que se haya iniciado proceso sobre algún acuerdo.

La solución británica enlaza así con la *rule of reason*, con la que se venía antiguamente distinguiendo entre *restraint of trade* razonables o no razonables desde la aplicación del precedente más remoto de la legislación antitrust (*Enrique IV, año 1415*).

Las infracciones son delitos que se condenan con penas de multa y prisión. Francia, hasta 1926, si atendemos al artículo 419 de su C. P., pertenecía al grupo de los países de legislación prohibitiva. Pero la jurisprudencia venía distinguiendo entre ententes buenas o malas. Hoy se adopta un régimen no muy ordenado de tolerancia regulada contenido fundamentalmente en la Ordenanza sobre precios de 30 de junio de 1945, el D. de 27 de enero de 1954, modificado por D. 17 de agosto de 1959, sobre concurrencia industrial y comercial, y Ley de 5 de julio de 1844, modificado por D. 30 septiembre de 1953. sobre patentes.

Hay en primera línea una enumeración casuística de prácticas prohibitivas: precios impuestos, *boycott*, prácticas discriminatorias, que constituyen delito. Según escribe M. B. CLEMENT (O.E.C.E. Op.cit), el proceso que se inicia por denuncia, en la mayoría de los casos no comienza ante los Tribunales, sino ante el Servicio de Encuestas económicas, que, estudiado el caso, propone si procede al infractor "el beneficio de una transacción; es decir, el pago de una cierta suma de dinero al Tesoro".

En cuanto a las ententes, no se prohíben sino las que atentan a la concurrencia, a la baja de precios de reventa o provocan alzas artificiales de precios. Están también tipificadas y penadas como delitos. La instrucción es, sin embargo, administrativa desarrollándose ante la Comisión Técnica de ententes. Una vez terminada la

actuación de la Comisión, la autoridad administrativa puede invitar a los interesados a restablecer la libre concurrencia proponiendo, en cambio, el abandono de acciones penales.

No está previsto un Registro de ententes.

Austria dispone de una reglamentación completa contenida en la ley de 1959 sobre carteles sobre los principios siguiente: a), todo acuerdo de cartel, para ser válido, debe inscribirse en el Registro creado con este fin; b), un tribunal especial decide en cada caso sobre la procedencia de la inscripción; e), se enumeran las excepciones; d), se regulan con detalle los casos de precios impuestos; e), funciona una Comisión paritaria de carácter administrativo compuesta de expertos que asesoran al Tribunal; f), el artículo 18 señala los requisitos que debe contener el acuerdo para autorizar la inscripción (no se aceptan las cláusulas de exclusiva, *boycott*, discriminaciones a extraños, ni la cláusula penal para quienes se retiran del cartel) ; g), en cuanto a las infracciones se distingue entre delitos penales y simples contravenciones administrativas.

La misma línea de reglamentación y represión de abusos se encuentra, aunque no con tanto desarrollo, en los países escandinavos:

Noruega (*Ley de 26 de junio de 1953, modif. en 25 de junio de 1954 y 28 de marzo de 1958*), sobre las siguientes bases: a), control de acuerdos; b), control de dividendos excesivos; c), control de las reglamentaciones de condiciones y precios. En Suecia (*Leyes de 25 de septiembre de 1953, 1 de junio de 1956, Ordenanza real de 19 de octubre de 1956*), los principios son: a), Registro de ententes; b), se prohíben los precios impuestos y los carteles de ofertas de venta, pero pueden ser autorizados por el Consejo de libertad económica; c), la necesidad de concentración económica mueve a una menor preocupación por los trust y monopolios.

En Holanda, se rige la materia por Ley de 28 de junio de 1956, modificada por Ley de 14 de noviembre de 1958, sobre estas bases: a), Registro obligatorio; b), invalidación de ententes contrarias al interés general; c), posibilidad como contrapartida de declaración de entente; d), delimitación de una línea de conducta para las sociedades que disfrutan de posición dominante sobre el mercado, con objeto de evitar abusos. La legislación holandesa es, pues, muy moderada e incluso prevé una política favorable a estos acuerdos.

La legislación danesa, contenida fundamentalmente en Ley de 31 de marzo de 1955, está basada en estos fundamentos: a), Registro público; b), prohibición de precios de venta impuestos; e), control administrativo de ententes y monopolios.

En Irlanda rige la Ley de 1953 sobre prácticas comerciales restrictivas con estas bases: a), lista de prácticas prohibidas (no exhaustiva); b), creación de la Fair Trade Commission, que inicia los expedientes sobre prácticas restrictivas, que decide el ministro; e), la Fair Trade Commission puede publicar reglas de equidad sobre

fabricación y distribución de cualquier clase de productos e iniciar expedientes en caso de infracción, resolviendo el ministro; d), el incumplimiento de los decretos ministeriales se considera delito.

