

Fundación

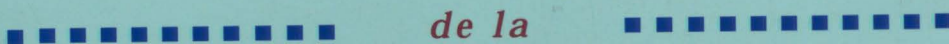


Fundación



Anuario de la Competencia 1996

A N U A R I O



de la

C O M P E T E N C I A

1 9 9 6



MARCIAL PONS

La defensa de la competencia en España ha incrementado su trascendencia en los últimos años de forma espectacular. Se ha convertido en un instrumento crucial en distintos sectores para la defensa del interés público consistente en el mantenimiento de una competencia suficiente en el mercado y, cuanto menos, ha permitido la apertura de debates intensos sobre determinadas intervenciones públicas en los comportamientos empresariales.

El **Anuario de la Competencia** recopila de forma ordenada y sistemática todos los datos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia. Para ello se da cuenta de la actividad de los distintos órganos administrativos y judiciales que operan en esta materia (Servicio de Defensa de la Competencia, del Tribunal de Defensa de la Competencia, de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo, de la Comisión Europea, del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), de las novedades normativas acontecidas, de documentos específicos de relevancia y de las publicaciones aparecidas en el año 1996.

Asimismo, el **Anuario de la Competencia** pretende promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica. Para ello recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones relevantes para el desarrollo de la política de la competencia y concretas resoluciones o sentencias dictadas en el ejercicio 1996.







# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

ANUARIO DELLA COMPETENZA  
1996

Obténate el Anuario de la Competencia 1996

## ANUARIO DE LA COMPETENCIA

1996

El Anuario de la Competencia 1996 es el primer libro de referencia que ofrece una visión general de la competencia en España. Incluye información sobre los organismos competentes, los procedimientos de resolución de conflictos, los recursos disponibles y los servicios de asesoramiento. Es una herramienta esencial para todos aquellos que se enfrentan a problemas de competencia.

Este Anuario de la Competencia 1996 es el primer libro de referencia que ofrece una visión general de la competencia en España. Incluye información sobre los organismos competentes, los procedimientos de resolución de conflictos, los recursos disponibles y los servicios de asesoramiento. Es una herramienta esencial para todos aquellos que se enfrentan a problemas de competencia.

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

## Colaboran en el Anuario de la Competencia 1996

Aurelio Alonso-Cortes Concejo  
*Presidente de la Comisión de Defensa de la  
Competencia. CEOE*

Andrés Betancor Rodríguez  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III*

Helmut Brokelmann  
*Abogado*

Juan Manuel Fernández López  
*Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la  
Competencia*

Miguel Ángel Fernández Ordóñez  
*Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico  
Nacional*

Santiago Martínez Lage  
*Abogado*

Vicente Montes Gan  
*Subdirector General de Informes sobre  
Concentraciones, Adquisiciones y Ayudas Públicas  
Tribunal de Defensa de la Competencia*

Luciano Parejo Alfonso  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III*

Eduardo Paricio Rallo  
*Director Técnico de la Federación de Municipios  
de Cataluña*

Mercedes Pedraz Calvo  
*Magistrado de la Sección Sexta, Sala de lo  
Contencioso-Administrativo de la Audiencia  
Nacional*

Amadeo Petitbò Juan  
*Presidente del Tribunal de Defensa de la  
Competencia*

Isabel Sánchez García  
*Subdirectora General de Estudios  
Tribunal de Defensa de la Competencia*

Pilar Sánchez Núñez  
*Asesora  
Tribunal de Defensa de la Competencia*

Daniel M. Tomasevic  
*Abogado*

Ramón Torrent  
*Director en el Servicio Jurídico del Consejo de la  
Unión Europea*

Xavier Vives  
*Instituto de Análisis Económico, CSIC*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona

Fundación ICO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 1998 BARCELONA

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA

1998

Publicado por el Instituto de la Competencia (ICO)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

DE LA COMPETENCIA

1998

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fundación ICO

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

ISBN: 84-7248-488-2  
Depósito legal: M. 5.735-1998

Fotocomposición: Infortex S. L.  
Impresión: Closas-Orcoyen, S. L.  
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)  
MADRID, 1998

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO (Fernando BECKER ZUAZUA) .....	13
PRESENTACIÓN. La Competencia en España. 1996 (Lluís CASES).....	17
<b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
El Tribunal de Defensa de la Competencia y la promoción de la competencia en España (Amadeo PETITBÒ JUAN) .....	29
La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia (Miguel Á. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ).....	59
Concentración y competencia (Xavier VIVES) .....	71
Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo (Luciano PAREJO ALFONSO) .....	87
Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: el control de las concentraciones (Santiago MARTÍNEZ LAGE y Helmut BROKELMANN) .....	119
Medidas cautelares en el Derecho de la competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ) .....	139
Derecho de la competencia en los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Europea (Ramón TORRENT).....	161
Las agencias de defensa de la competencia y la desregulación: el TDC (Aurelio ALONSO-CORTES CONCEJO).....	183
<b>SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS</b>	
Los acuerdos de fijación de precios. Un análisis de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1996 (Vicente José MONTES GAN).....	219



La medida cautelar 10/96, Airtel - Telefónica, desde una perspectiva económica (Isabel SÁNCHEZ GARCÍA y Pilar SÁNCHEZ NÚÑEZ).....	229
Sobre la liberalización de la ordenación de la calidad industrial, la sustitución de la homologación y discrecionalidad administrativas por la homologación y discrecionalidad privadas y el desconocimiento por el TDC de principios básicos del derecho administrativo sancionador (Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ).....	239
Análisis de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de Derecho de la competencia (Mercedes PEDRAZ CALVO) .....	253
Commentaire de l'arrêt VIHO de la Cour de Justice des Communautés Européennes (Daniel M. TOMASEVIC) .....	261
La Administración local y el principio de defensa de la competencia. Jurisprudencia del TDC (Eduardo PARICIO RALLO).....	271
<b>TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS</b>	
Servicio de Defensa de la Competencia .....	283
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	287
Audiencia Nacional.....	303
Tribunal Supremo .....	305
Comisión Europea.....	307
Tribunal de Primera Instancia.....	319
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .....	323
<b>CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS</b>	
España .....	329
Unión Europea .....	331
<b>QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN</b>	
Intervención de don José María Aznar en el debate sobre la investidura del Candidato a la Presidencia del Gobierno. Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el viernes 3 de mayo de 1996.....	337





## PRÓLOGO

### ¿LÍMITES A LA DISCRETIONALIDAD?

## ABREVIATURAS

CMLR	Common Market Law Review
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ECLR	European Competition Law Review
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RJAP-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb





## PRÓLOGO

### ¿LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD?

La economía española ha superado brillantemente los sucesivos impulsos de liberalización y apertura que se han producido en la segunda mitad del siglo que termina. El proceso se inicia con el Plan de Estabilización de 1959, pasando por los sucesivos acuerdos: Preferencial con la CEE en 1970, de Adhesión a las Comunidades Europeas en 1985, el Acta Única Europea de 1987 y la próxima integración en la Unión Monetaria en 1999. Se cierra así, un proceso de intensas transformaciones de índole cultural, económica, jurídica y social, que permiten a España pertenecer a un selecto club de los países más desarrollados del mundo, ocupando el décimo lugar en el *ranking* de las economías más avanzadas.

Los impulsos antes mencionados han disfrutado de un denominador común: «la liberalización de nuestra economía» que se ha abierto paso hacia un contexto de progresiva globalización de la economía internacional, y que ha generado importantes efectos de localización y deslocalización de empresas a la vez que efectos de creación y desviación de comercio.

La estabilidad económica se ha convertido en una condición necesaria para el desarrollo y el progreso. A pesar de los problemas que todavía padecemos, como es el alto índice de desempleo, es razonable aceptar que hemos evolucionado hacia una situación indiscutiblemente mejor en todos los aspectos que analicemos. La estabilidad institucional, macroeconómica y social se han alimentado gracias a mayores dosis de libertad. La economía española se encuentra entre las más abiertas, si lo medimos a través del peso de nuestro sector exterior en porcentaje del P.I.B. (52,7 por ciento en el año 1996). Este ratio se ve reforzado además con los intensos procesos de privatización y desregulación que se han emprendido recientemente. Asimismo, el peso del sector público en la economía ha comenzado una nueva tendencia hacia el achicamiento, de manera que el gasto de Estado se reduce en términos del P.I.B. para el año 1998 (22,87 por ciento), en relación con el año precedente (23,42 por ciento).

En los últimos años la economía española ha ido dando pasos muy decisivos en lo que se refiere a la desregulación, en sectores muy ligados a los llamados «monopolios naturales». Ello ha dado lugar a su vez a procesos de privatización en prácticamente todos los ámbitos de la actividad económica. En este contexto, hay que destacar dos cuestiones: primera, que el simple cambio de propiedad privada no tiene por qué mejorar la eficiencia de la empresa o del sector, si no se acompaña de medidas desreguladoras de la actividad económica en cuestión. Segunda, que el aumento del poder de mercado —en ausencia de reglas— puede reducir la presión competitiva si se produce una concentración excesiva en una o pocas empresas.

El profesor Xavier Vives <sup>1</sup> destaca que incluso SCHUMPETER «aún reconociendo el poder del monopolio como un mal necesario para la innovación, ... también sugiere que la amenaza de entrada de rivales innovadores es un incentivo para que el monopolista innove». Desde una perspectiva teórica, *a priori*, no se descartan posibles situaciones de monopolio (u oligopolio) cuando el oferente produce un bien o un servicio a un coste menor que el resto de los competidores, y por ello puede venderlo a un precio más bajo que los demás, con lo que el consumidor saldrá beneficiado. El problema se plantea en una doble vertiente; por una parte, cuando se trata de los mencionados «monopolios naturales» que surgen como consecuencia de un privilegio, lo cual es radicalmente contrario a cualquier principio de eficiencia. Por otra, cuando la existencia del monopolio restringe o limita la competencia que debería existir en la economía. Por lo que, como analiza F. A. Hayek <sup>2</sup> exhaustivamente, el peligro moral no proviene del fenómeno del monopolio en sí mismo, sino a través de la limitación de la competencia que pueda generar. Además, se muestra más partidario de la existencia de un cierto número de empresas más eficientes y el establecimiento de reglas sencillas, concretas y mínimas que garanticen la competencia, en el sentido que más adelante enunciará Mr. Herron.

Aunque el fenómeno de las privatizaciones y desregulación de las economías es ampliamente asumido por la mayoría de los países desarrollados o en vías de desarrollo, los de tradición anglosajona son los que se han enfrentado a estos problemas con mayor prontitud y han buscado soluciones que permiten un progreso económico con menores distorsiones. Por ello, parece recomendable aprender de su experiencia, e incluso de sus posibles errores, para poder avanzar en la dirección que más le conviene a España.

Las ventajas de la desregulación y privatización de sectores son generalmente aceptadas. Por ejemplo, el profesor John Hibbs <sup>3</sup> del Adam Smith Institute, en un reciente estudio sobre la desregulación del transporte de viajeros por carretera, demuestra los enormes beneficios que en términos de producción e innovación para el sector del transporte, y de calidad para los viajeros ha ejercido la desregulación de esta actividad en el Reino Unido.

El calendario de privatizaciones esgrimido por el Gobierno para el año 1998 es muy importante, y viene a completar el ya efectuado en el año anterior y que deja prácticamente resuelta esta cuestión, a no ser algunas pocas excepciones. Asimismo, las medidas legislativas anunciadas en orden a liberalizar la economía española, tales como la liberalización de hidrocarburos y del gas, la Ley General de las Telecomunicaciones, el perfeccionamiento de la reforma laboral, la reforma fiscal, la reforma de la Ley Concursal, el Estatuto básico de la Función Pública y la Ley del Suelo, entre

<sup>1</sup> Véase Xavier Vives, «Concentración y Competencia» en este *Anuario*, pp. 78-79.

<sup>2</sup> Hayek, F. A., «Derecho, Legislación y Libertad», vol. 3. *El orden político de una sociedad libre*, Madrid, Unión Editorial, 1976.

<sup>3</sup> Hibbs, J., *Deregulated Decade*, London, Adam Smith Institute, 1997.



otras, van a exigir un reforzamiento de los mecanismos de garantía de «un orden de competencia». Destaco el concepto de orden de competencia, porque se trata de un valor superior a lo que en términos generales se denomina competencia perfecta. Se puede comprobar cómo en la actualidad la situación de los mercados internacionales y europeos se adaptan con más facilidad a una concepción que podríamos calificar como de «competencia imperfecta», lo que unido a una situación de progresiva globalización, que lleva a procesos de concentración empresarial muy fuerte, hace necesario, desde cualquier ángulo que se analice, establecer reglas que garanticen el orden de competencia antes aludido. El debate no cerrado de discrecionalidad frente a reglas, parece decantarse más en esta segunda dirección. Durante los años en los que se procedió a configurar el mercado común y más tarde único europeo, los procesos de fusiones y concentraciones empresariales no han cesado, y todo apunta que van a continuar produciéndose. Por tanto, debido al contexto internacional en el que nos movemos y el proceso de integración económica y monetaria, es necesario evolucionar hacia un modelo de política económica que garantice la defensa de la competencia.

Por su parte, Mr. Peter Herron<sup>4</sup>, Director Adjunto de la «Better Regulation Unit» del Gobierno Británico, señala que la regulación debe cumplir cinco requisitos:

a) *Consistente y predecible*, para eliminar y despejar incertidumbre en el mercado.

b) *Transparente*, lo que redundará en mayor eficacia para todos aquellos procesos en economías abiertas.

c) *Concreta*, ya que debe responder a determinados objetivos establecidos, lo que consigue eliminar la indeterminación y, por tanto, la flexibilidad de lo general.

d) *Cuantificable*, en tanto en cuanto pueda ser medible por el Legislativo y por el Ejecutivo para conseguir que sea eficaz.

e) *Proporcional*, es decir que se establezca en función del problema que se quiere evitar o resolver, con el fin de maximizar sus efectos netos.

Asimismo, en las recientes Jornadas sobre Liberalización y Política Económica celebradas en el mes de diciembre pasado, el Secretario de Estado de Economía, don Cristóbal Montoro, perfiló lo que podría ser el modelo sobre el que se asentaría la futura Ley de Defensa de la Competencia. A pesar de que los aprendizajes son a veces complejos y lentos, la modernización de los mercados exige la defensa de la competencia. De esta manera, nos adentramos hacia una nueva política económica en la que predomina una diferente cultura de la competencia. Por ello, se hace necesario poten-

<sup>4</sup> Herron, P., «Una experiencia internacional: el caso británico». Disertación pronunciada en las «Jornadas de Liberalización y Política Económica». Madrid, diciembre, 1997.

ciar los mecanismos de la Ley de la Competencia. En lo sucesivo, se tratará de corregir la actual estructura del sistema de competencia en torno a tres aspectos: primero, reordenar los instrumentos ya existentes, superando la actual escasez de medios y encuadrarlo en el ámbito del Ministerio de Economía y Hacienda; segundo, reforzar y supervisar el control de las concentraciones empresariales siguiendo el ejemplo de otras instituciones existentes en otros países como la *Monopoly and Mergers Commission* del Reino Unido, o el *Conseil de la Concurrence* en Francia; tercero, intensificar los controles de las ayudas públicas.

En el futuro, estos objetivos se configurarán alrededor del «Instituto de Defensa de la Competencia», con tres órganos que tendrán tres funciones claramente diferenciadas:

a) La Secretaría General Técnica encargada de seguir las diversas actuaciones del Instituto de Defensa de la Competencia (IDC). Por ejemplo, en el caso de los procesos de fusión y concentraciones empresariales, se haría necesaria la notificación obligatoria para determinados umbrales o niveles de poder de mercado.

b) El órgano de Instrucción, dependiente del Presidente del Instituto de Defensa de la Competencia, que se encargará de la vigilancia.

c) El Tribunal, ligado funcionalmente al Presidente del IDC, que llevará a efecto la resolución de los procedimientos. Este Tribunal podría dictaminar no sólo a instancias del Ministerio de Economía y Hacienda, sino también a través de personas jurídicas o Administraciones Públicas. Los dictámenes del Tribunal se convertirían en una pieza de gran valor para garantizar el orden de competencia.

Especial hincapié se hace en la necesaria independencia del Presidente del IDC, que será nombrado por el Gobierno mediante el preceptivo Acuerdo del Consejo de Ministros.

En definitiva, de lo que se trataría con este esquema es hacer más eficaz la economía en un contexto de mayor libertad, desregulación y primacía de lo privado sobre lo público.

Es por todo lo anterior por lo que este *Anuario de la Competencia*, en el que colaboran importantes investigadores y analistas del sistema de competencia, pretende contribuir al debate que inevitablemente se debe de abrir en la sociedad española en torno a un mecanismo que busca garantizar la libertad de elegir, la mayor eficacia de los procesos de mercado y el bienestar de los ciudadanos.

Madrid, enero de 1998

Fernando BECKER ZUAZUA

Presidente del Instituto de Crédito Oficial

Presidente de la Fundación ICO



## PRESENTACIÓN. LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 1996

### 1. DIEZ AÑOS DE LA ADHESIÓN DE ESPAÑA A LAS COMUNIDADES EUROPEAS

*La política de la competencia no cuenta en España con una larga tradición. Únicamente, en fechas recientes, ha adquirido mayor significación. Nuestro sistema económico ha venido operando durante décadas bajo unas reglas que poco tenían que ver con la competencia inherente a una economía de mercado. Al igual que acontecía en la vida política y social, nuestra economía venía dirigida por determinadas decisiones públicas y no por las acciones de los operadores económicos. Incluso arreló en nuestra sociedad una visión despectiva de la competencia, sin que los valores positivos que encierra fueran puestos de manifiesto.*

*En este marco es conocido que la política de la competencia era una pieza que no encajaba. La ley de 1963 de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, impulsada decisivamente por la voluntad de acercarse a los Estados Unidos de América, se convirtió en una buena muestra de una opción jurídico-formal completamente alejada de la realidad económica y social. Esta ley, en buena lógica con el marco autoritario e intervencionista en que debía operar, fue completamente inaplicada.*

*Este marco es hoy ya historia. La competencia es hoy en nuestro país un factor crucial de la política económica en buena parte de los sectores. Para ello un factor principal determinante, junto a la transformación operada por la Constitución de 1978, fue la adhesión de España a las Comunidades Europeas en el año 1986.*

*En el año 1996 se cumplen los primeros diez años de incorporación de España al proceso de integración europea, en el que la política de la competencia constituye uno de los ejes centrales para la consecución de los objetivos perseguidos. Desde la perspectiva de la competencia, la adhesión ha tenido una importancia que puede calificarse de capital. Esencialmente se pueden señalar dos efectos determinantes.*

*En primer lugar y desde una óptica estructural, la política comunitaria nos ha puesto de relieve cómo opera una apuesta por la política de la competencia como instrumento de acción de los poderes públicos en distintos sectores económicos. Con la competencia el poder público no desaparece,*



*sino que transforma radicalmente su quehacer. No ha de determinar al operador económico su actividad, sino que debe limitarse a vigilar a distancia que la actividad del operador económico no impida la existencia de una competencia suficiente en el mercado que permita lograr los esperados beneficios. La defensa del interés público se convierte, entonces, en una acción para el mantenimiento de la competencia en el mercado que los propios operadores económicos van a intentar evitar o destruir. Asimismo, la política comunitaria de la competencia tiene una trascendencia significativa en el proceso de liberalización de distintos sectores y, también, en la prestación de los servicios públicos en España, como pone de relieve Luciano Parejo en este Anuario.*

*En segundo lugar y más en concreto, el Derecho comunitario de la competencia tuvo una influencia decisiva en la renovación del Derecho español de la competencia practicada con la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Asimismo, esta influencia no concluyó en ese momento, sino que está presente de forma notoria en la interpretación de los preceptos de la ley española y en la evolución de la actividad de los órganos administrativos competentes para su aplicación.*

*Es bueno recordar ahora en positivo el impulso que significó y continúa significando para la política de la competencia en nuestro país la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Evidentemente, ello no ha de implicar que desconozcamos los problemas de encaje que se plantean. Además, la tendencia a la incorporación de normas relativas al Derecho de la competencia en los acuerdos internacionales suscritos por la Comunidad Europea, analizada en este Anuario por Ramón Torrent, puede incrementarlos. No obstante, la existencia de controversia puede percibirse en clave positiva, en tanto que es fruto de la importancia creciente de la política de la competencia.*

*Esencialmente, se originan dos problemáticas, aunque de distinta naturaleza. Por un lado, la relación entre el ordenamiento español y el comunitario de la competencia. Y, por otro, la relación entre las autoridades españolas y las comunitarias, que en este Anuario Santiago Martínez Lage y Helmut Brokelmann analizan con detalle en la compleja vertiente de las normas de control de las concentraciones de empresas.*

*Estamos ante controversias que son propias de todo sistema de distribución territorial del poder. Nos encontramos con dos normativas con pretensión de ser operativas y con dos aparatos públicos dirigidos a su aplicación. El Instituto Europeo de Florencia las analizó en 1996 en unas jornadas con el expresivo título de Implementation of Anti-trust rules in a Federal Context. Es inherente a todo sistema de distribución territorial del poder un cierto grado de controversia y de fricción o roce entre ordenamientos jurídicos y aparatos públicos, sin que sea posible configurar en la práctica un esquema completamente armonioso o pretendidamente perfecto. La experiencia norteamericana, fuente constante de inspiración para el derecho comunitario de la Competencia, donde también concurren en*

*materia antitrust, por un lado, normativas federales y estatales y, por otro, dos aparatos públicos, federales y estatales, es una buena muestra de ello y debe ser punto de referencia ineludible.*

*La cuestión decisiva es la búsqueda de la eficacia y la eficiencia en la aplicación de la política de la competencia. En el ámbito europeo, seguramente, ello pasaría por un replanteamiento de las funciones de la Comisión y del papel que corresponde desarrollar a las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.*

## 2. EL IMPULSO DEL DEBATE SOBRE LA COMPETENCIA

*La política de la competencia se ha convertido en los últimos años en motivo de debate y controversia en nuestro país. Esencialmente, este aumento de la discusión deriva de que en distintos sectores económicos la defensa de la competencia se ha convertido en una actividad administrativa crucial para la defensa de los intereses públicos, ya sea por la retirada de anteriores intervenciones administrativas, ya sea por la tendencia a su aplicación más efectiva.*

*La mayor extensión de la política de la competencia se enfrenta a conductas de rechazo y a posiciones de privilegio asentadas durante largas décadas. Éstas, en cierto modo, conformaron una cierta «cultura despreciativa de la competencia», menospreciando, entre otros aspectos, que pudiera servir para la defensa de los intereses públicos. El cambio, entonces, en muchos sectores económicos es radical, variando por completo la tradicional relación entre la administración pública y el operador económico y los valores en que se sustenta y afectando a privilegios bien asentados de algunos.*

*Frente a ello, es imprescindible impulsar el debate sobre la política de la competencia. Desde distintos ámbitos económicos, jurídicos, políticos, es necesario afrontar la problemática que la política de la competencia plantea en los diversos sectores. Deben abandonarse los tradicionales prejuicios que, de modo automático, se atribuían a la competencia descalificándola y analizar con detalle las ventajas, sin olvidar, claro está, los inconvenientes que, para el interés general, conlleva su introducción en un determinado y concreto sector económico.*

*La política de la competencia, frente a lo que creen algunos, no es unidireccional. Encierra en sí misma un sinfín de matices, tanto de orden ideológico, como económico o jurídico. En España, seguramente por la escasa tradición de los análisis en esta materia, el debate tiende a reducirse en demasía. En cambio, en otros países con una mayor tradición en la operatividad plena de la política de la competencia, el debate es mucho más enriquecedor. La competencia constituye un marco amplísimo en el que caben distintas formulaciones, sin que las generadas para un determi-*



nado sector económico y en un momento temporal preciso sirvan necesaria y automáticamente para otros sectores y para otros momentos temporales. Las consideraciones de Fernández Ordóñez en este Anuario son buena prueba de ello. Una de las virtudes de la política de la competencia es la inexistencia de automatismos absolutos que sirvan para afrontar las variadas problemáticas que nuestra sociedad y economía plantean. Ciertamente, esta virtud no encaja las más de las veces con una pretensión de estabilidad o seguridad presente en ocasiones en nuestra sociedad, aunque ésta sea artificial o forzosa.

*La profusión en el debate sobre la competencia facilitará, sin duda, la introducción de reformas para incrementar su operatividad, que en todo caso deben tener en cuenta las dificultades de entorno con que, en muchas ocasiones, operaran.*

### 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA EN 1996

#### A. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

*La actividad del SDC y del TDC en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia durante el año 1996, analizada en la Tercera Parte de este Anuario, refleja una relativa tendencia al incremento.*

*En primer lugar, destaca el incesante incremento que en cada ejercicio tienen los nuevos expedientes en el SDC. En el año 1996 fueron 181 expedientes frente a 158 en el año 1995. No obstante, este incremento ha de ser objeto de algunas matizaciones importantes.*

*El origen inmensamente mayoritario de los expedientes se encuentra en la práctica de denuncias (120 en el año 1996 y 80 en el año anterior). Sin embargo, el incremento de las denuncias es paralelo, por un lado, al aumento de los acuerdos del SDC de archivo o sobreseimiento del expediente. Así, en el año 1996 se dictó acuerdo de archivo en 79 expedientes y de sobreseimiento en 24 (frente a los 55 y 16 del ejercicio anterior). Y por otro, es paralelo al aumento de los recursos que debe resolver el TDC contra los acuerdos del SDC de archivo y sobreseimiento, que se ha convertido en los últimos ejercicios en su principal tarea.*

*Estos datos demuestran un cierto desencaje entre la actividad de denuncia y la interpretación del Derecho de la competencia que los órganos competentes vienen efectuando. Muchos denunciantes esperan encontrar una respuesta en el Derecho de la competencia, cuando quizá debieran dirigir sus reclamaciones hacia otras direcciones.*

*Las solicitudes de autorizaciones (59 en el año 1996) constituyen desde una perspectiva cuantitativa la segunda fuente de expedientes que entran*

en el SDC. En este caso, la matización deriva de que una buena parte de los mismos se refieren a la misma materia, esto es registros de morosos, que desde hace varios años se están implantando en todo el territorio y en todos los sectores.

A mucha distancia cuantitativa de las denuncias y autorizaciones, se encuentran los expedientes iniciados de oficio por la propia administración (15 en el año 1996 y 13 en el ejercicio anterior). Se trata de una cifra probablemente reducida que cabría con seguridad incrementar sustancialmente.

Finalmente, respecto a la entrada de expedientes indicar únicamente que, pese a que cada año el SDC es capaz de concluir un mayor número de los mismos, se está incrementando en cada ejercicio notablemente el saldo inicial. El SDC ha aumentado significativamente el número de expedientes que concluye (182 en el año 1996, frente a 139 en el ejercicio anterior). No obstante, el saldo inicial que era de 130 se mantendrá al haberse iniciado 181 expedientes. Éste es un dato relevante que conviene corregir para evitar la excesiva duración temporal de los procedimientos administrativos para la aplicación del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, respecto a la actividad del TDC debemos referir que sus decisiones de conclusión de expedientes sancionadores se mantienen en una cifra reducida. Ciertamente, se ha seguido una tendencia al aumento, superando anteriores ejercicios en que incluso la cifra se reducía, y, asimismo, también se ha seguido la línea ascendente en cuanto a las sanciones impuestas. No obstante, entendemos que persiste todavía una cifra excesivamente reducida, máxime si tenemos en cuenta que en el Derecho español no son aplicables las fórmulas de terminación informal del procedimiento que viene utilizando la Comisión europea en aplicación del Derecho comunitario.

Este reducido número, en cierto modo, se intenta paliar dando una mayor trascendencia a las medidas cautelares que el TDC puede dictar. Ante la excesiva duración temporal de los procedimientos administrativos, las medidas cautelares adquieren una importancia decisiva. El año 1996, en el que se adoptaron tres resoluciones en las que se dictaban medidas cautelares (a la vez que se desestimaron otras dos peticiones) supone un cierto cambio de tendencia, confirmado en los meses siguientes, hacia una mayor operatividad de las medidas cautelares en el Derecho de la competencia español. La virtualidad de este instituto en el Derecho de la competencia es analizada con precisión en este Anuario por Juan Manuel Fernández.

Respecto a las resoluciones sobre peticiones de autorizaciones cabe apuntar que persiste la tendencia a su reducción y que mayoritariamente se refieren a registros de morosos. La profusión de peticiones relativas a registros de morosos hace elevar significativamente el número de resoluciones sobre autorizaciones (de 35 resoluciones, 23 se refieren a registros de



morosos). En caso de no contar éstas, la cifra se aproximaría mucho a la correspondiente a los expedientes sancionadores.

Un año más la principal actividad del TDC, desde una perspectiva cuantitativa, ha consistido en la resolución de expedientes formulados contra los acuerdos del SDC de archivo o sobreseimiento del expediente. Ello es consecuencia de la presentación masiva de denuncias al SDC, que éste interpreta indebidas. En general, las resoluciones relativas a recursos contra los acuerdos de archivo desestiman el recurso y, por tanto, confirman la interpretación del SDC. En cambio, en las resoluciones que resuelven los recursos contra los acuerdos de sobreseimiento el parecer mayoritario del TDC es el de estimación del recurso y, por tanto, obligar al SDC a reconducir la instrucción del expediente indebidamente sobreseído.

Finalmente, cabe hacer mención a que las resoluciones del TDC encuentran un respaldo inmensamente mayoritario en la Audiencia Nacional. De 14 sentencias dictadas durante el año 1996 únicamente en dos la Audiencia Nacional dictamina en contra del criterio del TDC. Además, en una de las sentencias se estima la existencia de práctica restrictiva cuando el TDC no lo había considerado así. Es muy importante esta confirmación jurisdiccional del criterio interpretativo sostenido por el TDC en orden a aumentar su legitimidad.

## B. CONTROL DE CONCENTRACIONES

En materia de control de concentraciones la actividad ha seguido un rumbo distinto. Se confirma la tendencia a la generalización de la aplicación de la LDC en esta materia. Una muestra evidente de ello es el aumento en cada ejercicio de los expedientes notificados voluntariamente por las empresas (23 en el año 1996). Sin embargo, pese a que aumentan muy notablemente los expedientes previos a la iniciación de oficio, no se procede a iniciar finalmente ningún expediente de oficio. Asimismo, se plantean dudas acerca del ámbito de aplicación del reglamento comunitario y del Derecho español, como ponen de relieve Santiago Martínez Lage y Helmut Brokelmann en este Anuario.

Sin embargo, el TDC permanece prácticamente excluido de la extensión de la aplicación de la LDC en este ámbito. En aplicación de las objetables previsiones de la LDC en esta materia, en el año 1996 únicamente se han remitido dos expedientes al TDC para que emita informe. El resto de expedientes se ha decidido sin atender a las consideraciones del TDC relativas al efecto de la operación de concentración sobre la competencia en el mercado. Esta separación resulta cuestionable. En general, el tema de la concentración y competencia y del papel que deben desarrollar los órganos de protección de la competencia es analizado en este Anuario por Xavier Vives. Es preciso que el TDC conozca las operaciones de concentración de empresas y que dictamine sobre sus efectos sobre la competencia. Operan-



*do así el órgano decisorio final, esto es el Consejo de Ministros, dispondrá de toda la información y consideraciones precisas para la adopción de su resolución.*

#### 4. HACIA UNA MAYOR APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

*La política de la competencia en España ha avanzado en los últimos años de forma espectacular. Su prácticamente nula operatividad en la década de los ochenta es hoy ya una historia que parece muy lejana. En pocos años, con no demasiados medios y en un entorno sectorial, en ocasiones, muy complejo se han hecho grandes pasos adelante para preservar la existencia de una competencia suficiente en el mercado en defensa del interés público. Asimismo, los sucesivos informes del TDC, a los que se dedicaron ingentes esfuerzos que afectaron a su labor ordinaria, causaron un impulso significativo, incluso aceptado por sus detractores. Consiguieron, en buena medida, abrir un debate imprescindible sobre los sistemas de regulación aplicables en distintos sectores, a la vez que establecieron unas pautas de orden general para proceder a la liberalización, como señala Aurelio Alonso-Cortes en este Anuario.*

*Toda la atención debe dirigirse ahora a conseguir un mayor grado de aplicación del Derecho de la competencia. Ésta debe ser la preocupación central de los órganos competentes: cómo extender la aplicación de la competencia y convertirla efectivamente en un factor determinante del comportamiento de los operadores económicos.*

*Máxime cuando estamos inmersos en un proceso de liberalización, iniciado hace años y al que en el año 1996 se ha dado nuevos impulsos importantes, que, entre otros efectos, está ampliando el ámbito material de aplicación del Derecho de la competencia. El SDC y el TDC deben atender en la actualidad a sectores económicos en los que anteriormente no podían operar por la existencia de regulaciones públicas que determinaban las conductas empresariales. Los servicios funerarios son un buen ejemplo de ello. El TDC había considerado que el artículo 2 LDC le impedía conocer de las actividades insertas en los servicios funerarios que habían sido objeto de municipalización en aplicación de la Ley reguladora de las Bases de régimen local. Después de la reforma de junio de 1996, los servicios funerarios ya no pueden ser objeto de municipalización y quedan sujetos a la plena aplicación de las prohibiciones del Derecho de la competencia.*

*A nuestro entender, no instituir mecanismos efectivos de tutela de la competencia en el mercado puede incluso llegar a pervertir el proceso de liberalización. Si no existe una competencia suficiente en los nuevos mercados liberalizados, y a ese objetivo se dirige la acción pública en defensa de la competencia, difícilmente podrán conseguirse los esperados beneficios de la liberalización para el interés público. Por ello, asegurar que*

*existen mecanismos suficientes para proteger la competencia es una cuestión trascendental para el éxito del proceso de liberalización.*

*Asimismo, la extensión en la operatividad del Derecho de la competencia es la respuesta que los poderes públicos debe ofrecer a la progresiva conciencia social de su utilidad. Los operadores económicos, los consumidores, la sociedad en general esperan en la actualidad mucho más de la acción administrativa en defensa de la competencia que hace un lustro. No incrementar la potencialidad de esta acción administrativa puede hacerla caer en descrédito, en orden a constituir en verdad un mecanismo efectivo de protección del interés público.*

*En este sentido el Programa de Convergencia de España 1997, aprobado por el Consejo de Ministros del día 11 de abril de 1997, recoge entre las reformas estructurales a abordar la del actual sistema de defensa de la competencia, «respondiendo a su importancia creciente, puesta de manifiesto a medida que se avanza en la liberalización de sectores de la economía».*

*Fundamentalmente, es esencial dotar de más medios a los órganos competentes. Amadeo Petibò, Presidente del TDC, pone de relieve en este Anuario esta necesidad. Más medios, materiales y humanos, para generalizar la aplicación del Derecho de la competencia en unos plazos temporales mucho más breves de los que resultan en la actualidad, que en muchas ocasiones son claramente improcedentes y difícilmente aceptables o, en ocasiones, útiles. Por esa decisión pasa todo. Evidentemente pueden adoptarse otras medidas. De orden organizativo revisando el distinto papel de los órganos competentes como se ha llegado a plantear en el año 1997, sin que se haya concretado todavía en un proyecto definitivo; de orden competencial como puede derivar de que penden todavía ante el Tribunal Constitucional dos recursos de inconstitucionalidad contra la LDC interpuestos por Cataluña y el País Vasco reclamando la participación autonómica en la aplicación del Derecho de la competencia; de orden interno en las relaciones entre el TDC y el SDC intentando agilizarlas al máximo; de orden procedimental revisando los distintos trámites administrativos para simplificar, en la medida de lo posible, el procedimiento administrativo. Sin embargo, la noción directriz de toda decisión ha de ser la búsqueda de una aplicación más efectiva del Derecho de la competencia.*

## 5. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA

*La propuesta de elaboración del Anuario de la Competencia, que la Fundación ICO acogió inmediatamente con entusiasmo, pretendía conseguir, esencialmente, dos objetivos. En primer lugar, recopilar de forma ordenada y sistemática todos los datos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia. En segundo lugar, relacionado evidentemente con las consideraciones anteriores, promover el debate y la reflexión sobre la política*



*de la competencia. La obra, en este sentido, es fruto de la mayor virtualidad de la política de la competencia en nuestro país. Cada día son más los interesados en las cuestiones de la competencia y a ella se atiende desde muy diversas vertientes y preocupaciones (política, económica, jurídica, empresarial, ...). El Anuario de la Competencia pretende convertirse en un instrumento útil para todos aquellos que, con independencia del motivo o preocupación que les mueve, se acerquen a la política de la competencia. A la vez, también, indudablemente, responde a la voluntad de profundizar en la reflexión y debate sobre la competencia.*

*La continuidad en ejercicios venideros del Anuario le dotará, con seguridad, de una mayor utilidad, al poder mostrar y analizar la evolución de la política de la competencia.*

*El resultado final del proyecto que el lector tiene en sus manos cumple los objetivos perseguidos. Para ello hemos estructurado el Anuario en seis partes. En la primera se recogen estudios de destacados especialistas, del derecho y de la economía, en los que se analizan cuestiones relevantes para el desarrollo de la política de la competencia. En la segunda, los análisis también de destacados especialistas se centran en puntuales casos o grupos de casos cuyas resoluciones se han producido en el año 1996. En la tercera, se da cuenta de la actividad de los distintos órganos que operan en la aplicación del Derecho de la competencia. Se analiza por separado y con detalle la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia, del Tribunal de Defensa de la Competencia, de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo, de la Comisión europea, del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la cuarta, se da noticia de las novedades normativas acontecidas en la materia durante el año 1996. En la quinta se reproducen documentos de interés para la materia, concretamente se recoge la parte del discurso de don José María Aznar en el debate sobre la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno relativa a política económica, y dos conferencias del Comisario europeo Van Miert. Finalmente, en la sexta relacionamos publicaciones sobre la materia aparecidas en el año 1996, tanto en relación con España como a la Unión Europea.*

*Por último, resta únicamente dar las gracias a todos los colaboradores por su participación en este novedoso proyecto y por la categoría de sus aportaciones, Y, en especial, a la Fundación ICO, que acogió de inmediato con entusiasmo este proyecto, por impulsar el análisis y reflexión sobre la competencia y, personalmente, por la confianza depositada para la dirección del Anuario de la Competencia 1996.*

Lluís CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona





# EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA\*

Amalita Prieto Ruiz

Abogada en Oporto

## PRIMERA PARTE

### ESTUDIOS

#### 1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia en el caso español resulta. En primer lugar, los aspectos clásicos de actuación de competencia. Una segunda será la promoción de defensa de la competencia y el funcionamiento de los organismos reguladores, la ley española en su totalidad. La defensa de la competencia mediante los mecanismos de actuación, las medidas que se adoptan en relación a la competencia por los Estados miembros, pero en las condiciones nacionales de actividad que se ha desarrollado en el caso español.

El profesor J. C. The London School of Economics, realizó que resulta el resultado de la defensa de la competencia y el caso español. Los aspectos de la competencia y el funcionamiento de los organismos reguladores en el caso español. La ley española en su totalidad. La defensa de la competencia mediante los mecanismos de actuación, las medidas que se adoptan en relación a la competencia por los Estados miembros, pero en las condiciones nacionales de actividad que se ha desarrollado en el caso español. Y, además que se trata que en general, la competencia en el caso español se trata de la competencia en el caso español. La ley española en su totalidad. La defensa de la competencia mediante los mecanismos de actuación, las medidas que se adoptan en relación a la competencia por los Estados miembros, pero en las condiciones nacionales de actividad que se ha desarrollado en el caso español. Y, además que se trata que en general, la competencia en el caso español se trata de la competencia en el caso español. La ley española en su totalidad. La defensa de la competencia mediante los mecanismos de actuación, las medidas que se adoptan en relación a la competencia por los Estados miembros, pero en las condiciones nacionales de actividad que se ha desarrollado en el caso español.

\* Trabajo de investigación en el área de la competencia, en el caso español, en el caso español.