En Italia se han regulado los pactos sobre concurrencia por los artículos 2.595 a 2.620 del C. c., que no constituyen una verdadera legislación antitrust. Se prevé un control gubernamental. Se establecen ciertas limitaciones a la formación de sociedades trust y se prevé la posibilidad de ententes obligatorias. Hay que destacar, no obstante, el proyecto de Ley de 21 de noviembre de 1958 mucho más ambicioso, aparte de la obligación impuesta por la ratificación del Tratado de Roma (Ley 14 de octubre de 1957).

Bélgica cuenta con varios proyectos (de 1947 a 1951) en estudio por el Consejo Central de Economía, basado en los siguientes principios (*"Doc. Francesa" Op. Cit.*): a), tolerancia de ententes y monopolios o situaciones de poder dominante, pero evitando y reprimiendo abusos; b), organización de un procedimiento de carácter judicial; e), creación de un organismo administrativo encargado de hacer las encuestas, formular las recomendaciones y, en caso de infracción, asesorar a los Tribunales.

Portugal dispone de la Ley de 18 de marzo de 1936, que es formuladora de los principios de la economía corporativa en parte desarrollada por D.-L. de 24 de julio de 1957 y D. 24 agosto de 1940. Apenas puede hablarse de legislación antitrust.

### C) Legislación *favorable a las ententes*.

Me remito a lo expuesto sobre determinados momentos de coyuntura o políticos que originaron legislaciones de este tipo.

Cabe hoy citar el caso de Suiza, Luxemburgo o Liechtenstein. En Suiza (*"Doc. Francesa", Op. Cit*) "no hay sector agrícola, industrial o comercial donde la concurrencia pueda ejercerse íntegramente. Los carteles son viejos y numerosos. Los economistas suizos creen que esta situación ejerce una influencia favorable en la expansión de la economía".

Podemos suscribir realmente que más que de legislaciones en favor de trust y ententes, cabe hablar de medidas que alientan su creación y fomento, como éstas: a), subvenciones; b), privilegios fiscales; c), prioridad; d), primas a la exportación; e), derechos de aduana protectores; f), precios garantizados a los productores de determinados artículos; g), intervención en el mercado con precios políticos o sociales que no crean un clima favorable al espíritu de libre concurrencia.

2.2. *Tratados internacionales.*-El creciente aumento de legislación antitrust se ha traducido en los últimos tratados internacionales. Así podemos citar los siguientes:

a) Carta de La Habana (24 marzo de 1948). En su L. 1.º, cap. V, trata de la política

general en materia de prácticas comerciales restrictivas. Se desarrollan en los artículos 46 a 53.

Son prácticas prohibidas (*art. 46, 3*): a), las que fijan precios o condiciones para las transacciones con terceros; b), reparto de mercados; e), medidas discriminatorias en perjuicio de empresas determinadas; d), acuerdos limitando la producción o fijando contingentes; e), acuerdos impidiendo mejora o puesta en marcha de procedimientos técnicos; f), acuerdos extendiendo el uso de derechos resultantes de patentes, marcas de fábrica, derechos de autor o de reproducción a materias que no entran en el cuadro de estos privilegios; g), prácticas análogas calificadas de restrictivas por la Organización.

b) El tratado de la Comunidad europea del carbón y del acero firmado en 18 de abril de 1951 regula la materia fundamentalmente en los artículos 65 y 66. Por su parte, el artículo 4.º prohíbe: 1. Los derechos de entrada o salida o tasas equivalentes. 2. Las medidas discriminatorias. 3. Las restricciones cuantitativas a la circulación. 4. Las subvenciones o ayudas acordadas por los Estados. 5. Las prácticas restrictivas tendentes al reparto de mercados.

c) El Tratado de Roma de 1957, creador de la Comunidad Económica Europea, artículos 85 a 94. Según José VERDE ALDEA (*R.D.M julio-septiembre 1961*), el sistema se asemeja al alemán porque la práctica queda prohibida en principio y es ilegal, precisando la subsanación o rehabilitación de la autoridad administrativa. De acuerdo con este autor, podemos agrupar los preceptos en cuatro grupos: a), prohibición y nulidad de acuerdos y prácticas que sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y que puedan tener como efecto el impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior de la Comunidad (*arts. 85 a 90*); b), se establecerán medidas reglamentarias para evitar el *dumping* (art. 91); e), prohibición de ayudas concedidas por los Estados cuando por favorecer a determinadas empresas o productos falseen su competencia; d), se adoptan medidas para evitar que se conviertan las tarifas de transporte en mecanismo para reducir la competencia.

Sigue pendiente el problema del desarrollo reglamentario del tratado y su vigente efectiva en los países firmantes.

2.3. *Derecho* español.-Veamos qué normas existen en el ordenamiento jurídico español sobre la materia.

2.3.1. *Derecho privado*.-No se encuentra en nuestro Derecho privado una regulación semejante a la contenida en el Código civil italiano.

Aparece, sin embargo, en la Ley de 17 de julio de 1961 de Sociedades Anónimas, artículos 142 y siguientes, la regulación de los supuestos de fusión o absorción de estas sociedades. A pesar del principio de protección prevalente del interés general que informa gran parte de la Ley, ningún precepto se plantea el problema de las

situaciones de monopolio que puedan derivarse de algunas fusiones. Ciertamente que la cuestión escapaba a los fines jurídico-privados de la ley, pero también lo es que sus artículos 171 y 151 prevén supuestos de intervención gubernativa en casos de conveniencia de la economía nacional. Pudo haberse adoptado la norma al tratar de los requisitos del acuerdo o al regular los casos de oposición de terceros a la fusión en el artículo 145.

Por otra parte, la ley no desconoce la posibilidad de otras formas de unión o acuerdos entre sociedades si bien excluye su regulación de su ámbito de aplicación. El artículo 149 dice que "lo establecido en los artículos anteriores no afectará a los convenios de sindicación (es decir, convenios de cartel) u otras formas de unión de Sociedades, en los que éstas continúen existiendo sin alteración de su personalidad jurídica".

2.3.2. *Derecho penal.*-El Código penal español, en su libro II, título XIII, capítulo V, trata de lo que llama "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas".

Dedica a ello los artículos 539 a 541.

A pesar de incluirse en el título de los delitos contra la propiedad, el bien jurídico protegido es la libertad económica, porque estos artículos, que arrancan del viejo Código de 1848, están inspirados en la más clásica savia liberal (Cfr. Quintano RIPOLLÉS, *Derecho penal*, t. JJ, pág. 362).

El artículo 539 castiga a los que "solicitaran dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaran alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, con el fin de alterar el precio del remate". El alcance de este artículo es muy concreto porque se limita a las subastas públicas.

Mucho más sugestivo es el artículo 540, que dice: "Los que esparciendo falsos rumores o usando de cualquier otro artificio consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia de mercancías, acciones, rentas públicas o cualquiera otras cosas que fuesen objeto de contratación, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas."

A primera vista este artículo recuerda al célebre artículo 419 del Código penal francés; pero vamos a emplear la hermenéutica penal para perfilar su verdadero alcance:

A) No puede pensarse, ni mucho menos, en que con este artículo disponemos de una norma penal antitrust, porque la definición del tipo delictivo es muy limitada, si bien indica vagamente una preocupación por el legislador de garantizar lo que llama los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia.

B) Para que haya delito es necesario:

1. Que se empleen falsos *rumores* o cualquier otro artificio con la intención de alterar los precios. El problema es que entiende la ley por artificio. Creemos que al situar esta palabra inmediatamente a continuación de la expresión "falsos rumores", es para continuar y extender el sentido de ésta. Es decir, que, como expone Groizard (*Tomo VII, pág.392*), no se incluyen las coligaciones porque artificio significa en el sentido del precepto, una conducta engañosa y fraudulenta. Según esta interpretación, será artificio un acaparamiento de mercancías para subir los precios, pero no un mero acuerdo de varias empresas fijando precios. Por la misma razón no habrá delito si los rumores no son falsos, sino verdaderos.

Esta interpretación de limitar el alcance del artículo a las maniobras fraudulentas viene reforzada cuando el artículo siguiente añade: "Cuando el fraude expresado en el artículo anterior..."

Nos separamos con esto de la opinión de Puig PEÑA, que sostiene la aplicación a las coligaciones en general (*Derecho Penal, pág. 482, t.II*).

2. Que se produzca el resultado de alteración de precios. Si no se llegan a alterar se trata de la falta del artículo 574, número 1. Toda la extensa gama de prácticas monopolísticas que se refieren, por ejemplo, a la producción, al mercado, etc., quedan fuera del artículo.

3. Los precios alterados son los "naturales que resultarían de la libre concurrencia". Por tanto, todos los casos de intervención-oficial en los precios se excluyen. Aun así, habría que conocer cuáles son los precios que resultarían en un régimen de libre concurrencia, con lo que se arroja sobre las partes acusadoras la carga de una prueba casi imposible de practicar, en un sistema donde prevalece el dirigismo económico o una política comercial proteccionista. A esta dificultad de prueba atribuye ANTÓN ONECA que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este artículo.

C) Resulta, por tanto, que interpretado este artículo a la luz de la técnica penal su fuerza punitiva como instrumento de lucha contra las prácticas monopolísticas es mínima.

El artículo 541 se limita a agravar las penas cuando se trata de artículos de primera necesidad, y añade: "Para la imposición de estas penas bastará que la coligación haya comenzado a ejecutarse." Es decir, que no exige el resultado. Pero emplea el término "coligación", que también utilizaba el Código de 1848, limitándolo a las que trataban de alterar los salarios.

ANTÓN ONECA limita la coligación al artículo donde se encuentra aludida, es decir, al 541. No se ve, sin embargo, dificultad por interpretación sistemática en referirla también al 540, sin que en ninguno de los casos sea preciso que haya coligación para que exista delito; pero a la inversa, tampoco basta la mera coligación si no se emplean falsos rumores u otro artificio.

Por otra parte, la Ley de 28 de abril de 1946 y el D.-L. de 7 de mayo de 1947 incluyen en el artículo 540 la exigencia de primas o de inversión de acciones de las sociedades constructoras de inmuebles como requisito para la ocupación de viviendas.