En el caso español se trata de la competencia en el caso español. La ley española en su totalidad. La defensa de la competencia mediante los mecanismos de actuación, las medidas que se adoptan en relación a la competencia por los Estados miembros, pero en las condiciones nacionales de actividad que se ha desarrollado en el caso español.



# EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA\*

Amadeo PETITBÒ JUAN  
Presidente del Tribunal de Defensa  
de la Competencia

## I. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia no es una cuestión sencilla. El análisis de los mercados plantea discusiones de envergadura. Las opiniones sobre las autoridades de defensa de la competencia y los denominados organismos reguladores incluyen matices muy diversos. La defensa de la competencia mediante las actuaciones de Tribunales nacionales puede ser objeto de análisis e incluso de crítica por los liberales recalcitrantes, pero en las modernas economías de mercado no se ha demostrado que exista un sistema mejor.

Mi profesor en The London School of Economics escribió que muchos economistas de las décadas de los años cincuenta y sesenta olvidaron el énfasis que Chamberlin y Fellner pusieron en las llamadas imperfecciones del mercado. Lo que atraía el interés de los economistas era que el oligopolio, incluso sin colusión, proporciona unos resultados iguales o similares a los del monopolio. Y añadía que se creía que, en general, los oligopolistas no competían en precios porque no es natural, normal o inteligente por su parte hacerlo así, dada la interdependencia de sus decisiones. Y si esto fuera cierto, y dada la presencia de formas oligopolísticas de mercado en las industrias modernas, resultaba una aberración evidente para las leyes *antitrust* americanas permitir la existencia de oligopolios no colusivos mientras las conductas colusivas, tanto entre pocas como entre muchas empresas, se consideraba ilegal *per se* (Basil Yamey, 1987<sup>1</sup>).

---

\* Agradezco la colaboración de R. Alonso Soto, J. M. Fernández López, M. J. Fernández, V. Montes e I. Sánchez.

<sup>1</sup> De este libro existen dos versiones. Una de ellas, coordinada por J. A. García-Durán. La otra, coordinada por J. A. García-Durán y A. Petitbò. Los duendes de la imprenta y el inequívoco poder de dominio del editor en las relaciones editor-autor explican este extraño fenómeno. No cabe duda de que me siento representado por la edición compartida con J. A. García-Durán.

Las palabras del Profesor Yamey revelan la complejidad del análisis de la competencia y su defensa por parte de las autoridades de defensa de la competencia. En este campo no son válidos los apriorismos. Disponiendo de una teoría general que ilustre sobre las cuestiones esenciales de la defensa de la competencia es necesaria una aproximación concreta y un análisis específico de cada caso. En este hecho reside la grandeza de la tarea analítica de las autoridades de defensa de la competencia. El resto resulta de una combinación de esta tarea y de la objetividad de quienes analizan los casos concretos.

La importancia de los mercados forma parte del patrimonio cultural de los economistas desde hace muchos años. Y los economistas han defendido el comportamiento competitivo de los mercados. En un momento determinado de nuestra historia dicha defensa coincidió con la presión norteamericana en favor de la liberalización de la economía española y con la necesidad de mejorar la imagen de España ante la Comunidad Europea. Por estas razones en España disponemos de autoridades de defensa de la competencia desde hace 34 años, más de un tercio de siglo. Y su tarea, importante, no ha sido sencilla. Tampoco ha sido suficientemente reconocida. Ha debido hacer frente tanto a la incomprensión de muchos como a la insuficiencia de recursos. Ahora, disponen de un reconocimiento social singular, resultado del trabajo de muchas personas desde hace muchos años. Las autoridades de defensa de la competencia no serían nada sin este trabajo continuo y riguroso, pero anónimo. Decenas de personas, apóstoles de la competencia y peregrinos en el camino hacia el libre mercado, han contribuido a modificar el panorama de nuestros sectores, mercados y actividades, contribuyendo a configurar un entorno en el cual la competencia desempeña un papel relevante.

El presente trabajo pretende tan sólo hacer un breve resumen de la historia reciente relacionada con la defensa de la competencia en España. Su estructura se ha dividido en cuatro partes y unas conclusiones. En la primera, se hace referencia a la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia del año 1963 y a la posterior Ley de Defensa de la Competencia del año 1989; la segunda parte se refiere a los principios económicos de la defensa de la competencia; la tercera parte resume algunas cuestiones relacionadas con la promoción de la competencia en España; y, por último, la cuarta parte se refiere al trabajo y a los medios del Tribunal de Defensa de la Competencia. Con esta estructura se ha pretendido ofrecer una visión panorámica —forzosamente resumida— de la defensa de la competencia en España.

## II. LA HISTORIA RECIENTE

La política de defensa de la competencia cuenta en su acervo con una larga historia y tradición. Aunque en Europa continental la historia



es mucho más breve que en los Estados Unidos de Norteamérica, las autoridades de defensa de la competencia europeas han alcanzado una gran relevancia en los últimos años. Las modernas economías europeas han acentuado el énfasis en los aspectos positivos del mercado e incluyen entre sus principales instrumentos de política económica a las políticas de defensa de la competencia. Incluso esta orientación de la economía ha penetrado con fuerza en aquellos países que recientemente han abandonado el sistema de economía planificada. Como ha señalado el Profesor Skidelsky (1989), «el cambio más importante de la economía política entre las dos mitades del siglo xx ha sido el movimiento desde la indiferencia u hostilidad hacia el mercado al reconocimiento explícito del mercado como un bien social».

Desde el año 1963 existe en España una legislación dirigida a defender la libre competencia<sup>2</sup> apoyada en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC)<sup>3</sup>. Dicha Ley fue uno de los resultados de las decisiones del Gobierno adoptadas el día 21 de julio de 1959. Se trataba tanto de liberalizar y flexibilizar la economía española como de adaptarla a los criterios que condicionaban la conducta de las economías europeas en un intento de contribuir a la homologación internacional de nuestra economía. No cabe duda de que, pese a la novedad del proyecto y a lo sorprendente del mismo, en aquellos momentos había un grupo relevante de ciudadanos creyentes en las virtudes del mercado y en la necesidad de introducir criterios de competencia en el funcionamiento de los mercados, sectores y actividades españoles<sup>4</sup>.

El objeto de la Ley era tan ambicioso como loable. Consideraba el legislador que «La iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente, de progreso social. Consciente de ello, el Estado, con su política económica, intenta crear las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de empresa, no sólo mediante la eliminación de las intervenciones admi-

---

<sup>2</sup> En España la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia conlleva acciones vigorosas y olvidos inexcusables. A pesar de que las Cortes de Calatayud, en 1678, solicitaron la supresión de los gremios, poco más de medio siglo después de que en Inglaterra se aprobara el Statute of Monopolies (Faus, 1996), y a pesar de las Cédulas Reales de libertad industrial de 1767 y de Libre Comercio de 1778, lo cierto es que su historia económica, hasta no hace mucho, se ha caracterizado más por los estancos de todo tipo que por el ejercicio de la libertad empresarial sobre las bases de la libre competencia. Y la inercia del pasado todavía sigue presente en bastantes sectores, mercados y actividades.

<sup>3</sup> Véase GARRIGUES (1964).

<sup>4</sup> Según la Misión del Banco Mundial (1962) que llegó a España en el mes de marzo de 1961 «El ejemplo clásico de una respuesta inadecuada al mecanismo de los precios es el de las empresas productoras que recurren a prácticas restrictivas o monopolísticas. Si bien la Misión pudo darse cuenta de que este problema preocupa mucho en España, nos resultó difícil, dado el tiempo de que disponíamos, identificar tales prácticas sobre bases seguras». Información Comercial Española (1963) escribió que «En pocas ocasiones, la lucha contra los monopolios había contado con un clima psicológico más apropiado para su lanzamiento».

nistrativas que, justificadas en otras etapas, pudieran hoy obstaculizar el funcionamiento de los mercados, sino también, y más trascendentalmente, a través de la creación de un marco institucional adecuado que asegure un amplio grado de flexibilidad al sistema económico en su conjunto. A este propósito responde la promulgación de esta ley, que, en defensa de la competencia, prohíbe las prácticas restrictivas instrumentadas merced a la colusión, así como los abusos por parte de las empresas con dominio del mercado». Además, como se señalaba también en su magnífica Exposición de Motivos, la promulgación de la Ley «significa así nuestra incorporación a una corriente de política económica común hoy en la mayoría de los países occidentales y que es plenamente coherente con el mantenimiento y la consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y en el mercado».

Un tercio de siglo más tarde parece clarividente la afirmación que en su día hicieron un grupo de expertos de reconocido prestigio: «Los diferentes sectores del país reclamaban que se dictase una ley general... cumpliéndose el programa anunciado en el ... Decreto-ley (de Ordenación económica, de 21 de julio de 1959). La Organización Sindical, los organismos económicos y un amplio sector de expertos se manifestaron unánimemente en favor de una ley antimonopolio. La promesa del Ejecutivo debía cumplirse porque, además, la economía española sentía una necesidad coyuntural de que así fuese»<sup>5</sup>. Los propios expertos del Ministerio de Comercio reclamaban una mayor liberalización de las importaciones, reduciendo el peso del denominado «Comercio de Estado», acompañada de una oportuna legislación antimonopolio. En efecto, señalaba Información Comercial Española (1963) que «intentar desmontar estas prácticas (monopolistas abusivas) sin antes haber avanzado sustancialmente en la liberación (*sic*) será prácticamente imposible; y, a la inversa, la liberación (*sic*) de las importaciones, unida a la operación de la legislación antimonopolio, constituiría probablemente un remedio eficaz de la situación ... La verdad es que, sin mayor liberación (*sic*) de importaciones y menos protección, las prohibiciones legales más rigurosas del monopolio no tendrían gran significado, al menos en numerosos sectores».

Sin embargo, la citada satisfacción pronto resultó contrarrestada por la testaruda realidad. Los propios expertos no tardaron en mostrar su escepticismo: «Todo hacía pensar, pues, en una auténtica ley antimonopolio, como se había anunciado, y fiel, en lo esencial, a las normas dictadas en los países de la OCDE e inspirada en la fuente del Tratado de Roma. Pero la realidad ha sido distinta. Nos encontramos con una ley que simplemente sanciona las prácticas restrictivas de la competencia,

---

<sup>5</sup> Ver AA.VV. (1964). Este trabajo fue planeado por G. Senen, contó con la colaboración de A. Bercovitz, L. J. Garrigues y R. Jiménez de Parga y fue la continuación del trabajo realizado sobre la base del anteproyecto de ley en el que colaboraron, además, M. Broseta, L. Díez-Picazo y R. Lladó.



manteniendo y tolerando en grado excesivamente amplio situaciones monopolísticas (estatales y legales), y que, por otra parte, no sigue fielmente determinados puntos esenciales del Tratado de Roma... Y cabe entonces preguntarse si sería viable conseguir la libre competencia en un sistema que autoriza con bastante amplitud verdaderas situaciones de monopolio no toleradas ni en el Tratado de Roma ni en otras leyes extranjeras. En suma, del encargo legislativo sólo se ha cumplido rigurosamente la segunda parte; es decir, el propósito de dictar disposiciones para “combatir y prevenir las demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía”. Pero literalmente se ha prescindido del proyecto de prevenir y combatir las prácticas monopolísticas, al menos todas las prácticas que producen situaciones de monopolio» (Véase AA. VV., 1964)<sup>6</sup>.

La Ley 110/1963, una de las contrapartidas de la ayuda americana a España<sup>7</sup>, fue promulgada y aplicada al amparo de los planes de desarrollo<sup>8</sup> con el objetivo de contribuir a adaptar la legislación española a la comunitaria<sup>9</sup>.

La Ley 110/1963 sostuvo la necesidad de una especialización jurisdiccional. En la Exposición de Motivos se decía que «La Ley respeta el campo que corresponde a las distintas jurisdicciones en su ámbito respectivo... La falta de identidad entre la idea de tipicidad penal y las definiciones de prácticas prohibidas, lleva consigo la independencia entre las posibles declaraciones en una y otra esfera, dado que la eventualidad de declaraciones contradictorias no producirían necesariamente interfe-

---

<sup>6</sup> El Banco Mundial (1962) consideraba, prudentemente, que «en la economía de mercado, la disciplina económica debería ser impuesta por un mecanismo de precios que funcione libremente y conduzca a la mejor asignación de recursos gracias a la fuerza de la competencia. No queremos decir con esto que el mecanismo de precios funcione siempre a la perfección ni que el empresario individual responda siempre como es debido a sus estímulos. Tampoco sugerimos que, desde el punto de vista social, sea conveniente una actitud de *laissez faire*. Simplemente estas reservas significan que el mecanismo de precios no debe ser el dueño, pero no impiden que sea un buen servidor».

<sup>7</sup> Como señaló L. RUFILANCHAS (1963): «nunca se ha suscitado en España el tema de una legislación que tratase de ordenar la competencia en el mercado, aun de un modo parcial, como en los últimos diez años. El primer texto en el que decididamente un Gobierno español asume el compromiso de iniciar una política de represión de las prácticas contrarias a la libre competencia parece constituirlo el convenio de ayuda económica suscrito entre España y los Estados Unidos de América el 26 de septiembre de 1953. Según el artículo II del convenio, el compromiso se extiende a “desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o de *cartel* de los que resulte una restricción en la producción y un aumento en los precios o que pongan trabas al comercio internacional”...». Véase también TAMAMES (1970).

<sup>8</sup> Ver *Información Comercial Española* (1963) y TAMAMES (1970).

<sup>9</sup> Destaca la rapidez en la aprobación de la Ley. En efecto, el Gobierno decidió abordar la cuestión a finales del año 1962. El Ministerio de Comercio redactó rápidamente el proyecto de ley que pasó a las Cortes el día 25 de enero de 1963. El proyecto fue discutido en la Comisión correspondiente durante un período no superior a los diez días y el Pleno del día 15 de julio de 1963 lo aprobó, siendo sancionada dicha Ley por el Poder ejecutivo el día 20 de julio de 1963, publicándose en el *BOE* el siguiente día 23 (AA. VV., 1964).



rencias, incluso a través de la eficacia “erga omnes” de la cosa juzgada». En consecuencia, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) con la función primordial de declarar la existencia o inexistencia de conductas restrictivas de la competencia. Con la jurisdicción única se eliminaba el riesgo de contradicciones entre las distintas jurisdicciones. Y, en cualquier caso, se reservaba a los distintos Tribunales la posibilidad de enjuiciar las consecuencias civiles, penales, administrativas o laborales de las distintas conductas.

La redacción de la Ley fue mejor que su aplicación. Pese a la efervescencia liberal de la declaración de principios, su aplicación fue escasa dado que se inscribía en un contexto económico fuertemente proteccionista<sup>10</sup>. El propio Tribunal (1989) consideró que dicha Ley «fue en su momento, dentro de un sistema económico proteccionista, dirigista, intervencionista y verticalista, un exabrupto legal provocado hasta cierto punto por la política exterior». Como ha señalado L. Cases (1995), «La LRPRC y el complejo entramado organizativo creado constituía una pieza desconectada del conjunto del ordenamiento que seguía el comportamiento de las empresas en el mercado y que careció, en consecuencia, de aplicación y trascendencia. El sistema autoritario anterior constituía un marco jurídico político en el que las prácticas oligopolistas de detentación del poder económico no eran perseguidas, sino que llegaban a ser consustanciales al mismo».

La promulgación de la Constitución española en el año 1978 supuso un cambio de enfoque en relación con la defensa de la competencia<sup>11</sup>. Se acentuó el énfasis en la libertad de empresa en el marco del mercado

---

<sup>10</sup> M. QUINTERO (1987) escribió que «Estos juicios coinciden en estimar que la labor técnica realizada hasta ahora por el Tribunal ha sido objetiva y escrupulosamente realizada, pero que sus resultados han sido muy escasos en la cuantía y en la relevancia de los casos resueltos. En efecto, en los más de veinte años de su actuación, el Tribunal ha dictado resoluciones sólo para unos 250 expedientes que, en su mayoría, se refieren a asuntos de escasa importancia en materia competitiva. Respecto a la escasa cantidad e importancia de los asuntos resueltos, todos coinciden en que el Tribunal es irresponsable, porque no puede obrar más que sobre los expedientes recibidos del Servicio de Defensa de la Competencia. Este Servicio ha estado tan mal dotado que es milagroso que haya podido servir de cauce ni siquiera para los pocos e irrelevantes asuntos que han pasado hasta ahora al Tribunal. Ni el Servicio ha podido funcionar adecuadamente ni tampoco lo ha hecho el casi inexistente Consejo de Defensa de la Competencia».

<sup>11</sup> De acuerdo con J. A. ROSIGNOLI (1987), quien ha sido Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, «Con la Constitución de 1978, pues, la defensa de la competencia ha recibido, en este sentido global, un respaldo implícito, aunque inequívoco pues conlleva la necesidad de medidas de intervención de los poderes públicos que aseguren el respeto de la libertad de empresa, pues no hay ejercicio real de la misma sin libre competencia, y, en definitiva, la formación de una auténtica política de competencia —y su correspondiente plasmación legal— que alcanzando a todos los agentes —públicos o privados— que operan en el mercado gravite sobre la idea del orden público económico, y en eficaz protección de los consumidores que, como elemento fundamental de toda economía de mercado, se ven profundamente perjudicados por las alteraciones de la libre competencia».

y en la defensa de la productividad y de los intereses de los consumidores. Posteriormente, la adhesión de España al Tratado de las Comunidades Europeas en el año 1986 supuso el reforzamiento de la creencia en las virtudes del libre mercado. Una de las consecuencias de todo ello fue la modificación del marco legislativo relacionado con la defensa de la competencia. El resultado fue la aprobación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en vigor desde el mes de agosto del año 1989<sup>12</sup>.

La LDC pretende regular la competencia en el contexto de la economía de mercado. Como se indica en su Exposición de Motivos «La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución»<sup>13</sup>. Dicho artículo establece, de acuerdo con lo manifestado en la citada Exposición de motivos, que «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». En consecuencia, como indicó Rosignoli (1987) «el Estado se configura como un contrapoder al servicio de la libertad del mercado, en beneficio de las empresas y de los consumidores. Lejos de cualquier afán intervencionista, el papel que los órganos públicos se obligan a desempeñar se justifica por todo lo contrario. La intervención, limitada, pretende evitar que un mercado dirigido por la Administración sea reemplazado por un mercado controlado por los agentes económicos más poderosos».

La aplicación de la LDC ha puesto de relieve algunos puntos débiles. Por esta razón es necesario perfeccionarla. Hace poco más de un año, en el mes de junio de 1996, tuvo lugar la última modificación de la LDC con el objetivo doble de reforzarla en beneficio de la libre competencia y

<sup>12</sup> Véase GALÁN y SÁNCHEZ (1992); ALLENDESALAZAR y PÉREZ-BUSTAMANTE (1994).

<sup>13</sup> Como señaló J. ROSIGNOLI (1987), la Sentencia del Tribunal Constitucional del día 1 de julio de 1986 ha precisado el imperativo constitucional de la política de defensa de la competencia: «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución como marco obligado de la libertad de empresa y el compromiso de proteger el ejercicio de éste ... por parte de los poderes públicos, supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales», siendo por tanto importante destacar la necesidad de una política de defensa de la competencia, pues la defensa de la competencia aparece «como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste». Se trata ... de «una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado» que deriva «de los mismos términos del artículo 78» de la Constitución».



contribuir a hacer más efectiva la tarea de las autoridades de defensa de la competencia. Se facilitó la posibilidad de inadmisión por el SDC de los asuntos de menor importancia; se estableció que la LDC sería de aplicación a los actos contrarios a la competencia causados por las Administraciones públicas, Entes públicos o empresas públicas que no contaran con el oportuno amparo legal y se estableció que cuando el SDC «considere que una notificación voluntaria de acuerdos, pactos, de operaciones de alianza entre empresas no responde a una operación de concentración económica resolverá en el plazo de un mes que sea tratado como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas...». Y concluían los cambios en la Ley determinando que «cuando una notificación voluntaria de operación de concentración se presenta con posterioridad a una denuncia de prácticas restrictivas de la competencia por hechos similares, el Servicio de Defensa de la Competencia procederá en el plazo de un mes a acumular los dos expedientes y a pronunciarse sobre si la operación debe ser tramitada como un acuerdo del artículo 1 o como una concentración económica»<sup>14</sup>.

Con tales modificaciones se pretende, en primer lugar, que las autoridades de Defensa de la Competencia consideren de forma flexible la posibilidad de calificar determinadas conductas como «de menor importancia» de forma que puedan rechazarse aquellas conductas que por su escasa importancia no afecten al interés público. En segundo lugar, se incluye entre las conductas perseguibles a los acuerdos restrictivos de la competencia derivados de actuaciones administrativas o de Entes o empresas públicas, subrayando que las normas de la competencia les pueden ser aplicadas. Por último, la falta de una definición precisa de operación de concentración en nuestra legislación y el hecho de que el trato que se concede a dichas operaciones en relación con los acuerdos restrictivos de la competencia sea más favorable, se traduce en el intento por parte de las empresas que determinadas operaciones de concentración empresarial sean analizadas por las autoridades de defensa de la competencia como si se tratase de operaciones de concentración. En consecuencia, ahora podrá el SDC, en un plazo determinado, precisar el procedimiento a seguir en las notificaciones voluntarias de operaciones de concentración y, en su caso, proceder a la oportuna acumulación de expedientes cuando sobre una misma operación exista denuncia y notificación.

Ha pasado mucho tiempo desde el año 1989. Pero el tiempo ha sido bien aprovechado por las autoridades de defensa de la competencia. En primer lugar, por su labor cotidiana de análisis y resolución de expedientes. El contenido de las resoluciones del Tribunal, desarrolladas en aplicación de la LDC, ha contribuido inequívocamente a promover y extender la competencia. Mediante sus resoluciones, el Tribunal ha removido acuerdos sobre precios, ha impedido abusos de posición de

<sup>14</sup> Sobre la modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia ver R. ALONSO (1997).



dominio, ha combatido acuerdos que han limitado el ejercicio de la competencia en el mercado, ha delimitado el alcance del concepto de operador económico o ha postulado la reducción de los precios mediante la competencia, por citar algunos ejemplos. Recuérdense los pronunciamientos del Tribunal sobre los mercados del pan, de la leche, de la sidra, de los cosméticos, del fútbol en televisión, de las autoescuelas o sobre la conducta de los bancos en relación con las comisiones bancarias. O sus resoluciones relacionadas con las conductas de la Compañía Telefónica o Butano. Y sus argumentos en las operaciones de concentración relacionadas con los mercados del azúcar, los pañales, la radio, o el queso, por recordar tan sólo algunos casos. El conjunto de dicha actividad, que ha sido el resultado de un elevado número de horas de discusión y de estudio, ha ido configurando un esquema coherente de defensa de la competencia y ha contribuido a que un elevado número de ciudadanos confíen en las autoridades de defensa de la competencia y concluyan que la competencia es un instrumento eficaz en la lucha por la eficiencia y en la defensa de los intereses públicos.

En segundo lugar, debe hacerse referencia a la contribución del Tribunal a la extensión en la sociedad española, en el mundo empresarial, y en las administraciones públicas, de una nueva cultura de la competencia que ha ido sustituyendo progresivamente y con fuerza aquella vieja concepción intervencionista que ha sido la protagonista de nuestra escena económica durante muchos años<sup>15</sup>. Como ha indicado el TDC (1995) «sería injusto decir que en los últimos años no ha calado en la opinión pública la conveniencia de que los mercados funcionen conforme a las reglas de la libre competencia. Es indudable que desde nuestra adhesión a la Comunidad Europea se viene produciendo un cambio de mentalidad a este respecto y cada vez son más los partidarios de liberalizar la economía española. La mejor prueba de ello es que en la sociedad española se ha abierto el debate sobre la necesidad de liberalizar diversos ámbitos de la economía, cuando hace tan sólo unos años no se planteaban ni siquiera los efectos de las restricciones a la competencia y la intervención no justificada de los poderes públicos»<sup>16</sup>.

No ha sido ajena a este resultado la labor del Servicio de Defensa de la Competencia y el impulso que últimamente han aplicado las autori-

---

<sup>15</sup> Sobre estas cuestiones debe destacarse el impacto de los tres informes publicados, hasta ahora, por el TDC: Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones (1992); Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios (1993 a); y La competencia en España: Balance y nuevas propuestas (1995).

<sup>16</sup> Resultan significativos —al margen de las contradicciones entre las diferentes respuestas— los datos contenidos en el estudio del CIS n. 2224 (Economía y Sociedad: Cultura Económica). En efecto, el 70,2 % de los ciudadanos consultados manifestaron que el término competencia les sugería sentimientos positivos. Y el 82,9 % de los ciudadanos entrevistados estaban muy de acuerdo (21,8 %) o de acuerdo (61,1 %) en que la competencia es necesaria para el progreso económico.

dades económicas a la desregulación, liberalización y privatización de nuestros mercados y empresas <sup>17</sup>.

### III. LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Frecuentemente la teoría económica ha elaborado sus desarrollos analíticos sobre la base de que las empresas en el mercado se comportan según los principios de la competencia perfecta. De acuerdo con los principios de la teoría y simplificando el análisis, puede afirmarse que, bajo las hipótesis de ausencia de externalidades, economías crecientes de escala, bienes públicos y bienes de mérito, la también hipotética situación de competencia perfecta dirige a las empresas por la senda de la eficiencia. Sin embargo, la contrastación empírica de los modelos económicos revela la artificialidad de los supuestos. Los mercados imperfectos constituyen la forma dominante en las modernas economías de mercado industrializadas (Petitbò, 1987). C. Shapiro (1989) ha insistido en la idea de que el estudio de los sectores oligopolizados se sitúa en el centro de la teoría de la economía industrial (o economía de los mercados).

De los supuestos incluidos en el modelo de competencia perfecta puede deducirse que un equilibrio competitivo es Pareto-óptimo. Es decir, ninguna asignación alternativa será socialmente mejor, dado que ningún consumidor podrá mejorar su bienestar sin empeorar el bienestar de otro consumidor. Bajo las condiciones de un modelo competitivo ideal no es necesaria ni la intervención pública asignativa ni la regulación pública de los mercados. En este caso, las actuaciones de las administraciones públicas se reducirán a las cuestiones relacionadas con la estabilización, la distribución de la renta y la solidaridad <sup>18</sup>.

En palabras de M. Motta (1994) «La economía ha mostrado que la debilidad o la ausencia de competencia entre empresas (en otras palabras, un alto grado de coordinación entre empresas) lleva a pérdidas en el bienestar. Mientras las empresas se benefician de la colusión a través

<sup>17</sup> Como ejemplos pueden citarse el Programa de Convergencia 92/96; el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y el Programa de Convergencia de España. 1997, aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de abril de 1997.

<sup>18</sup> La regulación debe limitarse a aquello que es estrictamente necesario (la salud, la seguridad, la calidad, el procedimiento concursal, por ejemplo). El análisis de la realidad revela que «En ocasiones no están reguladas cuestiones cuya regulación es necesaria y se regulan cuestiones accesorias que operarían mejor según las condiciones del libre mercado. El exceso de normas contribuye a promover la discrecionalidad de las autoridades públicas y, en ocasiones, la corrupción tiene su origen en dicha discrecionalidad. La competencia y la transparencia de las actuaciones públicas dificultan la corrupción y contribuyen a mejorar la eficiencia» (PETITBÒ, 1994).



de altos precios y beneficios, esto perjudica a los consumidores, cuyas pérdidas generalmente exceden a las ganancias de los productores». Éste es el punto de partida para justificar la intervención del Gobierno en favor de un sistema de competencia que prohíbe los acuerdos colusivos entre empresas<sup>19</sup>. Ciertamente el modelo habitual utilizado por los economistas incluye fuertes restricciones con respecto a la realidad y el análisis prescinde de contornos y de matices. Sin embargo, permite, por un lado, poner de relieve las ventajas de una estructura de mercado competitiva en relación con una estructura de mercado oligopolista o monopolista; y, en segundo lugar, permite justificar la oportunidad de una política de defensa de la competencia y, en su caso, de regulación de los mercados, sectores o actividades. Desde esta perspectiva el análisis es útil. Y resulta sensato considerar que no puede pedirse a la teoría aquello que la teoría no puede ni pretende explicar.

Como la revisión de los distintos modelos de competencia imperfecta será una tarea ingente, aquí se puede concentrar el análisis en la comparación de los resultados correspondientes a las estructuras de mercado competitivas en relación con las estructuras de mercado monopolistas. Es cierto que los modelos se apoyan en situaciones extremas. Pero la simplificación efectuada es ilustrativa de fenómenos relevantes.

Simplificando el análisis puede suponerse, por ejemplo, que, en un primer momento, una empresa de un sector determinado está presente en un mercado monopolista. Y supóngase, también, que como consecuencia de un proceso de liberalización la estructura del mercado se convierte en competitiva y varios operadores económicos compiten entre sí, incluida la anterior empresa monopolista<sup>20</sup>. La conducta de la empresa monopolista y sus beneficios se modificarán<sup>21</sup>. Simultáneamente, las nuevas empresas que entren en el mercado pueden registrar beneficios positivos.

Según se desprende de la lectura de cualquier manual de teoría económica o de economía de los mercados, el paso de una situación de monopolio a una situación de competencia, *ceteris paribus*, supone, fundamentalmente, lo siguiente: en primer lugar, una reducción de los precios para los consumidores y las empresas de los bienes o servicios afec-

---

<sup>19</sup> Por su parte, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1993) ha sostenido que «la competencia ha de ser defendida por el Estado, aunque sólo sea por una razón, y es que si el Estado no la defiende, nadie va a defenderla. La competencia es un bien público ... Si el Estado no se lo propone, si no se dedica efectivamente a la defensa del mercado y de la competencia, dada la tendencia natural de los operadores económicos, éstos tratarán de acabar con la competencia. La tendencia del empresario, del comerciante, es buscar el máximo beneficio y, el máximo beneficio —sobre todo el más tranquilo, el más fácil— se obtiene siempre en una situación de restricción de competencia, de restricción de mercado».

<sup>20</sup> Véase POSNER (1977); WATERSON (1984); VISCUSI, VERNON y HARRINGTON (1992); y MUELLER (1986).

<sup>21</sup> En función de las condiciones específicas del mercado y de las nuevas estrategias adoptadas, los beneficios de la anterior empresa monopolista pueden ser iguales, menores o superiores.



tados con los correspondientes efectos sobre la inflación; en segundo lugar, un incremento de la cantidad producida, con los correspondientes efectos sobre la tasa de crecimiento de la economía y, probablemente, sobre la ocupación; en tercer lugar, una reducción del excedente del productor (la desaparición de los beneficios extraordinarios de la empresa); en cuarto lugar, un incremento del excedente del consumidor; y, por último, la comparación entre las magnitudes correspondientes al excedente total de productores y consumidores revela que el paso de un mercado monopolista a un mercado plenamente competitivo supone una ganancia neta de bienestar para el conjunto de la sociedad<sup>22</sup>. Es precisamente la reducción o la desaparición del excedente lo que impulsa a las empresas a incrementar su cuota de mercado y su posición de dominio en el mercado. En un entorno competitivo y bajo determinadas circunstancias, mayor competencia también supone mayor inversión, incrementos de la productividad, mayor innovación, mejor calidad y seguridad de los bienes y servicios, mayor ocupación, y niveles de salarios más elevados.

El intenso debate llevado a cabo en los últimos años ha generado abundante evidencia empírica sobre estas cuestiones. Una referencia fundamental son los distintos análisis de la OCDE<sup>23</sup>. A continuación se hace referencia a algunos ejemplos relevantes procedentes, fundamentalmente, de dichos análisis y de la propia experiencia española.

En relación con los efectos de la liberalización sobre los precios de los bienes y servicios, el cuadro número 1 presentado por el Secretariado de la OCDE ante el Comité de Legislación y Política de Competencia, refleja el hecho de que la eliminación de la regulación restrictiva de la competencia se traduce en reducciones significativas de precios<sup>24</sup>. Lo mismo ha sucedido en España cuando se han liberalizado y se ha introducido competencia en el transporte aéreo, o por carretera, los carburantes en determinadas estaciones de servicio o los preparados lácteos, por citar tan sólo algunos ejemplos. La mayor protección ante la competencia del sector servicios español se traduce en tasas de inflación más elevadas en dicho sector<sup>25</sup>. El Banco de España (1997 a) reconoce como

---

<sup>22</sup> Sobre la magnitud de las estimaciones de la pérdida neta de bienestar como consecuencia de las estructuras de mercado monopolistas véase, por ejemplo, el estudio pionero de HARBERGER (1954), el análisis de COWLING y WATERSON (1976) y el posterior desarrollo de YARROW (1985) considerando un modelo de competencia monopolista con bienes diferenciados.

<sup>23</sup> Se trata de los documentos de trabajo sometidos al análisis y al examen de los participantes en el Comité de Legislación y política de la competencia. Entre dichos documentos pueden citarse «The OECD Report on Regulatory Reform» (DAFFE/CLP/WP2(97)5); «Regulatory Reform, Industrial Competitiveness and Innovation» (DAFFE/CLP/WP2(96)9/08); «Economy-Wide Effects of Regulatory Reforms» (ECO/GEN (96) 15); y «The Economy-Wide Effects of Regulatory Reform. Country Notes» (DAFFE/CLP/WP2(96)9/07/ANN).

<sup>24</sup> Este hecho pone de relieve la relevancia de las rentas de monopolio.

<sup>25</sup> El Banco de España (1997 b) ha puesto de manifiesto que los productos expuestos a la competencia han registrado una tasa de crecimiento internacional de los precios del 0 % en el mes de mayo, mientras que la tasa correspondiente a los productos protegidos de la competencia ha sido del 3,5 % en idéntico período.

uno de los elementos que contribuyen a frenar la inflación «la introducción de una mayor competencia en algunos sectores» y concluye afirmando que «De acuerdo con la experiencia reciente, en aquellas ramas donde se ha iniciado el proceso de liberalización se han producido recortes significativos de los precios, aunque algunos de ellos sigan siendo precios regulados».

CUADRO 1. DISMINUCIÓN DE LOS PRECIOS TRAS LA ELIMINACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA INADECUADA

<i>Sector</i>	<i>País</i>	<i>Reducciones de precios en términos reales (%)</i>
Transporte por carretera	Alemania	30
	México	25
	Francia	20
	Estados Unidos	19
Transporte aéreo	Reino Unido	33
	Estados Unidos	33
	España	33 <sup>1</sup>
	Australia	20
Sector eléctrico	Noruega (mercado al contado)	18-26 <sup>2</sup>
	Reino Unido	9-15 <sup>3</sup>
	Japón	5
Servicios financieros	Reino Unido	70 <sup>4</sup>
	Estados Unidos	30-62 <sup>4</sup>
Servicios profesionales	Reino Unido	33
Telecomunicaciones	Finlandia	66 <sup>5</sup>
	Reino Unido	63 <sup>6</sup>
	Japón	41 <sup>6</sup>
	México	21 <sup>5</sup>
	Corea	10-30 <sup>7</sup>

1. Hace referencia a las rutas de alta densidad. En otro tipo de rutas se han registrado incluso reducciones superiores.

2. La primera cifra se refiere a las reducciones para clientes industriales que han renegociado sus contratos con sus oferentes tradicionales, y la segunda se refiere a los clientes industriales que han llegado a acuerdos con nuevos oferentes.

3. La primera cifra se refiere a los precios de la electricidad para los consumidores y la segunda a los clientes industriales.

4. Se refiere a las comisiones de cambio. En el caso de los Estados Unidos la primera cifra se refiere a las operaciones pequeñas y la segunda a las grandes operaciones de cambio.

5. Precios de las llamadas de larga distancia.

6. Precios medios de los servicios telefónicos.

7. La primera cifra se refiere a las llamadas nacionales de larga distancia y la segunda a las llamadas internacionales.

*Fuente:* OCDE. Dirección General de Asuntos Financieros, Fiscales y de la Empresa, 1997.



En relación con la producción, las estimaciones de la OCDE revelan que los países cuya economía está sujeta a una regulación más estricta pueden incrementar su PIB real en magnitudes comprendidas entre el 3 y el 6 por ciento. En un trabajo publicado en el mes de enero del año 1996, J. Gwartney, R. Lawson y W. Block (1996), sobre la base de la información correspondiente a 102 países y un horizonte temporal de 20 años, concluían que la mayor libertad económica se traduce en una mayor tasa de crecimiento y en un mayor nivel de riqueza de los ciudadanos. Afirmación rotunda que no debería pasar desapercibida para aquellos que se oponen a la introducción o extensión de la competencia en los sectores y mercados protegidos de la misma.

El análisis de la inversión revela que la eliminación de los obstáculos que impiden la competencia en un sector facilita la entrada de nuevas empresas, lo que se traduce en un incremento tanto de la inversión —nacional e internacional— como de la producción. En el caso español no cabe duda acerca de que la liberalización del transporte aéreo o de las telecomunicaciones se ha traducido en mayores inversiones y en un incremento de la oferta. Y el incremento de la inversión tiene efectos positivos sobre la productividad, tal como ponen de relieve los análisis realizados. La OCDE no ha dudado en afirmar que la reforma de la regulación económica tiene efectos positivos sobre la productividad del trabajo y del capital y promueve tanto el crecimiento de la productividad como la mejora de la eficiencia. En consecuencia, puede sostenerse que la liberalización de los sectores, mercados y actividades sometidas a restricciones de la competencia se traducirá en mejoras de la competitividad empresarial (Ver cuadro 2).

CUADRO 2. TASA DE CRECIMIENTO DE LA PRODUCTIVIDAD: ESTIMACIONES Y RESULTADOS\*. PORCENTAJES

País	<i>Productividad del trabajo</i>		<i>Productividad del capital</i>	
	<i>Incrementos promovidos por la desregulación</i>	<i>Tasa de crecimiento medio. 1979-95</i>	<i>Incrementos promovidos por la desregulación</i>	<i>Tasa de crecimiento medio. 1979-95</i>
	Estados Unidos	0,5	0,9	0,5
Japón	3,3	2,2	4,0	-2,1
Alemania	3,7	0,9	1,6	-0,6
Francia	2,7	2,3	3,0	-0,6
Reino Unido	2,0	2,0	1,4	0,5

\* Sectores: energía eléctrica, transporte aéreo, transporte por carretera, telecomunicaciones (excepto radio y televisión) y distribución.

Fuente: OCDE, Dirección General de Asuntos Financieros, Fiscales y de la Empresa, 1997.



Los incrementos de productividad recogidos en el cuadro 2 son particularmente elevados en relación con los incrementos de productividad normales en el sector empresarial. La tasa de crecimiento de la productividad del trabajo promovida por la desregulación crecía entre el 0,5 por ciento correspondiente a Estados Unidos y el 3,7 por ciento de Alemania. Destaca entre todos los países el incremento de productividad del trabajo resultante de la reforma de la regulación en Alemania en relación con la tasa de crecimiento registrado en el período 1979-95. La productividad del capital promovida por la desregulación ha registrado tasas de crecimiento comprendidas entre el 4,0 por ciento correspondiente a Japón y el 0,5 por ciento de Estados Unidos.

Las mejoras en la innovación promovidas por la competencia se han observado en un amplio elenco de sectores. Por ejemplo, la reducción del tiempo necesario para conseguir la autorización para comercializar un producto farmacéutico promovida por la European Medicines Evaluation Agency ha estimulado la investigación de nuevos productos farmacéuticos. La liberalización del mercado financiero se ha traducido en una ampliación de los instrumentos financieros disponibles para las empresas y los ciudadanos. El desarrollo de nuevos bienes y servicios en el mercado de las telecomunicaciones ha sido considerablemente superior en los entornos competitivos en relación con el registrado en aquellos países caracterizados por la estructura monopolística del sector. La competencia no solamente promueve el cambio técnico sino que, además, estimula el uso de la mejor tecnología necesaria para mejorar la competitividad de las empresas.