Hay que relacionar también con esta legislación la Ley de 26 de octubre de 1939 y concordantes, atribuyendo carácter penal a determinados hechos en materia de abastecimientos. Esta Ley no fue alcanzada por la cláusula derogatoria del artículo 604 del C. P.

En resumen, no puede decirse que nuestra legislación penal contenga una persecución eficaz (los hechos desde 1848 lo han demostrado) contra las prácticas monopolísticas. Añadiremos nosotros por nuestra cuenta que no es la norma penal por sí sola la panacea, puesto que no se trata sólo de un problema de represión, sino de regulación y prevención.

2.3.3. *La política fiscal.*-La cuestión primera que en este punto nos sugiere la política fiscal es la de su suficiencia, como procedimiento disuasorio o regulador, en su caso, de las prácticas monopolísticas. La segunda consiste en la virtualidad y oportunidad de utilizar la técnica impositiva con finalidades extratributarias. Cabe considerar aquí todos los inconvenientes que señaló certeramente el profesor *SAINZ DE SUJANDA*, propugnando una legislación rígidamente ortodoxa y recaudatoria.

Podemos, a este respecto, hacer aquí una larga cita de M. LAURE (*Política Fiscal. Ed. Derecho Financiero, pág. 364*), que mantiene una postura de abierto escepticismo: "Es difícil ejercer sobre la economía una influencia directa a través del mecanismo de la fiscalidad porque, lógicamente, los impuestos son instrumentos concebidos para recaudar y no para orientar actividades... Parece razonable que el último medio a que se debe recurrir para ejercer una función de dirección sea el instrumento fiscal; o lo que es lo mismo, que solamente se le debe emplear como suprema reserva cuando todos los restantes procedimientos ensayados hayan fracasado... Es cierto que podría pensarse en un intervencionismo fiscal ejercido por medio de gravámenes suplementarios (o supergravámenes) aplicados a aquellas actividades que interesa entorpecer, en lugar de servirse de desgravaciones concedidas a aquellas otras que se pretende estimular. Hay, efectivamente, países que utilizan la fiscalidad en esta forma, pero se trata de naciones en las que no imperan los principios políticos que distinguen a las democracias occidentales. En estas últimas está demasiado vivo el sentimiento de la libertad económica, por lo que no se puede pretender aniquilarlo a fuerza de impuestos..." Este punto de vista, llevado a sus consecuencias últimas, implica la negación de la legitimidad de la política fiscal, por lo que resulta inadmisibile.

Pero ocurre, sin embargo; que la cuestión no se presenta con límites tan definidos, porque junto a razones de política fiscal específica, cabe pensar en argumentos nada desdeñables de justicia tributaria.

Este argumento consiste en lo siguiente: si se parte como hecho consumado de la existencia de situaciones monopolísticas que no es oportuno reprimir directamente, lo cierto es que las empresas que se ven favorecidas por esta condescendencia oficial disfrutan en el mercado de una posición privilegiada que les permite obtener beneficios que no lograrían en un régimen de normal competencia. Esta situación económica privilegiada debe ser objeto por razones de justicia de un régimen tributario también excepcional, cuya finalidad no es ya solamente la de política fiscal de desalentar una actividad, sino la puramente tributaria de absorber parte de sus grandes beneficios.

Esta doble motivación de política fiscal y justicia impositiva mueve en nuestra patria a la Ley de 26 de diciembre de 1957 a tocar este punto.

En la exposición de motivos, después de propugnar para el Impuesto de Sociedades un tipo proporcional, indica que este tipo "tiene como serio inconveniente el trato favorable que supone para las empresas que consiguen incrementar sus beneficios por encima del nivel correspondiente a la renta de las empresas de producción y comercio de libre competencia, como consecuencia del dominio que ejercen sobre un determinado ramo de la producción nacional. Con el propósito de corregirlo conviene señalar un coeficiente de incremento en el tributo para gravar más fuertemente aquellas actividades cuando la realidad las denunció claramente como merecedoras de este trato diferencial".

Aparece así en la Ley de 26 de diciembre de 1957 el artículo 75: "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 competencia, podrá acordar, por Decreto dictado para una "actividad determinada, la aplicación de un gravamen complementario que no podrá exceder del 15 por 100 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."

Este precepto se desarrolló por Orden de 6 de febrero de 1958, donde se dictan normas de procedimiento: son las Oficinas gestoras, los Jurados fiscales y las inspecciones provinciales del Tributo quienes iniciarán la actuación administrativa.

La lectura de este artículo mueve a las siguientes consideraciones:

1.-Está inspirado no sólo en motivos de política fiscal, sino en razones de justicia tributaria, puesto que el legislador parte de la existencia en nuestra patria de situaciones monopolísticas no prohibidas.



2.-Acaso por la amplitud con que está formulado no ha dado lugar a aplicaciones concretas.

3.-Sería conveniente especificar que el gravamen no se aplica a una "actividad determinada", sino a empresas determinadas dentro de una actividad, puesto que son sólo las empresas, privilegiadas y no la totalidad del grupo el sujeto pasivo del impuesto.

4.-Asimismo hubieran podido fijarse en la propia ley el resto de los elementos de la relación tributaria, en vez de dejarlo a los Decretos correspondientes.

5.-Este gravamen aparece estructurado en el Impuesto de Sociedades, pero en rigor debe extenderse a los contribuyentes individuales sujetos a la cuota de beneficios.

6.-La norma, en su conjunto, debe ser objeto de elogio porque representa la primera preocupación en nuestra patria por el tema de las situaciones monopolísticas, y el deseo por el legislador de efectuar una primera toma de contacto con la cuestión.

Pero no todas las medidas adoptadas desde el ángulo fiscal tienen un acento antimonopolístico. Existe una segunda norma en la Ley de 26 de diciembre de 1957 que viene a reforzar el carácter circunstancial -hic et nunc- de toda esta materia: la necesidad de concentración en amplios sectores de nuestra economía origina la aparición del art. 135 del propio texto legal, que, no obstante, se cuida de salvar de su desgravación las concentraciones monopolísticas.

Se trata en definitiva, no va de la concentración financiera, sino, sobre todo, de la concentración técnica. Podríamos hacer una cita de GREENWALT al respecto: "la concentración puede ser deseable y hasta indispensable si significa que mediante una concentración de dinero, ingenio y dirección se realiza un trabajo que de otro modo no se haría" (*Antitrust: antes y ahora*, en *Tendencias del pensamiento económico contemporáneo*. SANMUELSON. Aguilar). Al parecer, nos encontramos lejos de los peligros de monopolio: la concentración técnica como medio de lograr una producción más racional y eficiente es un instrumento importante del desarrollo económico; pero la cuestión no siempre se presenta tan clara, como veremos después. Por lo demás, el tema de la concentración técnica es una interrogante de evidente importancia en España, cuyo estudio no puede ni siquiera plantearse aquí.

Orientado en esta dirección el art. 135 de la ley arriba citada, dice: "Se autoriza al Ministerio de Hacienda para conceder, previo informe (le la Organización Sindical, exención del Impuesto del Timbre, Derechos reales y Emisión de Valores Mobiliarios a los actos de constitución de Sociedades o de integración de empresas agrícolas, industriales o comerciales, cuando tales actos de concentración, sin tener carácter de monopolio, beneficien a la economía nacional."

Brevemente podemos subrayar algunos aspectos de esta norma. En primer lugar, la desgravación no distingue entre firmas de concentración; parece que se habla de

concentración en el amplio sentido de la palabra. En segundo lugar, la exención se limita al acto en que la integración se realiza (*Timbre, Derechos reales, Emisión*). Se emite toda desgravación por otro concepto. Podemos contraponer esta norma al régimen de Derecho comparado, donde afecta a veces a los beneficios o plusvalías de las fusiones, como indican BROCHIER Y TABATONI (*Economía financiera*, pág. 269) respecto al art. 115 del Código General de Impuestos de Francia.

De otro lado, acaso hubiese sido deseable una conjugación mayor de este art. 135 con el 75 del propio texto de 1957 o una mayor precisión de lo que por monopolio se entiende en el primero, puesto que podía ocurrir que lo que se desgrava en el momento de nacer tenga que someterse a gravamen suplementario durante su desenvolvimiento por obtenerse beneficios superiores a los logrados en régimen de libre concurrencia o sencillamente porque la concentración que no fue monopolística en su origen adquiriera luego por su mecanismo natural este carácter.

Con ello tocamos fondo en lo que es la contrapartida del problema de toda legislación antitrust: la concentración financiera puede no ser deseable, pero sí lo es casi siempre en la era de la automatización la concentración técnica. Discriminar ante la empresa de grandes dimensiones cuándo se trata de una concentración financiera con fines de dominación del mercado y cuándo de una concentración técnica en busca de una dimensión óptima de producción, es tarea nada fácil (*Cfr. sobre este punto, JACQUES GERMAIN, La capitulisme en cuestión. París, 1960*).

El estudio de ambas normas de la Ley de Reforma Tributaria de 1957 de certera orientación y evidente novedad en nuestra Patria, demuestra por sí solo la necesidad de desarrollo legislativo y técnico de la política fiscal sobre esta materia.

De esta lectura de nuestra legislación tributaria podemos, por tanto, deducir algunas conclusiones: a), preocupación manifiesta del legislador por este tema; b), reconocimiento explícito de la existencia en nuestra Patria de situaciones de monopolio; c), declaración de que las empresas favorecidas por estas situaciones disponen de unos beneficios extraordinarios; d), necesidad de concentración de empresas en algunos sectores de la economía nacional.

2.3.4. *La política comercial y arancelaria.*-No puede decirse que la política comercial sea directamente un instrumento de lucha antimonopolística.