En relación con la calidad de los bienes y servicios la evidencia empírica también pone de relieve que mayor competencia, en general, se traduce en niveles superiores de calidad. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, en los mercados competitivos se detecta una mayor densidad de teléfonos públicos, una reducción del tiempo de espera de las nuevas conexiones y un menor riesgo de averías. La liberalización del transporte aéreo en Estados Unidos ha conducido a una mayor congestión en los aeropuertos como consecuencia de la reducción de las tarifas pero este hecho se ha visto contrarrestado por un incremento de los vuelos directos sin necesidad de conexiones y una reducción en el número de pérdidas de equipajes, lo que, sin duda, constituye el reflejo de una mejor calidad del servicio. Decía la prensa no hace mucho<sup>26</sup> que la Compañía Telefónica de España remitió cartas personalizadas a sus setenta mayores clientes por la interrupción del servicio el día 10 de octubre, agradeciendo su comprensión e inestimable colaboración durante el proceso de recuperación de la red. Y la empresa decidió compensar económicamente a sus clientes afectados descontando totalmente el importe de la tarifa telefónica correspondiente a dicho día.

---

<sup>26</sup> *Expansión*, 24 de octubre de 1996.

Tras el proceso de desregulación económica, en Estados Unidos la seguridad de los aviones se ha incrementado como consecuencia de una regulación más estricta en materia de seguridad del transporte aéreo de pasajeros. Los accidentes se han reducido en un 75 por ciento desde 1974-76 a 1993-95. Y en el transporte de mercancías por carretera los accidentes se han reducido en dos terceras partes en el período 1975-1992. Este resultado se ha registrado también en el Reino Unido.

Los datos de la OCDE muestran que la competencia puede conllevar menores niveles de ocupación<sup>27</sup>. Sin embargo, un análisis riguroso de la realidad revela que el efecto de la competencia sobre la ocupación depende de la estructura sectorial y del tiempo. Puede ocurrir que a corto plazo la competencia provoque una reducción de la ocupación en determinadas empresas —especialmente en las empresas que durante mucho tiempo han estado protegidas de la competencia— como consecuencia de la necesidad de mejorar la eficiencia y la innovación para poder competir mejor con el resto de empresas. Sin embargo, a medio y largo plazo, la eliminación de las barreras de entrada, la reducción de los trámites administrativos, la mayor movilidad posible del capital transnacional y las mayores oportunidades a la creación de empresas crean nuevas oportunidades a la creación de ocupación.

El análisis de McKinsey Global Institute (1994) mostró cómo la competencia contribuye a la creación de ocupación. El Informe de la empresa consultora afirmaba que la menor creación de empleo neto en España en comparación con otros países, y, por lo tanto, la mayor tasa de paro, se explicaba no sólo por las rigideces en el mercado de trabajo, sino también por la existencia de importantes restricciones a la competencia en el resto de mercados, fundamentalmente en los servicios. Las telecomunicaciones y el transporte aéreo en España constituyen oportunos elementos de referencia. Según los datos de la OCDE, en Estados Unidos, tras una reducción inicial de puestos de trabajo después de la desregulación del transporte aéreo, en el año 1996 el empleo total se ha incrementado en un 80 por ciento en relación con los niveles iniciales de ocupación como consecuencia de los incrementos de demanda provocados por la reducción de las tarifas aéreas. En Japón y Finlandia, la creación neta de empleo en el sector de las telecomunicaciones ha sido positiva a pesar de la reducción de puestos de trabajo en las empresas principales. En Estados Unidos, el nivel de ocupación se ha mantenido tras la desregulación de las telecomunicaciones, pero se ha incrementado sustancialmente en los servicios de información y de derechos (copyright industries), pasando de 3 millones de ocupados en el año 1975 a 5,9 millones en el año 1994. La armonización de las características de los teléfonos móviles en Europa ha contribuido a incrementar la oferta.

<sup>27</sup> En relación con los cinco sectores mencionados en el cuadro 2, la OCDE estima que la desregulación ha provocado pérdidas de ocupación comprendidas entre 0,0 % en Alemania y el 1,1 % en Japón.



En consecuencia, la ocupación se ha incrementado entre los años 1990 y 1995. La ampliación de los horarios comerciales ha contribuido a incrementar la ocupación en un 1,5 por ciento en Suecia.

También debe señalarse que, a pesar de que la competencia puede traducirse en una pequeña reducción de los salarios nominales en los sectores tradicionalmente protegidos de la misma, lo más relevante es que contribuye a incrementar los salarios reales —la capacidad adquisitiva de los ciudadanos— cuando las empresas responden con la suficiente rapidez y agilidad a los cambios en la estructura de los mercados. No cabe duda de que la reducción de los precios de los bienes y servicios combinado con un mantenimiento o un incremento de los salarios nacionales supone un aumento del poder adquisitivo de los asalariados.

La progresiva globalización del sector industrial ha acentuado la preocupación de las empresas industriales por la competitividad. Lo mismo sucederá con algunas actividades del sector servicios. Muchos gobiernos han impulsado la realización de estudios y la creación de instituciones relacionadas con el análisis y el fomento de la competitividad. La consideración de la competencia como elemento relevante no ha estado ausente de dichos análisis. El argumento empleado es sencillo: para ganar competitividad en los mercados internacionales es necesario que las empresas previamente hayan competido en los mercados nacionales dado que la competencia sobrepasa los tenués límites de las fronteras nacionales. Como ha afirmado la Comisión Europea (1996) «La política de competencia sirve para lograr una asignación óptima de recursos, avances técnicos y la flexibilidad necesaria para adaptarse a un entorno en evolución. En este sentido, la competencia y la competitividad son indisociables. La experiencia demuestra que únicamente aquellas empresas acostumbradas a una fuerte competencia y que obtienen buenos resultados en los mercados abiertos y dinámicos podrán hacer otro tanto en una escala aún mayor, ya sea en otras zonas geográficas o en una economía más internacionalizada».

En otros términos, los mercados nacionales constituyen un adecuado banco de pruebas para hacer frente a la competencia internacional. Las empresas protegidas de la competencia en los mercados nacionales difícilmente serán competitivas en los mercados internacionales. La Comisión Europea (1991) afirmaba que el Mercado Interior se apoyará sobre la política de la competencia subrayando que «la exposición permanente al juego de la competencia debe ser una característica del entorno en el que operen las empresas europeas: será una garantía de que las empresas persiguen de forma activa la innovación, de que se adaptan al mercado y de que vigilan los costes y evitan pérdidas. Evidentemente, todo esto va a beneficiar al consumidor, al proporcionarle una mayor cantidad de bienes y servicios mejores y más baratos, pero también beneficiará a la propia industria. Las empresas europeas no serán competitivas en el mercado mundial si no son competitivas entre



sí». Por otra parte el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (Comisión Europea, 1993) señalaba que el respeto a las reglas de la competencia es uno de los elementos más importantes de la competitividad de las empresas. En consecuencia puede decirse que la necesidad de competir, a pesar de los riesgos que conlleva, constituye un elemento común de referencia en la mayoría de países desarrollados.

Sin embargo, un análisis riguroso no debe eludir la mención a los probables costes de la liberalización y a sus efectos a medio y largo plazo. Los análisis de la OCDE ponen de relieve que, en ocasiones, particularmente cuando la protección ha sido significativa, tienen lugar suspensiones de pagos y quiebras, pérdidas de empleo en las empresas, efectos sobre los servicios públicos o sobre los aspectos financieros de las empresas. Sin embargo, los beneficios de las reformas superan ampliamente sus posibles efectos negativos. Y, en cualquier caso, los efectos negativos resultan muy concentrados frente a la amplia difusión de los efectos positivos, lo que permite compensar los primeros con acciones públicas dirigidas a la defensa de los intereses públicos en su contexto competitivo.

#### IV. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Las políticas de promoción y defensa de la competencia desarrolladas por las administraciones públicas pretenden facilitar la competencia efectiva como medio necesario para promover la eficiencia empresarial, el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos. En unos casos se trata de promover la competencia. En otros casos se trata de definir estrategias dirigidas a impedir y, si es necesario, sancionar comportamientos anticompetitivos. La política de defensa de la competencia es el resultado de la articulación de ambas estrategias.

Asegurar que los mercados, sectores y actividades lleven a cabo sus funciones de una forma eficiente es una tarea compleja. Por esta razón, los puntos de apoyo de la política de promoción y defensa de la competencia deben ser diversos y, sobre todo, sólidos. El peso que deben sostener es, a menudo, elevado y la estructura debe mantenerse sin fisuras de ningún tipo. Los pilares sobre los que se sustenta la promoción y la defensa de la competencia, además de las instituciones dedicadas a dicha defensa, son, fundamentalmente, cinco: en primer lugar, la liberalización; en segundo lugar, la privatización de empresas y servicios públicos; en tercer lugar, la reconsideración de las ayudas públicas; en cuarto lugar, la creación de agencias reguladoras que incluyan entre sus objetivos la defensa del libre mercado, complementando pero no asumiendo las funciones de las autoridades de defensa de la competencia. Y, por último, la cooperación internacional en materia de competencia. En este trabajo se hará mención, tan sólo, a la liberalización llevada a cabo en España en los últimos años.

Tomando como marco de referencia la Constitución Española, el TDC sostiene que (todas) las administraciones públicas son las responsables últimas de que la conducta de los mercados se desarrolle de acuerdo con las reglas de la libre competencia. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre ellas la del día 1 de julio de 1986. Aún cuando la liberalización de mercados, sectores y actividades es una tarea fundamental donde las modificaciones normativas constituyen una condición necesaria, el Tribunal, en virtud de sus competencias, actúa tan sólo como órgano de propuesta y fomento de reformas. No debe olvidarse, sin embargo, que la introducción de competencia no supone la desaparición de las normas de regulación, especialmente de aquellas relacionadas con la salud, la seguridad de los consumidores y la protección del medio ambiente, por ejemplo. Ni tampoco puede afirmarse, como ha ocurrido en algunos casos, que la liberalización de los sectores protegidos de la competencia supondrá el abandono de los objetivos públicos. Debe ocurrir justamente lo contrario. Las normas reguladoras que deben ser removidas son aquellas que impiden la estabilidad macroeconómica, la creación de empleo, la igualdad de oportunidades, la promoción de la innovación, la mejora de la calidad y la seguridad y la consecución de otros objetivos públicos. Y deben mantenerse todas aquellas que contribuyan a la defensa de los intereses públicos.

El TDC, en muchas ocasiones, ha detectado que determinadas conductas restrictivas de la competencia contaban con el correspondiente amparo legal<sup>28</sup>. En consecuencia, de acuerdo con las funciones que tiene atribuidas por ley, el Tribunal ha hecho propuestas al Gobierno dirigidas a la remoción de los obstáculos legales a la libre competencia (*advocacy of competition*). Dicha actividad del TDC resulta plenamente justificada dado que, en ocasiones, son las propias Administraciones públicas las que a través de sus normas contribuyen a restringir la competencia.

El TDC hizo uso de estas facultades por primera vez cuando a finales del año 1991 y a principios del año 1992 el Gobierno le encargó la elaboración de sendos Informes. La primera solicitud tenía como objetivo la presentación de propuestas para adecuar las normas de las profesiones colegiadas a los principios de la libre competencia. La segunda, efectuada en el marco del Programa de Convergencia, consistió en el encargo de «un Informe sobre un amplio conjunto de sectores en los que se debería estudiar la legislación sobre precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolio y condicionamiento al ejercicio profesional de forma que pudieran identificarse los costes del sistema de

---

<sup>28</sup> El artículo 2.1 de la LDC dispone que «Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley».



regulación. Además el Tribunal debería incluir propuestas concretas de modificaciones normativas identificando a la Administración que debería llevarlas a cabo» (Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993 b).

Ha sostenido el Tribunal que «cuando en una economía subsisten sectores controlados por monopolios, o regulaciones que impiden la entrada de nuevas empresas, la introducción de competencia es la tarea prioritaria. En estos casos las administraciones públicas han de enfrentarse a la labor de modificar las normas que regulan aquellos sectores en los que existen restricciones a la competencia para eliminarlas y diseñar un marco legislativo en el que las empresas puedan operar en régimen de competencia. Ello supone que nuevas empresas puedan instalarse libremente, que tengan asimismo libertad para fijar sus precios y márgenes, así como para anunciarse y diseñar sus políticas comerciales. La liberalización es, por tanto, una tarea de carácter fundamentalmente normativo en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa tan sólo como órgano proponente de reformas» (Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995).

Los criterios seguidos por el Tribunal en el proceso de elaboración de propuestas han sido, resumidamente, los siguientes: en primer lugar, estimular el debate mostrando las experiencias extranjeras y explicando los costes, privados y sociales, de no liberalizar; en segundo lugar, cambiar sólo lo imprescindible, manteniendo los objetivos sociales y no alterando el equilibrio fiscal; en tercer lugar, reducir los costes que aparecen en el proceso de cambio; y, por último, crear un marco normativo e institucional que favorezca la introducción de competencia, rompiendo los círculos viciosos que impiden la liberalización y manteniendo transparentes los privilegios.

En el Informe del año 1993, el TDC remitió al Gobierno un conjunto de 61 medidas o recomendaciones. Seis de ellas, de carácter general. El resto, de carácter sectorial (Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993 a). En su Informe correspondiente al año 1995 el Tribunal, además de proponer nuevas medidas, realizó un balance del grado de ejecución de las políticas de introducción de la competencia sugeridas por el propio TDC en su Informe precedente. Dicho balance hacía referencia tanto a las posibles reformas generales como a las reformas sectoriales concretas.

En relación con las reformas generales propuestas<sup>29</sup> sostenía el Tribunal que «Pese a que en algunos casos se han dado tímidas muestras

---

<sup>29</sup> Tales propuestas eran: presentación anual a las Cortes del «Presupuesto de Restricciones a la Competencia»; establecimiento de un sistema de incompatibilidades que permita la separación entre reguladores y regulados; separación de los *holdings* públicos de aquellas empresas que disfruten de alguna restricción a la competencia; reforzamiento de la Junta Superior de Precios; introducción de un *test* de competencia a aplicar a las nuevas normas; y, por último, habilitación al Gobierno para liberalizar rápidamente y de forma flexible el sector de las telecomunicaciones.



por parte del Gobierno y del Poder Legislativo de tomar en consideración estas recomendaciones, el hecho cierto es que, en general, no se han llevado a la práctica. Por ello el Tribunal considera preciso, a la par que se repasan los escasos avances que se han dado en este ámbito, insistir en la necesidad de efectuar este tipo de reformas estructurales que, sin duda, facilitan enormemente el desmantelamiento de los monopolios y la introducción de competencia». En consecuencia, pese a haber dado los primeros pasos, debe andarse más deprisa venciendo las dificultades del avance. Además de los criterios recogidos en sus Informes, el contenido de las Resoluciones del Tribunal, desarrolladas en aplicación de la LDC, ofrece una manifestación inequívoca de su voluntad liberalizadora<sup>30</sup>.

El panorama se ha modificado significativamente en los últimos años. En relación con las medidas de carácter sectorial se ha avanzado considerablemente pese a que, en algunos casos, las reformas propuestas por el TDC no han encontrado el eco suficiente. Sin embargo, en un escenario de convergencia nominal las políticas estructurales, en especial la política de defensa de la competencia, pasan a un primer plano. El balance global es, ahora, positivo. No debe olvidarse que los agentes económicos interesados en que nada cambie o que las cosas cambien poco defienden sus privilegios con todos los medios disponibles. El debate ha sido, y es, complejo y rico en argumentos, no siempre veraces. Ahora, no cabe duda acerca de que la mayoría de los agentes económicos y de los ciudadanos desean ver cómo se van eliminando aquellas barreras que han limitado o impedido el libre ejercicio de la actividad empresarial. Los ejemplos de las telecomunicaciones, el transporte aéreo o la energía eléctrica han contribuido a alejar viejos temores y la cultura de la competencia va extendiéndose rápidamente por nuestra sociedad.

Recientemente, el interés por la defensa de la competencia y la liberalización de los mercados, sectores y actividades se ha plasmado en sendos conjuntos de medidas liberalizadoras introducidos en los meses de junio de 1996 y febrero de 1997. Son abundantes los sectores y mercados afectados por dichas medidas. En unos casos se han impulsado los programas de liberalización preexistentes. En otros, por el contrario, ha tenido lugar un cambio considerable al iniciarse el proceso de liberalización.

En primer lugar, en el mes de junio del año 1996 se aprobó un programa bajo la denominación de «Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica», contenidas en seis Reales Decretos-Ley (RDL), dos Reales Decretos (RD) y una Orden Ministerial. Las acciones afectaban a diversas actividades, al sector financiero, las telecomunicaciones, el suelo, las oficinas de farmacia, los

<sup>30</sup> Ver PETITBÒ (1997).

servicios funerarios, los carburantes y las profesiones colegiadas, entre otras cuestiones. A continuación se efectuarán algunos comentarios relacionados con las medidas adoptadas cuya relación con la competencia es más significativa.

En relación con el mercado del suelo, las medidas destacables incluidas en el RDL 5/1996, de 7 de junio, son: la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado que contribuirá a triplicar la cantidad disponible de suelo urbanizable; la reducción de las cesiones de aprovechamiento a favor de los Ayuntamientos desde el 15 hasta el 10 por ciento que contribuirá a reducir el precio del suelo y, en consecuencia, el de la vivienda; la reducción en 11 meses de los plazos legalmente establecidos para la tramitación del planeamiento que también contribuirá a reducir los precios; y, finalmente, la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local que agiliza la tramitación del planeamiento<sup>31</sup>.

Acerca de los Colegios profesionales, el RDL 5/1996 establece: el reconocimiento de la función de garantía desempeñada por las Comunidades Autónomas en cuanto al ejercicio de las profesiones colegiadas; la sumisión del ejercicio profesional al régimen de libre competencia; la sujeción de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica al artículo 1 de la LDC; el establecimiento de un sistema de colegiación única; la sustitución del régimen de honorarios mínimos por el de baremos orientativos de honorarios; y, finalmente, la fijación de un plazo para que los Colegios adapten sus Estatutos a las previsiones del mencionado RDL 5/1996.

Por su parte, el RDL 6/1996, de 7 de junio, contempla tres novedades importantes para el sector de las telecomunicaciones: en primer lugar, la constitución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; en segundo lugar, la modificación de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones para facilitar el acceso de nuevos operadores a diversos servicios del mercado, y de la Ley 42/1995 de Telecomunicaciones por Cable, en el sentido de ampliar el plazo impuesto a Telefónica para poder iniciar la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en aquellas demarcaciones en las que tuviera título habilitante y hubiera otro operador titular de la concesión; y, finalmente, la concesión del título habilitante a Retevisión para la prestación de servicios de telefonía básica y para el servicio portador-soporte del mismo y su posterior transformación en sociedad anónima.

En relación con el sector energético, la aprobación el día 7 de junio del RDL 7/1996 sobre productos petrolíferos, supone que las instalaciones de recepción, almacenamiento y transporte propiedad de la Compañía Logística de Hidrocarburos S.A., de Repsol Butano y de Distribui-

---

<sup>31</sup> Tras la sentencia del Tribunal Constitucional del día 20 de mayo de 1997 la modificación propuesta de legislación sobre el suelo deberá ser objeto de reconsideración.



dora Industrial, S.A., podrán ser utilizadas por terceros en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas, siempre que cumplan los términos y condiciones establecidas<sup>32</sup>.

Complementariamente, cabe destacar otras tres medidas adoptadas en el año 1996. En primer lugar, la firma del Protocolo entre las empresas eléctricas y el Ministerio de Industria y Energía. En segundo lugar, el retroceso que supone la derogación del RD 1377/96 de 7 de junio, por el RD 2033/1996 de septiembre, que restringe el acceso de terceros a la red diseñada en la primera norma. Ahora sólo las empresas industriales consumidoras podrán acceder a la infraestructura existente, quedando fuera el resto de distribuidores de gas natural<sup>33</sup>. Y, en tercer lugar, la eliminación del sistema de precios máximos de venta al público para los gasóleos, mercado en el que la evolución de los precios tras la liberalización parece reflejar una competencia todavía insuficiente.

El RDL 7/1996, de 7 de junio, ha atendido también la recomendación del Tribunal acerca de la eliminación de los «servicios mortuorios» entre aquellas actividades que pueden ser objeto de monopolio municipal, añadiendo que se liberaliza la prestación de estos servicios a partir del mes de enero de 1997. Asimismo, recoge la posibilidad de que el ejercicio de la actividad se someta a autorización municipal de acuerdo con unos requisitos objetivos, cuya precisión queda a la discrecionalidad de los Ayuntamientos.

Por otra parte, el RDL 11/1996, de 17 de junio, de ampliación de servicio farmacéutico a la población, posibilita la apertura de nuevas oficinas de farmacia, al reducir desde 4.000 hasta 2.800 los habitantes por oficina exigidos como mínimo en las zonas urbanas, además de atribuir la competencia de la tramitación de las licencias de apertura a las Comunidades Autónomas en lugar de a los Colegios y de establecer la libertad de horarios de apertura y cierre.

Y tras este programa liberalizador adoptado en el año 1996, el Gobierno ha impulsado de nuevo el proceso en el año 1997. En concreto, el pasado mes de febrero el Ejecutivo ha presentado un segundo conjunto de medidas liberalizadoras que, bajo la denominación «Plan de Liberalización e Impulso de la Actividad Económica», afectan a diversos ámbitos, legislaciones e instituciones.

Los principales sectores a los que se refieren estas medidas y las principales normas reguladoras a las que afectarán son las siguientes: el

<sup>32</sup> Será necesario prestar atención a la aplicación de esta nueva norma, ya que la ambigüedad de ciertas partes de su redacción podría traducirse en una reducción de sus efectos beneficiosos.

<sup>33</sup> La propuesta del RD por el que se establecen las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural supone un notable avance en orden a garantizar el acceso de terceros a las infraestructuras de red de gas natural, en relación con las contempladas en el RD 2033/1996.



sector de las telecomunicaciones (Ley General de las Telecomunicaciones, y distribución de televisión a nivel local y regional); los mercados del transporte, carreteras y puertos (peajes de autopistas, Ley de Aeronáutica Civil, Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, RD de Navegación de Interés Público y Líneas Regulares, Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, RD sobre Prestación del Servicio de Línea Regular para el Transporte de Cabotaje), suelo y vivienda (Ley del Suelo, Plan de vivienda, y alquiler de vivienda), productos energéticos (Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, Ley de Disposiciones Básicas en Materia de Combustibles Gaseosos, Ley de Ordenación del Sector Petrolero, Ley sobre Normas Reguladoras de Carreteras y Caminos), y el sector de tabacos (Ley del Monopolio Fiscal de Tabacos).

Asimismo, el Plan incluye otras medidas en el ámbito de la dotación de infraestructuras (financiación privada de infraestructuras y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), el sistema financiero y la previsión social (sistema de garantías, capital riesgo, instituciones de inversión colectiva, sistemas complementarios de previsión) y las aguas y costas (Ley de aguas, Plan de infraestructuras públicas de carácter medioambiental), así como cambios concretos en el ordenamiento jurídico-económico (legislación concursal, actividades de *leasing* y *factoring*, y contrato de franquicia) y en la prestación de los servicios a los ciudadanos (Estatuto del Usuario de Servicios Públicos).

Finalmente, merece una especial mención lo previsto en el Plan de Liberalización e Impulso de la Actividad Económica en cuanto al sistema español de defensa de la competencia. No cabe duda de que para que la liberalización de los mercados sea efectiva, es necesario reforzar el sistema de defensa de la competencia, dotándole de mayor eficacia e independencia. Con este objetivo, el Gobierno ha decidido modificar la actual legislación de Defensa de la Competencia.

## V. EL TRABAJO Y LOS MEDIOS

El trabajo que cotidianamente lleva a cabo el Tribunal es abundante y complejo. Y en ocasiones se trata de un trabajo en el que las partes interesadas en los expedientes cuentan con más medios materiales y humanos. A pesar de dicha desventaja competitiva, la cohesión de un equipo y la fuerza que ofrece la convicción de contribuir a la modernización de nuestro tejido económico y defender los intereses generales permiten que el resultado global del trabajo realizado por el Tribunal —y, en general, por las Autoridades de Defensa de la Competencia— sea claramente positivo y responda a los fines para los que fueron creados.

No cabe duda de que cuanto se ha hecho ha contribuido a mejorar la conducta de nuestros agentes económicos desde la perspectiva de la

libre competencia. Pero el trabajo que resta por hacer es considerable y exige cada vez más y mejores recursos. Si antaño había pocos casos, ahora su número manifiesta una tendencia inequívocamente creciente (cuadro 3). Si antes los casos eran sencillos ahora reflejan un mayor conocimiento y experiencia tanto de los operadores económicos como de los profesionales. Mucho más trabajo, más complejo, y recursos que no han aumentado en la misma proporción, originando un desequilibrio (gráfico 1) cuya solución no puede esperar mucho tiempo.

Mientras que desde el año 1989 el número de expedientes e informes elaborados por el Tribunal se ha multiplicado por más de seis, los recursos humanos y presupuestarios se han multiplicado tan sólo por 1,5. Este desequilibrio entre las necesidades y los medios, aun cuando hasta el presente no ha incidido significativamente en la cotidiana actividad del Tribunal dedicada a la resolución de expedientes, empieza a dejarse notar en la actividad administrativa relacionada con los mismos y ha reducido considerablemente el tiempo disponible para el análisis de estructuras y conductas y para las actividades de informes y propuestas.

La solución de dicho desequilibrio cuenta con el apoyo gubernamental. En efecto, en el Programa de Convergencia de España 1997, aprobado por el Consejo de Ministros del día 11 de abril de 1997, se incluyen entre las reformas estructurales a abordar la «Reforma del actual sistema de Defensa de la Competencia, respondiendo a su importancia creciente, puesta de manifiesto a medida que se avanza en la liberalización de sectores de la economía. En esta línea, se modificará la Ley de Defensa de la Competencia y su normativa de desarrollo, al objeto de incrementar los recursos del sistema, agilizar su funcionamiento y dotar de mayor eficacia y ejecutividad a las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia»<sup>34</sup>. Justamente se trata de restablecer el equilibrio entre las obligaciones y las dotaciones para asegurar que el Tribunal de Defensa de la Competencia y las Autoridades de defensa de la competencia puedan llevar a cabo sus funciones con la eficiencia que la sociedad y la ley les exige.

## VI. CONCLUSIONES

En Estados Unidos el fenómeno de la competencia cuenta con una dilatada historia. Esta historia es mucho más breve en los países de la

---

<sup>34</sup> R. ALONSO (1997), siguiendo una corriente de pensamiento arraigada en el Tribunal, entiende —justificadamente— que el reforzamiento del TDC debería comprender «la atribución al mismo de una mayor autonomía, facultades y medios (cuyos factores esenciales serían: dotación de personalidad jurídica y presupuesto propio, ampliación de sus competencias dotándole de la iniciativa para incoar expedientes en materia de concentraciones y ayudas públicas; adscripción del SDC al TDC; y sometimiento a control parlamentario) y simplificando el procedimiento para lograr una significativa reducción del tiempo de tramitación de los expedientes».



CUADRO 3. MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES, 1989-1996

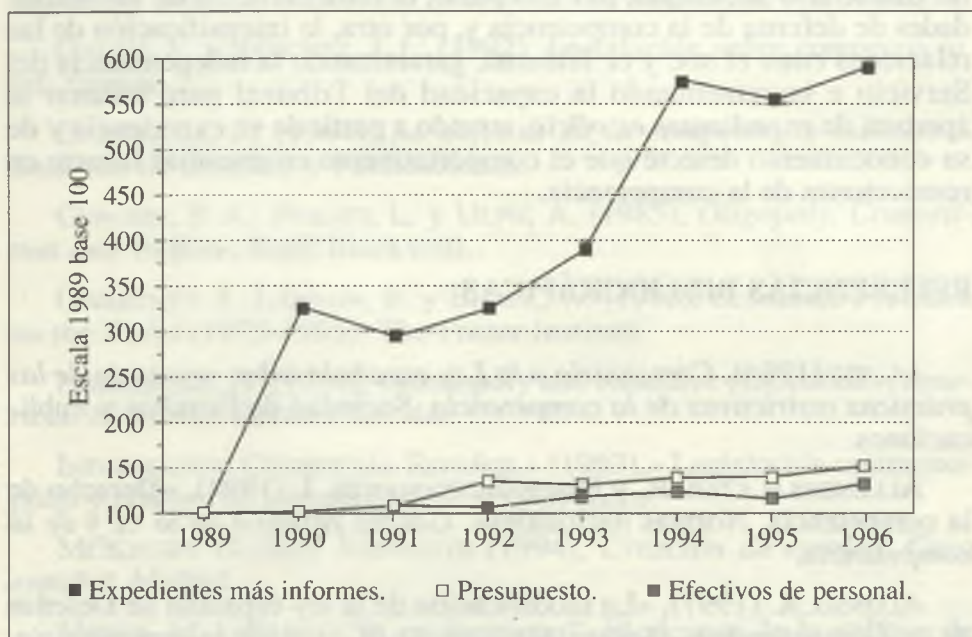
	1989		1990		1991		1992		1993		1994		1995		1996	
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)	(16)
1. Prácticas prohibidas (Ley 110/1963)	25	15	13	42	32	23	16	29	10	9	15	4	2	6	0	
A) Primera instancia (en Sección)	19	8	12	31	25	18	7	18	7	4	8	3	0	3	0	
a) En Sección Primera	9	3	6	16	14	8	4	7	5	2	5	2	0	2	0	
b) En Sección Segunda	10	5	6	15	11	10	3	11	2	2	3	1	0	1	0	
B) Recursos (en Pleno)	6	7	1	11	7	5	9	11	3	5	7	1	2	3	0	
a) De súplica c/ Resoluciones de Sección	5	6	1	11	7	5	9	11	3	5	7	1	2	3	0	
b) De reposición c/ Resoluciones de Pleno	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
2. Prácticas prohibidas (Ley 16/1989)	0	0	0	1	1	0	13	8	5	14	10	9	17	14	12	16
A) Expedientes sancionadores	0	0	0	0	0	0	9	4	5	13	9	9	17	14	12	13
B) Medidas cautelares	0	0	0	1	1	0	4	4	0	1	1	0	0	0	3	17
3. Autorizaciones singulares	0	0	0	20	17	3	12	10	5	11	8	8	20	20	8	52
A) Solicitadas al amparo Ley 16/1989	0	0	0	19	16	3	11	9	5	9	7	7	17	17	7	50
B) Revocación o modificación de las ya concedidas	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	3	3	1	0
C) Prórroga de las ya concedidas	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	2	2
D) Vigilancia de autorizaciones concedidas	0	0	0	1	1	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0
4. Recursos contra actos del Servicio	4	4	0	10	7	3	7	7	3	24	22	5	30	31	4	36
A) Contra Acuerdos de archivo de actuaciones	3	3	0	9	7	2	4	5	1	16	14	3	17	17	3	28
B) Contra Acuerdos de sobreseimiento de expedientes	0	0	0	1	0	1	2	2	1	6	5	2	11	12	1	7
C) Contra Acuerdos varios	1	1	0	0	0	0	1	0	1	2	3	0	2	2	0	1
5. Recursos contra Resoluciones y actos del TDC	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
6. Concentraciones económicas	0	0	0	3	2	1	1	2	0	6	5	1	4	3	2	1
7. Ayudas públicas	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
8. Informes arts. 2 y 26 Ley 16/1989	0	0	0	3	3	0	1	0	1	2	2	1	3	0	4	1
9. Grandes Superficies	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Total	29	19	13	79	62	30	50	56	24	66	62	28	76	74	30	106

(1): Entran. (2): Salen. (3): Quedan.

Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia.



GRÁFICO 1. ACTIVIDAD Y MEDIOS DEL TDC 1989-1996



Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia.

Unión Europea. España, pese a disponer de una Ley de Defensa de la Competencia desde el año 1963, se ha incorporado recientemente al movimiento universal de defensa de la competencia. Y lo ha hecho con agilidad y eficacia. No cabe duda de que algunos manifiestan su resistencia a los mercados competitivos. Se trata de aquellos que, en general, se aprovechan de las rentas de monopolio. Pero lo más relevante de la situación actual es que la mayoría de ciudadanos —y en especial, los consumidores— son partidarios de la libertad de mercado. Y su toma de posición se ampara en el hecho de que la libre competencia favorece a la mayoría —a los consumidores y a las empresas que no disponen de una posición de dominio— en perjuicio de una proporción reducida —acaso cuantitativamente insignificante pero económicamente poderosa— de operadores que se aprovechan de las rentas extraordinarias generadas por la ausencia de competencia. La cultura de la competencia se ha afianzado en España. Sin embargo, pese a los relevantes avances detectados, todavía quedan actividades abrigadas de la competencia. Este hecho contribuye negativamente al control de la inflación. Por esta razón, el Tribunal, al amparo de las competencias que le otorga la Ley de Defensa de la Competencia, deberá combinar sus trabajos de resolución de expedientes con la elaboración de informes dirigidos al Gobierno con el fin de remover los obstáculos legales a la competencia.

Sin embargo, el paso del tiempo, la experiencia y la modificación de las estructuras aconsejan, por una parte, el reforzamiento de las autoridades de defensa de la competencia y, por otra, la intensificación de las relaciones entre el SDC y el Tribunal, garantizando la independencia del Servicio e incrementando la capacidad del Tribunal para ordenar la apertura de expedientes *ex officio*, cuando a partir de su experiencia y de su conocimiento detecte que el comportamiento empresarial incurre en restricciones de la competencia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV. (1964), *Comentario a la Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*. Sociedad de Estudios y Publicaciones.

ALLENDESALAZAR, R. y PÉREZ-BUSTAMANTE, J. (1994), «Derecho de la competencia. Normas nacionales». *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*.

ALONSO, R. (1997), «La modificación de la ley española de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, enero/febrero.

BANCO DE ESPAÑA (1997 a), *Informe anual 1996*.

BANCO DE ESPAÑA (1997 b), *Boletín económico*, julio.

BANCO MUNDIAL (1962), *Informe del Banco de Reconstrucción y Fomento. El desarrollo económico en España*. Oficina de Coordinación y Programación Económica.

CASES, L. (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Marcial Pons.

COMISIÓN EUROPEA (1991), *XXI Informe sobre la política de Competencia*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

COMISIÓN EUROPEA (1993), *Libro blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

COMISIÓN EUROPEA (1996), *XXV Informe sobre la política de competencia 1995*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

COWLING, K. y WATERSON, M. (1976), «Price cost margins and market structure». *Económica*, vol. 43.

FAUS, J. (1996), «Evolución histórica y caracteres básicos del derecho y de la competencia», *Economist & Jurist*.



FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (1993), «Algunas reflexiones sobre mercado y estado», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, vol. 3, núm. 1.

GALÁN, E. y SÁNCHEZ, J. L. (1992), *Legislación sobre competencia*. Ed. Tecnos.

GARRIGUES, J., (1964), *La defensa de la competencia mercantil*. Sociedad de Estudios y Publicaciones.

GEROSKI, P. A.; PHILIPS, L. y ULPH, A. (1985), *Oligopoly, Competition and Welfare*, Basil Blackwell.

GWARTNEY, J.; LAWSON, R. y BLOCK, W. (1996), *Economic Freedom on the World (1975-1995)*, The Fraser Institute.

HARBERGER, A. (1954), «Monopoly and Resource Allocation», *American Economic Review*, vol. 44.

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA (1963), «Legislación antimonopolio y política de concurrencia», n. 353, enero.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE (1994), *Creación de empleo. Caso español*. Madrid.

MOTTA, M. (1994), «“In medio virtus”. El alcance de la política de competencia en una estructura de mercado endógena. Información Comercial Española». *Cuadernos Económicos*, núm. 57.

MUELLER, D. C. (1986), *The Modern Corporation. Profits Power, Growth and Performance*. Wheatsheaf Books.

OCDE (1996), «Economy-Wide Effects of Regulatory Reforms», ECO/GEN (96) 15.

OCDE (1996), «The Economy-Wide Effects of Regulatory Reform. Country Notes», DAFFE/CLP/WP2 (96) 9/07/ANN.

OCDE (1996), «Regulatory Reform, Industrial Competitiveness and Innovation», DAFFE/CLP/WP2 (96) 9/08.

OCDE (1997), «Report on Regulatory Reform», DAFFE/CLP/WP2 (97) 5.

PETITBÒ, A. (1987), «El control de los mercados de productos industriales». *Economía Industrial*, núm. 257.

PETITBÒ, A. (1994), «Competencia y competitividad. La importancia de la liberalización del sector servicios». *Cuadernos Aragoneses de Economía*, vol. 4, núm. 1.

PETITBÒ, A. (1997), «La promoción y la defensa de la competencia en las modernas economías de mercado», *Economistes*, núm. 75.

POSNER, R. A. (1977), *Economic Analysis of Law*. Little Brown and Company, 2.<sup>a</sup> ed.



QUINTERO, M. (1987), *Excursión al mundo de la competencia*. Secretaría de Estado de Comercio.

ROSIGNOLI, J. A. (1987), «Hacia una nueva aproximación al Derecho de la Competencia en España». *Información Comercial Española*, núm. 650, octubre.

RUFILANCHAS, L. (1963), «Ley antimonopolio». *Atomos y energía*, núm. 15. Citado en AA. VV. (1964).

SCHMALENSEE, R. y WILLIG, R. D. (eds.) (1989), *Handbook of Industrial Organization*, North Holland.

SHAPIRO, C. (1989), *Theories of oligopoly behavior*, en Schmalensee, R. Willig, R. D. (eds.) (1989).

SKIDELSKY, R. (1989), *The Social Market Economy*. The Social Market Foundation.

TAMAMES, R. (1970), *La lucha contra los monopolios*. Ed. Tecnos. 1.<sup>a</sup> ed. 1961.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1989), *La libre competencia en España. Tribunal de Defensa de la Competencia 1986/1988*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1990), *Memoria*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1992), *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993 a), *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993 b). *Memoria*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1995), *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*. Tribunal de Defensa de la Competencia.

VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M. y HARRINGTON JR., J. E. (1992), *Economics of Regulation and Antitrust*. D. C. Meath and Company.

WATERSON, M. (1984), *Economic Theory of Industry*, Cambridge U. P.

YAMEY, B. S. (1987), *Análisis económico de los mercados*, Vicens Universidad.

YARROW (1985), *Welfare losses in oligopoly and monopolistic competition*, en GEROSKI, P. A., PHILIPS, L., ULPH, A. (1985).

# LA DESREGULACIÓN DE LOS MONOPOLIOS Y SU RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS DE LIBERALIZACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Miguel Á. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ  
Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico  
Nacional

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de este artículo nace de la observación de un fracaso. Concretamente, el fracaso de algunas experiencias de desregulación de monopolios que se han llevado a cabo en algunos países occidentales<sup>1</sup> y que no han conseguido los objetivos buscados de descenso de precios y mejora de calidad o que los han obtenido de forma muy insuficiente.

Este fracaso se debe a que no se ha conseguido que haya competencia efectiva en aquellos sectores que se han liberalizado. Muchas veces este fenómeno de insuficiente competencia efectiva ha coincidido con el de privatización, la cual ha generado unos aumentos de eficiencia importantes, pero que, justamente por no haber suficiente competencia, no se han trasladado a los consumidores, lo que ha llevado a que se produzcan beneficios espectaculares o salarios muy altos de los directivos de las empresas en cuestión, generándose un gran malestar social. En algunos países, como, por ejemplo, Inglaterra, esto ha tenido consecuencias políticas, llevando al partido laborista, hoy en el Gobierno, a introducir impuestos extraordinarios sobre los beneficios de las empresas liberalizadas y privatizadas.

La causa del fracaso hay que buscarla en el error de dar el mismo tratamiento a los sectores «normales» —que aunque vivieran bajo una

---

<sup>1</sup> Este fracaso puede observarse también en aquellos países comunistas donde la política de transición a la economía de mercado ha dado más importancia a la privatización que a la desmonopolización y a ello me referiré al final de este artículo.



situación de protección, nunca es comparable a la situación de monopolio total— que a aquellos otros sectores que estaban «monopolizados» y que, en general, son los sectores que se apoyan en grandes redes de infraestructuras, y que, por tanto, tienen un componente fuerte de monopolio natural. Para ser más precisos, habría que decir que el error no está en que se deberían haber utilizado otros instrumentos sino en el orden en el que se deben aplicar tales instrumentos.

En efecto, para conseguir que exista competencia en los sectores «normales», hay que empezar por liberalizar y, luego, hay que defender la competencia. Sin embargo, en los sectores que provienen del monopolio primero hay que aplicar los instrumentos de defensa de la competencia (arrancar con un adecuado nivel de rivalidad empresarial, tomar medidas de desintegración vertical, etc.) para que, cuando se aplique la política de liberalización, ésta pueda tener efectos reales.

## II. LA COMPETENCIA COMO MARCO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Estamos viviendo unos años en que, tanto la mayoría del pensamiento económico como la mayoría de los programas políticos en todo el mundo, se inclinan a favor de la competencia como marco regulador de la actividad económica frente al intervencionismo que hoy se considera trasnochado e ineficaz.

Después de la locura intervencionista y planificadora a la que se llegó a mediados de este siglo, locura cuyo proceso se inició con la revolución comunista, se continuó por los regímenes fascistas y nazis y que también se introdujo en los propios EE UU con la política de «*new deal*» de Roosevelt, hemos asistido, una vez acabada la Segunda Guerra Mundial, al inicio de un período en el que se ha tratado de introducir competencia en todos los ámbitos de la vida económica. El GATT a nivel mundial o el Mercado Común a nivel regional son dos claros ejemplos de cómo se ha intentado introducir la competencia como eje regulador de la actividad económica.

La política de introducción de competencia ha ido aplicándose a todos los sectores económicos, a veces como consecuencia de la cooperación internacional —como en los casos que he mencionado del GATT y el Mercado Común— y, otras veces, como resultado de decisiones autónomas de cada uno de los países.

En cuanto a la liberalización generada por la cooperación internacional, se inició fundamentalmente en los sectores industriales y sólo recientemente se ha aplicado a la agricultura y los servicios.

En estas últimas décadas también se ha producido la liberalización de los sistemas financieros que, aunque no ha estado guiada por com-



promisos internacionales, se ha producido simultáneamente en prácticamente casi todos los países y siguiendo las mismas líneas.

Finalmente, los últimos en llegar a este proceso de liberalización han sido los sectores que son objeto de este artículo, concretamente los sectores que han vivido mucho tiempo bajo el régimen de monopolio (telecomunicaciones, electricidad, tráfico aéreo, etc.).

Pues bien, los dos grandes instrumentos que se han utilizado en el proceso que se ha producido en esta segunda mitad de siglo para ordenar la vida económica sobre la base de competencia han sido la liberalización y la defensa de la competencia<sup>2</sup> por lo que conviene detenerse a reflexionar sobre los mismos antes de entrar a hablar de su relación con la política de desregulación de los monopolios.

### III. LA LIBERALIZACIÓN

La liberalización es la gran bandera de los economistas. En su gran mayoría los economistas están de acuerdo con Adam Smith en que el gran enemigo de la competencia es el Gobierno, el Estado. La tarea de liberalizar, que ellos se ocupan en defender y predicar, significa quitar las trabas que pone el Estado al funcionamiento del mercado.

Esta visión burda olvida con frecuencia algo que estaba en los escritos del propio Adam Smith y es la importancia que Smith otorgaba al Estado para el funcionamiento de la economía de mercado. Y así se suele olvidar el papel indispensable del Estado en cuestiones tan esenciales para que la economía de mercado funcione adecuadamente como la defensa de la propiedad privada o el cumplimiento de los contratos.

Pero seguiré la tradición de no resaltar estos aspectos y subrayaré que, efectivamente, en cuanto al resto de las actuaciones del Estado, la tarea de liberalizar consiste más bien en quitar reglas o normas que en ponerlas. Siguiendo por esta línea, hemos de admitir que de todos los obstáculos que el Estado ha puesto a la introducción de competencia en los sectores agrícola e industrial, los más importantes han sido los referentes al comercio internacional cuya liberalización ha sido y sigue siendo sin duda, el gran instrumento utilizado para introducir competencia en las economías durante los últimos cincuenta años.

---

<sup>2</sup> Utilizaré la expresión «defensa de la competencia» porque es la más usada en España. Obsérvese, no obstante que, la expresión americana de «Antitrust» o la europea de «Competition Policy» reflejan mejor el carácter activo y no pasivo de este instrumento económico mientras que la denominación española —«defensa de la competencia»—, por el contrario, se acerca más a la noción pasiva —menos instrumental y más constitucional— y, por tanto, más alejada del ámbito de la política económica y más cercana al ámbito del derecho.

La principal tarea del liberalizador consiste en averiguar cuáles son las barreras o los obstáculos al comercio con el fin de suprimirlos. Al principio parece que éstas son sólo las arancelarias o las comerciales. Después se descubre que las barreras no arancelarias son más sutiles que las arancelarias pero que también, por medio de la intervención del Estado, impiden el desarrollo del libre comercio.

En otros sectores, fundamentalmente en los servicios, donde el comercio internacional es más escaso, las trabas a la competencia aparecen en la regulación de estas actividades en el interior de los Estados y suelen imponerse sobre los propios agentes económicos nacionales. Por dar sólo dos ejemplos bien conocidos de este tipo de trabas, mencionaré la exigencia de que los tipos de interés sean fijos o la prohibición de instalar farmacias cerca de otras farmacias. Finalmente, entre las posibles distorsiones de la competencia que puede llevar a cabo el Estado, con sus actuaciones, están también las ayudas públicas, cuya resistencia a desaparecer es enorme, así como la propia existencia de las empresas públicas.

Hago un inciso para señalar que, curiosamente, la política de privatización se ha planteado como una política distinta de la liberalización y de la política de introducción de competencia, cuando el hecho de dotar de capital público a las empresas es probablemente una de las mayores distorsiones que se pueden introducir en el mercado. La distorsión se produce en el mercado de capitales a través de la intervención pública, ya que se asigna el capital a determinadas actividades o gestores no por el juego de las fuerzas del mercado sino utilizando la fuerza, extrayendo los recursos de los ciudadanos por medio de la imposición y asignándolo a las empresas elegidas por decisión política. La política de privatización supone acabar con esta intervención del Estado en la asignación de capital y, por tanto, puede contemplarse como un caso particular de la política de liberalización, en este caso, del mercado de capitales.

El objetivo de la política de liberalización es que, por medio de la supresión de estas trabas impuestas por el Estado, se consiga que los consumidores aumenten su campo de elección y que la libertad de entrada y la libertad de actividad de los oferentes o de los empresarios sea la máxima posible.

La política de intervencionismo del Estado, que defendía la introducción de estas trabas, se basaba en la teoría de los fallos de mercado y esta teoría ha ido poco a poco hundiéndose intelectualmente cuando se ha descubierto su error fundamental: la identificación del mercado con la competencia. Hoy sabemos que, ciertamente, el mercado tiene sus fallos pero también sabemos que para resolverlos no hay por qué destruir la competencia. La limitación de la libertad de los agentes de mercado, por razones de seguridad, salud, información de los consumidores, etc., está plenamente justificada; pero, para conseguir esos objetivos, no hay por qué destruir la competencia. Para conseguir que los aviones no se caigan, no es necesario que haya una sola compañía aérea prestando sus servicios en cada país.



La experiencia, que ha sido siempre la mejor maestra, nos ha demostrado que la mejor forma de obtener los objetivos públicos no ha sido la de destruir la competencia sino todo lo contrario. En el caso del tráfico aéreo, la seguridad ha aumentado en los últimos años a medida que ha aumentado la competencia. Probablemente esto se debe, entre otras razones, a que el aumento de eficiencia que produce la competencia permite financiar mejor los aumentos de costes que generan las normas que defienden la seguridad, un mejor medioambiente, etc. y, por tanto, los reguladores pueden ser más exigentes al fijar los estándares mínimos.

#### IV. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La defensa de la competencia es un instrumento singular y muy distinto del de la liberalización.

Mientras que la liberalización se preocupa de que el Estado no ponga trabas a la competencia, la defensa de la competencia se preocupa de que los empresarios no acaben con ella. La liberalización busca que el Estado se retire y deje de intervenir en la economía mientras que la defensa de la competencia, aunque con objetivos distintos, va en el mismo sentido del intervencionismo ya que requiere que el Estado intervenga para asegurar que haya competencia. Reglas, sanciones, procedimientos, etc., son el mundo de la defensa de la competencia y, por ello, éste es el mundo de los juristas y no el de los economistas.

Probablemente hay otra razón por la cual el mundo de la defensa de la competencia no es el mundo de los economistas y es que los objetivos de defensa de la competencia no son sólo económicos sino también políticos —de reducción de la concentración de poder económico— y los economistas se manejan incómodamente en este campo. Su mundo es el de la eficiencia no el del poder. La mayoría de los economistas reconoce de mala gana que es necesario aplicar esta rama del derecho y, a veces, algunos llegan a decir incluso que este cuerpo jurídico es innecesario y dañino.

Posiblemente, otra causa de esta actitud reticente de los economistas ante el derecho de la competencia hay que buscarla en un rasgo que forma parte de la mejor tradición del pensamiento de los economistas y es que, en sus análisis, el tiempo no cuenta. Y, ciertamente, la intervención que supone la defensa de la competencia se propone y se justifica con el fin de asegurar que pueda existir competencia en un sector en el menor tiempo posible. Probablemente están en lo cierto los economistas que dicen que aunque no hubiera normas de defensa de la competencia al final siempre habría competencia si el Estado no pone trabas a la misma. Pero el problema entonces sería el del tiempo que pasaría sin que hubiera competencia y si se debería aceptar que no se alcancen los objetivos de eficiencia y distribución mientras llega la competencia.



Las políticas de defensa de la competencia son muy numerosas pero para lo que quiero mostrar en este artículo, me interesa destacar tres de ellas que son esenciales en los procesos de desregulación de monopolios. Una se refiere al grupo de persecución de conductas; concretamente aquella que trata de impedir el uso de los subsidios cruzados, esto es, la utilización de ingresos obtenidos en un sector donde se tiene posición de dominio para subsidiar actividades que se ejercen en régimen de competencia. Las otras dos políticas, se enfrentan a problemas de estructura. Por un lado, la política que se preocupa de los problemas derivados de la concentración horizontal, política que se aplica normalmente por medio del control de concentraciones. Finalmente, la política que se preocupa de evitar los problemas derivados de la integración vertical, persiguiendo aquellas conductas que llevan a que la posición de dominio en un mercado se utilice abusivamente en otro mercado.

Estas políticas de defensa de la competencia son esenciales para evitar los fracasos de los procesos de desregulación. Sin embargo, la cuestión sobre la que quiero atraer la atención del lector en este artículo no es sobre el contenido de estas políticas de defensa de la competencia —que doy por supuesto que se conoce— sino sobre el momento en que se deben aplicar estas políticas al desregular los monopolios.

La doctrina más extendida dice que la política de defensa de la competencia se aplica de dos formas y esto lleva incluso a clasificar la misma en dos grupos de políticas. En un grupo se sitúan los instrumentos que se ocupan de los problemas «a posteriori», que persiguen las conductas que van contra la competencia —carteles, abuso de posición de dominio, etc.— y que se han producido efectivamente en el mercado. El otro grupo de políticas incluye las actuaciones «a priori» o preventivas, aquellas que tratan de evitar que haya estructuras que perjudiquen la competencia y aquí se incluye, fundamentalmente, el control de concentraciones.

Pero, si la cuestión se examina con más cuidado hay que admitir que la defensa de la competencia tiene siempre un carácter pasivo o de remedio, no sólo en la actuación de persecución de prácticas restrictivas o de abuso de posición de dominio, sino también en las propias políticas de control de concentraciones. Porque, en efecto, si bien es cierto que en la mayoría de los países se pueden impedir, por medio del derecho de defensa de la competencia, aquellas concentraciones que otorgan un poder de mercado que perjudica la competencia; no es menos cierto que, en general, no se puede actuar contra un poder de mercado que haya sobrevenido por causas distintas de las concentraciones. Lo mismo sucede con los problemas verticales, en los que, en general, las normas de defensa de la competencia permiten impedir determinadas conductas derivadas de la integración vertical pero no suelen atacar la propia integración vertical.

Como luego veremos, este carácter pasivo o de actuación «a posteriori» de la defensa de la competencia, que puede ser prudente y muy

adecuado en la mayoría de los casos, porque es muy respetuoso con la estructura empresarial que ha creado espontáneamente el mercado, puede ser la causa del fracaso en la políticas de desregulación.

## V. LA DESREGULACIÓN COMO FORMA ESPECIAL DE APLICAR LA POLÍTICA DE LIBERALIZACIÓN Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Entro ya en lo que es el corazón de este artículo. La cuestión que quiero destacar es que el orden de aplicación normal de los dos instrumentos necesarios para que haya competencia —primero, la liberalización y, después, la defensa de la competencia— que es el correcto para la mayoría de los sectores, es absolutamente incorrecto e impide que haya competencia efectiva cuando se aplica a los sectores «monopolizados».

Y para que se entienda, explicaré las diferencias entre lo que denomino sectores «normales» y sectores «monopolizados». Considero que, los sectores «normales» pero no «monopolizados» son aquellos sectores en los que había algún grado de competencia, aunque hubiera numerosas normas que la restringieran. Por ejemplo, en España, el sector bancario, el sector textil, etc., eran sectores que no eran monopolios antes de que se emprendiera su liberalización. Eran sectores fuertemente protegidos pero no «monopolizados». Sin embargo, los sectores que actuaban en monopolio —por ejemplo, el transporte aéreo, la electricidad, el ferrocarril, el gas, las telecomunicaciones, etc.— son sectores donde la actividad económica se desarrollaba con una estructura y según unas reglas —las de regulación del monopolio— absolutamente distintas a las de los demás sectores.

En los sectores «normales», el aumento de la competencia se plantea como una cuestión de grado. Por poca que hubiera, había competencia, y de lo que se trata es de incrementarla. Los mismos farmacéuticos, por ejemplo, compiten, aunque a veces ello se haga de forma ilegal. Uno puede darse cuenta de la enorme diferencia entre ambos tipos de sectores cuando observa que los sectores «monopolizados» y, en especial los que se desarrollan sobre grandes redes de infraestructura, suelen dejar en herencia una estructura empresarial con, al menos, las siguientes tres características:

*Primera.* La debilísima, cuando no nula, interconexión con los mercados internacionales. En los sectores «normales», incluso en algunos «monopolizados», esta falta de interconexión es consecuencia exclusiva de las propias normas del Estado que la prohíben y, por tanto, basta con levantar las prohibiciones, para que se permita el tráfico internacional como, por ejemplo sucede con el tráfico aéreo o con las telecomunicaciones. Sin embargo, otras veces, —como, por ejemplo, en el caso del



gas o de la electricidad— la falta de interconexión internacional es incluso física. Los monopolios no se han ocupado de contar con interconexiones internacionales o, si las establecían, no lo hacían con el objetivo de comerciar sino con otros objetivos, como por ejemplo, el de mejorar la seguridad. Como consecuencia de esta falta de conexión, las posibilidades de que, a través de la liberalización del comercio internacional, se amplíe el mercado relevante y se extienda más allá de nuestras fronteras, son, en estos casos, muy reducidas.

*Segunda.* La segunda característica importante que deja en herencia un sector «monopolizado» es la de una fuerte concentración horizontal. Con la justificación —o la excusa— de las economías de escala, se van construyendo a lo largo del tiempo unidades empresariales enormes y, sobre todo, empresas que dominan porcentajes altísimos del mercado, a veces llegando a cubrir el 100 por ciento del mercado. El caso, por ejemplo, de EDF, la única empresa productora de electricidad en Francia, es el más claro de hasta qué punto la herencia estructural del monopolio puede ser pesada.

*Tercera.* Finalmente, también estos sectores dejan en herencia estructuras empresariales con integraciones verticales fortísimas. De nuevo, con la justificación —o excusa— de las economías de alcance, no sólo se ejerce el monopolio en una actividad sino en cinco, seis o quince de las actividades que pueden distinguirse dentro de cada sector productivo.

Estas distintas características de los sectores hacen que los procesos de liberalización sean a su vez muy distintos. En los sectores «normales» no hay necesidad de tomar medidas de reestructuración, basta con liberalizar. Al liberalizar el comercio internacional está aumentando el tamaño del mercado relevante y, por tanto, aunque haya pocas unidades empresariales en el país considerado, ello no tiene especial gravedad porque la liberalización consiste en definitiva de pasar de mercados nacionales restringidos a mercados internacionales mucho más amplios. Pero es que, además, estos sectores, incluso en mercados nacionales, suelen estar relativamente desconcentrados y no tienen problemas de integración vertical. En estos casos, la sola política de liberalización, esto es, dejar elegir a los consumidores, dar libertad de entrada y libertad de actividad a los oferentes es suficiente para conseguir una competencia efectiva. Después de ello, lo único que hay que hacer es contar con una legislación adecuada de defensa de la competencia y unos órganos que puedan aplicarla y exigirla y con esto prácticamente se completa todo aquello que hay que hacer para conseguir que haya competencia en estos sectores.

Sin embargo, así como en los sectores que denomino «normales» sí se quiere conseguir que haya competencia, basta con aplicar la liberalización y luego aplicarles los instrumentos habituales del derecho de defensa de la competencia, cuando esta fórmula se aplica para introducir competencia en los sectores monopolizados, el fracaso está asegurado.



La razón es muy simple. Los instrumentos de la defensa de la competencia están concebidos, como he señalado, para ser aplicados ante el posible riesgo de actitudes monopolísticas o de restricción de la competencia. En los sectores «normales» el objetivo es que, después de la liberalización, se pueda contar con un instrumental que permita actuar ante un posible riesgo: la restricción de la competencia por parte de los propios agentes económicos. Sin embargo, en los sectores «monopolizados» no se puede hablar de «riesgo» sino de absoluta «certidumbre» de que existe un monopolio y, por tanto, si antes de liberalizar no se aplican los instrumentos necesarios para desmontar el monopolio, no será posible la competencia.

En los sectores que han vivido mucho tiempo bajo un régimen de monopolio, la herencia recibida, la situación sobre la que trabajan quienes quieren introducir competencia, no es la herencia derivada del comportamiento espontáneo del mercado sino la de decisiones adoptadas bajo un régimen de monopolio, algunas de cuyas características —como la falta de interconexión entre los mercados, la enorme concentración horizontal y vertical— acabo de mencionar. Sólo si esta estructura se altera, si el sector se «reestructura», es posible esperar que la liberalización produzca competencia efectiva.

No hace falta aplicar una política especial para introducir competencia en los sectores monopolizados. Para resolver los problemas que plantea la herencia del monopolio, el instrumental a aplicar es el mismo que se aplica a los sectores «normales» la defensa de la competencia. Es todo aquello que la sabiduría acumulada de años y décadas de práctica del «*Anti-trust*» nos ha dejado en este campo: que haya un número suficiente de empresas para que haya rivalidad suficiente, que se separen claramente las actividades realizadas en régimen de monopolio de las actividades que se realizan en competencia o, en el caso que no se separen, que, al menos, haya posibilidad de controlar los abusos de posición de dominio, que se impida el uso de los subsidios cruzados, etc. En el fondo, nada de esto es nuevo para quienes hayan trabajado en el mundo de defensa de la competencia que, como he señalado, son fundamentalmente juristas. Pero sí es nuevo para los que se dedican a liberalizar, que suelen ser economistas. Todo esto es algo de lo que ellos nunca se ocuparon porque es algo que se aplica siempre después de haber liberalizado los sectores.

Lo nuevo o distinto en el proceso de desregulación es que el instrumental de defensa de la competencia no debe introducirse a posteriori sino a priori. Lo nuevo aquí es que, si se quiere que haya competencia efectiva, hay que diseñar una nueva estructura empresarial para el sector que se desmonopoliza. De ahí que en la literatura americana no se hable de «liberalización» (*liberalization*) de estos sectores sino de «reestructuración» (*restructuring*).

Y, así, no es extraño que en algunas ocasiones la liberalización de estos sectores no haya arrancado de las instituciones que habitualmente

se ocupan de la liberalización sino de aquellas que se dedican a la defensa de la competencia. El caso de la decisión del juez Green sobre ATT es, sin duda, un buen ejemplo, pues muestra cómo el arranque del proceso de desregulación de las telecomunicaciones en el mundo se produjo por vías muy distintas de las de los procesos de liberalización de otros sectores económicos.

## VI. LAS DIFICULTADES DE LA DESREGULACIÓN

Esta necesidad de reestructurar además de liberalizar, el hecho de que no basta con liberalizar, hace que la política de desregulación de los monopolios sea más complicada que la liberalización de otros sectores. Como he señalado al principio del artículo, cuando esta diferencia se ignora, el fracaso está asegurado. Pero, incluso cuando se sabe lo que hay que hacer, no es fácil hacerlo. La política de liberalización de los sectores «normales» es también una política difícil. Significa acabar con privilegios y la literatura económica ha explicado extensamente por qué es difícil aplicar esta política. La razón es que, aunque la liberalización genera efectos positivos para la mayoría de la población, también genera perjuicios concretos a grupos determinados. Sin embargo, la política de liberalización es, en cierto sentido, «limpia» y no requiere de intervenciones complicadas sino simplemente basta con diseñar un marco en el cual la libertad de elección de los consumidores y los productores, vaya creciendo. Como mucho, el cuidado de los que diseñan estas políticas debe concentrarse en fijar un calendario de transición adecuado que permita a los distintos agentes adaptarse a la nueva situación.

Por el contrario, la política de desregulación, en la medida en que requiere una política de intervención para arrancar con una estructura adecuada, es una política enormemente complicada. En la liberalización de los sectores «normales» no hay por qué decidir cuál debe ser la estructura empresarial del sector puesto que el propio mercado irá decidiéndola. Sin embargo, en los sectores monopolizados hay que intervenir tomando medidas a veces drásticas y esto hace muy difícil aplicar esta política. La liberalización afecta a las empresas profundamente pero de una forma indirecta. La intervención con el fin de reestructurar ataca directamente a las empresas y no hay que olvidar que éstas son seres vivos con empleados, directivos, etc., que se ven amenazados de una forma mucho más directa y dramática por las medidas estructurales que por la competencia que pueda traer el mercado y que, por tanto, van a reaccionar fuertemente en contra de estas políticas. A ello hay que añadir el hecho de que el privilegio que supone el monopolio es mucho mayor que el que supone la protección y, por tanto, los medios de que disponen quienes se aprovechan del monopolio para detener o retrasar la liberalización son mucho mayores que los que cuentan los privilegiados de los sectores simplemente protegidos.



Pero es que incluso aun cuando se tenga la convicción de que la desregulación debe hacerse de la forma en que propongo en este artículo, incluso aunque se tenga la fuerza política y el deseo de aplicar de esta forma esta política y, además, se esté dispuesto a actuar en contra de los intereses de los monopolios, no es fácil tomar las decisiones correspondientes. ¿Cuál es el número mínimo de empresas para que haya una competencia efectiva?, ¿hasta dónde deben llegar las limitaciones a la propiedad o el control para evitar una integración vertical perjudicial?, son todas preguntas importantes pero cuyas respuestas no son nada fáciles y la única fuente que proporciona algún criterio para tomar estas decisiones es la experiencia de la aplicación de la política de defensa de la competencia.

Finalmente y aunque en este artículo me he referido fundamentalmente a los países occidentales, quiero terminar señalando que todos estos problemas se han planteado igualmente en la mayoría de las economías en transición, esto es, los países que han vivido bajo un régimen comunista y se plantean ahora pasar a una economía de mercado. Estos países se encuentran que sus empresas están en manos de un solo dueño —el sector público— y, normalmente, son empresas únicas o monopolios en el conjunto del país. Y en estos países esta herencia monopólica aparece no sólo en los sectores que tienen un contenido de monopolio natural sino prácticamente en todos los sectores productivos.

Quienes están reformando estas economías, son conscientes de que la economía de mercado requiere, por un lado, propiedad en manos privadas y, por otro, un número de empresas que compitan. Pero una vez que se está de acuerdo con esto es difícil saber cómo se debe hacer, porque las decisiones no son fáciles. Se sabe que hay que privatizar pero ¿cómo se pasa la propiedad pública a manos privadas?, ¿a manos de quién?, ¿a cuántos?, ¿de qué forma?

Lo mismo sucede con la estructura empresarial. ¿Cuántas empresas?, ¿con qué separación de propiedad? En los sectores no monopolizados todas estas decisiones se han ido tomando espontáneamente por el mercado. Respetarlas es lo más prudente. En el caso de los sectores monopolizados hay que cambiar la estructura. Pero, ¿cuál es la guía?, ¿qué es lo que hubiera hecho el mercado? Hay que tomar decisiones pero no se sabe cuáles. Esta dificultad de tomar decisiones sobre estas cuestiones ha llevado a que normalmente las decisiones adoptadas en estos países hayan sido más tímidas de las que se requerirían y que los cambios estructurales sobre la estructura que se heredó del monopolio hayan sido mucho menores de los que realmente se requirieron. Esto está llevando a la mayoría de estos países a comprobar que la liberalización no crea competencia suficiente y se vuelve en una segunda fase a reflexionar sobre cómo se puede resolver este tipo de problemas.





# CONCENTRACIÓN Y COMPETENCIA

Xavier VIVES

Instituto de Análisis Económico  
CSIC, Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre concentración, competencia y bienestar económico son complejas y están sujetas a revisión constante en la literatura económica. A pesar de ello, un hilo conductor fundamental inspira las políticas de defensa de la competencia tanto en los EE UU, que cuenta con una mayor tradición, como en Europa. A saber: una competencia vigorosa es la mejor garantía de eficiencia económica y de mejora del bienestar social. El problema consiste en cómo traducir esta prescripción genérica en recomendaciones prácticas para las autoridades a cargo de la defensa de la competencia y, en concreto, elucidar qué papel juega la concentración del mercado como indicador de posibles comportamientos anticompetitivos o de ejercicio de poder de monopolio.

En este artículo intentaré destilar algunas ideas basadas en desarrollos recientes del análisis de economía industrial con la esperanza de que aporten alguna luz a la comprensión de las relaciones entre la concentración, el poder de mercado y el bienestar. Asimismo se mostrarán las implicaciones del análisis para el diseño de una política pública sobre el control de las concentraciones.

El esquema conceptual se basará en el modelo estilizado de competencia entre empresas que se debe a Cournot, descrito en la sección 2 de este trabajo. Los efectos de las combinaciones o fusiones entre empresas se desarrollarán en la sección 3. Seguidamente, en la sección 4, se presentarán las limitaciones que el uso del modelo de Cournot supone para el análisis de las concentraciones. En la sección 5 se aplicarán los resultados obtenidos al diseño de una política de control de concentraciones. Para ello, se tendrán en cuenta los distintos diseños institucionales de este control en Europa y en los EE UU, así como en España. La última sección resume las principales conclusiones alcanzadas.



## II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN: LA PARÁBOLA DE COURNOT

A fin de examinar la relación entre el nivel de concentración, el grado de competencia y el nivel de bienestar en un mercado empecemos por definir algunos términos. Para fijar ideas considérese un mercado con un producto homogéneo con  $n$  empresas y barreras a la entrada que no permitan competencia externa.

El *poder de mercado* de una empresa viene dado por su capacidad para elevar los precios por encima del coste marginal de producción. Un índice usual del poder de mercado (o de monopolio) de una empresa es el llamado índice de Lerner ( $L$ ) o desviación relativa del precio ( $p$ ) del coste marginal ( $CM$ ),

$$L = \frac{p - CM}{p}$$

El grado de competencia en un mercado está inversamente relacionado con el poder de mercado de las empresas.

La medida estándar de *bienestar* en una industria es el excedente total o suma del excedente del consumidor —la diferencia entre lo que paga el consumidor y la cantidad máxima que estaría dispuesto a pagar por el bien en cuestión— y de los beneficios de las empresas.

Existen diversas medidas de la *concentración* en un mercado. Consideremos uno de los índices favoritos de los economistas (aunque, en la práctica, la correlación entre índices alternativos de concentración es bastante elevada): el índice de *Herfindahl* ( $H$ ). El índice  $H$  se define como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas de la industria,

$$H = \sum_{i=1}^n s_i^2$$

(en tanto por ciento,  $s_i$  para la empresa  $i$ ). Este índice da más peso a las empresas mayores y por tanto incorpora una medida de la desigualdad del reparto del mercado. Además, tiene una relación directa con los márgenes de una industria de producto homogéneo en un contexto en que las empresas compiten independientemente mediante las cantidades ofrecidas en el mercado, el caso contemplado por Cournot en su teoría del oligopolio (Cournot (1838)). En efecto, en este caso el índice de Lerner para una empresa es igual a su cuota de mercado dividida por la elasticidad de demanda en el mercado —así para la empresa  $i$ ,

$$\frac{p - CM_i}{p} = \frac{s_i}{h}$$

Obsérvese que una empresa más eficiente, con costes marginales más bajos, tendrá una cuota de mercado superior.

De ahí se sigue fácilmente que el índice  $H$  dividido por la elasticidad de la demanda de mercado iguala la suma (ponderada por las cuotas de mercado) de los índices de Lerner de las empresas

$$\left( \text{es decir: } \sum_{i=1}^n s_i L_i = \frac{H}{\eta} \right)$$

Vemos pues que el grado de monopolio agregado de la industria es, para una elasticidad de demanda dada, directamente proporcional a la concentración, medida ésta según el índice  $H$ . Por ejemplo, si las  $n$  empresas son igualmente eficientes entonces  $H = 1/n$  y el margen relativo sobre el coste marginal (el índice de Lerner) iguala  $1/n\eta$ . Además se comprueba fácilmente que, si las empresas tienen costes marginales constantes, el bienestar, medido por el excedente total de la industria, es creciente con el número de empresas  $n$  (y decreciente con  $H$ ).

¿Quiere esto decir que existe siempre una relación monótona entre el bienestar y la concentración del mercado?

La respuesta es negativa. Si las empresas mantienen diferencias de eficiencia productiva o existen economías de escala, un incremento de la concentración puede aumentar el bienestar. El caso de las economías de escala es sencillo: una fusión de dos empresas que incremente la concentración pero consiga rebajar costes —por ejemplo, evitando duplicaciones de costes fijos— puede hacer disminuir los precios e incrementar el bienestar tal como ha puesto de manifiesto Williamson (1968). Con empresas de distintas eficiencias es incluso posible que una elevación del precio acompañado por un incremento de  $H$  aumente el bienestar. Por ejemplo, en un duopolio con una empresa eficiente y una bastante ineficiente —con coste marginal cerca del precio de mercado— cerrar esta última puede incrementar el bienestar, puesto que transfiere producción de la empresa menos eficiente a la más eficiente. Para explicar la asociación positiva entre concentración y bienestar, obsérvese que éste se incrementa si una producción total pasa por ser realizada por empresas pequeñas e ineficientes a ser realizada por empresas más grandes y eficientes. El resultado es que el precio no varía y la producción se realiza a menor coste.

De hecho en la literatura de la economía industrial se han debatido extensamente las relaciones entre concentración, poder de mercado y bienestar desde los estudios pioneros de Bain. La evidencia empírica tiende a corroborar una asociación positiva, aunque débil, entre el grado de concentración y los márgenes de rentabilidad de las empresas<sup>1</sup>. Sin

<sup>1</sup> Al menos en los numerosos estudios realizados con datos de la industria de los EE UU, véase Schmalensee (1987). Una posible explicación de la falta de evidencia concluyente sobre la



embargo, de acuerdo con nuestra discusión anterior, esta correlación es compatible con dos visiones contrapuestas de los efectos de la concentración en el mercado sobre el bienestar. La primera visión, en la tradición de Bain y predominante en la regulación *antitrust* en los EE UU y Europa, mantiene que mercados concentrados y con barreras a la entrada, en donde unas pocas empresas se reparten las ventas, dan pie a comportamientos no competitivos que resultan en niveles elevados de precios y pérdidas de bienestar. Esta visión, que podemos denominar de «poder de mercado», ha sido contrapuesta —principalmente por la escuela de Chicago— con la idea de «eficiencia diferencial en costes», según la cual las empresas más eficientes tendrán una cuota de mercado y beneficios más elevados y, en consecuencia, mercados con diferencias de productividad importantes entre empresas tenderán a estar concentrados y a tener beneficios medios altos, sin que ello comporte necesariamente niveles de bienestar reducidos<sup>2</sup>.

### III. LAS FUSIONES EN EL MODELO DE COURNOT

Veamos, en el contexto del modelo de Cournot, los efectos de las *fusiones* o *combinaciones* entre empresas. Las fusiones pueden tener un efecto anticompetitivo puro —por ejemplo, en el caso de empresas idénticas con costes marginales constantes—; pero pueden contribuir también a racionalizar la producción —es decir, manteniendo la misma producción total transferir output de las empresas menos eficientes a las más eficientes— e incluso favorecer sinergias entre las unidades productivas, realizando economías de escala.

El análisis del efecto de una fusión se debe realizar comparando la situación de equilibrio inicial, con las empresas independientes, con el nuevo equilibrio en el mercado resultado de la combinación de las empresas fusionadas. De esta manera se tienen en cuenta todas las interacciones estratégicas relevantes.

Farrell y Shapiro en un trabajo reciente (1990) obtienen los siguientes resultados: (1) Si una fusión no genera sinergias es decir, si la entidad fusionada no mejora la capacidad de producción conjunta de las empresas individuales entonces eleva el precio de mercado. Nótese que este caso es compatible con la racionalización de la producción. (2) Son necesarias economías de escala o de aprendizaje importantes para que una fusión reduzca los precios. Además estas economías deben ser mayores cuanto más grandes sean las cuotas de mercado de las empresas fusiona-

---

existencia de beneficios de monopolio es la posibilidad de que estas rentas hayan sido capturadas, al menos en parte, por los oferentes de insumos.

<sup>2</sup> Véase Scherer y Ross (1990) y Vives (1986) para una discusión más detallada.



das y cuanto mayor sea la elasticidad de demanda de la industria. (3) Con rendimientos decrecientes a escala —y algunos supuestos técnicos en la demanda— una fusión, que sea beneficiosa para las partes involucradas y que incremente el precio de mercado, incrementará el bienestar si la cuota de mercado combinada de las empresas fusionadas antes de la concentración es suficientemente pequeña —en relación a las cuotas de mercado de las otras empresas ponderadas por su respuesta en términos de producción. Este resultado se debe a que, bajo las condiciones expuestas, una reducción de la producción conjunta de las empresas combinadas, típica de una fusión en el contexto del modelo de Cournot, aumenta los beneficios de las empresas rivales en mayor medida que perjudica a los consumidores. La idea fundamental es que la transferencia de producción de empresas pequeñas e ineficientes a empresas más grandes y eficientes mejora el excedente global de las empresas.

Ahora bien, la valoración de las fusiones dependerá del criterio de bienestar que se considere más adecuado. Si solamente se tiene en cuenta el bienestar de los consumidores entonces precios bajos es lo que importa y todo incremento de concentración es sospechoso. Este criterio estaría basado en la idea de que la propiedad de las empresas, y por tanto la percepción de beneficios, está concentrada en un segmento muy pequeño de la sociedad. Sin embargo, la participación en fondos de inversión por parte de capas amplias de la población, como mínimo, parece indicar que los beneficios empresariales deberían tener algún peso en el criterio de bienestar global. En caso extremo, dando el mismo peso al excedente del consumidor que a los beneficios empresariales, el criterio adecuado es el tradicional excedente total de la industria. En este caso, como hemos argumentado, puede existir una asociación positiva entre concentración y bienestar.

El enfoque anterior pone énfasis en el análisis de los efectos externos de las fusiones, es decir, efectos sobre empresas rivales y consumidores. Si el efecto externo es positivo, entonces la fusión debería ser aprobada puesto que, en principio, solamente serán propuestas fusiones rentables para las empresas fusionadas. Si es negativo, entonces las empresas que quieren fusionarse deberían argumentar ahorros de costes al menos tan grandes como el perjuicio externo causado. Nótese que estos ahorros de costes son muy difíciles de medir antes de que la fusión tenga lugar —de hecho, hasta que no haya transcurrido un período de tiempo que puede ser largo— y, dado que las empresas que se fusionan, tienen incentivos a exagerar los efectos beneficiosos de la fusión. Por lo tanto, la prueba de la existencia de estas economías debe recaer en las entidades que promueven la fusión. Sin embargo, nótese que las empresas pueden demostrar sinergias y esconder costes potenciales de la fusión; de hecho muchas fusiones incurren en costes de reorganización muy importantes<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Diversos estudios empíricos también han cuestionado la rentabilidad privada de muchas fusiones. Este fenómeno se puede explicar por la divergencia de intereses entre los propietarios y los gestores de las empresas.

El procedimiento propuesto tiene la ventaja de que no se necesita información sobre los costes de las empresas que proponen la concentración, sino solamente sobre las cuotas de mercado y la respuesta de la producción de las empresas que no participan.

El análisis de los efectos de la concentración en el contexto del modelo de competencia en cantidades (Cournot) y producto homogéneo es rico y proporciona pautas a utilizar para la política de defensa de la competencia. Sin embargo este análisis es limitado por una serie de razones.

#### IV. LIMITACIONES DEL ANÁLISIS Y FACTORES ADICIONALES

##### 1. EL TIPO DE COMPETENCIA

La competencia en el mercado puede no ajustarse a la tipología de Cournot. En general el modelo de competencia en cantidades con producto homogéneo parece adecuado, o es una buena aproximación, cuando la variable estratégica fundamental es la capacidad o el nivel de producción. Sin embargo, existen muchos mercados en los que la variable estratégica fundamental es el precio en un contexto de producto diferenciado —por ejemplo, con producción por encargo— en los que las empresas pueden ajustar la producción a la demanda rápidamente. En régimen de competencia de precios con diferenciación del producto las fusiones entre empresas proporcionan incentivos tanto a los participantes como a los no participantes a elevar los precios en ausencia de sinergias. En este contexto el análisis de las cuotas de mercado puede tanto infravalorar como sobrevalorar los efectos de las fusiones en la competencia<sup>4</sup>.

##### 2. FUSIONES Y COLUSIÓN

Se ha supuesto implícitamente que la fusión de empresas no cambia el régimen de competencia, ya sea en un sentido competitivo o anti-competitivo. Sin embargo, la presunción es que los mercados más concentrados tenderán a favorecer la coordinación entre empresas y comportamientos colusivos. Esta es una idea clásica en economía industrial y que ha sido adoptada en general por la política de la defensa de la competencia. En efecto, ni la colusión tácita ni los acuerdos de cartel tienden a funcionar bien con muchos participantes, ni tampoco cuando

<sup>4</sup> Véase Davidson y Deneckere (1985), Willig (1991) y Neven, Nuttall y Seabright (1993).



éstos son dispares y tienen dificultades de comunicación<sup>5</sup>. Esta intuición es corroborada por la teoría de los juegos repetidos que explica la estabilidad de la colusión mediante la utilización de estrategias de castigo que penalizan a las empresas que se desvían del acuerdo. Cuando el número de empresas es menor la cuota por empresa del beneficio colusivo es mayor y por tanto el incentivo a desviarse menor. Además, es más fácil observar, y castigar en consecuencia, una desviación<sup>6</sup>. Asimismo, evidencias recientes indican que el poder de mercado es un problema solamente en industrias con cinco competidores o menos<sup>7</sup>. Si la concentración aumenta la probabilidad de colusión de las empresas, entonces tenemos una razón adicional para sospechar de los aumentos de la concentración.

### 3. PODER DE MERCADO Y DISTORSIÓN DE COSTES

Hemos argumentado que los efectos perjudiciales del poder de mercado se pueden ver compensados por una mayor eficiencia productiva —por ejemplo, con la realización de economías de escala en una fusión. Sin embargo, el poder de mercado puede ser un enemigo de la eficiencia. Existen argumentos y evidencias que indican que los costes del poder de mercado en términos de eficiencia productiva pueden ser tan importantes o más que los relacionados con la eficiencia en la asignación de recursos<sup>8</sup>. La distorsión del poder de monopolio en los costes es un tema clásico en la literatura económica. Así, por ejemplo, Adam Smith afirmó que «El monopolio ... es un gran enemigo de la buena gestión» (Smith, p. 147, 1937), y John Hicks que «El mejor beneficio del monopolio es la vida tranquila» (Hicks, 1935).