Pero, a la inversa, una política de protección arancelaria excesiva puede dar vida a su sombra a verdaderas situaciones de monopolio. En este punto son alentadoras las palabras del último discurso del señor ministro de Comercio sobre una política futura a largo plazo, indicando que los derechos coyunturales y transitorios "sólo subsistirán durante el plazo conveniente si muestran estar situados a nivel adecuado; de lo contrario serán oportunamente corregidos".

Dispone, sin embargo, la política arancelaria de algún instrumento directo frente al

monopolio. Podemos destacar aquí, de las palabras del propio señor ministro, el juego de la admisión temporal:

"Es algo más que un arma para favorecer la exportación; puede ser, y a veces ha sido; útil para romper determinadas situaciones monopolísticas de suministro en la economía nacional. A un escalón industrial que trabaja con algo *producido* por otro escalón anterior, cuando éste restringe el suministro o no cuida la calidad de sus productos, suministrarle ese artículo en plan de admisión temporal puede permitirle trabajar por lo menos con una parte de su capacidad de producción, para el exterior, y librarle de ese dogal".

2.3.5. Resumen.-El breve itinerario que ofrece nuestro Derecho y que hemos recorrido a grandes pasos nos presenta un paisaje vacío. Veremos luego que la legislación antimonopolio por sí sola no es suficiente. Pero esto no quiere decir que no sea necesaria.

El legislador, por otra parte, no ha *sido* ajeno a esta necesidad: el D.-L. de 21 de julio de 1959 sobre ordenación económica declara en su art. 3 que el Gobierno propondrá a las Cortes y 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.

Estas normas no han aparecido todavía.

### 3. REFLEXIONES SOBRE BASES DE REGULACIÓN.

3.1. *Necesidad.*-La previsión contenida en el D.-L. de 1959 no ha sido aún cumplida. Pero es evidente que no basta un planteamiento del asunto sobre la base de simples medidas parciales. Se hace precisa una regulación sustantiva total por una serie de razones que han ido apareciendo a lo largo del trabajo. Recordemos brevemente:

a) Razón de justicia. Únicamente un tratamiento profundo del problema puede suprimir y evitar la gestión de situaciones injustas. La posición de privilegio para unos, y de fuerte desventaja para otros con la repercusión indudable en los consumidores, lastima fuertemente la justicia. Esta razón por sí sola basta para emprender la tarea.

b) Razones económicas. D. MANUEL DE TORRES hablaba del gran *cáncer que* impide el progreso económico del país. Aquí las citas podrían ser abundantísimas.

c) Razones de orden internacional. Hemos hecho breves referencias a los últimos tratados internacionales de importancia en que se recogen disposiciones que representan hoy un verdadero estado de opinión mundial acerca de este punto. Cierto es que no está resultando sencillo su desarrollo por las diferencias de matiz en la regulación de cada país. Pero resulta indudable que no es posible apartar los ojos del cuadro internacional.

Frente a la laguna legal con que nos encontramos es posible hacer, *de lege ferenda* y, con todo género de reservas y condiciones, un esquema de lo que podría contener un planteamiento real del problema en nuestra Patria.

### 3.2. Base económico-políticas.

A.-Creación de una plataforma desde la que pueda moverse toda la legislación antimonopolística. Esta base es muy amplia. Comprende el fomento de una atmósfera social, económica y política de liberalización. Se han señalado como principios necesarios y suficientes de un mercado (*E.E.U.U., pág. 12, "Documentmition frangaise", Ensenses es monopofes.*

a) La conveniencia de que exista un número apreciable de fuentes de aprovisionamiento y de compradores virtuales del producto.

b) Compradores y vendedores deben ser sensibles al estímulo de las ganancias y pérdidas. Las subvenciones y protecciones de envergadura pueden desinteresar a determinados grupos del mercado real.

e) Ninguno de los empresarios debe ser capaz de coaccionar a sus rivales ni ser de una talla tal que los otros miembros de la rama se vean en la imposibilidad de arrebatarle parte importante de sus ventas si ofrecen mejores condiciones.

d) Las decisiones comerciales de producción, precios, etcétera, deben ser tomadas por cada comprador o vendedor separadamente y sin acuerdo con la competencia.

e) Los competidores recién llegados deben encontrarse en el mercado sin otro *handicap* que el que se resulta automáticamente del hecho de que los otros están ya establecidos.

f) No debe existir ningún estatuto preferente en el mercado en favor de un comprador o vendedor o un grupo de ellos, sino el que resulte de las disposiciones legales, las cuales deben mantener la-neutralidad posible. Quedan a salvo las normas dirigidas a lograr una mayor justicia social.

Algunos de estos puntos son de difícil proyección en una estructura económica como la española. Por otra parte, será necesario discriminar aquellos aspectos que el Estado no puede abandonar en una economía dirigida. Se trata de un problema económico-político de alto bordo. Lo importante es la fijación clara y sin titubeos de un rumbo, y que penetre abiertamente la necesidad de instaurar la competencia en nuestra economía. El paso es duro. Se ha escrito que equivale a persuadir a una persona anormalmente baja a que se ponga frente a la pared para medir su altura (*Machinery and Allied Products Institute. Chicago, 1948. Reproducido en SAMUELSON, Tendencias del pensamiento económico. "Aguilar", pág. 256).*

B) Previa actuación legislativa para eliminar todos los obstáculos estatales a la libre

conurrencia que se estimen nocivos. El alcance de estos obstáculos estatales nacidos muchas veces para situaciones completamente distintas a las actuales, ha sido apuntado con anterioridad.