El esfuerzo inadecuado o insuficiente para reducir costes se ha denominado ineficiencia-X. Este tipo de ineficiencia se puede relacionar con el problema de la separación de propiedad y gestión de la empresa y con la racionalidad limitada de los agentes económicos, que pueden tener comportamientos no optimizadores al utilizar reglas de actuación que sólo cambian cuando se manifiestan patentemente inviables. La falta de competencia puede agravar la ineficiencia descrita.

Una razón añadida que explica incrementos de costes inducidos por el poder de mercado son los esfuerzos para capturar rentas por parte de

---

<sup>5</sup> Véase Kühn y Vives (1995) en donde se analizan los intercambios de información entre empresas como una práctica que facilita la colusión. Sin embargo, también existen carteles exitosos con muchos participantes (véase Kihlstrom y Vives (1992)). Además, una disminución de la concentración que comporte cuotas de mercado más iguales podría significar un incremento de la probabilidad de colusión al facilitar la coordinación entre las empresas.

<sup>6</sup> Véase Vives (1986).

<sup>7</sup> Aportada por Bresnahan y Reiss (1991).

<sup>8</sup> Véase Vives (1994) para un análisis más extenso.

distintos agentes sociales y conseguir posiciones de monopolio. Así las empresas con poder de mercado pueden realizar inversiones estratégicas en capacidad productiva, tecnología, desarrollo de productos o publicidad que no sean óptimas desde un punto de vista social. Al mismo tiempo las empresas pueden incurrir en gastos para presionar a autoridades o influir en la opinión pública a fin de conseguir ventajas de la administración.

#### 4. ENTRADA POTENCIAL

En el análisis realizado hasta ahora hemos supuesto la existencia de barreras a la entrada en el mercado. Sin embargo, en muchas situaciones estas barreras son lo suficientemente bajas como para que entrantes potenciales puedan tener un efecto importante. La *entrada potencial* en un mercado disciplina la conducta de las empresas establecidas de acuerdo con la teoría de los mercados impugnables<sup>9</sup>. Sin embargo, existen estrategias de prevención de entrada que pueden tener éxito aunque el coste de entrada en el mercado sea bajo y, por consiguiente, el poder disciplinador de la competencia potencial en relación a los beneficios empresariales se pone en discusión. El papel de la competencia potencial puede ser más efectivo en disciplinar los costes y reducir la ineficiencia-X de las empresas establecidas. En efecto, una empresa que haya disfrutado su poder de mercado en forma de costes elevados tendrá una desventaja competitiva cuando se enfrente a entrantes potenciales —éste ha sido el caso, por ejemplo, de algunas aerolíneas americanas durante el proceso de desregulación del sector. Una consecuencia de la amenaza de entrada en un mercado puede ser la reducción del incentivo de las empresas a fusionarse a menos que consigan sinergias importantes. En efecto, una fusión que incremente los beneficios pero no reduzca costes atraerá la entrada de otras empresas, lo que disipará los beneficios de la fusión.

#### 5. PODER DE MERCADO E INNOVACIÓN

Un último elemento que no ha sido considerado explícitamente es el efecto del poder de mercado y la concentración en la *innovación*. Este efecto es potencialmente muy importante puesto que innovaciones que reducen los costes de forma permanente generan beneficios a largo plazo.

La eficiencia dinámica de la competencia se ha debatido extensamente. Schumpeter (1943) propone que el poder de monopolio es necesario (o mejor dicho, es un mal necesario) para la innovación, y esta-

<sup>9</sup> Véase Vives (1986).



blece relaciones positivas entre el tamaño y el poder de mercado de la empresa y su capacidad innovadora pero también sugiere, en su famoso «proceso de creación destructiva», que la amenaza de entrada de rivales innovadores es el incentivo fundamental para que el monopolista establecido innova. El resumen de los argumentos teóricos y empíricos sobre competencia e innovación sugieren<sup>10</sup> que para fomentar la innovación y la reducción de costes no debe existir un grado demasiado elevado de poder de mercado —y, en particular, en sectores de oportunidad tecnológica.

## V. APLICACIÓN AL CONTROL DE CONCENTRACIONES

¿Qué nos aportan estas consideraciones teóricas a la práctica de la política de defensa de la competencia? En un mundo ideal la evaluación de una fusión entre empresas, implicando una elevación de la concentración en el mercado, debería ser examinada mediante la formulación y contrastación econométrica de un modelo de competencia adaptado al mercado en cuestión, y mediante un análisis exhaustivo coste/beneficio que determinase si la fusión propuesta incrementa o disminuye el excedente total de la industria. Es decir, la suma —quizás apropiadamente ponderada— del excedente del consumidor y los beneficios de las empresas, e incluso debería tener en cuenta posibles efectos en otros sectores de la economía. Este estudio debería comparar la situación inicial con el equilibrio resultante de la competencia en el mercado de la fusión propuesta. En la práctica este ideal no es realizable.

En primer lugar, debido al grado de desarrollo de los estudios de economía industrial. En particular, la falta de resultados suficientemente generales en la teoría del oligopolio que relacionen la estructura de la industria con la conducta de las empresas y el funcionamiento final del mercado. En segundo lugar, por problemas de información y de tiempo. En particular la escasa información que las agencias de defensa de la competencia poseen en el período inicial de examen de una propuesta de fusión y el necesariamente limitado período de tiempo del que disponen para realizar un estudio exhaustivo.

La pregunta debe ser pues: ¿cómo nos puede ayudar el análisis de economía industrial a diseñar un procedimiento realista, aunque necesariamente imperfecto, de evaluación de las fusiones?

Una primera conclusión general del análisis presentado es que la presión competitiva es la mejor guía disponible para mejorar la eficiencia en la economía y el bienestar social. Una conclusión más operativa es que niveles de concentración elevados y la existencia de barreras a la

---

<sup>10</sup> Véase Vives (1994).

entrada son una condición necesaria para el ejercicio del poder de monopolio pero ciertamente no constituyen una condición suficiente. Por consiguiente, niveles de concentración y cuotas de mercado bajos pueden ser tomados como ausencia de poder de mercado mientras que niveles elevados indican que una investigación más detallada es necesaria para averiguar la existencia y las consecuencias del poder de mercado de las empresas. El efecto de una concentración elevada debe ser estudiado teniendo en cuenta la competencia potencial. Asimismo, las posibles ganancias de eficiencia de una fusión deberían ser consideradas explícitamente teniendo en cuenta que la prueba de la existencia de estas economías debe recaer en las entidades que promueven la fusión.

Las implicaciones de este resultado para el procedimiento a seguir en relación a las concentraciones de empresas son las siguientes. Se trata de abordar el examen de una fusión en dos etapas, estableciendo un test sencillo en la primera —mediante un índice de concentración o de cuota de mercado— de manera que solamente aquellas fusiones que superen el test (es decir, que sobrepasen un umbral mínimo) sean investigadas a fondo. De esta manera el coste del proceso de defensa de la competencia se reduce junto con la incertidumbre inducida en el sector privado. Este procedimiento es, en esencia, el seguido tanto en los EEUU —de acuerdo con los *Merger Guidelines* del *Department of Justice*, revisados en 1992 y más recientemente en 1997— como en Europa con la regulación de la Unión Europea de 1989 sobre el control de concentraciones. En los EEUU se utiliza el índice de Herfindahl  $H$  para definir zonas de concentración baja, moderada y alta como filtros para orientar la actuación de la autoridad pública. En la Unión Europea, así como en la Ley de Defensa de la Competencia española promulgada en 1989, se utiliza la cuota de mercado de las empresas que participan en la fusión como criterio discriminador. En la práctica tanto en Europa como en los EEUU se tienen en cuenta factores adicionales tales como las condiciones de entrada, indicadores de la facilidad de colusión y las posibles economías realizadas en la fusión. Una diferencia importante sin embargo es que la Comisión Europea no ha confeccionado, ni el Gobierno español en su ámbito, una «Guía de Fusiones» que establezca el procedimiento de análisis de las fusiones propuestas y que incluya, como en el caso de los EEUU, el método por el cual se define el mercado relevante. Asimismo, el procedimiento europeo no considera de manera sistemática las condiciones de entrada y los argumentos de eficiencia en relación a las fusiones, y pone énfasis en el concepto de «dominancia» de una empresa individual —que perjudica la competencia efectiva en el mercado— más que en el de poder de mercado teniendo en cuenta la interrelación con otras empresas.

Un problema fundamental al que deben enfrentarse los garantes de la defensa de la competencia es la definición del mercado relevante. Obviamente la extensión del mercado puede prejuzgar de manera importante el grado de monopolio que se puede ejercer en el mismo.



Según el primer estudio de la práctica de la regulación de fusiones por la Comisión Europea, llevado a cabo por Neven, Nuttall y Seabright (1993), la definición de mercado relevante parece haber sido demasiado restrictiva, lo que ha llevado a la Comisión a tener en cuenta factores compensatorios del poder de mercado de forma un tanto arbitraria. Sin embargo, la Comisión Europea ha publicado recientemente un borrador de una guía sobre definición del mercado relevante que se asemeja al método usado en los EEUU.

El procedimiento de control de las concentraciones de empresas varía entre los EEUU y la UE así como dentro de sus países miembros. En la UE la Comisión Europea (CE) se encarga de recibir la notificación de la concentración, de su investigación, mediante la *Merger Task Force* (MTF) del Directorado de Defensa de la Competencia, y toma una decisión. La decisión puede ser apelada en los tribunales (Corte Europea de Justicia y Tribunal de Primera Instancia). En los EEUU las etapas de notificación e investigación corren a cargo del Departamento de Justicia y de la *Federal Trade Commission* y la decisión está en manos de los jueces (*Federal District Courts*). Se puede apelar a instancias superiores (*Appeals Court* y *Supreme Court*). En Alemania el *Bundeskartellamt* integra las fases de notificación, investigación y decisión. Esta última puede ser puesta en cuestión por el Ministerio de Economía. También existe la posibilidad de apelación a los tribunales de justicia. En el Reino Unido y Francia la notificación (voluntaria antes de la fusión) se hace a una instancia del gobierno, la investigación se realiza por la agencia de defensa de la competencia (*Monopoly and Mergers Commission* y *Conseil de la Concurrence*, respectivamente) mientras que la decisión está en manos políticas. La decisión en el Reino Unido no se puede recurrir mientras que en Francia se puede recurrir al Consejo de Estado. En todos los casos el criterio que guía la decisión es el poder de mercado (o dominancia en la UE) con la única salvedad del Reino Unido en donde es el interés público con énfasis en el poder de mercado.

En España el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), órgano integrado en la estructura jerárquica del Ministerio de Economía y Hacienda, instruye el expediente si la concentración supera unos ciertos umbrales o bien por notificación voluntaria de las partes implicadas. El expediente se remite al Ministro de Economía y Hacienda, el cual a su vez puede decidir remitirlo al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para que lo informe. En todo caso la decisión corresponde al Gobierno que utilizará criterios de defensa de la competencia y de interés público. Así en España el TDC es un órgano meramente consultivo en materia de concentraciones al que ni siquiera se le debe consultar necesariamente y que no puede intervenir por propia iniciativa. La notificación se realiza al SDC, la investigación también la realiza el SDC, el TDC aporta su dictamen técnico si es requerido para ello, y la decisión está en manos del Ministro de Economía y Hacienda. Dada esta estructura no es de extrañar la escasa entidad de la actividad del TDC en materia de

concentraciones. Sorprende, de hecho, que concentraciones importantes en el sector bancario y eléctrico, por poner ejemplos visibles, no hayan sido examinadas por las autoridades de defensa de la competencia. La razón seguramente estriba en la involucración del gobierno como parte interesada en la operación. El resultado sin embargo es una sustracción a la sociedad del debate necesario sobre las consecuencias para la competencia de las mencionadas operaciones.

El procedimiento comunitario no está exento de problemas. Un problema importante es la posibilidad de que presiones políticas o de *lobby* distorsionen las decisiones dada la falta de transparencia en el proceso de decisión. Estas situaciones se podrían minimizar si la MTF publicara su informe sobre el caso de manera pública antes de que la CE tome una decisión. Esta medida reforzaría la independencia de la MTF. Existen también propuestas más drásticas para aumentar la transparencia y la independencia del procedimiento. Así, por ejemplo, la UE podría adoptar un esquema parecido al alemán integrando en la MTF, como agencia independiente, las fases de notificación, investigación y decisión, con la posibilidad de que esta última sea cambiada por la CE <sup>11</sup>.

La falta de dinamismo, en general y en particular en relación a las concentraciones, de la política de defensa de la competencia en España sugiere la necesidad de un cambio en la estructura legal que dote de mayor independencia, formal y material, al TDC <sup>12</sup>. En efecto, no es suficiente que el TDC sea un órgano de estudio y reflexión y que tenga capacidad para realizar informes sobre la competencia a iniciativa propia y elevarlos al Gobierno. La separación de funciones entre el SDC y el TDC, con la responsabilidad de la fase instructora de expedientes en el primero, implica una dependencia material del órgano independiente, el TDC, en relación al órgano jerárquicamente dependiente del MEH, el SDC. Así el órgano independiente no puede tener la iniciativa de instruir expedientes <sup>13</sup>. Esta situación se agrava considerablemente en el caso del control de las concentraciones puesto que el TDC juega en este caso un papel totalmente secundario como hemos visto. Una integración en el TDC de las fases de notificación, pasando de voluntaria a obligatoria a partir de una cierta dimensión, investigación, y propuesta —pública— de resolución, con la decisión final o, al menos, la posibilidad de revisión de la decisión, en manos del Ministro de Economía y Hacienda o del Gobierno, supondría un reforzamiento del control de las concentraciones en España.

<sup>11</sup> Neven, Nuttall y Seabright (Cap. 8, 1992) examinan los pros y contras de esta y otras posibilidades.

<sup>12</sup> Sorprende, por ejemplo, el reducido número de expedientes sobre concentraciones que son remitidos al TDC (véanse los datos para el período 1990-1996 en el apartado III del Informe anual de Gestión del Servicio de defensa de la competencia, 1996).

<sup>13</sup> Véase Cases (Cap. 3, 1995) para un desarrollo del argumento.



En definitiva, la dificultad de la tarea de la investigación de los efectos de las concentraciones de empresas en la competencia y el bienestar, y la utilización de criterios simplificadores para facilitar el análisis, no deben hacernos olvidar que los avances recientes en los estudios de economía industrial, y en particular en su parte empírica, pueden dar nueva y más clara luz al problema. Por ejemplo, si se dispone de suficientes datos se puede estimar directamente el efecto de las fusiones en los precios. Esta estimación se puede llevar a cabo mediante la simulación de ecuaciones de precios relacionando los mismos con la estructura del mercado (concentración) o mediante simulaciones basadas en la estimación econométrica directa de la elasticidad de la demanda a la que se enfrenta una determinada empresa<sup>14</sup>. El coste para una agencia de defensa de la competencia de la realización de este tipo de estudios es ciertamente pequeño en comparación con los beneficios potenciales de una intervención pública más informada y, por consiguiente, más acertada.

## VI. CONCLUSIONES

En primer lugar, aunque las relaciones entre concentración del mercado y competencia son complejas, se puede afirmar que un nivel bajo de concentración reduce la posibilidad del ejercicio del poder de mercado y de los comportamientos colusivos. Así fusiones o combinaciones de empresas en mercados poco concentrados y que no eleven la concentración de manera sustancial no deben ser contemplados con sospecha por las autoridades de defensa de la competencia. Si, por el contrario, estas condiciones no se dan, las autoridades deben examinar las concentraciones propuestas y tener en cuenta factores tales como las condiciones de entrada y las posibles ganancias en eficiencia, recayendo la carga de la prueba de estas últimas en las empresas que proponen la combinación.

En segundo lugar, la importancia de mantener una actitud vigilante en materia de concentraciones no disminuye con la perspectiva, y la realidad, de la integración del mercado europeo. En efecto, la integración del mercado europeo no tiene por qué disminuir necesariamente los incentivos a conseguir un mayor poder de mercado a través de las combinaciones entre empresas, ni tiene por qué aumentar necesariamente las eficiencias potenciales de una combinación. La integración del mercado sí que implica una mayor atención a la definición del mercado relevante y a las cuestiones de entrada en el mercado<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase como ejemplos la discusión de Baker (1997) del caso *FTC vs. Staples* y el estudio de Hausman, Leonard y Zona (1992) del mercado de la cerveza con datos obtenidos aprovechando el proceso de informatización de las ventas al por menor en supermercados.

<sup>15</sup> Véase el Cap. 10 del estudio realizado por London Economics y el Instituto de Análisis Económico para la Comisión Europea (1997).

En tercer lugar, el análisis del proceso de control de las concentraciones, así como consideraciones de economía política, sugieren la necesidad de reforzar la independencia formal y material de las agencias encargadas de la implementación del control así como de garantizar la transparencia del proceso. La conclusión se aplica no solamente al control de concentraciones sino a todo el proceso de defensa de la competencia. Estas consideraciones son válidas en particular para el caso español en donde el papel del TDC en el proceso de control de concentraciones es marginal. En este sentido una propuesta a considerar sería integrar en el TDC las fases de notificación, investigación, y propuesta —pública— de resolución, manteniendo la decisión final —o la posibilidad de revisión de la decisión— en manos del Gobierno.

Finalmente, cabe destacar que los progresos recientes en el análisis de mercados en condiciones de competencia imperfecta y su contrastación mediante modelos econométricos hacen posible aportar evidencia directa de los efectos de las concentraciones en los precios y por tanto pueden contribuir a que las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales tomen decisiones más informadas. Para que este análisis sea factible es necesario que los organismos de defensa de la competencia dispongan de los medios técnicos necesarios.

## REFERENCIAS

BAKER, J. (1997), «Econometric Analysis in *FTC v. Staples*», Mimeo, Federal Trade Commission.

BRESNAHAN, T. and REISS, P (1991), «Entry and Competition in Concentrated Markets», *Journal of Political Economy*, vol. 99, pp. 977-1009.

CASES, LI. (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid.

COURNOT, A. (1838), *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*, Edición inglesa (ed. N. Bacon): *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth* (Macmillan, 1987).

DAVIDSON, C. and DENECKERE, R. (1985), «Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition», *Rand Journal of Economics*, 16, pp. 473-86.

European Commission (1997), *Single Market Review*, vol. V (3): «Competition Issues» (London Economics, Instituto de Análisis Económico y Deutsches Institut für Wirtschaftsfortschung).



FARRELL, J. and SHAPIRO, C. (1990), «Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis», *American Economic Review*, 80, pp. 107-26.

HAUSMAN, J., LEONARD, G. y DOUGLAS ZONA, J. (1992), «Competitive Analysis with Differentiated Products», Mimeo.

HICKS, J. (1935), «Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly», *Econometrica*, vol. 3.

KIHLSTROM, R. y VIVES, X. (1992), «Collusion with Asymmetrically Informed Firms», *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 1, n.º. 2, pp. 371-396.

KÜHN, K-U. y VIVES, X. (1995), «Information Exchange Among Firms and their Impact on Competition», Documento de la Comisión Europea.

NEVEN, D., NUTTALL, R. y SEABRIGHT, P. (1993), «Merger in Daylight», *Centre for Economic Policy Research*.

SCHERER, F.M. y ROSS, D. (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Tercera Edición Boston: Houghton Mifflin.

SCHMALENSEE, R. (1987), «Inter-industry Studies of Structure and Performance», Schmalensee, R. and Willig, R.D. (eds.), *Handbook of Industrial Organisation*, Volume II, Elsevier Science Publishers, Amsterdam.

SCHUMPETER, J. (1943), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Unwin University Books, London.

SMITH, A. (1937), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York: Modern Library Edition.

VIVES, X. (1986), «Competencia estratégica en la teoría de la Organización Industrial», *Revista Española de Economía*, vol. 3, pp. 111-149.

VIVES, X. (1994), «La Competencia en la Perspectiva Europea», *Papeles de Economía Española*, 58, pp. 2-13.

WILLIAMSON, O.E. (1968), «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, vol. 58, 18-36, pp. 1372-6.

WILLIG, R. (1991), «Merger Analysis, Industrial Organization Theory and Merger Guidelines», *Brookings Papers*, pp. 281-332.





# MERCADO DE SERVICIOS EN LIBRE COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDEN COMUNITARIO EUROPEO

Luciano PAREJO ALFONSO  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

## I. LA SITUACIÓN INICIAL: EL TRATADO DE ROMA

En el Tratado de Roma de 1957, la diferenciación de los espacios de lo público y lo privado aflora claramente sólo en la consagración de la neutralidad de la Comunidad respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros (art. 222 <sup>1</sup>) y en la regulación de la política en materia de transportes (en la que se utiliza expresamente la noción de «servicio público»: art. 77 <sup>2</sup>) y de la libre competencia (en la que se alude a las «empresas públicas», las empresas a las que se «concedan derechos especiales o exclusivos» y aquellas que estén encargadas de «la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de

<sup>1</sup> Como señala la reciente *Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996, p. 9, este artículo garantiza la neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas y su personal. De esta suerte: «La Comunidad no cuestiona el estatuto, público o privado, de las empresas encargadas de misiones de interés general y no impone ninguna privatización. Por ello, los comportamientos distorsionadores de la competencia son objeto de vigilancia por parte de la Comunidad, se trate de empresas públicas o privadas».

Entre nosotros, MUÑOZ MACHADO, S. (*Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Cuadernos de Estudios Europeos, Ed. Fundación Universidad Empresa/Cívitas, 1993, p. 82) incluye el de neutralidad —junto con los de igualdad y solidaridad— entre los principios de la constitución económica comunitaria, entendiéndolo que dicho principio parte de la aceptación de la economía mixta, sin cuestionarse las formas de propiedad pública y privada y su equilibrio establecidos en cada uno de los Estados miembros. En el mismo sentido, del mismo autor véase también «El derecho de la competencia y el ordenamiento jurídico español», Ponències del Seminari de Dret Local, Setena edició del Seminari (Curs 94-95), Ajuntament de Barcelona 1996, pp. 13 y ss.

<sup>2</sup> Este art. sigue aún hoy disponiendo que:

«Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que respondan al reembolso de determinadas *obligaciones inherentes a la noción de servicio público*» (la cursiva es del autor).

monopolio fiscal»: art. 90<sup>3</sup>). No obstante, está sin duda presupuesta en el Tratado, pues como, a propósito del último de los preceptos mencionados, ha expuesto la Comisión Europea<sup>4</sup>, éste 1) reposa sobre la libertad de los Estados miembros para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación<sup>5</sup>; libertad, que implica el necesario respeto por la Comunidad de las opciones nacionales de organización económica y social y supone el reconocimiento en favor de los Estados del papel principal en el orden de la configuración social, correspondiéndole a la Comunidad exclusivamente el examen de la compatibilidad de los medios empleados a nivel estatal con los compromisos comunitarios; y, además, 2) su artículo 90 sólo se refiere a las actividades económicas, es decir, no es aplicable a las actividades que no tengan tal carácter (por ejemplo la educativa o de protección social), ni, por supuesto, a las «funciones» de autoridad, llamadas de «regalía» (por ejemplo, seguridad pública, justicia, diplomacia, etc.)<sup>6</sup>.

La razón de este tratamiento de lo público en el Tratado es obvia. La Comunidad constituida en 1957 tenía —como claramente expresaba su denominación— un objetivo limitado, neta y predominantemente económico: la generación de un verdadero mercado común; objetivo éste, en cuya consecución se concentraron inicialmente los esfuerzos integradores, de suerte que al menos durante los primeros veinticinco años de su existencia la Comunidad ha sido poco más de una unión aduanera en la que la libre circulación interior de mercancías fue progresivamente consolidándose.

<sup>3</sup> Este artículo sigue hoy disponiendo que:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las *empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos*, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

2. Las *empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal* quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas». (La cursiva es del autor).

Sobre el sistema de defensa de la competencia en la Comunidad Europea y su origen en el modelo norteamericano, véase Ll. Cases Pallarés, *Derecho Administrativo de la Competencia*, Escola d'Administració de Catalunya y M. Pons, Madrid 1995, especialmente en el Capítulo 2.º

<sup>4</sup> En la Comunicación citada en la nota núm. 1, p. 9.

<sup>5</sup> Ese respeto encuentra fundamento hoy, además, en el principio de subsidiariedad, proclamado en el art. 3B, párr. 2.º del Tratado, en la versión de Maastricht.

<sup>6</sup> Los servicios no económicos o de «regalía», sigue diciendo la Comunicación de la Comisión, contribuyen de manera decisiva a distintas políticas comunitarias, de donde se sigue el desarrollo de la cooperación y la asociación a escala europea. Pero como quiera que estos servicios no pueden ser tratados de modo igual que los de naturaleza económica, la acción comunitaria respecto de aquéllos es —por exigencia del Tratado— puramente complementaria de la de los Estados.



Por tanto, no es que, en el momento fundacional, la Comunidad resultara ajena a lo público; antes al contrario, ésta reposa enteramente en un interés público común: la efectividad del orden propio de la economía de mercado, cuyo elemento nuclear es la libre competencia y para cuya garantía se transfiere el necesario poder público al nivel comunitario. Vista la integración inicial como recomposición del poder público, es decir, reparto de competencias:

a) El cometido básico de la Comunidad se define por relación a la ordenación sustantiva de la vida económica en y para el mercado común<sup>7</sup>, quedando expresado este objetivo en la desaparición de todos los monopolios nacionales de carácter comercial para asegurar la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado (art. 37.1 del Tratado); vida económica, que en el modelo de la economía de mercado es primariamente actividad privada o de los sujetos ordinarios y que, aun cuando pueda ser desarrollada igualmente por los sujetos públicos, se caracteriza por la competencia en plano de igualdad de todos los agentes económicos. Esta circunstancia explica la perspectiva sustantiva, funcional o no formal desde la que la Comunidad asume, desde el principio, ese su cometido<sup>8</sup>.

b) Los Estados retienen todo lo demás, lo no transferido, y, en lo que aquí interesa, desde luego la responsabilidad y la competencia en materia de configuración social para asegurar la integración y la solidaridad.

De esta suerte, el campo y la lógica propios del servicio público permanecen casi por completo en la órbita de los Estados miembros, alcanzando sólo tangencialmente la comunitaria, de suerte que la zona secante entre ambas pudo configurarse en términos del binomio prohibición/excepción:

---

<sup>7</sup> Sobre la base de las cuatro libertades básicas, libre circulación de mercancías, que es la primera y fundamental [Tít. I], y libre circulación de personas —y establecimiento—, servicios y capitales; y mediante la política de la libre competencia, que ocupa, así, un lugar central en la economía del Tratado.

MUÑOZ MACHADO, S. (*op. cit.* en nota 1, p. 81), siguiendo a Mertens de Wilmars, distingue en la estructura jurídica del ordenamiento comunitario los siguientes tres niveles: 1) las disposiciones relativas a las aludidas cuatro libertades, que tienen por objeto la abolición de los obstáculos que se oponen a la plena realización del contenido que postulan; 2) las políticas comunes sectoriales (entre ellas y junto a las del carbón y del acero, la agricultura y producción y distribución de energía de origen nuclear, la antes citada de transportes); y 3) las políticas comunes de intervención global (armonización de legislaciones, reequilibrio regional y, en lo que aquí interesa, libre competencia), que persiguen no tanto la organización de una gestión común comunitaria, cuanto más bien la coordinación de las acciones sociales y económicas nacionales.

<sup>8</sup> De ahí, como certeramente advierte MUÑOZ MACHADO, S. (*op. cit.* en nota 1, pp. 82 y 83) la importancia en el plano comunitario del principio de igualdad —en cuanto sobre él, junto con los de neutralidad y solidaridad— se articula la coexistencia de empresas públicas y privadas, que impone la aplicación de las mismas reglas de mercado a todas dichas empresas y que tiene dos manifestaciones principales: la prohibición de la discriminación de las empresas por razón de su nacionalidad y la aplicación de las reglas de la libre competencia indistintamente a las empresas públicas y privadas.

— Los Estados pueden ciertamente continuar definiendo y aplicando su propia política económico-social, pero les está vedado producir perturbaciones o distorsiones en el buen orden de la vida económica, es decir, de la libre competencia (fundamentalmente a través del otorgamiento de ayudas públicas: artículo 92).

— Los Estados pueden igualmente acotar negativamente (vía exclusión o «publicación» de actividades) el ámbito de la vida económica accesible libremente a todos los sujetos, es decir, conservan prácticamente íntegro el poder de intervención social, pero sólo en la medida en que ello sea necesario desde el punto de vista del interés público interno, de la cobertura de verdaderas necesidades colectivas (de ahí las previsiones y las cautelas que se contienen en el artículo 90; no en vano este precepto es el resultado de un compromiso político, sugerido significativamente por Francia, para superar los reparos formulados por los pequeños Estados sobre la base de la desigual competencia entre sus empresas y las grandes empresas públicas beneficiarias de monopolios).

La construcción originaria de la integración responde así cabalmente a la que sin duda puede calificarse de tradición europea, decantada en el último cuarto del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, de lo que ha sido calificado como «compromiso social», que hace de la regulación e intervención públicas de algunos bienes y servicios un verdadero elemento del «contrato social» y, por tanto, un factor básico del proceso de integración y pertenencia y, por tanto, de cohesión sociales<sup>9</sup>. Tal compromiso social resulta de la búsqueda de una fórmula de conciliación entre usos y servicios esenciales, de interés económico general o de utilidad pública, de un lado, y mercado en libre competencia, de otro, que trae causa de una pluralidad de circunstancias de orden económico y social; dicho de otro modo: de un modelo de desarrollo que garantice simultáneamente la eficacia económica y el progreso social. De modo simplificado<sup>10</sup>, puede decirse que, en el contexto de este modelo, la intervención pública:

a) Respondía a la necesidad de asegurar la igualdad y la seguridad del disfrute (de bienes no reproducibles o limitados) o del suministro o aprovisionamiento (de servicios) para una pluralidad indeterminada de sujetos (con incidencia en su determinación de la dimensión social, permisiva de discriminaciones positivas);

b) Encontraba su fundamento económico en la consecución de economías de escala —especialmente en el caso de los llamados monopo-

<sup>9</sup> Véase al respecto el documento Europa, competencia y servicio público, publicado por el Centro Europeo de Empresas Públicas, edición francesa a cargo de Ed. Masson/Armand Colin, París 1995. Existe traducción española, del mismo año, editada por la Comisión Europea.

<sup>10</sup> En este sentido, LADEUR, K.-H., Art. 90 EWG-Vertrag und der öffentliche Charakter der staatlichen Unternehmen, en la obra colectiva Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Zentrum für europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), Diskussionspapier 7/91, 1991, pp. 25 y 26.



lios naturales, cuya justificación resultaba así reforzada por la teoría de los costes ocultos—, las cuales eran admitidas sobre la base de la suposición tanto de la falta de flexibilidad —por requerimiento de una elevada demanda— de determinadas inversiones (principalmente en infraestructuras) y, al propio tiempo, de la acentuada rigidez de éstas, debida a la situación de no retorno que, por un dilatado período de tiempo, genera su realización, como de las desproporcionadamente altas ventajas de coste por ellas proporcionadas, en la medida misma de un número suficientemente crecido de usuarios.

c) Resultaba legitimada por la ganancia de cotas de bienestar no alcanzables por la sola vía del mercado (por no procurar o cuando menos favorecer ésta ni el acceso de las capas sociales más amplias posibles a determinados bienes o servicios en la superficie territorial más extensa posible; ni la colocación positiva de los ciudadanos en un plano de igualdad en el disfrute).

Es cierto que la evolución difiere en los diferentes países en cuanto a la extensión de la intervención pública y también a los términos de la regulación y la gestión de los servicios, de donde se sigue la diversidad de culturas jurídicas en punto a la categoría de «servicio público»<sup>11</sup>, pero no lo es menos que en todos ellos aquella intervención acaba presentando nítidos rasgos comunes, desde luego en cuanto al tipo de bienes y servicios afectados, pero sobre todo en punto a la justificación en la idea del interés general apreciado caso a caso por el legislador. Con la heterogeneidad del tratamiento nacional del fenómeno de los servicios públicos se corresponde la falta de precisión técnica en la terminología utilizada por el Tratado de Roma y, en particular, el empleo en su artículo 90 del concepto amplio e indeterminado de «servicios de interés económico general».

En todo caso, la existencia de una sólida tradición de intervención pública en los Estados miembros y la reserva a éstos de la competencia en la materia en los términos ya indicados (con acantonamiento de la Comunidad en la creación y el aseguramiento de un mercado común) hace que, en el dilatado período inicial de vida comunitaria del que se viene hablando, los mundos de lo público y lo privado se comporten, en general, como esferas separadas, encontrándose sólo de forma excepcional. Se explica, por ello, la escasa aplicación práctica que en dicho

---

<sup>11</sup> Mientras en Francia y los países de sistema jurídico latino o influidos por el sistema francés (España, Italia, Grecia, Portugal) se decanta y afirma la noción de servicio público, que pasa a tener importantes consecuencias en el régimen jurídico de la actividad correspondiente, no sucede otro tanto en los restantes países (Alemania, Gran Bretaña y los Países Bajos), en los que dicha noción presenta un perfil mucho menos nítido. Véase el documento citado en nota 9, que contiene -como anexo- contribuciones de distintos autores de diferentes países sobre la situación del servicio público en los mismos. Véase igualmente el número especial dedicado a *Le service public, unité et diversité* de *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, junio de 1997, que contiene también una sección de trabajos de Derecho comparado.

período tuvo el artículo 90 del Tratado y la correlativa relativamente poca atención prestada al mismo. Y también que cuando hubo lugar a su aplicación (Sentencia Sacchi de 30 de abril de 1974), el Tribunal de Luxemburgo (TJCE) no dudara en declarar el monopolio en materia de radio y televisión compatible con el mercado común, por entender que el Tratado en modo alguno impide la concesión estatal a instituciones públicas, por razones justamente de interés general o público, del derecho exclusivo en materia de televisión.

## II. LA PRIMERA INTERPRETACIÓN COMUNITARIA DE LA TENSION DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: EL MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA; EL SERVICIO PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN PRECISADA DE JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta lo dicho no puede sorprender que el primer terreno en que va a concretarse la aplicación del artículo 90 del Tratado sea precisamente el de la igualdad de condiciones en el mercado (libre competencia) de las empresas públicas y las privadas, con entera independencia de si las primeras son o no gestoras de servicios públicos o beneficiarias de derechos exclusivos o especiales. El peso en los Estados miembros, variable, pero importante, de la iniciativa pública en la economía suscita inmediatamente, en efecto y desde la perspectiva del mercado común, su relación con la empresa privada.

La Comisión produce por ello tempranamente pronunciamientos dirigidos a dejar clara la aplicación del precepto y, por tanto, de las reglas de la competencia también a las empresas públicas, lo que vale decir la igualdad de trato de éstas respecto de las privadas, con la consecuente necesidad de la clarificación de las relaciones entre aquéllas y las organizaciones públicas que las crean y sostienen (decisión 91/50 «Isseljcentrale» y decisiones, en respuesta a cuestiones escritas, de 13 de junio de 1963 y 149/1968, así como, ulteriormente, de 26 de noviembre de 1982). Y, usando de la facultad conferida precisamente por el número 3 del artículo 90, acaba por dictar la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, para asegurar la transparencia de las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas por ellos creadas; Directiva, en la que se define la empresa pública como aquélla en la que los referidos poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante. Impugnada esta norma, el TJCE —tomando pie en su jurisprudencia anterior (Sentencias Sacchi de 30 de abril de 1974 e IGAV/ENCC de 18 de junio de 1975)— se alinea con el criterio de la Comisión, confirmando la legitimidad de un tratamiento diferenciado de las empresas públicas cabalmente al amparo de la regla de la igualdad, en tanto que ésta exige distinto trato para las situaciones desiguales. Y su doctrina, firme ya en punto a la sujeción de la empresa pública a las



reglas de la competencia (así Sentencia British Telecom 41/1983, sobre prohibición de abuso de posición dominante por parte de una empresa pública), va a decantarse finalmente por un concepto material y no formal de empresa, con la consecuencia de la indiferencia a tales efectos de la solución organizativa adoptada para el desarrollo por el sector público de la correspondiente actividad económica (personalidad jurídica o no; forma jurídico-privada o no), en la Sentencia Comisión c. Italia de 16 de junio de 1987<sup>12</sup>. De ahí que, luego, la Sentencia «Telecomunicaciones» 202/88 de 1991 señale que el espíritu del número 1 del artículo 90 del Tratado reside no tanto en prohibir a un Estado la concesión de monopolios, cuanto en imponerle el respeto por las empresas beneficiarias de un monopolio o de derechos especiales, en el desarrollo de sus actividades, de las reglas de la libre competencia; y la Sentencia Francia c. Comisión de 19 de marzo de 1991 deje claro el sometimiento de todas las empresas, incluidas las gestoras de servicios públicos, al Derecho común comunitario<sup>13</sup>.

El resultado de esta primera evolución es, en lo que aquí interesa, la depuración del interés general interno estatal, en términos de servicio público, como un factor de legítima flexibilización de la regla de la igualdad de todas las empresas (unidades que desarrollan actividades de contenido económico en el mercado común), pero en términos de excepción en sentido estricto al orden normal económico; factor y excepción, que sólo afloran expresamente en los artículos 77 y 90.2 del Tratado.

### III. LA POSICIÓN CENTRAL DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO Y LA SUBSIGUIENTE INTENSIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DEL ESPACIO DE LO PÚBLICO

#### 1. LA TRIPLE EVOLUCIÓN QUE ESTÁ EN LA BASE DE LA IMPORTANCIA ADQUIRIDA POR EL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO

De esta suerte, el último de los artículos mencionados, en cuanto general, cobra una posición central para la relación entre la empresa pública gestora de servicios públicos y la libre competencia, con independencia de la coincidencia o no con el de servicio público del con-

<sup>12</sup> Sobre el proceso de decantación de un concepto de empresa y de empresa pública en el Derecho comunitario, a través de las decisiones de la Comisión y, sobre todo, de la jurisprudencia del TJCE, véase con más detalle MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* en nota 1, pp. 88 y ss.

<sup>13</sup> En el mismo sentido que la sentencia citada en el texto, la posterior recaída en el asunto Reino de España y otros c. Comisión de 19 de noviembre de 1992. A la vista de esta jurisprudencia puede decirse desde luego que el Derecho comunitario ha acabado con un determinado modelo de empresa pública (y desde luego con el modelo español de la misma). No así desde luego con la empresa pública misma y ni siquiera con la gestora de servicios públicos. Sobre ello, concluyendo en el mismo sentido, véase el análisis que hace T. R. Fernández al hilo del Real Decreto-Ley de 16 de junio de 1995, de creación de determinadas entidades de Derecho público y, concretamente, de la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

cepto de servicio de interés económico general que emplea el precepto. Esta posición y la importancia que de ella resulta comienzan a lucir, en efecto, a partir de la mitad de la década de los años ochenta y decididamente en la de los noventa, como consecuencia de una triple evolución.

### A) *El movimiento de liberalización y desregulación*

Por de pronto, el auge de las ideas liberales que, apoyado por la llamada globalización de la economía y preparado por la crítica desde la ciencia económica de la idea basal del servicio público (la necesidad de respuesta a determinadas deficiencias del mercado), conduce desde la década de los años setenta a profundas reformas de sentido privatizador y desregulador en los países anglosajones, que acaban influyendo —con extensión, intensidad y alcance diversos— en los del continente europeo y también en la política de las instituciones comunitarias y que parecen poner en cuestión el modelo europeo de compatibilización específica de las exigencias de eficacia económica e integración social<sup>14</sup>. A partir de 1990 la Comisión comienza, en efecto, a hacer uso de las facultades que le otorga el número 3 del artículo 90 del Tratado para lograr la introducción de la competencia en los sectores excluidos de ella a nivel nacional, suministrando el de las telecomunicaciones un ejemplo bien

<sup>14</sup> El derrumbamiento de las economías planificadas de los Estados del Este europeo y de la Unión Soviética supuso un claro refuerzo de la tendencia descrita, evidentemente ligada al debate sobre la llamada crisis del Estado del bienestar o social.

Aunque no es posible, ni oportuno aquí entrar en dicho debate, parece poder decirse ya que la aludida crisis no conduce tanto a una desaparición o siquiera disminución del Estado o de lo público como tal, sino más bien a su profunda transformación, a un Estado y un espacio público distintos. No existe, en efecto una contraposición radical e irreductible, ni siquiera en el modelo puro de la economía de mercado, entre éste y el Estado. El Estado es necesario para la existencia y el funcionamiento mismo del mercado y lo público (que es un concepto histórico y, por tanto, relativo, al igual que lo privado) resulta en realidad complementario de lo privado, por su función infraestructural e incluso de generación de espacios de actividad económica privada. Desde este punto de vista recientemente el Consejo de Estado francés (Rapport public 1994, Etudes et Documents núm. 46, 1995) ha insistido en que el servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando éste fracasa; en modo alguno su contrario.

Desde otra perspectiva, A. Jiménez Blanco, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *REDA* núm. 84, pp. 589 y ss. (591), ha llamado la atención sobre lo que de moda u ola, de fenómeno de época, tiene el planteamiento neoliberal privatizador y desregulador.

En realidad puede decirse que la nota característica del momento es la incertidumbre en lo político y lo económico; incertidumbre que, en modo alguno despejada por el desplome del modelo de economía planificada del socialismo de Estado, conduce al aferramiento a concretas certidumbres (equilibrio presupuestario, política monetaria estricta, descentralización del sistema económico-social como fórmula de potenciación de su creatividad y capacidad de respuesta), la gestión táctica o de crisis y, en especial, al desligamiento social —ante la evolución en curso y cara al futuro— del esquema establecido de reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad, de un lado, y los empresarios y los trabajadores, de otro.

Se explica así, en todo caso, la dimensión y la trascendencia del debate, que lucen en las siguientes palabras de REICH, N. (Binnenmarkt und «service public» —einige Überlegungen zu einer aktuellen Kontroverse, en la obra colectiva citada en nota 10, p. 15): «Así como la libertad política se percibió en el siglo XIX como amenaza de tradiciones estatales nacionales —ciertamente autoritarias—, así hoy también la libertad económica, que ataca situaciones establecidas tanto justas como superadas, privilegios sociales y —en el sentido de Lasalle— enteros sistemas de derechos adquiridos».



ilustrativo. La clave de este proceso radica en la progresiva percepción, desde la óptica material comunitaria y en virtud del aludido proceso, de las situaciones monopólicas o de privilegio en el mercado y, por tanto, los servicios públicos, como perturbaciones del orden competitivo propio del mercado <sup>15</sup>.

### *B) La crisis de la lógica tradicional del servicio público*

Paralelamente tiene lugar un fenómeno calificable de manifestación de una específica «debilidad» de los monopolios estatales de actividades con contenido económico. Pues su legitimación en la ganancia de bienestar no alcanzable por el método del mercado determinó históricamente la concepción y el diseño de los sistemas de servicio público como problemas científicos de ingeniería, dando lugar al establecimiento de grandes sistemas técnicos que presentan dificultades de adaptación a los rápidos cambios inducidos por el progreso tecnológico (multiplicación de los servicios posibles, flexibilización de las formas de prestación) y las demandas y el comportamiento de los usuarios. Las empresas públicas gestoras de servicios públicos se ven inmersas así, según apunta certeramente K.-H. Ladeur <sup>16</sup>, en un proceso de erosión interna en modo alguno reconducible sin más a la alternativa entre «interés público» y privatización o desregulación, que puede acabar conduciendo a una verdadera crisis de legitimación por imposibilidad de la consecución del objetivo de satisfacción uniforme y regular de unas necesidades colectivas relativamente estables. Pues la unidad de la red en la que descansan normalmente los servicios públicos, en unión con la regla del tratamiento igual de los usuarios, puede llegar a poner en peligro el desarrollo de las más complejas tareas que son precisas en un mercado más dinámico. En todo caso, el proceso en cuestión parece llevar al sector de los servicios públicos clásico a una suerte de límites a él inmanentes.

### *C) El desarrollo de la integración europea*

Al propio tiempo, sin embargo, el progreso mismo de la integración europea, plasmado primero en el Acta Única de 1986 y luego en el Tratado de Maastricht de 1992, si han contribuido a facilitar los procesos descritos (ampliando las decisiones adoptables por mayoría y reforzando el papel de la Comisión Europea), han transformado cualitativamente la

<sup>15</sup> Esta percepción resulta plausible si se tiene en cuenta la precedente evolución comunitaria, antes descrita, y el dato fundamental, destacado certeramente por De la Quadra Salcedo, T. (Liberalización de la telecomunicación, servicio público y constitución económica europea, Ed. cec, 1995), de la toma por el Tratado de Roma de una clara decisión, limitada, sobre el modelo económico, pero no así sobre el ámbito de lo público y el grado de intervención pública en la economía. De ahí que, como ha señalado agudamente Ladeur, K.-H., (op. cit. en nota 10, p. 23), la centralidad del art. 90, en relación con la delimitación de lo público y lo privado, se acentúa por el hecho elemental de la dependencia de la competencia misma de las instituciones comunitarias de la percepción de un problema en términos cabalmente económicos, especialmente de concurrencia o libre competencia.

<sup>16</sup> LADEUR, K.-H., op. cit. en nota 10, pp. 26 y ss.

instancia europea. Ésta ha dejado de ser una suma más o menos coordinada de tres Comunidades distintas y de objetivos concretos, limitados, en lo que aquí interesa, al mercado común y, por tanto, a la dimensión comercial de la vida económica (recuérdese que el Tratado de Roma prohíbe los monopolios comerciales —art. 37—, pero no así los fiscales —art. 90.2—), para pasar a consistir en un conjunto armónico de Comunidades articulado en una Unión Europea, cuyos fines se extienden al campo político y que experimenta un apreciable crecimiento competencial para el desarrollo de políticas claramente públicas (que se añaden a las tradicionales, asimismo de naturaleza pública, incluida la relativa a la libre competencia). Este desarrollo de la integración europea, en tanto que modificativo del reparto de competencias con los Estados miembros, incide obviamente en la delimitación del espacio supranacional de lo público, ensanchando y potenciando el «interés público común o comunitario», una de cuyas manifestaciones más visibles es la emergencia y el crecimiento espectacular de un verdadero Derecho administrativo europeo<sup>17</sup>. El efecto no está siendo otro que el de germinación y decantación de elementos que cabría calificar como servicios públicos de dimensión europea, cual luce especialmente en las actuales regulaciones del Derecho originario sobre redes transeuropeas (en cuya lógica se inscriben planteamientos de ordenación del territorio).

En todo caso, la determinación jurídico-positiva actual de la integración puede ser resumida en los términos siguientes:

a) El artículo B del Tratado de Maastricht, ubicado entre los principios comunes de la Unión Europea, señala a ésta, entre otros, el objetivo de promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria (con moneda única). La dimensión económica, que sigue siendo central, aparece aquí ya enriquecida con los conceptos de equilibrio y sostenibilidad y matizada por el de cohesión económica y social, que acerca aquélla al modelo de desarrollo adoptado por la generalidad de los Estados miembros.

b) El objetivo anterior, definido como principio común, repercute en la determinación por el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) de la misión de ésta (de cuya denominación desaparece significativamente el calificativo de «económica»): por de pronto, el mercado común, la unión económica y monetaria y el conjunto de políticas o acciones comunes aparecen ahora como medios y no fines

---

<sup>17</sup> A este respecto véanse los trabajos sobre la influencia del Derecho comunitario en el Derecho francés, así como en los Derechos alemán, español e inglés, y las perspectivas que de tal influencia resultan en orden a la convergencia de los ordenamientos de los Estados miembros y la formación de un Derecho administrativo europeo, en el número especial —dedicado monográficamente al Derecho administrativo y el Derecho comunitario— por *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, junio de 1996.



últimos; éstos pasan a ser el desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, el crecimiento sostenible y no inflacionista, respetuoso con el medio ambiente, el alto grado de convergencia de los resultados económicos, el alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

c) Aunque como es obvio, los fines enunciados en el artículo 2 precedente implican, conforme al artículo 3A, la inclusión en la acción de la Comunidad y de los Estados miembros de una política económica basada en la estrecha coordinación de las políticas económicas nacionales, el mercado interior y la definición de objetivos comunes y desarrollada con respeto de una economía de mercado abierta y de libre competencia (lo que entronca con el régimen garantizador del no falseamiento de la competencia en el mercado interior de que habla el artículo 3), este último precepto enuncia entre las políticas comunitarias, además de la de transportes (cuya regulación tiene en cuenta, como ya nos consta, las exigencias de servicio público), las novedosas relativas al fortalecimiento de la cohesión económica y social, el medio ambiente, el fomento de la creación y el desarrollo de redes transeuropeas y la contribución tanto al logro de un alto nivel de protección de la salud, como de una enseñanza y formación de calidad.

## 2. LA ULTERIOR EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA TENSIÓN PÚBLICO-PRIVADO: LA PERCEPCIÓN DE LO PÚBLICO DESDE LA ÓPTICA DE LA PERTURBACIÓN DEL ORDEN NORMAL DEL MERCADO

Es, pues, en este nuevo contexto en el que se inscribe el mantenimiento desde luego del cuadro normativo establecido desde 1957 y al principio ya descrito, conforme a cuyas coordenadas la relación entre lo público y lo privado —que se hace presente en el artículo 77, pero sobre todo en el artículo 90 TCE— queda, en palabras del Abogado General en el recurso contra la Directiva en materia de telecomunicaciones, en un verdadero claroscuro, que obliga a la adopción de decisiones de trascendencia en un ámbito en el que lo económico y lo público han dejado de estar nítidamente diferenciados o separados, incluso en el plano estatal interno. Precisamente la dificultad que encierra este contacto actual entre ambos mundos es la que está en la base de la distinción por Heilbronner<sup>18</sup> entre la limitación de mercados principalmente abiertos mediante la invocación de intereses nacionales (ámbito propio de la prestación libre de servicios cuya tutela corresponde a la Comunidad Europea) y la decisión organizativa sobre delimitación de los sectores público y privado (ámbito perteneciente estrictamente a los Estados); distinción que, sin embargo, no logra tanto la superación de la dificultad, como la reformulación de la cuestión.

<sup>18</sup> HEILBRONNER, «Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt», *NJW*, 1991, pp. 593 y ss.

Es lógico, pues, que la jurisprudencia del TJCE haya acompañado, ya en los años noventa y yendo más allá de la doctrina que tenía establecida a propósito del artículo 90, la política de liberalización de monopolios estatales emprendida por la Comisión Europea y que se ha centrado, además de en el sector de aprovisionamiento del sector público con bienes y servicios, en las telecomunicaciones, los seguros, la energía y el agua.

Si hasta entonces, centrándose en el número 1 del aludido precepto, había venido respetando los monopolios y derechos especiales de concesión estatal, apreciando todo lo más la existencia de abuso de posición dominante en el supuesto de la extensión de la posición monopólica o privilegiada más allá del ámbito cubierto estrictamente por la correspondiente decisión estatal, ahora da un paso más y, sobre la base del número 2 de idéntico artículo, pone en cuestión el poder mismo estatal de delimitación del espacio público (de contenido económico) excluido del mercado en libre competencia. Dos pronunciamientos son claves a este respecto.

La Sentencia de 23 de abril de 1991, referida a un supuesto de mediación (frustrada) por dos consultores externos en la contratación de un director de ventas por una empresa alemana y en el que se adujo la existencia de un monopolio estatal en la materia, el Tribunal, obviando las limitaciones previstas en el artículo 90.2 del Tratado y la legitimación que resulta de la intervención del legislador democrático estatal, afirma ya que, en el caso enjuiciado, se da desde luego una perturbación del orden de la libre competencia, puesto que ésta resulta ya, no tanto desde luego del hecho mismo de la creación de la situación dominante (concretamente monopolista), cuanto del aprovechamiento mismo de tal situación; aprovechamiento distorsionante de la competencia, que concurre desde el momento en que el beneficiario del monopolio no está en condiciones de satisfacer las demandas reales de prestación de servicios, ya que de ello deriva un impedimento a las iniciativas privadas empresariales de cubrir el espacio de mercado así insatisfecho. Observa agudamente N. Reich<sup>19</sup> que con este pronunciamiento no es ya el monopo-

---

<sup>19</sup> REICH, N., *op. cit.* en nota 14, p. 19. Este autor sostiene que la comentada decisión del TJCE incurre (no de forma inconsciente) en una tautología perfecta: la explotación de un monopolio supone distorsión del orden de la libre competencia desde que impide a los agentes económicos ordinarios el desarrollo de la correspondiente actividad, a pesar de que justamente éste de la exclusión de tales agentes de la actividad es el sentido del monopolio. A la inversa, no hay abuso de posición dominante cuando por razón de la necesidad de subvención pública es clara la inexistencia de (suficiente) demanda privada del servicio. Pero entonces no debería haber, en términos igualmente económicos, oferta y, con ello, mercado, con lo que no se plantearía conflicto alguno entre lo público y lo privado. Se sigue de lo dicho que la lógica del Tribunal conduce a la conclusión de que todo monopolio implica abuso de posición dominante, pues o bien impide la actuación de oferentes privados del servicio (con lo que se da la hipótesis que motiva el reparo del TJCE), o bien no existe mercado (con lo que el monopolio sería de suyo superfluo).

El Tribunal, siempre según el mismo autor, debería haberse planteado la comprobación de si y en qué medida la decisión estatal de constitución del monopolio entraba en contradicción y, en su caso, lesionaba la libertad de prestación de servicios del art. 59 TJCE (precepto éste, que protege frente a medidas estatales discriminatorias y desproporcionadas, no requeridas desde



lista, sino el mismo derecho exclusivo concedido por el legislador estatal, elegido democráticamente, para asegurar determinados objetivos y fines político-sociales el que queda en el punto de mira a efectos del abuso de posición dominante. La opción entre el interés comunitario en la integración del mercado único y el interés del ciudadano —representado por los Estados miembros— en la integración social queda condicionada así por el prejuicio derivado de un concepto perfilado en términos jurídico-privados y de mercado. Porque la atención del TJCE se centra no tanto en las reservas estatales de servicio público, cuanto en las opuestas posibilidades de mercado, con la consecuencia de una clara jerarquización entre las decisiones referidas a éstas y aquéllas. El resultado final es el acantonamiento del servicio público de contenido económico en las actividades prestacionales altamente dependientes de la subvención pública.

La Sentencia 202/88 de 1991 sobre la Directiva en materia de telecomunicaciones conecta ya el reconocimiento de derechos exclusivos con una suerte de efecto presuntivo, en términos tales que en aquél cabe sin más apreciar una lesión del artículo 30 TCE, cuando el beneficiario del monopolio no esté en situación de: 1) ofrecer en su totalidad el elenco de aparatos y modelos existentes en el mercado; 2) informar a los usuarios sobre el estado y la utilización de todos los aparatos terminales; y 3) garantizar la calidad de todos estos últimos. Se consolida así una perspectiva que coloca lo público y lo privado y, por tanto, los artículos 30 y 90.2 no uno junto al otro (como correspondería a una ordenación de lo público en una esfera estatal separada de la propia de la economía de mercado), sino, antes al contrario, uno bajo el otro, es decir, en clara relación jerárquica<sup>20</sup>. Con ello, lo público parece quedar confinado a un círculo limitado de actividades, toda vez que la exención del mercado que comporte debe poder superar la doble y sucesiva prueba de su valoración con el rasero del artículo 30 TCE y del examen de la consistencia del fin justificativo y del efecto producido por la colocación de la actividad en mano pública.

La línea jurisprudencial comentada se orienta, en definitiva, a una limitación de la acción estatal en el terreno económico con arreglo a un criterio de preservación del mercado de cualesquiera perturbaciones, ajeno de suyo a la naturaleza misma del objeto —el servicio público— de las correspondientes decisiones, en orden a la integración social, de los Estados miembros, competencia de éstos precisamente por falta de armonización comunitaria en la materia. Y porta por ello mismo el germen de un proceso de progresiva ampliación del campo de aplicación del orden de la libre competencia en detrimento del que corresponde a

luego por el interés general. Y, sin embargo, la aborda sólo tangencialmente, descartándola con el argumento de la irrelevancia interestatal del asunto. La pregunta que surge entonces es la de la razón por la que este argumento no vale igualmente en la aplicación del art. 90.2 TJCE.

<sup>20</sup> En este sentido LADEUR, K.-H-, op. cit. en nota 10, p. 28.

la acción estatal tanto empresarial como reguladora o interventora, como consecuencia de una distorsión en la percepción de la política social de los Estados miembros, de la que los servicios públicos son manifestación: su catalogación como potencialmente perturbadora de la libre competencia permite, gracias al impulso del principio de libertad económica, abrir nuevos y lucrativos espacios para la iniciativa privada.

### 3. LA INFLEXIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 90 DEL TRATADO EN SENTIDO FAVORABLE AL SERVICIO PÚBLICO

Y, sin embargo, otras dos Sentencias <sup>21</sup>, más recientes, del mismo Tribunal, que entroncan con una de 11 de abril de 1989 que había declarado legítima tanto la aplicación del artículo 90.2 TCE a los transportistas obligados a la explotación de líneas no rentables, como el establecimiento de tarifas para estos servicios, parecen quebrar, a su vez, la precedente línea, cambiar la orientación y apuntar otra en la que la relación de lo público y privado se ofrece más equilibrada <sup>22</sup>.

La Sentencia pronunciada el día 19 de mayo de 1993 en el asunto C320/91 Paul Corbeau, en el que se cuestionó el monopolio legal del servicio de correos belga gestionado por la «Régie royale» establecida al efecto, sitúa su argumentación en la lógica del artículo 90.2 TCE <sup>23</sup> y, en consecuencia:

a) Analiza las características de la actividad encomendada a la «Régie» (obligación de garantizar la recogida, el transporte y la distribución del correo en beneficio de todos los usuarios y en el conjunto del territorio nacional; aplicación de tarifas uniformes y de condiciones de calidad homogéneas, sin consideración a las situaciones particulares ni las condiciones de mayor o menor rentabilidad de las operaciones individuales) y concluye la legitimidad del monopolio, en cuanto tal, por referirse cabalmente a un servicio de interés económico general (tal cual exige el artículo 90.2 TCE).

b) Sentado el anterior extremo, examina la licitud de la exención de las reglas de la libre competencia a la luz del criterio de la medida en que éstas podrían llegar a suponer un impedimento para el cumplimiento de la misión asignada a la «Régie», recurriendo al argumento de la necesidad en los servicios públicos de las «subvenciones cruzadas», es decir, de la compensación por la rentabilidad de algunas actividades la falta de rentabilidad de otras (coincidentes con las obligaciones de servicio público más gravosas) y afirmando con carácter general que la res-

<sup>21</sup> Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1994, asunto 132/93 Ladbroke c. Comisión.

<sup>22</sup> Véase el comentario a estas Sentencias de A. Jiménez-Blanco, *op. cit.* en nota 14.

<sup>23</sup> Sobre este precepto y las empresas que operan una red, véase J.-Y. Cherot, «L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif* 3-1996, pp. 171 y ss.



tricción o eliminación de la libre competencia es lícita siempre que ésta comporte el riesgo de comprometer el equilibrio económico de la prestación del servicio en su conjunto.

En suma pues, el fallo comentado ratifica que la misión de interés general justifica, no obstante el contenido económico de una actividad, su exclusión del mercado y su calificación como servicio público. Como quiera que la lógica del Derecho comunitario originario gira sobre el principio de economía de mercado, resulta precisa la justificación de la decisión estatal, lo que obliga a su control en sede comunitaria. Desde este punto de vista, si bien en principio no puede considerarse justificada una tal decisión respecto de actividades separables de la principal que motiva ésta, es decir, las económicamente conexas, pero independientes de dicha principal (por contar con internalidades suficientes), si procede apreciar tal justificación en todas aquellas actividades de contenido económico, sin internalidades propias, pero que presenten externalidades sociales y económicas (tipo de actividades éste, además, que hace posibles actividades económicas privadas en el mercado concurrencial). La solución reposa, así, sobre la triple idea de la convivencia de lo público y lo privado en el sistema de economía de mercado; la necesidad de lo público para lo privado (infraestructura social, efectos positivos de cohesión e integración sociales); y la función de sustitución y corrección de los fallos y desfallecimientos del mercado que corresponde a lo público. De donde se sigue que la cuestión se sitúa, lejos de cualquier contraposición o contradicción irreductible, en la correcta delimitación de los espacios propios de lo público y lo privado.

La posterior Sentencia de 27 de abril de 1994, dictada en el asunto 393/92 Municipio de Almelo, relacionado con una cláusula de compra exclusiva de energía eléctrica de la que era beneficiaria una empresa holandesa regional de distribución de dicha energía, insiste en la doctrina de la Sentencia anterior a la hora de cumplir el control sobre la justificación de la cláusula excluyente de la libre competencia, pero da un paso más al sostener que a los efectos del criterio del equilibrio económico de la actividad (determinante para la apreciación de la concurrencia del requisito de afectación del cumplimiento de la misión asignada al servicio) debe tenerse en cuenta los costes que la gestión de aquélla ha de soportar y la normativa —especialmente en materia medioambiental— a la que queda sometida. El criterio decisivo a la hora del expresado control pasa a formularse, pues, en términos, más amplios, de ausencia de condiciones para el funcionamiento espontáneo del mercado, es decir, para el desarrollo de iniciativas empresariales en régimen de libre concurrencia. De esta forma, el espacio propio de lo público, de los servicios públicos, se vuelve a hacer depender básicamente, cual está inscrito en el número 2 del artículo 90 TCE, de las decisiones de la correspondiente colectividad nacional sobre los bienes públicos, el grado deseado de cohesión social y, en definitiva, el *status* de ciudadanía, con el solo requisito de su razonabilidad desde el punto de vista del orden económico común establecido a escala comunitaria.

#### 4. LA SITUACIÓN FINAL: CONVIVENCIA SOBRE BASES INSEGURAS Y EN EQUILIBRIO INESTABLE DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO; Y SURGIMIENTO DE LA BÚSQUEDA DE UN «NUEVO» EQUILIBRIO

Como resulta tanto de la última jurisprudencia del TJCE, como del Derecho comunitario derivado<sup>24</sup> —además obviamente del originario, en este punto ambiguo, como se ha podido constatar—, la situación actual es, en el ámbito comunitario, de convivencia de lo público y lo privado, pero de convivencia según un equilibrio inestable por carente de reglas claras, seguras y estables; equilibrio, que se ofrece como resultado más de una concesión excepcional en favor del servicio público que de la aceptación de éste como tal. Es lógico, pues, que, cara a la progresión del proceso de integración, haya ido calando el convencimiento de la necesidad de la clarificación de la situación, la consecución de un nuevo y más satisfactorio equilibrio entre lo público y lo privado. La prueba más evidente de la preocupación a este respecto es la Conferencia Europea convocada en Santiago de Compostela, durante la Presidencia española de la Unión Europea, los días 18 a 20 de octubre de 1995, bajo el significativo título de: «Exclusión social: Un gran reto para los servicios de bienestar públicos»<sup>25</sup>, en cuyas conclusiones se sientan las siguientes afirmaciones:

a) La exclusión social contradice el modelo social europeo y, ante todo, es incompatible con el objetivo declarado de mantener un nivel elevado de protección social y unas condiciones de vida y de trabajo adecuadas.

b) Es urgente especificar con más claridad qué servicios de bienestar públicos principales deben dedicarse a combatir la exclusión social y cómo pueden afrontar este problema cara a una acción de mejora de la vida diaria de las personas socialmente excluidas y el fomento de su integración.

c) Es necesario aplicar nuevos modelos y soluciones que permitan abordar las múltiples cuestiones relativas a la exclusión social.

d) La experiencia acumulada indica que las estrategias de lucha contra la pobreza y la exclusión social y la reforma del sector público suelen desarrollarse de forma independiente; falta de coordinación, que constituye un motivo de preocupación, porque gran parte de los esfuer-

<sup>24</sup> Así lo destaca el documento Europa, competencia y servicio público citado en nota 9 (pp. 27 a 31 de la edición francesa), con indicación de los diferentes textos, normativos o no, en los que aparece ese reconocimiento por lo que hace a los denominados servicios en red: transporte terrestre, marítimo y aéreo, correos, telecomunicaciones, energía y sector audiovisual.

<sup>25</sup> El informe completo de la Conferencia Europea está publicado en castellano: Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, Exclusión social: Un gran reto para los servicios de bienestar públicos, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996.



zos dedicados a la reforma del sector público resultan baldíos si no se aprovechan las oportunidades que brindan en la lucha contra la exclusión social.

e) Debe confiarse en que, en el curso del diálogo entre los agentes principales en el triple orden de los servicios públicos, la reforma del sector público y la exclusión social, éstos se convencen de que la reforma del sector público y el desarrollo de los servicios de bienestar públicos pueden constituir una vía para lograr una integración social mejor y más significativa y que las estrategias de integración social pueden dinamizar y orientar la una (la expresada reforma) y el otro (el aludido desarrollo).

#### IV. LOS PLANTEAMIENTOS DE REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL MERCADO LIBRE Y EL SERVICIO PÚBLICO O DE INTERÉS GENERAL

Tres planteamientos —uno doctrinal, otro formulado obviamente por el sector de las empresas públicas y un tercero institucional, que recoge la posición propiamente comunitaria— cabe identificar a propósito del nuevo arreglo de la relación público-privado, que por ahora han tenido una parcial, pero significativa, acogida en el texto del Tratado de Amsterdam asumido por el Consejo Europeo celebrado en esta ciudad en junio de este mismo año <sup>26</sup>.

##### 1. LA PROPUESTA DOCTRINAL

Planteándose que resta hoy en el plano europeo de la pretensión de lo público, K.-H. Ladeur <sup>27</sup> señala acertadamente que, sin perjuicio de que la desregulación generalizada del espacio de lo público sea un fenómeno problemático en más de un aspecto, a la evolución que ha tenido lugar en sede comunitaria no debe en modo alguno contraponerse una concepción general proestatal favorecedora de la potestad organizativa social para la definición del interés general requirente de la publicación de la correspondiente actividad. Para dicho autor la adecuada construcción de la empresa y del servicio público requiere un nuevo concepto de lo público, que, además de solventar la cuestión de la degradación de la base tradicional de lo público (un ámbito de la igualdad y la uniformidad) propiciada por los procesos técnicos y económicos de fle-

<sup>26</sup> El texto del Tratado, tal como fue aprobado por la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ha sido publicado, en versión española: CONF/4001/97.CAB.

<sup>27</sup> LADEUR, K.-H., *op. cit.* en nota 10, pp. 28 y ss.

xibilización e individualización o personalización, sea capaz de hacerse operativo igualmente para la interpretación del artículo 90.2 TCE. Los presupuestos de semejante nuevo concepto son: la adaptación a la evolución técnica y económica en curso y la reorientación de la empresa pública. Ésta ha de adoptar una forma distinta a la de la empresa privada —que está obligada a elaborar y procesar la información agregada en el mercado—, orientándose por el valor de la igualdad y la nueva racionalidad de los grandes sistemas técnicos (factores éstos, que han impreso su sello desde siempre en las tareas de la empresa pública y condicionado su perspectiva propia). Pues lo público y lo privado no sólo están diferenciados normativamente, responden a patrimonios de conocimiento distintos y posibilidades de orientación diversas, sin perjuicio de que el marco de orientación de la empresa pública se haya vuelto problemático (imposibilidad de la suposición de la igualdad cualitativa de las necesidades sociales, desplazamiento de la racionalidad técnica tradicional de los grandes sistemas por la diversificación técnica, económica e informativa de las posibilidades). La reconstrucción del sector público debe basarse en el encuadramiento de estos cambios en el proceso más amplio caracterizable como tránsito desde una economía de los recursos hacia una economía de la información, lo que permitiría engarzar lo público-estatal no ya con una racionalidad técnica, sino con una racionalidad informativa, sobre la base de la interrogación acerca de lo que el Estado o, si se prefiere, la empresa pública puede percibir, observar y, por tanto, gestionar mejor que el agente privado. Queda clara, así, la insuficiencia del criterio orientativo tradicional representado por el bien común, sólo superable mediante su complementación con la dimensión temporal de la pertinente decisión sobre el mismo. La conclusión es la de la pertinencia de que el sector público se ciña primariamente en lo sucesivo a la consecución de fines y objetivos de conservación, en el largo plazo, de la diversidad y la flexibilidad de la información en el seno de las posibilidades ofrecidas de suyo por el conjunto plural de la sociedad.

## 2. LA POSICIÓN DE LA AGRUPACIÓN EUROPEA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: LA CARTA EUROPEA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por su parte, el sector europeo de las empresas públicas<sup>28</sup>, sobre la base de la doble comprobación de la rapidez de la puesta en práctica de las medidas y disposiciones comunitarias dirigidas a abrir los servicios de interés económico general a la libre competencia y de las dificultades actuales para una adecuada conciliación de dichos servicios con los principios comunitarios del orden económico, sostiene que se impone un reequilibrio de la relación público-privado para conseguir el doble

<sup>28</sup> Véase el documento citado en nota 8, pp. 40 y ss. de la edición francesa.



objetivo de la delimitación coherente del espacio que debe corresponder al sector público (con apoyo en la ampliación y diversificación, en Maastricht, de los cometidos comunitarios europeos) y de la actualización del papel del servicio público en la economía de mercado.

El fundamento y la argumentación de este planteamiento puede resumirse así:

a) Los más amplios fines de la actual Unión Europea no pueden conseguirse única, ni principalmente, mediante el respeto de la economía de mercado abierta donde la competencia es libre, de que habla el artículo 3 A TCE, pues las iniciativas privadas en régimen de competencia no aseguran por sí mismas que todos los servicios económicos esenciales cumplen la totalidad de los cometidos económicos y sociales que les son propios. Consecuentemente, el principio de economía de mercado abierta en régimen de libre competencia debe ser complementado con el principio de servicio de interés económico general (expresivo, condensadamente, de la diversidad de los fines de interés general que hoy se hacen presentes en el espacio integrado europeo).

En efecto: de un lado, los servicios económicos «de base» (transportes, comunicaciones, energía, entre otros) se ofrecen como servicios esenciales y, como tales, indispensables para el funcionamiento de todas las empresas de los restantes sectores de actividad, además de todas las Administraciones e instituciones sociales y algunos de entre ellos (exigentes de grandes inversiones a largo plazo y determinantes de externalidades importantes) inducen situaciones de monopolio u oligopolio y han obligado ya, por ello, a reglamentaciones y controles específicos dirigidos a someter sus actividades a exigencias y obligaciones de interés económico general, incluidas las precisas para garantizar la competitividad de la industria o los intereses fundamentales y la independencia de la Unión; de otro lado, los ciudadanos de ésta —para ejercer una ciudadanía digna y plena— deben poder satisfacer las necesidades básicas de la interacción social, entre las que figuran en primer lugar los servicios económicos «de base», y la potenciación de la cohesión económica y social en el seno de la Unión requiere acciones especiales favorecedoras de la inserción de los lugares y los grupos en situación difícil o en riesgo de exclusión, al igual que ciertos territorios, geográficamente periféricos o económicamente secundarios, deben tener acceso a las infraestructuras y los servicios indispensables para su desarrollo y el incremento de su nivel y calidad de vida (art. 77 y Tít. XIV TCE); y, finalmente, el propio Tratado (Tít. XII TCE) impone una intervención específica y permanente de la Comunidad en la economía de las grandes redes: precisamente para permitir a los ciudadanos de la Unión, los agentes económicos y las colectividades territoriales beneficiarse plenamente de las ventajas que derivan de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad ha de contribuir directamente al establecimiento y el desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de los transportes, las telecomunicaciones y la energía, asumiendo, además y en

términos propios de las llamadas obligaciones de servicio público, la conexión de las regiones insulares, enclaves o periféricas.

b) De entre todos los medios a la disposición del poder público para desarrollar políticas en relación con las actividades económicas, destacan los ordinarios reductibles a la regulación (reglamentación general del mercado y de la competencia, establecimiento de normas técnicas, sociales y fiscales e intercambio de información y concertación con los agentes) y los especiales empleados para configurar el funcionamiento y los resultados de las actividades económicas (medidas positivas y negativas, reglas de cooperación entre los agentes, reglamentación del acceso al mercado —incluida la atribución de derechos exclusivos o especiales—, planificación de infraestructuras y participación de los agentes económicos y sociales en la formulación y el control de la política pública). Estos medios pueden combinarse entre sí y con diversos planteamientos financieros, de suerte que no cabe hablar propiamente de contradicción irreductible entre los medios simplemente reguladores y permisivos de la competencia, de un lado, y los especiales con incidencia en ésta, de otro, sino más bien, y como resultado de la combinación y gradación en su empleo, de toda una escala de posibilidades y alternativas, que requieren ser ensayadas, experimentadas y confrontadas.

En todo caso, la organización de los servicios públicos ha de asumir, como condición para que éstos puedan llegar a tener el papel que hoy y en el futuro les corresponde, todo un conjunto de principios, integrado por los de la relatividad (alusivo a la diversidad, el pluralismo y la experimentación, de suerte que las autoridades competentes puedan adecuar sus decisiones a las circunstancias y las necesidades y aspiraciones de la población correspondiente) y la subsidiariedad (exigente de la atribución de la capacidad de decisión a la instancia más próxima a los ciudadanos posible, reservando la intervención europea para necesidades y servicios de escala y alcance supranacionales), de separación de las funciones del regulador, el gestor y el controlador del servicio, de transparencia de las relaciones entre los gestores y los Estados miembros, de cooperación entre los diversos gestores, de modernización social de la gestión (en el sentido del progreso en los siguientes aspectos: la continuidad del servicio y la regulación del derecho de huelga; la calidad del servicio y la implicación de los empleados; la representación de las organizaciones sindicales en los órganos directivos; el estatuto de los empleados y su idoneidad para favorecer la adaptabilidad a la evolución del servicio, especialmente a través de la formación continua; y la nacionalidad de la empresa y la asunción de su responsabilidad en materia de empleo y de inserción de los jóvenes); y la evaluación pluralista (que debe incluir especialmente a los usuarios y los ciudadanos).

Sobre la base de las anteriores consideraciones se propugna un nuevo equilibrio entre lo público y lo privado, cuya formalización debería llevarse a cabo mediante:



1.º) Una modificación del Tratado de la Comunidad Europea, consistente en la introducción de un nuevo Capítulo segundo (tras el actual relativo a la libre competencia) en el Título V de la tercera parte; solución ésta, que se justifica en el hecho de que no se trata tanto de introducir una nueva política europea, cuanto de otorgar su lugar en el Derecho originario a un concepto que, al igual que el de la libre competencia, tiene un carácter transversal u horizontal y puede y debe ser empleado y aplicado en el marco de todas las políticas públicas comunitarias. La modificación misma del Tratado se hace reposar en la necesidad de un reconocimiento expreso y claro de los principios de los servicios de interés económico general (expresión ésta que no se entiende preciso, ni conveniente sustituir ni alterar) y la naturaleza de las obligaciones que a éstos pueden ser impuestas.

El Capítulo mismo de cuya introducción se trata se compone de un solo artículo (que pasaría a ser el 94 A), con el siguiente contenido:

— El reconocimiento a los Estados miembros de la competencia para establecer servicios de interés general en los ámbitos o por razón de consideraciones relativas a la eficacia económica, la protección de los consumidores, la cohesión social o la procura de un desarrollo sostenido que así lo justifiquen.

— El sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general a obligaciones particulares en materia especialmente de igualdad de trato de los consumidores, continuidad, adaptabilidad, calidad el servicio asegurado, transparencia, eficacia y apertura de su gestión a la concertación.

Y, previsión, ligada a dicho sometimiento, de la posibilidad del reconocimiento a tales empresas de derechos exclusivos o especiales, sin perjuicio de que quedar éstas sujetas a las reglas del Tratado y, en especial, las de la libre competencia, en la medida en que tales reglas no hagan fracasar el cumplimiento, de hecho o de Derecho, del cometido específico que les haya sido encomendado. En cualquier caso, el desarrollo de los intercambios no debe ser afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad.

— Sin perjuicio de las previsiones precedentes, los Estados miembros no deben adoptar ni mantener, respecto de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, medida alguna que sea contraria a las reglas del Tratado, especialmente a las contenidas en su artículo 6 y en el propio Título V.

— La Comunidad y los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para armonizar las intervenciones de los servicios de interés económico general y seleccionar aquellas que contribuyan a la buena ejecución de las acciones definidas en el artículo 3.

— El establecimiento de un régimen de servicios de interés económico general puede ser definido a nivel comunitario en los ámbitos y en

la medida en que así lo haga necesario la ejecución de políticas comunitarias, debiendo fijarse las condiciones de prestación de tales servicios en pliegos de obligaciones específicas.

— Corresponde al Consejo Europeo, actuando conforme al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones, la adopción de las medidas de carácter general necesarias para la aplicación del artículo de cuya introducción se trata. Y a la Comisión compete ejecutarlas y velar por que sea respetadas.

2.º) La aprobación de una Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General, con el contenido ya propuesto por varios Gobiernos de Estados miembros y el propio Parlamento Europeo. Dicho contenido puede resumirse en los términos siguientes:

2.1. Definición del servicio de interés económico general como toda actividad de interés general desarrollada bajo la titularidad-responsabilidad de los Estados miembros o de la Comunidad en función de consideraciones de eficacia económica, protección de los consumidores, cohesión social o procura de un desarrollo sostenido.

2.2. Establecimiento, entre otros <sup>29</sup>, del siguiente principio de base: cada Estado miembro define libremente, en el marco del artículo 94 A (antes propuesto) y de las medidas de carácter general adoptadas por el Consejo para la aplicación de éste y de conformidad con las orientaciones de la propia Carta: las actividades de interés general a las que reconoce el carácter de servicio de interés económico general, las obligaciones impuestas a las empresas encargadas de tales servicios y los derechos especiales o exclusivos conferidos a las mismas para el cumplimiento de aquéllas, así como las reglas de organización y de gestión de los mismos servicios.

2.3. Precisión de:

2.3.1. Las razones, motivos o consideraciones justificativas del establecimiento de servicios de interés económico general, mediante su vinculación, en especial, con la necesidad de asegurar <sup>30</sup>: 1) la gestión de actividades con efectos externos sobre el conjunto de la economía; 2) la disposición de recursos naturales no renovables o escasos o de un bien público (agua, espacio aéreo, frecuencias hertzianas, dominio público) y

---

<sup>29</sup> Los otros dos principios son los siguientes: 1) la Comunidad y los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para armonizar las intervenciones de los servicios de interés económico general creados por los segundos y seleccionar las que contribuyan a la buena ejecución de las acciones previstas en el art. 3; y 2) la Comunidad puede definir, bajo ciertas condiciones, un régimen de servicios de interés económico general de ámbito comunitario.

<sup>30</sup> En ningún caso tales motivos, razones o consideraciones legitima la creación de servicios que afecten el desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad.



la seguridad de su aprovisionamiento; 3) la gestión de actividades cuya financiación exija, especialmente por razón del volumen de las inversiones necesarias para el mantenimiento y el desarrollo de sus infraestructuras, de la naturaleza peculiar de las empresas de redes o de la obligación de cumplir determinadas tareas deficitarias, una contribución pública o cualquier otro mecanismo específico que permita cubrir los costes soportados por el gestor designado; 3) la protección de los consumidores; 4) la organización equilibrada del territorio; 5) la protección del medio ambiente; 6) la satisfacción de una necesidad social de la población (solidaridad social, lucha contra la exclusión); 7 ) el respeto del pluralismo de la información y de la cultura; y 8) la accesibilidad a bienes esenciales para el ejercicio de la ciudadanía.

2.3.2. El objeto de los mismos servicios, mediante la clarificación de que éstos pueden referirse especialmente a: 1) la gestión de recursos mineros y de las fuentes de energía; 2) los transportes públicos; 3) los servicios urbanos (particularmente el agua y la calefacción); 4) los servicios postales; 5) las telecomunicaciones; y 6) la comunicación audiovisual.