Si esta eliminación no se produce, es inútil intentar cualquier política antimonopolística. Gran parte de las situaciones restrictivas desaparecerán al desaparecer las disposiciones legales que las favorecen. Solo entonces, establecidas las reglas del juego, podrá pensarse en prevenir o reprimir sus infracciones.

Para esta premisa sería necesario llegar con serenidad de juicio e independencia absoluta a los siguientes problemas que debería enfocar dicha Comisión interministerial.

a) Estudio de la totalidad de reglamentaciones e intervenciones oficiales que se estima pueden originar situaciones de restricción de la concurrencia. El problema no es sólo estatal, sino que se plantea en la esfera local. Muchas de estas reglamentaciones se originaron por razones hoy, extinguidas. A su amparo se han creado después enormes tinglados de grupos de intereses y de presión que harán difícil su descomposición. Sin embargo, considero fundamental esta primera liberalización reglamentaria para poder llegar a una legislación antimonopolio eficaz y sincera.

Otras situaciones perviven por inercia, como es la enorme cantidad de concesiones administrativas que confieren situaciones de monopolio a lo largo de todo el panorama español. MARTÍNEZ USEROS escribe al respecto que "como los monopolios ofrecen graves dificultades teóricas y prácticas -atentar la ley natural de la libertad de trabajo, alterar la ley natural del valor y de los precios, etc., en buena teoría aquellos no deben ser establecidos con interferencias de intereses de lucro de tipo privado, sino sólo cuando la superioridad que entrañan beneficie a la comunidad sin privilegio especial para ninguno -de sus miembros" (*t. I, pág. 336*).

Cuando, no obstante, este régimen sea necesario, habrá que acudir a una estrecha regulación directa.

b) Avance en la liberación del Mercado exterior. La protección excesiva cuando estorba la competencia fomenta situaciones monopolísticas que difícilmente serían evitadas simplemente con una ley antimonopolio. Insisto en destacar la certera política que en este punto anunció el señor Ministro de Comercio.

c) Es cierto que la Empresa pública puede cumplir una importante misión para romper situaciones de monopolio. Acaso sea ésta una de las más importantes misiones de la Empresa pública en nuestra patria. Pero es cierto también que puede abusarse de situaciones privilegiadas. RAMÓN TAMAMES habla de la necesaria "creación de un tribunal o Servicio jurisdiccionalmente independiente, que ejerciese un control general sobre los precios fijados para sus bienes y servicios por las

empresas públicas y ante el cual pudieran reclamar todos los usuarios o clientes de las mismas, así como las empresas privadas competidoras, para evitar discriminaciones a favor de las empresas nacionales" (I.C.E., ENERO 1961). La delimitación de los sectores de actuación de la empresa pública es una materia delicadísima que se sitúa también allende la mera ordenación jurídica.

d) La Organización Sindical, instrumento de primera fila en la economía española debe prestar su voz y su colaboración. Los acuerdos sobre producción y precios dentro del marco de la misma, deben ser severamente controlados cuando originen o estimulen situaciones de restricción de competencia. La colaboración de la Organización Sindical en la creación de esta plataforma antimonopolística es inestimable. Aspecto importantísimo es el del cooperativismo que puede representar una eficaz línea de conducta en muchos casos.

3.3. *Bases jurídicas.*-Sería ingenuo pretender la implantación en forma violenta y radical de un drástico sistema represivo. Jamás han sido eficaces las medidas radicales impuestas sin contacto con la realidad. La marcha debe ser lenta y ajustada a los intereses del país. La legislación deberá gravitar en un principio moderadamente sobre tres puntos: 1. No todo cartel o acuerdo o entente es ilícito sino cuando es contrario a la economía nacional ( Cfr. VAN ALPHEN DE VEER sobre la economía holandesa en la op. Cit. O. E. C. E. "Las ententes pueden ser muy útiles no solamente a las partes integradas, sino también al interés nacional pueden citar el derroche de capital y favorecer una producción nacional...") o asume características o modalidades específicamente prohibidas. 2. Debe reconocerse, por tanto, la posibilidad de ser creados estatalmente por las mismas razones de interés nacional. 3. Debe reprimirse todo abuso de posición dominante en el mercado.

La elaboración de una legislación específicamente antimonopolística comprende dos aspectos, el orgánico o institucional y un segundo aspecto sustantivo.