2.4. Enumeración de las obligaciones de los gestores de los servicios de interés económico general, comprensiva de las siguientes:

2.4.1. Equidad en el acceso de los usuarios a las prestaciones ofrecidas (que puede comprender, en particular, el respeto a las exigencias de universalidad del servicio y de neutralidad en las modalidades de tarificación).

2.4.2. Continuidad del servicio, inclusiva, en especial, de la seguridad del suministro<sup>31</sup>.

2.4.3. Adaptabilidad o flexibilidad del servicio, que se traduce en la búsqueda permanente de la mejor atención posible de las necesidades evolutivas del usuario.

2.4.4. Calidad y eficacia del servicio, evaluadas conforme a normas generales o de objetivos específicos fijados por las autoridades competentes de los Estados miembros o de la Comunidad a cada empresa.

2.4.5. Transparencia en la gestión del servicio, especialmente en los aspectos relativos a la financiación y tarificación del servicio.

2.4.6. Apertura de la gestión a la concertación, que debe comprender especialmente al personal, los usuarios y sus organizaciones representativas y conducir a la elaboración de una declaración de derechos de los usuarios.

2.5. Determinación de los cinco principios de organización y gestión de los servicios de interés económico general siguientes:

---

<sup>31</sup> Esta obligación tiene como consecuencia la necesidad de armonizar el derecho de huelga con la expresada continuidad del servicio.

2.5.1. Separación entre reguladores y gestores<sup>32</sup>, con prohibición a la Comunidad —de conformidad con el principio de neutralidad del Derecho comunitario respecto del régimen de propiedad en los Estados miembros (art. 222 TCE)— del dictado de Directivas en materia de alteración del estatuto del gestor (transformación de una Administración en empresa pública, privatización total o parcial de una empresa pública o toma de control público de una empresa privada).

2.5.2. Transparencia en las relaciones entre los gestores y los Estados miembros<sup>33</sup>.

2.5.3. Cooperación entre gestores que operen en un mismo territorio o en territorios colindantes o vecinos, en términos de acciones —controladas por el regulador— que promuevan la armonización o la interconexión de sus redes y la oferta de servicios comunes o complementarios<sup>34</sup>.

2.5.4. Modernización social para la consecución —en concertación con los interlocutores sociales y por medio de la suscripción, siempre que sea posible, de convenios de empresa sobre las condiciones precisas para ello— de progresos en materia de continuidad del servicio y regulación del derecho de huelga; la calidad del servicio y la implicación de los empleados; la participación de los empleados y los consumidores; el estatuto de los empleados y su idoneidad para la mejora de la adaptabilidad de la gestión a la evolución del servicio, especialmente mediante la formación continua; y la nacionalidad de la empresa y la asunción de su responsabilidad en materia de empleo e inserción de los jóvenes.

2.5.5. La evaluación pluralista, es decir, la sujeción regular de las condiciones de cumplimiento de sus cometidos por reguladores y gesto-

<sup>32</sup> La explotación de los servicios debe desarrollarse bajo el control de órganos reguladores establecidos por los Estados miembros en la hipótesis normal y dotados de potestades públicas en materia de elección o selección del gestor, el control de las tarifas, el reconocimiento de medios financieros públicos sobre la base de justificaciones de interés general y el control de la actividad misma del gestor. Pueden revestir forma tanto de Administraciones públicas, como de Autoridades o Administraciones uni- o pluripersonales independientes, debiendo precisarse las diversas modalidades que esta última opción puede adoptar según las circunstancias del país y del sector concreto de que se trate.

Por su parte, el gestor, la definición de cuyo estatuto jurídico corresponde a cada Estado miembro como regla general, puede revestir la forma tanto de una Administración o de una empresa pública, como de una empresa privada o mixta.

<sup>33</sup> A este efecto: *a)* el cometido, los principios de la tarificación y las modalidades principales de financiación de las empresas de que se trate deben quedar definidas en pliegos de cláusulas hechas públicos; *b)* sólo son autorizables ayudas públicas a las empresas en la medida en que tengan una justificación de interés general sometida al control del regulador; y *c)* las obligaciones vinculadas a actividades deficitarias o que no puedan ser retribuidas sobre una base comercial normal y que sean impuestas a las empresas por razón de un fin de interés general, deben ser objeto de una compensación financiera equitativa.

<sup>34</sup> Con prohibición a la Comunidad de oponerse a una cooperación de tal carácter y alcance, salvo que represente un atentado excesivo a las reglas de la libre competencia.



res a un control por resultados, efectuado sobre una base plural, a fin de garantizar la objetividad.

2.6. Delimitación de la intervención comunitaria en materia de servicios de interés económico general, a través de:

2.6.1. La necesaria ponderación de la naturaleza y las necesidades específicas de los servicios de interés general en las políticas comunitarias, tanto sectoriales (transportes, energía, telecomunicaciones, etc.), como horizontales (libre competencia, medio ambiente, industria, investigación, etc.)<sup>35</sup>.

2.6.2. El observatorio de los servicios de interés económico general<sup>36</sup>.

2.6.3. El establecimiento de servicios de interés económico general de ámbito comunitario y sujetos a pliegos de cláusulas específicas, en las materias y en la medida en que la ejecución de las políticas comunitarias lo haga necesario, sin perjuicio de la función de armonización de las intervenciones de servicio público que —concurrentemente con los Estados miembros— corresponde a la Comunidad.

### 3. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea se ha hecho eco igualmente de la inquietud y preocupación por los servicios públicos<sup>37</sup> y su futuro, teniendo en cuen-

<sup>35</sup> A este efecto, dichas políticas pueden incluir la elaboración de normas dirigidas a asegurar la interoperabilidad de las redes; el fomento de las iniciativas de investigación y desarrollo en los sectores en los que se hayan creado servicios de interés económico general; y la realización de programas de inversión comunes a diversos gestores.

<sup>36</sup> De carácter comunitario y con el objeto de evaluar las condiciones en que se prestan los servicios de interés económico general creados por los Estados miembros y contribuir a la reflexión de las instancias comunitarias sobre este tipo de servicios. Para ello debe ser competente para elaborar trabajos de investigación y estudio (especialmente comparados), efectuar con regularidad el seguimiento de los servicios de interés económico general en los diferentes Estados miembros y dar cuenta de tal seguimiento en un informe público periódico, y participar en la organización de debates públicos sobre dichos servicios.

<sup>37</sup> La propia Comisión clarifica la terminología en este campo —con efectos potenciales beneficiosos para la aplicación del art. 90 TCE— en el que, además de la lógica comunitaria (que ha desarrollado, por ejemplo, el concepto de servicio universal), concurren diversas culturas políticas y jurídicas nacionales:

— Servicio de interés general designa la actividad de servicio, comercial o no, calificada de interés general por la autoridad pública competente y sujeta por ello a obligaciones específicas de servicio público.

— Servicio de interés económico general designa la actividad de servicio comercial que cumple un cometido de interés general y está sometida por ello, por los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público (así los servicios en red de transportes, energía y comunicación).

ta su peso económico<sup>38</sup> y su trascendencia para el modelo europeo de sociedad<sup>39</sup> y conectando con pronunciamientos previos del Consejo Europeo<sup>40</sup>. Su Comunicación de Septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa<sup>41</sup>:

a) Descansa en la afirmación de los servicios de interés general como elementos clave del modelo de sociedad europeo<sup>42</sup>, de suerte que la acción de la Comunidad debe entenderse inscrita en un modelo de economía abierta basada tanto en la solidaridad y la cohesión social, como en los mecanismos del mercado. De este último modelo resulta no sólo la ausencia de contradicción, sino la existencia de una verdadera interacción beneficiosa entre interés general (en cuanto concepto que está en la base de los expresados servicios) y mercado único (lo que vale

---

— Servicio público: posee un doble sentido, designando tanto el organismo de producción del servicio, como el cometido o el fin de interés general que se confía a éste, al que se imponen específicas obligaciones de servicio público para favorecer o permitir la realización del fin de interés general.

— Servicio universal define un conjunto de exigencias de interés general a las que deben someterse en toda la Comunidad determinadas actividades (telecomunicaciones y correos, por ejemplo), teniendo por objeto las obligaciones que comporta garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible.

Este último concepto es de elaboración comunitaria: se refieren a él las resoluciones del Parlamento Europeo de 22 de enero de 1993 (DOCE C42, de 15 de febrero de 1993), 6 de mayo de 1994 (DOCE C205, de 27 de julio de 1994) y 15 de junio de 1995 (DOCE C166, de 3 de julio de 1995) y las resoluciones del Consejo Europeo de 22 de julio de 1993 (DOCE C213, de 6 de agosto de 1993), 7 de febrero de 1994 (DOCE C48, de 16 de febrero de 1994) y 22 de septiembre de 1994 (DOCE C379, de 31 de diciembre de 1994) y 18 de septiembre de 1995 (DOCE C258, de 2 de octubre de 1995), habiendo sido aplicado por la Comisión Europea sector por sector en las normas a ellos referidas, constituyendo las telecomunicaciones un buen ejemplo.

Sobre la noción de servicio universal, véase M. Debène, «Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification», *L'Actualité Juridique. Droit Administratif* 3-1996, pp. 183 y ss.

<sup>38</sup> Según datos de la propia Comisión, las empresas públicas (que sólo garantizan una parte de los servicios de interés general) representan cerca del 9% del empleo, el 11% de la actividad no agrícola y el 16% de la inversión en la Comunidad.

<sup>39</sup> El dictamen de la Comisión Europea sobre la reforma de los Tratados con vistas a la Conferencia Intergubernamental (Reforzar la unión política y preparar la ampliación, COM(96), de 28 de febrero de 1996, señala que: «Edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia —derechos humanos, Estado de Derecho— con los de una economía abierta, basado en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato».

<sup>40</sup> En su composición de Jefes de Estado y de Gobierno. El Consejo de Cannes de 26 de junio de 1995 destacó la importancia de las funciones de interés general y la pertenencia de éstas al elenco de valores comunes a los Estados miembros; elenco constitutivo de la peculiaridad del modelo europeo. Véanse las conclusiones de la Presidencia: SN 211/95, punto A.I.1.7.

<sup>41</sup> Citada en nota 1.

<sup>42</sup> Los citados servicios aparecen vinculados a una serie de valores comunes a escala europea, relacionados, a su vez, con el status de ciudadano, sin perjuicio de la variedad de formas de organización de tales servicios y de las transformaciones y los retos a que se ven expuestos como consecuencia de las recientes evoluciones técnicas, económicas y sociales.



decir reglas de la libre competencia)<sup>43</sup>, de modo que el objetivo de la Comunidad en la materia debe ser precisamente el de lograr un equilibrio adecuado entre uno y otro en la doble escala nacional y europea<sup>44</sup>. Lo que realmente está en juego son, pues, las condiciones de la aludida interacción y, por tanto, de este equilibrio, que se concibe en términos dinámicos en cuanto dotado de naturaleza evolutiva. De ahí que la acción comunitaria deba responder a un enfoque «progresivo» que conduce:

— en la escala estatal interna, a la sujeción de los servicios de interés económico general (incluidos los monopolios) a las reglas de la libre competencia, en términos compatibles con su existencia, de suerte que el beneficio por las actividades correspondientes de la exención de dichas reglas se entiende sujeto a condiciones de proporcionalidad (principio subyacente al artículo 90 TCE); y

— en la escala comunitaria, a la promoción del «interés general europeo» en forma del servicio universal y de otras posibles obligaciones de servicio público, entendiendo aquél como la expresión en Europa de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad en el marco de una política que concilia dinamismo del mercado, cohesión y solidaridad<sup>45</sup>.

b) Fija los objetivos comunitarios para el futuro, centrados en el fomento de servicios de interés general a nivel europeo en los siguientes tres aspectos:

— Aprovechamiento al máximo de las acciones emprendidas en aras de la competitividad europea, continuando la apertura a los mercados —iniciada sector por sector— de servicios económicos, especialmente en red, con introducción en ellos de exigencias de servicio universal<sup>46</sup> y observando al efecto los siguientes principios: 1) creación de instrumentos de evaluación del funcionamiento y resultados, así como la competitividad de los servicios de interés general<sup>47</sup>; 2) enfoque gra-

<sup>43</sup> Las fuerzas del mercado, aunque permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, tienen sus límites y presentan el riesgo de la exclusión de parte de la población de sus beneficios, así como del descuido del fomento de la cohesión social y territorial.

<sup>44</sup> Con apoyo en la diversidad del modelo europeo de sociedad, que está garantizada por los principios de neutralidad proclamado en el art. 222 TCE y de libertad de los Estados miembros para la determinación de los fines de interés general consagrado en el art. 90 TCE y encuentra cabal expresión en el principio de subsidiariedad del art. 3B TCE.

<sup>45</sup> El documento enumera y describe sintéticamente las iniciativas ya adoptadas en tal sentido en materia de telecomunicaciones, correos, transportes, electricidad y radio y televisión.

<sup>46</sup> Pues la referida apertura se valora positivamente en sus consecuencias, toda vez que contribuye de forma decisiva a la modernización de los servicios, el aprovechamiento por Europa de sus ventajas competitivas y la colocación de las empresas en situación de obtener servicios de calidad a precios menos elevados.

<sup>47</sup> La evaluación expresada se realizaría sector por sector, permitiendo la divulgación de las mejores prácticas y favoreciendo la adaptación de las actividades a los cambios tecnológicos y las nuevas necesidades y exigencias de los usuarios y del interés público. Al efecto la Comisión ha promovido ya un estudio para contar con un balance sobre las formas de regulación, los métodos de organización de los servicios en «redes» en los Estados miembros y los medios financieros empleados para sostenerlos.

dual y concertado con los diferentes actores, incluidos los usuarios; y 3) enfoque transparente en virtud de una comunicación sobre la aplicación de los procedimientos del artículo 90 TCE.

Para la continuación de la apertura de los diferentes sectores se confía en la rápida adopción por los órganos competentes de las iniciativas planteadas en relación con el mercado interior de la electricidad, los mercados internacionales, el transporte ferroviario de pasajeros, los mercados de gas natural y los mercados de flete ferroviario (culminación, en este caso, de la apertura ya en curso).

— Reforzamiento de la solidaridad y la coordinación europeas (por ejemplo, la de la acción de los organismos nacionales de interés económico general en materia de condiciones de financiación pública y sistemas de control), alcanzando incluso formas más avanzadas de cooperación (en materia, por ejemplo, de control del tráfico aéreo, mediante la creación de un órgano reglamentario para su gestión)<sup>48</sup>.

— Potenciación de la utilización de los instrumentos comunitarios<sup>49</sup>, en concreto mediante las siguientes medidas: formulación de un plan de desarrollo del espacio comunitario, que otorgue a los servicios de interés general el lugar que les corresponde<sup>50</sup>; desarrollo de las redes transeuropeas<sup>51</sup>; la reorientación de los programas marco en materia de investigación y, en concreto, del formulado para el período 1999-2003, para su puesta al servicio del ciudadano europeo; y aplicación de los medios de acción comunitarios —cooperación, ayuda financiera y coordinación— en favor de los servicios estatales de salud, protección social, educación, agua y vivienda para favorecer la igualdad de oportunidades y luchar contra la marginación.

c) Propone, finalmente, incorporar al Tratado —aún considerando plausible la opción por el mantenimiento sin más del actual artículo 90 TCE y con motivo de la reforma de las instituciones comunitarias y el planteamiento de una nueva etapa política en la integración— tanto una referencia suficiente a la función propia de los servicios de interés general en el proyecto europeo, acorde con su vinculación a los valores comu-

<sup>48</sup> Sobre la base de la siguiente doble constatación: la dimensión transnacional que presentan determinados sectores y que impide la satisfacción adecuada del interés general a nivel nacional; y la dependencia de ciertos sectores de intereses a nivel europeo (así la ordenación del territorio y el medio ambiente).

<sup>49</sup> Con fundamento en el hecho de la existencia de objetivos comunes entre ciertas políticas comunitarias horizontales (cohesión económica y social, desarrollo armonioso del territorio y conservación del medio ambiente) y los servicios de interés general y la consecuente conveniencia de la continuación de tales políticas para el aprovechamiento de sus sinergias con estos servicios.

<sup>50</sup> A presentar al Parlamento, el Consejo y el Comité de las Regiones y a elaborar sobre la base de las recomendaciones del documento Europa 2000 plus.

<sup>51</sup> Con arreglo a los compromisos ya asumidos por los Jefes de Estado y de Gobierno y con objeto de no retrasar por más tiempo su creación.



nes sobre los que descansa la construcción de las sociedades europeas, como la fijación para dichos servicios de un horizonte claro y el encuadramiento de los medios utilizables en una perspectiva de conjunto.

La propuesta se concreta en el añadido al artículo 3 TCE de una nueva letra u) —es decir, de una nueva acción comunitaria— con el siguiente tenor literal: «Una contribución a la promoción de los servicios de interés general»<sup>52</sup>.

## V. LA ÚLTIMA EVOLUCIÓN: EL TRATADO DE AMSTERDAM Y LA CLARIFICACIÓN DEL ESPACIO Y LA FUNCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDEN COMUNITARIO

Los trabajos de la Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros convocada para la reforma de los Tratados prevista para 1996 y los acuerdos efectivamente alcanzados en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en junio de 1997 en Amsterdam, aunque no asumen en sus términos ninguna de las propuestas formuladas y antes examinadas, traen causa de los planteamientos en que las mismas descansan.

Conforme al texto acordado para el Tratado de Amsterdam, su Sección II —referida significativamente a «La Unión y el Ciudadano»— incluye un Capítulo 8 en el que, bajo la rúbrica genérica —pero también significativa— «Otras políticas comunitarias», aparecen:

a) Un apartado f) titulado «Servicios de interés económico general», comprensivo de:

— Un nuevo artículo 7 D, con el siguiente tenor literal:

«Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios funcionen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido»

— Una Declaración para el Acta Final, del siguiente tenor:

«Las disposiciones del artículo 7 D del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno

<sup>52</sup> Entiende la Comisión que con este retoque, el Derecho originario confirmaría expresamente que los servicios de interés general forman parte de los ámbitos de acción de la Comunidad, por más que continúen residenciados primariamente en los Estados miembros; es decir, constituyen una dimensión a tener en cuenta en la definición de las acciones propiamente comunitarias y, por tanto, en la elaboración de las políticas de esta naturaleza.

respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios».

b) Un apartado *j*) relativo al «servicio público de radiodifusión», que contiene un protocolo (de finalidad interpretativa del Tratado y carácter de anexo a éste) en el que las altas partes contratantes convienen que:

«Las disposiciones del Tratado constitutivo se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia de la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de las competencias de dicho servicio público».

c) Y un apartado *m*) titulado «Redes transeuropeas» y comprensivo de una modificación del texto del tercer guión del párrafo primero del artículo 129 C TCE, con el siguiente tenor literal:

«A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 129 B, la Comunidad: [...]

— podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas [...] (sin cambios en el resto del texto actual)».

La compleja evolución comunitaria en materia de servicio público o de interés general que se ha venido describiendo en sus líneas más esenciales concluye por ahora, pues y en la línea pretendida por la Comisión Europea, en un reequilibrio de la tensión entre lo público y lo privado, más que innovador, clarificador de los espacios propios de uno y otro, que —más allá de la declaración formal del respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su conjunto— se sitúa, consolidándola, en la línea de los últimos pronunciamientos de éste e implica una reafirmación del papel y la función del servicio público o de interés general en el doble nivel estatal y europeo (de la que son manifestaciones específicas el protocolo anexo sobre el servicio público de radiodifusión y la modificación de la regulación de las redes transeuropeas, pero que se expresa principalmente en el reconocimiento expreso y general del aludido tipo de servicio). Tal clarificación del equilibrio ya subyacente al Derecho comunitario, especialmente después de Maastricht, se apoya en cuatro pilares: 1) la formulación positiva de la acción del poder público —estatal y comunitario— respecto del servicio público o de interés general, en tanto que vinculado éste al objetivo de la cohesión social y territorial; 2) la acotación indirecta del espacio público o propio de dicho tipo de servicios, mediante la proyección al plano comunitario de los valores comunes a la Unión (es decir, desarrollados y decantados en



los diferentes Estados miembros) y la conexión de la acción concurrente de los poderes públicos comunitario y estatal con un régimen de funcionamiento de los servicios públicos adecuado para el cumplimiento por éstos de sus fines específicos; 3) la consecuente clarificación del juego del orden jurídico del mercado en competencia y, en concreto, de los artículos 77, 90 y 92 TCE con el estatuto del servicio público; y 4) la precisión de que el mantenimiento en adecuado equilibrio de la tensión entre lo público y lo privado y, por tanto, de la armonía entre los ordenamientos estatales y el comunitario dependen del juego combinado, pero con respeto de sus límites respectivos, de las competencias de las autoridades nacionales y comunitarias.

Santiago MARTINEZ LAPE  
 Iñaki de GAZTAN UZUN  
 Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analiza la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar medidas que afecten a la libre competencia en el mercado de servicios públicos. Se estudia la compatibilidad de estas medidas con el artículo 90 del Tratado de Roma, así como también con el artículo 92 del Tratado de Roma y con el artículo 77 del Tratado de Roma.

En primer lugar se analiza el artículo 90 del Tratado de Roma, que establece la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas que permitan la libre competencia en el mercado de servicios públicos. Se estudia la compatibilidad de estas medidas con el artículo 90 del Tratado de Roma y con el artículo 92 del Tratado de Roma.

En segundo lugar se analiza el artículo 92 del Tratado de Roma, que establece la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas que permitan la libre competencia en el mercado de servicios públicos. Se estudia la compatibilidad de estas medidas con el artículo 92 del Tratado de Roma y con el artículo 77 del Tratado de Roma.

1. Véase, en este sentido, el artículo 90 del Tratado de Roma.





# LAS RELACIONES ENTRE LAS AUTORIDADES NACIONALES Y LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS EN MATERIA DE COMPETENCIA: EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

Santiago MARTÍNEZ LAGE  
Helmut BROKELMANN<sup>1</sup>  
Abogados

## I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos fue propuesto por el editor de este anuario para nuestra contribución al mismo tenía como enunciado la primera frase del título de este trabajo: *Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia.*

Con esta formulación, el tema nos pareció excesivamente amplio, incluso para una aportación que, por su incorporación a una obra como ésta, debiera tener una dimensión temporal, limitándose a repasar los problemas que en el curso de los últimos doce meses han podido presentarse en las relaciones entre las autoridades nacionales (las autoridades españolas, en particular) y las autoridades comunitarias.

En efecto, el análisis de los problemas que plantean las relaciones entre ambas autoridades debiera, en nuestra opinión, extenderse, al menos, a los siguientes campos: los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho comunitario y del Derecho nacional de la competencia; la posible coincidencia o divergencia entre los fines perseguidos por cada uno de estos ordenamientos; la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales; la posible descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales; los problemas de la toma de decisiones en esta materia a nivel comunitario, etc. Todos estos problemas configurarían lo que

---

<sup>1</sup> Abogados, Martínez Lage & Asociados, Madrid.

el Instituto Universitario Europeo de Florencia agrupó bajo la expresiva rúbrica de *Implementation of Anti-trust rules in a Federal Context*, en una jornada organizada en abril de 1996, cuyas ponencias acaban de ver la luz<sup>2</sup>.

Demasiados problemas para ser analizados en un estudio de las características del presente, incluso si los redujéramos a la dimensión temporal citada, dado que, por tratarse de la primera edición de este anuario, sería preciso llevar a cabo un análisis global de todos los problemas para, finalmente, situar la evolución de cada uno de ellos en el curso del último año.

Hemos optado, por ello, por ceñirnos a uno solo de los problemas enunciados —el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y de los derechos nacionales— y en un punto preciso: el control de las concentraciones. Y hemos optado por abordar este problema con una cierta profundidad y detalle.

## II. LA AFECTACIÓN DEL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL ÁMBITO DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TRATADO CE

Como es bien sabido, el Derecho comunitario de la competencia, tal y como figura en los artículos 85 y 86 del Tratado CE (TCE), sólo se aplica a las conductas que afecten o «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros». O, lo que es lo mismo, no se aplica a las conductas que no puedan afectar a dicho comercio, de modo que las mismas quedarán, en su caso, sometidas al respectivo ordenamiento nacional.

La Comisión Europea, con el respaldo del Tribunal de Justicia (TJCE), ha extendido en el pasado su competencia para la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a conductas que, en principio, parecerían puramente nacionales, mediante una interpretación, en nuestra opinión, excesivamente amplia de la condición de afectación al comercio inter-estatal. Esta tendencia de la Comisión de extender su competencia para pronunciarse sobre conductas que se agotan en un único Estado miembro, se funda en el razonamiento de que tales conductas tienen, o pueden tener, el efecto de compartimentar los mercados nacionales impidiendo de esta forma la creación de un auténtico mercado único<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Robert Schuman, Centre Annual on European Competition Law 1996 (Ehlermann, C.D./Landati, L. eds., Kluwer 1997).

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo, as. 322/81, *Michelin*, Rec. 1983, p. 3461 (conducta abusiva limitada a un Estado miembro); as. 8/72, *Cementhandelaren*, Rec. 1972, p. 977 (cártel de fijación de precios); as. 246/86, *Belasco*, Rec. 1989, p. 2117 (acuerdo de fijación de precios); as. 161/84, *Pronuptia*, Rec. 1986, p. 353 (acuerdo de franquicia). La sentencia del asunto *Hugin* (conducta abusiva limitada al área de Londres) parece ser el único caso en el que el TJCE anuló una decisión de la Comisión por falta de afectación al comercio entre los Estados miembros (as. 22/78, Rec. 1979, p. 1869).



Este desbordamiento del ámbito originario de los artículos 85 y 86 —y, consecuentemente de la competencia de la Comisión, derivada del artículo 89 del Tratado y del Reglamento 17/62, para perseguir y autorizar las conductas en cuestión— plantea delicados problemas en las relaciones Comisión/Autoridades nacionales y para la seguridad jurídica de los particulares, los cuales pueden, razonablemente, albergar dudas con respecto a la licitud de sus conductas, a la autoridad a la que deban dirigirse para obtener una posible exención, y a las condiciones para la concesión de dicha exención<sup>4</sup>.

A esto hay que añadir la jurisprudencia *Walt Wilhelm*<sup>5</sup> del TJCE —reiterada en la sentencia *Giry y Guerlin*<sup>6</sup>—, según la cual un acuerdo restrictivo de la competencia puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias en aplicación del artículo 85 del Tratado, y otro ante las autoridades nacionales en aplicación de sus respectivos derechos nacionales de defensa de la competencia<sup>7</sup>. El TJCE justificó esta denominada «teoría de la doble barrera» con los distintos objetivos que persiguen el Derecho de la competencia comunitario, por un lado, y el nacional, por el otro<sup>8</sup>. En efecto, mientras que el artículo 85 TCE contempla las restricciones de la competencia también desde la perspectiva de los obstáculos que éstas pueden crear al comercio entre los Estados miembros —objetivo que también queda reflejado en el artículo 3.g) TCE que hace referencia a un régimen de competencia no falseada «en el mercado interior»—, los Derechos nacionales contemplan las prácticas restrictivas desde las consideraciones propias a cada uno de ellos.

De acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario, esta aplicación paralela de las normas de defensa de la competencia comunitarias y nacionales está, sin embargo, supeditada a que la aplicación del Derecho nacional no perjudique la aplicación uniforme de las

<sup>4</sup> Vid. a este respecto el «Anteproyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para la tramitación de los asuntos relacionados con los artículos 85 y 96 del Tratado CE», DOCE C 262/5, de 10 de septiembre de 1996.

<sup>5</sup> As. 14/68, *Wilhelm/Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p. 1.

<sup>6</sup> As. 258/78 y 1-3/79, *Procureur de la République/Giry y Guerlin*, Rec. 1980, p. 2327.

<sup>7</sup> El art. 9.3 del Reglamento 17/62/CEE impide, sin embargo, la aplicación paralela de los arts. 85 y 86 TCE por parte de las autoridades comunitarias y nacionales al conferir a la Comisión el derecho exclusivo de aplicar dichas disposiciones una vez haya iniciado un procedimiento, ya sea sancionador (art. 3 del Reg. 17), de declaración negativa o de exención (arts. 2 y 6 del Reg. 17). El art. 44.1 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) faculta al TDC a aplazar su resolución cuando se acredite que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos comunitarios. Esta norma debe interpretarse a la luz del art. 9.3 del Reg. 17/62: cuando unos mismos hechos sean simultáneamente objeto de un procedimiento ante las autoridades comunitarias y nacionales, el TDC puede optar entre, suspender el procedimiento conforme al art. 44.1 LDC, o continuar su tramitación, pero únicamente para aplicar la normativa nacional (art. 9.3 Reg. 17/62) y respetando los principios de la jurisprudencia *Walt Wilhelm*.

<sup>8</sup> Sentencia *Walt Wilhelm*, *ibid.*, aptdo. 3; sentencia *Giry y Guerlin*, *ibid.*, aptdo. 15.

disposiciones comunitarias en todo el mercado común y el pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de dichas disposiciones. Aunque no existan otros precedentes en los que el Tribunal haya tenido ocasión de matizar esta importante limitación de la posibilidad de aplicar las normas nacionales de defensa de la competencia cuando ya ha habido un pronunciamiento por parte de las autoridades comunitarias, parece evidente que las autoridades nacionales no puedan aplicar su propio Derecho a un determinado acuerdo cuando la Comisión, en una decisión formal, haya declarado su compatibilidad con la normativa comunitaria, bien concediendo una exención individual al amparo del artículo 85.3 TCE, bien en aplicación de un Reglamento de exención por categoría<sup>9</sup>.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de una decisión de declaración negativa (art. 2 del Reg. 17/62), por la cual la Comisión constata que un acuerdo no entra en el ámbito de la prohibición del artículo 85.1 TCE, ya sea porque no afecta al comercio intracomunitario (en cuyo caso parece justificada la aplicación del Derecho nacional), ya sea porque una posible restricción no se considera contraria al artículo 85.1, porque su análisis, en el contexto económico y legal en el que la restricción se inscribe, lleva a la conclusión de que ésta no es realmente anticompetitiva (sería el caso, por ejemplo, de sistemas de distribución selectivos o de licencias exclusivas concedidas en el contexto de nuevas tecnologías que conllevan la necesidad de elevadas y arriesgadas inversiones). Tampoco puede decirse de todos aquellos asuntos que la Comisión despacha mediante carta administrativa (*comfort letter*), un instrumento no previsto en el Reglamento 17/62, con el que la Comisión resuelve la gran mayoría de los casos archivando el asunto y comunicando a la parte afectada que el asunto no presenta, a primera vista, problemas respecto a las normas comunitarias de defensa de la competencia. La Comisión hace uso de estas cartas administrativas tanto cuando el acuerdo en cuestión carece de «interés comunitario» (es decir, interés político, económico o jurídico particular para la Comunidad) o no afecta al comercio intracomunitario, como en los casos en los que un acuerdo no es contrario al artículo 85.1, es *de minimis* o puede acogerse a un Reglamento de exención por categoría. Si bien es cierto que el TJCE consideró en la citada sentencia *Giry y Guerlin* que el Derecho nacional era plenamente aplicable en estos casos —es decir, tras la declaración informal de la Comisión, en una carta administrativa, que un acuerdo no es contrario al Derecho de la competencia comunitario—, en el caso concreto remitido al TJCE, el acuerdo no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 85.1 TCE por no afectar el comercio intracomunitario, es decir por razones meramente jurisdiccionales. Mientras que en estos casos, la aplicabilidad del Derecho nacional parece incuestionable, no lo es, en

<sup>9</sup> En unas recientes conclusiones en los asuntos *BMW/ALD Auto-Leasing* (as. C-70/93, Rec. 1995, p. I-3439) y *Bundeskartellamt/VW* (as. C-266/93, Rec. 1995, p. I-3477), el Abogado General Tesouro interpretó la jurisprudencia del TJCE en este mismo sentido.



cambio, en aquellos en los que la Comisión declara la compatibilidad de un acuerdo con el artículo 85.1 por razones de fondo, máxime cuando las disposiciones nacionales son, como en el caso español, básicamente idénticas a las comunitarias.

En estos casos, la aplicabilidad paralela del Derecho nacional es una cuestión abierta, y no cabe duda de que esta situación trae consigo un cierto grado de inseguridad jurídica para las empresas, aunque los problemas derivados de la distinta norma prohibitiva que sea de aplicación no parecen, en principio, demasiado preocupantes en la medida en que las prohibiciones contenidas en el ordenamiento comunitario y en los respectivos Derechos nacionales son, sustancialmente, idénticas<sup>10</sup>.

Más preocupantes, en cambio, son —a nuestro entender— los problemas derivados de la autoridad a la que deban dirigirse los particulares para solicitar una exención y las condiciones para ser acreedor a la misma. En primer lugar, porque, como queda dicho, la dificultad de la elección incide muy directamente en la seguridad jurídica; en segundo lugar, porque los requisitos que la respectiva autoridad nacional debe tener en cuenta para conceder la exención pueden ser muy distintos. Así, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 3 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) contempla tres supuestos de autorización que son absolutamente desconocidos para el Derecho comunitario.

Nos atreveríamos a concluir este apartado afirmando que la vaguedad con la que los artículos 85 y 86 enuncian su ámbito de aplicación ha propiciado estos posibles conflictos entre la Comisión y las autoridades nacionales y ha engendrado la inseguridad jurídica a la que nos hemos referido.

### III. LA DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

A diferencia de la inseguridad jurídica que sigue caracterizando la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho de la competencia comunitario y nacional en el contexto de los artículos 85 y 86 del Tratado, la delimitación de competencias es mucho más clara en el ámbito del control de las concentraciones económicas. Precisamente en aras de evitar que las respectivas jurisdicciones de la Comisión y de las autoridades nacionales se solapen en materia de concentraciones, el

---

<sup>10</sup> Con algunas salvedades, siendo el caso más relevante el distinto tratamiento que algunos ordenamientos nacionales, ya sea por el distinto enunciado de la norma (Alemania), ya sea por la distinta aplicación práctica, conceden a las restricciones verticales. *Vid.* sobre este punto el «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria» presentado por la Comisión Europea el 22 de enero de 1997, Cap. VI (COM (96) 721 final).

Reglamento del Consejo nº 4064/89/CEE, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de 21 de diciembre de 1989, establece un claro sistema de delimitación de competencias en su artículo 21.

En efecto, el artículo 21 del citado Reglamento establece el principio de jurisdicción exclusiva de la Comisión para «concentraciones» de «dimensión comunitaria» y obliga, al mismo tiempo, a los Estados miembros a abstenerse de aplicar su legislación nacional a estas operaciones de concentración. La contrapartida de la jurisdicción exclusiva de la Comisión en estos casos (también conocido como principio *one-stop shopping*), es el artículo 22.1, que dispone que el Reglamento será el único aplicable a las operaciones de concentración. Esto significa, y la lectura del segundo apartado del artículo 22 confirma esta interpretación, que los demás reglamentos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, y en particular el Reglamento 17/62, no son de aplicación a las operaciones de concentración. Es más, la inaplicabilidad de estos reglamentos no se refiere sólo a las concentraciones de dimensión comunitaria —para los que, como queda dicho, el Reglamento 4064/89 es el único instrumento aplicable—, sino a todas las «concentraciones», con independencia de que éstas sean o no de dimensión comunitaria<sup>11</sup>. Aunque los artículos 85 y 86 TCE sean en principio —y de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE<sup>12</sup>— aplicables a determinadas operaciones de concentración<sup>13</sup>, la Comisión no puede, por tanto, aplicar el Reglamento 17/62 (que le faculta para adoptar decisiones prohibitorias y sanciones) a las operaciones de concentración, incluso cuando éstas carecen de dimensión comunitaria, en cuyo caso la competencia será exclusiva de los Estados miembros<sup>14</sup>.

La única excepción a la competencia exclusiva de los Estados miembros a conocer de las operaciones de concentración que carecen de dimensión comunitaria, es —aparte de la posibilidad de remitir dichas operaciones a la Comisión conforme al procedimiento previsto en los apartados 3-5 del artículo 22 del propio Reglamento<sup>15</sup>— la posibilidad

<sup>11</sup> Cf. el séptimo considerando del Reglamento: «todas».

<sup>12</sup> En la sentencia *Continental Can* (as. 6/72, Rec. 1973, p. 215), el TJCE confirmó la aplicabilidad del art. 86 TCE a la adquisición de un competidor por parte de una empresa dominante; la aplicabilidad del art. 85 a operaciones de concentración —aunque el sexto considerando del Reglamento 4964/89 no parece albergar dudas al respecto— es más dudosa, ya que el TJCE se limitó a aplicar esta disposición a la adquisición de una participación *minoritaria* en un competidor, que precisamente no constituye una «concentración», ya que la participación minoritaria no le confiere el control a la empresa adquirente (as. *BAT y Reynolds/Comisión*, Rec. 1987, p. 4487). Asimismo, la práctica anterior de la Comisión indica más bien que el art. 85.1 TCE no es aplicable a verdaderas «concentraciones»; *vid.* as. *SHV/Chevron*, Decisión 75/95/CEE, DOCE L38/14, de 12 de febrero de 1975 y también la Decisión 85/78, *Mecaniver PPG*, DOCE L35/54, de 7 de febrero de 1985, punto 13.

<sup>13</sup> Cf. el sexto considerando del Reglamento.

<sup>14</sup> Cf. el 29 considerando del Reglamento.

<sup>15</sup> A la vista de los elevados umbrales que el art. 1.2 del Reglamento establece para que una concentración sea de dimensión comunitaria, este procedimiento de remisión a la Comisión fue



de aplicar los artículos 85 y 86 TCE en virtud del artículo 89 del Tratado que, sin embargo, no faculta para la adopción de una decisión prohibitoria o la imposición de sanciones. En las declaraciones de la Comisión y del Consejo relativas al Reglamento 4064/89 (que forman el anexo del mismo), la Comisión ha manifestado que «se reserva la posibilidad de intervenir, con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 89 del Tratado, en supuestos no previstos en el artículo 22 con respecto a las operaciones de concentración que se definen en el artículo 3 pero que no tienen dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1», aunque en la práctica aún no haya hecho uso de esta posibilidad <sup>16</sup>.

La única excepción al principio de jurisdicción exclusiva de la Comisión para conocer de las concentraciones que tienen dimensión comunitaria, está prevista en el artículo 9 del propio Reglamento, la denominada «cláusula alemana», que prevé la posibilidad de remitir una operación de concentración de dimensión comunitaria notificada a la Comisión a las autoridades competentes de un Estado miembro, para que éstas apliquen su respectiva legislación nacional. La Comisión puede hacer uso de esta facultad cuando una operación de concentración afecta particularmente al mantenimiento de una competencia efectiva en el territorio de un Estado miembro <sup>17</sup>. Tras una cierta reticencia inicial por parte de la Comisión de atender las solicitudes de remisión de distintas autoridades nacionales, últimamente la Comisión parece haber adoptado una actitud más generosa al respecto. Así, de las seis remisiones —sobre un total de 14 solicitudes— a autoridades nacionales efectuadas desde la entrada en vigor del Reglamento, tres datan del año 1996 <sup>18</sup>.

introducido en el texto del Reglamento para asegurar un control de aquellas operaciones que afectan al comercio intracomunitario (art. 22.3) sin entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento. Los Estados miembros que no disponen de un régimen de control de concentraciones desarrollado, tienen pues la posibilidad de remitir la operación a la Comisión para que ésta adopte las medidas necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del respectivo Estado miembro (art. 22.5). De las cuatro operaciones remitidas hasta la fecha a la Comisión por distintas autoridades nacionales, la Comisión se ha opuesto a dos (Decisión de 20 de septiembre de 1995, *RTL/Veronica/Endemol* (as. IV/M.553) y Decisión de 20 de noviembre de 1996 *Kesko/Tuko* (as. IV/M.784). En el asunto *British Airways/Dan Air* (Decisión de 17 de febrero de 1993, as. IV/M.278) la Comisión no se opuso a la operación (vid. XXIII Informe sobre Política de la Competencia (1993), aptdo. 322-323) y en la Decisión de 22 de agosto de 1996, *Blokker/Toys 'R' Us* (as. IV/M.801), rechazó la instancia de las autoridades neerlandesas.