3.3.1.- Legislación *orgánica.*-Debe estructurarse sobre dos organismos: uno administrativo y otro judicial;

a) Comisión administrativa. Ha de estar dotada de gran independencia, "agilidad y eficacia; compuesta preferentemente por expertos. Funciones fundamentales serían:

a') Llevanza de un Registro oficial de acuerdos entre empresas relativas a precios, producción o mercado. Este Registro disfrutará de publicidad. La inscripción de los acuerdos, que constarán obligatoriamente por escrito, es necesaria para su validez. Este organismo administrativo autorizará la inscripción si el acuerdo no está incluido en ninguna de las prohibiciones previstas por la ley. Contra su decisión cabe recurso jurisdiccional.

b') En los casos de infracción: por ejemplo, por falta de presentación de acuerdos o de expresión escrita, falsedad en los hechos o ulterior desviación de las cláusulas del acuerdo, iniciará el correspondiente expediente realizando todo el trabajo sumarial y

de preparación de pruebas.

El expediente ultimado se remite al Fiscal del órgano jurisdiccional. Sin embargo, en determinados casos de menor importancia, si del desarrollo del expediente se hubiera demostrado efectivo incumplimiento de la legislación sustantiva, la Comisión dictaría un acuerdo que pondría en conocimiento de los interesados ordenando suspender y desmontar el mecanismo prohibido concediéndoles un plazo. Si transcurrido el plazo, ello no ocurre, se remitirá automáticamente el expediente al Órgano jurisdiccional.

c') Recepción de las denuncias particulares, con las que se iniciará expediente que recibirá el mismo tratamiento.

d') Esta Comisión debe estar dotada de amplios medios económicos y recursos de toda índole, puesto que resulta pieza esencial del sistema.

b) Órgano jurisdiccional.

a') Tribunal.-Puede estar constituido por una sala especial en el Tribunal Supremo, compuesta por Magistrados nombrados por procedimiento similar a las actuales Salas de lo Contencioso.

b') Fiscal.-Debe actuar la misma Fiscalía del Tribunal Supremo. Recibe los expedientes de la Comisión y formula la oportuna querrela ante-el propio Alto "Tribunal. Sólo el Fiscal ejercita la acción penal y la civil indemnizatoria, para evitar un sistema fácil de chantajes. Los particulares se limitan a denunciar ante la Comisión.

3.3.2. *Legislación sustantiva.*-Hay que partir de una legislación preventiva-represiva en que no se rechacen todas las ententes al modo americano, sino aquellas que no reúnan-los requisitos legales, a las cuales se les niega la inscripción. Resulta medio factible de adaptar la legislación antimonopolística a las especiales características de nuestra economía, permitiendo así una sana flexibilidad que permita acordarla a los altos intereses del país.

Podemos hacer una breve enumeración de los puntos esenciales de esa legislación:

1. Definición y enumeración de acuerdos prohibidos. Conviene emplear primero una definición general seguida de una enumeración exemplificativa.

2. Definición del concepto penal del abuso de posición dominante en el mercado. Este aspecto que trata de las situaciones de monopolio queda fuera del Registro de ententes si no hay acuerdo. Debe definirse en forma semejante al artículo 86 del tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957. El procedimiento consiste en la iniciación del expediente una vez denunciado o conocido el abuso por la Comisión que podrá, si resulta probado el hecho, o remitirlo

al órgano jurisdiccional o imponer sanción administrativa concediendo un plazo para su cesación.

3. Delimitación de excepciones.-Materia sumamente delicada donde juegan multitud de factores de todo tipo.

Posiblemente sería útil importar la cláusula británica del interés público como válvula de escape de la excepcional.

4. Fijación de tipos delictivos y sanciones.-Determinación de los casos de previa actuación y sanción por la Comisión administrativa que se refiere a casos de mera infracción de este tipo. La actuación de una Comisión administrativa como medio disuasorio para la empresa y preparatorio del proceso penal puede ser muy flexible y de hecho lo ha sido en varios países.

Las sanciones administrativas y las penas jurisdiccionales deben ser multas. A veces pueden calcularse con base al beneficio obtenido ilícitamente que quedará confiscado. La medida de carácter fiscal del artículo 75 de nuestra ley de 26 de diciembre de 1957 debe revertir en esta legislación porque o el beneficio es ilícito y entonces debe confiscarse sin necesidad de recurrir a un impuesto, o es lícito y entonces ha de estar sujeto al régimen ordinario. Por otra parte, conviene declarar la aplicación subsidiaria de las normas contenidas en la legislación penal española sobre participación en el hecho y fijación de las penas, y en especial la contenida en el artículo 101 del Código Penal.

5. Elaboración de normas procesales de dos tipos. - a) Las que regulan las reglas de procedimiento de la Comisión, basadas en una gran flexibilidad de movimientos. b) Las que determinan la fase puramente judicial sobre bases de gran celeridad y eficacia; pero también con la totalidad de las garantías procesales.

Pongo así fin a mis palabras con la impresión desoladora de que es muy poco lo dicho y mucho lo que había que decir. Bastaría, sin embargo, si han servido como un antiguo "siste viator" para invitaros a pensar con mucho más acierto que yo sobre cuestión tan ardua y urgente.

He dicho.