<sup>16</sup> En relación con el asunto *British Airways/Dan Air*, el entonces Comisario de Política de la Competencia, Sir Leon Brittan, declaró que «[...] whilst the Commission has a residual power to apply Article 86 in such circumstances, by using a procedure set out in Article 89 of the EEC Treaty, it will only do so where a very clear case of dominance is established that is not able to be dealt with by national competition authorities. This policy enables the one-stop shop principle to function effectively, and ensures that all concentrations are subject to effective regulatory control in the Community», IP (92) 1048, de 15 de diciembre de 1992.

<sup>17</sup> Vid. decisión IV/M.180, *Steetley/Tarmac*, de 13.2.1992, aptdo. 2.

<sup>18</sup> Vid. Decisiones *Steetley/Tarmac*, de 13 de febrero de 1992 (as. IV/M.180); *McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann*, de 3 de noviembre de 1993 (as. IV/M.330); *Holdercim/Cedest*, de 6 de julio de 1994 (as. IV/M.460); *Gehe/Lloyds*, de 22 de marzo de 1996 (as. IV/M.716); *RWE/Thyssengas*, de 26 de noviembre de 1996 (as. IV/M.713); *Bayernwerk/Isarwerke*, de 26.11.96 (as. IV/M-808).

Tras esta sucinta descripción del sistema de delimitación de competencias previsto en el Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones, pasaremos a analizar los criterios que el Reglamento prevé para establecer que una concentración es de «dimensión comunitaria» y, por consiguiente, cae bajo su ámbito de aplicación y bajo la competencia de la Comisión.

Como es bien sabido, el ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 viene definido en su artículo 1 por dos elementos: que la operación sea una concentración, y que sea de dimensión comunitaria. El concepto de concentración figura definido en el artículo 3 del mismo Reglamento, siendo el concepto de control un elemento fundamental de esta definición. La dimensión comunitaria viene determinada por los parámetros de cifras de negocios (absolutas y relativas) fijados en el artículo 1, cuya forma de cálculo se establece en el artículo 5.

Conforme al artículo 1.2 del Reglamento, una operación de concentración es de «dimensión comunitaria» cuando el volumen de negocios global del conjunto de las empresas afectadas<sup>19</sup> es superior a 5.000 millones de ECUs, el volumen de negocios realizado en la Comunidad por, al menos, dos de estas empresas supera los 250 millones de ECUs, y cuando, además, no se de el caso de que todas las empresas afectadas realizan más de las dos terceras partes de su volumen de negocios en la Comunidad en un mismo Estado miembro. Las cifras de volumen de negocios a los que hace referencia el citado artículo 1.2, no se limitan al volumen de ventas correspondiente a cada una de las empresas afectadas en la operación, sino que pretenden abarcar también las cifras de venta de todas las empresas vinculadas a la empresa afectada. Por ello, a efectos de determinar el volumen de negocios agregado de una empresa afectada, el apartado cuatro del artículo 5 del Reglamento dispone que en el cálculo deberán incluirse los volúmenes de negocios de las filiales, sociedades matrices y hermanas de la empresa afectada, así como de cualquier otra empresa controlada conjuntamente por dos o más de las empresas que integran el grupo (art. 5.4.e). El artículo 5.4<sup>20</sup>, para determinar la cifra de negocios que deba ser sumada a la de una empresa afectada dispone:

«Artículo 5. Cálculo del volumen de negocios.

[...]

<sup>19</sup> El concepto de «empresa afectada» es interpretado por la Comisión en la Comunicación 94/C 385/03, de 31 de diciembre de 1994 sobre el concepto de empresas afectadas.

<sup>20</sup> Los criterios contenidos en las letras a) - d) del art. se corresponden con aquellos empleados en numerosos Reglamentos de exención por categoría para definir los términos de «empresas vinculadas» (art. 4.2 de los Reg. 1984/83 (compra exclusiva) y 1983/84 (distribución exclusiva); art. 9.2 Reg. 418/85 (I+D); art. 10.8 Reg. 1475/95 (distribución de vehículos); art. 10.14 Reg. 240/96 (transferencia de tecnología); así como «empresas participantes» (art. 7.1 Reg. 417/85, sobre acuerdos de especialización).



4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada con arreglo al apartado 2 del artículo 1, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes:

a) la empresa afectada<sup>21</sup>;

b) las empresas en las que la empresa afectada<sup>22</sup> disponga, directa o indirectamente,

— de más de la mitad del capital o del capital circulante,

— del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto,

— del poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o

— del derecho a dirigir las actividades de la empresa;

c) las empresas que dispongan de los derechos o facultades enumerados en la letra b) con respecto a una empresa afectada;

d) aquellas empresas en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b);

e) las empresas<sup>23</sup> en las que varias empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b).»

Como veremos a continuación, a la hora de determinar qué empresas relacionadas con la empresa afectada deben incluirse en el cálculo del volumen de negocios, la Comisión ha ido interpretando el artículo 5.4 del Reglamento en un sentido cada vez más amplio, logrando así sumar la cifra de negocios de empresas que no debieran resultar incluidas en la suma, si se hiciera una aplicación estricta de los preceptos del artículo 5.4. El resultado de esta práctica de la Comisión ha sido —en nuestra opinión— la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, del ámbito de su jurisdicción exclusiva, a operaciones de concentración que, en los términos estrictos del artículo 5.4, carecerían de «dimensión comunitaria» y pertenecerían a la competencia exclusiva de los Estados miembros.

En efecto, los criterios que enumera el artículo 5.4 en sus distintos apartados se basan en los conceptos de «grupo» y «control» y el

---

<sup>21</sup> La versión española emplea la expresión «en cuestión», con lo que parece referirse a una empresa diferente de la empresa afectada. Sin embargo la lectura de las otras versiones lingüísticas confirma que la referencia es a «la empresa afectada» («concernée», en francés; «concerned» en inglés).

<sup>22</sup> Ver nota anterior.

<sup>23</sup> La versión española dice por error «las empresas en cuestión...»; ver texto francés: «les entreprises dans lesquelles...» e inglés: «those undertakings in which...».

artículo 5.4 no hace otra cosa que explicitar en qué casos el control ejercido por o sobre la empresa afectada es suficiente como para tener que incluir, bien a una empresa controlada, bien a una matriz, en el grupo al que pertenece la empresa afectada. Para ello, el artículo 5.4, al disponer qué cifras de negocios deben sumarse a la cifra de negocios de las empresas afectadas, no utiliza —como podría obviamente hacer— el mismo criterio amplio de «control» utilizado en el artículo 3.3 del mismo Reglamento para definir la noción de «concentración», sino otro distinto, caracterizado —frente a la amplia noción de «control» del artículo 3.3<sup>24</sup>— por ser una enumeración precisa y taxativa.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios, la utilización de unos umbrales «puramente cuantitativos, basados exclusivamente en el volumen de negocios, sin tomar en consideración cuotas de mercado u otros parámetros, obedece al propósito de fijar un mecanismo sencillo y objetivo, que las empresas que intervengan en operaciones de concentración puedan utilizar fácilmente para determinar si dichas operaciones son de dimensión comunitaria y están, por tanto, sujetas a notificación»<sup>25</sup>.

La claridad y precisión de los criterios cuantitativos empleados en el artículo 5.4. —y su diferencia con los criterios cualitativos del artículo 3.3— no son, pues, el resultado de una defectuosa técnica legislativa, sino que responden al inequívoco deseo del legislador comunitario —en este caso el Consejo de Ministros— de delimitar perfectamente el ámbito de competencia de las Autoridades nacionales y de la Comisión<sup>26</sup>, y —lo que es aún más importante— a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica del administrado.

Dos decisiones de la Comisión con respecto a la operación de concentración *Swissair/Sabena* son un claro ejemplo de la vaguedad y laxitud de la noción de control contenida en el artículo 3.3 del Reglamento. En la decisión de 19 de julio de 1995<sup>27</sup>, en aplicación del Reglamento

<sup>24</sup> El art. 3.1 define una operación de concentración como aquella en la que se produce una toma de «control», y el art. 3.3 define el «control», a estos efectos, como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva», en los siguientes términos:

«A los efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos, u *otros medios* que, por sí mismos o en su conjunto, y teniendo en cuenta las *circunstancias de hecho* y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, y en particular:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de la empresa;

b) derechos y contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.» (Cursivas nuestras).

<sup>25</sup> Comunicación 94/C 385/04, apartado 5.

<sup>26</sup> Ver la STPI en el asunto T-3/93, *Air France/Comisión* (Dan Air), Rec. 1994, II-121, apdos. 45 y 102.

<sup>27</sup> Decisión 95/404/CE, DOCE L239/19 de 7 de octubre de 1995.



2407/92 (sobre licencias a las compañías aéreas), la Comisión consideró que Sabena, tras la operación, continuaba sometida al control de los accionistas belgas —y que los accionistas de terceros países no tienen «ninguna influencia decisiva en la compañía»<sup>28</sup>, de manera que Sabena seguiría estando controlada por accionistas nacionales de un Estado miembro, requisito esencial para poder acogerse al régimen de licencias de ese Reglamento y tener así libre acceso a todas las rutas comunitarias. Sin embargo, otra decisión del día siguiente<sup>29</sup> adoptada en aplicación del Reglamento 4064/89, establece exactamente lo contrario: «que cada una de las sociedades matrices [y, por tanto, también Swissair, el accionista de un tercer país no comunitario] tendrá la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la política comercial de Sabena en el sentido del artículo 3.1.b) del Reglamento de concentraciones» (traducción propia)<sup>30</sup>, de modo que Sabena estaría bajo el control conjunto del Estado belga y Swissair. El ejemplo pone, pues, de manifiesto la laxitud del artículo 3.3<sup>31</sup> y de sus equivalentes en otros Reglamentos, y la variedad de interpretaciones que admite, en perjuicio de la seguridad jurídica, frente a la precisión del artículo 5.4.

En efecto, como ha señalado la doctrina<sup>32</sup>, por afectar a materias tan delicadas como son la seguridad jurídica del administrado y el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, el Consejo ha utilizado un criterio distinto en cada caso, a saber, un test jurídico-formal, cuantitativo y de menor alcance, en el artículo 5.4 y un test, basado en criterios materiales y cualitativos —de mayor alcance— en el artículo 3.3. Los antecedentes legislativos que llevaron a la adopción del Reglamento 4064/89 corroboran la importancia de la distinción entre el concepto de control del artículo 3.3, por un lado, y los criterios del artículo 5.4, por el otro.

<sup>28</sup> Apartado XI, párrafo tercero de la decisión.

<sup>29</sup> Caso nº IV/M.616, decisión de 23 de junio de 1995.

<sup>30</sup> El art. del Reglamento sobre licencias a las compañías aéreas que se aplicó al caso, el art. 2.g), en relación con el artículo 4, tiene una redacción idéntica al art. 3.3 del Reglamento de concentraciones.

<sup>31</sup> Otro ejemplo de la amplitud del concepto de «control» en el art. 3.3 del Reglamento es la decisión *Société Generale de Belgique/Générale de Banque* (as. IV/M.343, decisión de 3 de agosto de 1993), en la que la Comisión concluyó que el incremento de la participación de Société Générale de Belgique en Générale de Banque de un 20,94 por ciento a un 25,96 por ciento le confería el control sobre esta última puesto que su participación previsiblemente le daría un 56,62 por ciento de los derechos de voto en la próxima junta de accionistas; cf. ZACHMANN, J., *Le contrôle communautaire des concentrations* (1994), puntos 1.334-35.

<sup>32</sup> Así lo confirman varios autores de la doctrina: BELLAMY & CHILD, *Common Market Law of Competition*, (4ª ed., 1993), puntos 6-053 y 6-008, nota 16; BOS, P.V.F., STUYCK, J., WYTINCK, P., *Concentration Control in the European Economic Community* (1992), punto 4-020 (p. 133); GONZÁLEZ-DÍAZ, E. & JONES, C., *The EEC Merger Regulation* (1992), punto 2.4.1. (p. 26); BAEL, I. VAN/BELLIS, J.F., *EC Competition Law Reporter*, CCH Europe, aptdo. 55-360 y COOK, J. & KERSE, C., *EEC Merger Control- Regulation 4064/89* (1. ed. 1991), punto 3.4.6. (pp. 50-51); ZACHMANN, J., *Le contrôle communautaire des concentrations* (1994), puntos 1.329 y ss.; HAWK, B./HUSER, H., *EC Merger Control: A Practitioner's Guide* (1996), capítulo III.6.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la Comisión en su día ya intentó introducir en el artículo 5.4 la noción y el término de «control» contenido en el artículo 3.3, y que este intento fue expresamente rechazado por el Consejo durante el largo proceso legislativo que llevó a la adopción del Reglamento 4064/89<sup>33</sup>. En efecto, la Propuesta inicial de Reglamento presentada por la Comisión al Consejo en 1973<sup>34</sup>, se remitía, para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada (artículo 5), a la noción de control contenida en el artículo 2 de la Propuesta (equivalente al actual artículo 3 del Reglamento 4064/89). Así, el artículo 5.1.a) de la Propuesta de la Comisión decía:

«1.a) La cifra de negocios total contemplada en el artículo 1º párrafo 2 y en el artículo 4 párrafo 1º resulta de la suma de las cifras de negocio realizadas en el transcurso del último ejercicio por el conjunto de los productos y servicios por:

- 1º) las empresas que participen en la operación de concentración,
- 2º) las empresas o *grupos* de empresas que *controlan* las empresas participantes en la operación de concentración *en el sentido del artículo 2*,
- 3º) las empresas o *grupos* de empresas controladas *en el sentido del artículo 2* del presente reglamento por las empresas participantes en la operación de concentración.» (traducción propia; cursivas nuestras)

En las deliberaciones del Consejo que precedieron a la adopción del Reglamento, el ámbito de aplicación del mismo fue una de las cuestiones más debatidas<sup>35</sup>. En la cuarta propuesta modificada del Reglamento, del año 1988<sup>36</sup>, la Comisión tuvo que omitir cualquier referencia a la noción de «grupo» y al concepto de «control en el sentido del artículo 2 [hoy art. 3]» que habían figurado en sus propuestas anteriores, y propuso una versión del artículo 5.4 que, en lo fundamental, se corresponde con la finalmente aprobada. La propuesta inicial de la Comisión de utilizar las mismas nociones y criterios para determinar la *existencia* de una concentración y para determinar su *dimensión*, fue expresamente rechazada por el Consejo, que estableció para este segundo caso unos parámetros más precisos y taxativos, en aras de la seguridad jurídica<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Vid. BOS, P.V.F., STUYCK, J., WYTINCK, P., antes citado, p. 132, nota 27.

<sup>34</sup> DOCE C92/1 de 31 de octubre de 1973.

<sup>35</sup> Así lo señaló la Comisión en la Propuesta modificada de Reglamento: «Les discussions qui se sont déroulées au niveau du Conseil ont fait apparaître des divergences importantes principalement en ce qui concerne le champ d'application du règlement» (DOCE C36/3 de 12 de febrero de 1982).

<sup>36</sup> DOCE C130/4 de 19 de mayo de 1988.

<sup>37</sup> En el mismo sentido se pronunció el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la propuesta modificada de este Reglamento (DOCE 218/14 de 8 de agosto de 1988, punto 6.1.2): «Sin embargo, dada la importancia de saber si una operación de concentración pertenece o no al ámbito de aplicación del Reglamento, es indispensable, en aras de la seguridad jurídica, elaborar la más clara definición posible».



Todo ello es suficientemente ilustrativo de la inequívoca voluntad del Consejo de establecer, en contra de lo propuesto por la Comisión, parámetros diferentes para determinar, por una parte cuándo existe una concentración (artículo 3) y por otra qué Autoridad es competente para su evaluación (artículo 5.4). La utilización de criterios distintos en los artículos 3.3 y 5.4 responde pues claramente a la distinta finalidad y trascendencia de cada uno de ellos. En el artículo 3.3 el hecho de que una operación sea, o no, concentración afecta al procedimiento a seguir, pero no a la competencia para resolver, que será en ambos casos de la Comisión (si se dan los requisitos cuantitativos). En el artículo 5.4, por el contrario, el cálculo del volumen de negocios determina a qué autoridad debe dirigirse el administrado y qué autoridad es competente para resolver sobre la concentración —la Comisión o las autoridades de los Estados miembros—. De esta cuestión también depende si la operación debe notificarse obligadamente en el plazo de sólo una semana (art. 4.1) o —en el caso de España— dentro del plazo voluntario de tres meses a partir de la conclusión del acuerdo, y si debe o no suspenderse conforme al artículo 7.1 del Reglamento 4064/89 (obligación que no tiene equivalente en nuestra LDC).

Analicemos pues la interpretación que la Comisión ha hecho en su práctica decisoria de los criterios precisos y taxativos del artículo 5.4 del Reglamento.

#### 1. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5.4 A SUPUESTOS DE CONTROL FÁCTICO

La primera ampliación de los criterios del artículo 5.4 se produce cuando la Comisión aplica los supuestos que enumera la letra b) del artículo 5.4 a constelaciones en las que una empresa disponga *de facto* de las mayorías y derechos enunciados en dicho artículo, sin disponer desde un punto de vista estrictamente legal de «más de la mitad» del capital, de los votos en el Consejo, etc. En la práctica, la Comisión incluye tanto las filiales controladas *de facto* por la empresa afectada en cuestión (art. 5.4.b) como las matrices que a su vez la controlan *de facto* (art. 5.4.b) en combinación con la letra c) utilizando los amplios criterios del artículo 3.3 y no aquellos del art. 5.4 para determinar si existe o no «control».

La diferencia existente entre los conceptos de control de los artículos 3.3 y 5.4 del Reglamento aun podía apreciarse en la práctica de la Comisión en el primer año tras la entrada en vigor del Reglamento. En el asunto *Arjomari-Prioux/WTA*<sup>38</sup> la Comisión consideró, por un lado, que el 39 por ciento del accionariado de WTA, del que era titular Arjomari-Prioux, le confería a ésta una «influencia decisiva» sobre

<sup>38</sup> Caso IV/M.025 de 10 de diciembre de 1990.

WTA y, por tanto, el «control» en el sentido del artículo 3.3 del Reglamento. En cambio, se negó a considerar el volumen de negocios de la matriz de Arjomari-Prioux, Groupe Saint Louis, por considerar que ésta no cumplía los requisitos del tercer guión del artículo 5.4.b), al disponer sólo de un 45,12 por ciento del accionariado. Sin embargo, en un *obiter dictum* en esta misma decisión, la Comisión ya apuntó su pretensión de incluir el volumen de negocios de empresas relacionadas con la empresa afectada aunque éstas no tuvieran la mayoría absoluta («más de la mitad», art. 5.4.b) de los derechos de voto en la empresa afectada<sup>39</sup> (es decir, aplicando los criterios de «control» del artículo 3.3).

Posteriormente, la Comisión pasó ya a aplicar esta interpretación que había hecho del artículo 5.4 en su práctica. Así, la Comisión incluyó la cifra de negocios del grupo Havas en el cálculo del volumen de negocios de Eurocom en el asunto *EUROCOM/RSCG*<sup>40</sup>, a pesar de que Havas sólo poseía una participación de un 44,25 por ciento en Eurocom. Aun así, la existencia de «control» se justificaba —según la Comisión— por el hecho de que esta participación le había permitido ejercer *de facto* el 69,5 por ciento, 68 por ciento y el 77,5 por ciento de los derechos de voto presentes y representados en las últimas tres juntas generales. Sin citar el artículo 3.3, la Comisión utilizó, pues, los parámetros de esta disposición para establecer que Havas disponía, gracias a la dispersión del voto del resto de los accionistas, del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, por lo cual la Comisión estimó que controlaba a Eurocom en el sentido del artículo 5.4.c) del Reglamento.

En el asunto *Eridania/ISI*<sup>41</sup>, el mismo razonamiento sirvió a la Comisión para sumar la cifra de negocios del grupo Ferruzzi a la de Montedison, que a su vez controlaba la empresa afectada Eridania, aunque Ferruzzi sólo tuviera un 43,69 por ciento del capital de Montedison. En la decisión *IFINT/EXOR*, la Comisión llegó incluso a considerar —siguiendo una vez más los criterios fácticos del artículo 3.3—, que la propia IFINT afirmaba en sus documentos oficiales que «formaba parte del grupo Agnelli», para sumar la cifra de negocios de este grupo, a

<sup>39</sup> En el apartado 6 de la citada decisión, la Comisión afirma que: «[El poder de nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo o de otro órgano de representación legal de una empresa] no existe únicamente cuando una empresa dispone del derecho contractual de efectuar estos nombramientos, sino también cuando una empresa, aun no disponiendo de una mayoría absoluta de los derechos de voto en una sociedad, posee la proporción más grande de estos derechos y los demás derechos de voto están a su vez dispersos. Si puede demostrarse que la empresa que posee semejante participación de hecho ha sido capaz de hacer estos nombramientos por controlar más de un 50 por ciento de los derechos de voto en la junta general debido a la ausencia de otros derechos de voto, se puede razonablemente asumir que tiene el poder al que hace referencia el tercer guión del artículo 5.4.b).» (traducción propia).

<sup>40</sup> Asunto IV/M.147, decisión de 15 de noviembre de 1991.

<sup>41</sup> Asunto IV/M.062, decisión de 30 de julio de 1991.



pesar de que IFI, filial del grupo Agnelli, «no poseía la mayoría del capital de la sociedad IFI»<sup>42</sup>.

Esta práctica de la Comisión —que ni siquiera ha quedado reflejada en la nueva Comunicación sobre el cálculo del volumen de negocios de 1994— en nuestra opinión constituye una injustificada ampliación de la competencia de la Comisión, que —además de crear inseguridad jurídica entre las empresas, que en muchos casos ya no saben con seguridad a qué autoridad deben dirigirse— es claramente contraria a la voluntad del Consejo de establecer un mecanismo sencillo y claro en favor de la seguridad jurídica de los administrados y, por ello, un criterio distinto al empleado en el artículo 3.3 del Reglamento<sup>43</sup>.

## 2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5.4 A SUPUESTOS DE CONTROL CONJUNTO

La segunda extensión del ámbito del artículo 5.4, se deriva de la práctica de la Comisión de incluir a sociedades matrices que controlan *conjuntamente* a una empresa afectada —y que, por tanto, necesariamente no pueden poseer «más de la mitad» del capital, de los derechos de voto, etc. en la empresa afectada—, en el cálculo del volumen de negocios de esta última. Esta práctica también queda reflejada en la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios<sup>44</sup>, donde la Comisión afirma que «en el caso de que la empresa afectada esté bajo el control conjunto de dos o más sociedades, esto es, cuando la gestión de la actividad de la misma requiera el acuerdo de todas y cada una de las empresas, habrá de incluirse el volumen de negocios de todas ellas»(apartado 38.3).

De esta manera, en el asunto *AHOLD/Jerónimo Martins/Inovação*<sup>45</sup>, en que JMR había adquirido la empresa Inovação Holding, la Comisión incluyó el volumen de negocios de Ahold en el cálculo de la cifra de negocios de la empresa afectada JMR, que Ahold y JM Holding controlaban conjuntamente. Aunque la decisión no facilite detalles sobre los respectivos volúmenes de negocios de las empresas afectadas, parece ser que sin el volumen de negocios de Ahold (9.078 millones de ECU) la operación no hubiera alcanzado el umbral de los 5.000 millones de ECUS (art. 1.2.a) del Reglamento). Asimismo, la Comisión, sin dar más explicaciones, incluyó el volumen de negocios de Rhône-Poulenc en el cálculo del volumen de negocios de TERIS, filial común de la primera y SITA, en la decisión *SITA-RPC/SCORI*<sup>46</sup>. La decisión *CWB/Goldman Sachs/Tar-*

<sup>42</sup> Asunto IV/M.187, decisión de 30 de enero de 1992, aptdo. 8.

<sup>43</sup> *Vid.*, en este mismo sentido, HAWK, B./HUSER, H., antes citado, capítulo III.6.

<sup>44</sup> Comunicación 94/C 385/04, DOCE de 31 de diciembre de 1994.

<sup>45</sup> Asunto IV/M.320, decisión de 12 de marzo de 1993.

<sup>46</sup> Asunto IV/M.295, decisión de 19 de marzo de 1993, aptdos. 3 y 16.

*kett*<sup>47</sup> es la única en la que la Comisión hace constar expresamente que incluye la cifra de negocios de las matrices que controlan conjuntamente la empresa afectada CWB en el cálculo del volumen total de negocios de esta última.

La misma, a nuestro entender errónea, interpretación del artículo 5.4.b) del Reglamento también la hallamos en la actitud de la Comisión en cuanto a su competencia para conocer del asunto *Cablevisión*<sup>48</sup> y la subsiguiente —por razones de admisibilidad infructuosa— solicitud de medidas cautelares ante el TPI en el asunto *Sogecable/Comisión*<sup>49</sup>. En este caso, en el que Telefónica y Sogecable habían creado la empresa en participación Cablevisión, las partes habían efectuado el cálculo del volumen de negocios de Sogecable incluyendo únicamente la cifra de negocios de la matriz que gestionaba a esta empresa conforme al cuarto guión del artículo 5.4.b) en combinación con el artículo 5.4.c), llegando así a la conclusión de que la operación no era de dimensión comunitaria. Consecuentemente, las partes notificaron la operación a las autoridades nacionales y obtuvieron una autorización de la concentración por parte del Gobierno español. La Comisión, a su vez, inició un expediente *ex officio* contra las partes de la operación, al entender que no sólo el volumen de negocios de PRISA (que posee un 25 por ciento del capital), sino también aquel de Canal+ Francia (que posee otro 25 por ciento) debía incluirse en el cálculo de la cifra de negocios de Sogecable, puesto que ambas controlaban conjuntamente a esta empresa afectada, con la consecuencia de que la operación de concentración Cablevisión tenía dimensión comunitaria y entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento.

La Comisión basa la aplicación de la letra c) del artículo 5.4 a dos o más matrices de la empresa afectada, en el razonamiento<sup>50</sup> de que la letra c) emplea el plural «empresas» al remitir a la letra b). De esta manera, la Comisión aplica los cuatro guiones de la letra b) también en el caso en que dos o más empresas dispongan *conjuntamente* de aquellos derechos o facultades con respecto a una empresa afectada<sup>51</sup>. Esta interpretación del artículo 5.4 va aun más lejos que la práctica antes citada, puesto que combina la aplicación de las letras b) y c) del artículo 5.4 a los supuestos de control conjunto, con la aplicación de estas disposi-

<sup>47</sup> Asunto IV/M.395, decisión de 20 de enero de 1994, aptdo. 9.

<sup>48</sup> Asunto IV/M.709, Doce C 167/5, de 11 de junio de 1996; el procedimiento no finalizó con una decisión formal de la Comisión, puesto que las partes retiraron la notificación tras haber disuelto la empresa en participación.

<sup>49</sup> Asunto T-52/96R. Rec. 1996, p. II-797.

<sup>50</sup> Comunicación 94/C 385/04, relativa al cálculo del volumen de negocios, apartado 38. 3.

<sup>51</sup> Vid. GONZÁLEZ-DÍAZ/JONES, antes citado, punto 2.4.2.1. (p. 30); BAEL, I. VAN/BELLIS, J.F., antes citado, apartado 55-390; COOK /KERSE, antes citado (1. ed. 1991), punto 3.4.7. (pp. 52-53) —la segunda edición de 1996 ya no hace referencia a esta problemática—; BECHTOLD, R., «Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht», *EuZW* 21/1994, p. 654; HAWK/HUSER, antes citado, capítulo III.6.3.



ciones a situaciones de control *de facto*, que hemos tratado en el apartado anterior. En efecto, en el citado asunto, en ningún caso —es decir aun asumiendo que el artículo 5.4 permitiera la inclusión de los volúmenes de negocios de matrices que controlan conjuntamente a una empresa afectada— las matrices podían tener «más de la mitad» de los derechos enumerados en el artículo 5.4.b), ya que cada una sólo tenía un 25 por ciento del capital de la empresa afectada.

En nuestra opinión, no tiene fundamento el argumento utilizado por la Comisión para justificar su práctica de incluir a matrices que controlan conjuntamente a una empresa afectada en el cálculo del volumen de negocios de esta última, según el cual la utilización del plural *empresas* en el apartado c) le autoriza a sumar en todos los casos las cifras de negocios de las empresas que ejercen los derechos o facultades de modo conjunto. Por una parte, porque todas las letras del artículo 5.4 emplean el plural y, por otra parte, porque —como ha señalado la doctrina<sup>52</sup>— el empleo de tal plural en la letra c), de tener alguna significación particular, sólo tendría la de permitir englobar a las empresas en línea ascendente: la que ejerce esos derechos, la que los ejerce sobre ésta, y así sucesivamente. Otros autores<sup>53</sup> han interpretado la utilización del plural en la letra c) en el sentido de que varias empresas matrices pueden cumplir distintos guiones de la letra b) del artículo 5.4. (una empresa puede, por ejemplo, tener la mayoría de los derechos de voto y otra el derecho a nombrar la mayoría del consejo).

El único caso en el que el artículo 5.4 se refiere a una situación de ejercicio *conjunto* de derechos es en la letra e), para sumar la cifra de las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enunciados en la letra b). A este respecto cabe señalar, en primer lugar, que en la Propuesta modificada de Reglamento de la Comisión de 1988<sup>54</sup> (es decir, la primera propuesta que en principio se corresponde con el texto del artículo 5.4 finalmente adoptado), lo que en la versión final vino a ser la letra e), constituía un subpárrafo separado de las letras a) a d), que comenzaba con las palabras «[s]e considerarán *también* empresas interesadas aquéllas...». Esto demuestra que el supuesto de la letra e), constituye un caso totalmente distinto de los

<sup>52</sup> *Vid.*, por ejemplo, DRAUZ, G./SCHROEDER, D, *Praxis der europäischen Fusionskontrolle* (3.ª ed., 1995), p. 21; COOK/KERSE, antes citado, punto 3.4.7 (pp. 52-53); BECHTOLD, «Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht», *EuZW* 1994, p. 654; SIRAGUSA, M./SUBIOTTO, R., «The EEC Merger Control Regulation: The Commission's evolving case law», *CMLRev.* 1991, p. 877 (p. 900), = *RTDE* 1992, p. 51 (p. 64); BAEL/BELLIS, antes citado, punto 55-390; LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht* (7.ª ed.), Art. 5 Reg. 4064/89, apartados 10 y 14; IMMENGA, U./MESTMÄCKER, E.J., *Kommentar zum GWB* (1992), vor § 23, apartado 121.

<sup>53</sup> HAWK/HUSER, antes citado, aptdo. 6.2.2.; COOK/KERSE, antes citado, 2ª edición, p. 75.

<sup>54</sup> DOCE C130/7, de 19 de mayo de 1988.

supuestos tratados en las letras a) a d), y que la falta de referencia a empresas que disponen conjuntamente de derechos y facultades en las letras a) a d) no es un olvido del legislador, sino una exclusión consiente. Por ello, cuando el artículo 5.4 en su letra e) incluye la cifra de negocios de las empresas en las que se disponga conjuntamente de los derechos, lo hace exclusivamente para el caso de que tal disposición conjunta sea por parte de varias<sup>55</sup> de las empresas contempladas en las letras a) a d), pero no en el caso de que la disposición conjunta sea entre una de las empresas contempladas en las letras a) a d), y una tercera empresa. La propia Comisión acepta esta interpretación en su Comunicación relativa al volumen de negocios<sup>56</sup>, aunque, al mismo tiempo —en el apartado 40 de la citada Comunicación— vuelve a incluir filiales comunes entre una empresa afectada y una tercera empresa. Si bien la Comisión en este supuesto sólo quiera imputar la mitad del volumen de negocios de la filial común a la empresa afectada (por analogía con la letra b) del apartado 5 del artículo 5), en nuestra opinión, la inclusión de una filial común con una tercera empresa es directamente contraria a la letra e) del artículo 5.4, que precisamente limita tal inclusión a filiales comunes controladas íntegramente por empresas pertenecientes al mismo grupo de la empresa afectada.

Constatamos, pues, que cuando el legislador ha querido referirse a la situación de disposición conjunta de derechos sobre una empresa, lo ha hecho de un modo limitado (sólo para las empresas que se encuentren «debajo» de una empresa afectada) y en un supuesto muy preciso (que excluye incluso aquellas empresas en las que una de las «matrices conjuntas» no sea una empresa de las contempladas en las letras a) a d)). También el apartado 5 del artículo 5 —que sólo permite la inclusión del volumen de negocios de una empresa controlada conjuntamente cuando al menos dos de sus matrices son empresas afectadas—, confirma que el legislador no contemplaba, en ningún caso, la inclusión de empresas en participación controladas por una empresa afectada y una tercera empresa<sup>57</sup>.

En la citada Comunicación, la Comisión utiliza, para defender su interpretación extensiva, el argumento, según el cual «la lógica del Reglamento reposa ante todo en la determinación de los recursos eco-

<sup>55</sup> La versión inglesa dice «two or more».

<sup>56</sup> En su Comunicación 94/C/385/04, el diagrama contenido en el apartado 38, en el que la empresa *e* es un supuesto en el que los derechos sobre ella son ejercidos por dos empresas que tienen la calificación de *b* con respecto a la empresa afectada, es decir ambas matrices pertenecen al grupo de la empresa afectada.

<sup>57</sup> La nota orientativa III. B del antiguo formulario CO (anexo del Reg. 2367/90, de 25 de julio de 1990, DOCE L219/5, de 14 de agosto de 1990) relativa al art. 5.5 afirma sin lugar a dudas que «no se tendrán en cuenta las empresas conjuntas existentes entre cualquiera de las empresas afectadas y algún tercero»; cf. GONZÁLEZ-DÍAZ/JONES, antes citado, punto 2.4.2.4. y HAWK/HUSER, antes citado, capítulo III.6.2.2.



nómicos y financieros globales que se combinan mediante la concentración.» Tal argumento llevaría a la Comisión a prescindir por completo de todos los criterios taxativos enumerados en el art. 5.4. y a tomar en consideración la cifra de negocios de todos los accionistas, con independencia de que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en aquel artículo, pues es obvio que sus recursos económicos y financieros también se combinan en la operación. Ocurre, sin embargo, que el legislador comunitario ha querido delimitar muy claramente cuáles de esos accionistas deben ser tenidos en cuenta y cuáles no.

Finalmente, tampoco hay que olvidar que un precepto que establece el reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros y que tiene también por objeto garantizar la seguridad jurídica de los administrados no puede ser interpretado extensivamente, sino de manera restrictiva. Esto es tanto más así cuando el precepto que nos preocupa se halla incluido en un Reglamento cuyo fundamento es también el artículo 235 del Tratado, ya que introduce la nueva obligación —que no se deriva de los artículos 85 y 86 y, por tanto, tampoco del artículo 87 como base jurídica— de someter las operaciones de concentración a un régimen de control previo (arts. 4 y 7 del Reglamento).

#### IV. CONCLUSIÓN

La pretensión de este trabajo ha sido poner de manifiesto cómo la imprecisa redacción de los artículos 85 y 86 del Tratado —y la inexistencia de Derechos nacionales de la competencia en algunos Estados miembros durante largos años— ha propiciado una interpretación extensiva de la competencia de la Comisión para aplicar estos artículos a conductas que, en principio, no parecerían llamadas a ser reguladas por aquéllos.

En contraste con esta situación, creemos haber demostrado que el legislador comunitario en el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración ha querido establecer —y ha establecido— unos criterios mucho más claros y taxativos para delimitar las respectivas competencias de la Comisión y de las autoridades nacionales.

La práctica de la Comisión en aplicación de este Reglamento se ha orientado a aplicar los claros y taxativos criterios del artículo 5.4 como si fueran equivalentes a los más vagos criterios del artículo 3.3, que el legislador comunitario había excluido expresamente. La consecuencia ha sido —en nuestra opinión— no sólo la invasión por parte de la Comisión de competencias reservadas a las autoridades nacionales sino también la introducción de elementos de inseguridad jurídica para las empresas que, si quieren evitarla, habrán de recurrir a una —no obliga-

da por el reglamento— necesaria consulta previa con la Comisión en cuanto a la dimensión de la operación.

Sería de desear que la acordada ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento a determinadas operaciones que actualmente aún requieren una pluralidad de notificaciones nacionales, vuelva a llevar a la Comisión a aplicar los criterios del artículo 5.4 del Reglamento de manera más estricta<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Tras haber rechazado la reducción de los umbrales del artículo 1.2 del Reglamento propuesta por la Comisión (COM (96) 313 final, DOCE C350/8, de 21.11.1996), el Consejo acordó informalmente el pasado 24.04.1997 ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento para incluir también aquellas operaciones que, sin alcanzar los umbrales del artículo 1.2, cumplen los requisitos para ser examinadas en al menos en tres Estados miembros. A estos efectos, el Reglamento (CE), n.º 1310/97, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 (DOCE L 180/1, de 9.07.1997), sustituye el apartado 3 del artículo 1 por el siguiente texto:

«3. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de ecus;

b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de ecus;

c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y

d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad.»

La nueva versión del Reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 1998 (artículo 3 del Reg. n.º 1310/97).



## MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ  
Vicepresidente del Tribunal de Defensa  
de la Competencia  
Magistrado

### I. RAZÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Hace ya bastantes años que por diversos juristas de prestigio se ha puesto de relieve la necesidad y razón de ser de las medidas cautelares<sup>1</sup>. Si bien éstas son comunes a todo tipo de procedimientos, es en la jurisdicción civil donde encuentran un mayor desarrollo, motivado tal vez por la regulación más moderna y eficaz de determinados derechos como son los referidos a la propiedad industrial e intelectual o a la exigencia de concurrencia leal en el mercado.

La tradicional crítica a la lentitud de la justicia, común a los países del denominado sistema continental, sume al ciudadano en total desesperanza al comprobar que cuando al fin se le reconoce su derecho por los Tribunales el mismo no puede hacerse efectivo, pues los bienes que le tienen que ser entregados han desaparecido o se han deteriorado por el paso del tiempo, o el obligado a pagar ha devenido insolvente, por citar sólo los casos más comunes. Otros supuestos de contenido económico muy importantes en la moderna sociedad industrializada, como son los citados derechos de propiedad industrial, en los que por su propia naturaleza la tardanza en el reconocimiento del derecho resulta en muchos supuestos irreparable o de muy difícil remedio, como el caso de la marca imitada, conlleva a la busca de algún tipo de solución, que van a proporcionar las medidas cautelares.

<sup>1</sup> CHIOVENDA: «La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para quien teniéndola se ve obligado a acudir a los tribunales»; «Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921», en *Giur. civ. e comm.*, 1921, p. 362. CALAMANDREI: «Las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto pero mal, o hacerlas bien pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien y del mal a las reposadas formas del proceso ordinario», *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, p. 4.

Mas la instauración de las medidas cautelares, ya en nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Civil incluso con carácter general, respondió a la mente previsora de Álvarez Bugallal y no a la necesidad sentida por aquella sociedad agrícola de 1881 cuyos litigios estaban basados principalmente en cuestiones de propiedad y sucesiones, y que poco tenía que ver con la actual industrializada, en donde las propias instituciones y el tracto rápido mercantil demandan soluciones y previsiones mucho más ágiles. Pero la intervención de última hora del Ministro de Justicia, Álvarez Bugallal, va a propiciar entonces las medidas cautelares inno- minadas del artículo 1428 LEC<sup>2</sup>.

Como ya queda apuntado, la necesidad de las medidas cautelares se hace más notoria en tiempos recientes en donde a los motivos ya señalados hay que añadir el creciente número de procedimientos no proporcionado con el aumento de órganos judiciales para resolverlos, así como el no haberse acometido la demandada, desde todos los ámbitos, reforma de nuestra Ley procesal civil<sup>3</sup> en la que se conservan formas de procesos lentos y con demasiadas variedades, lo que indudablemente contribuye a retardar la resolución, y también, por qué no decirlo, la mala fe procesal de la que hacen algunos práctica habitual a fin de conseguir que los retrasos sobrepasen los tiempos que ya de por sí resultarían alarmantes.

Nuestro TC ha señalado que «la tutela efectiva judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguran el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso»<sup>4</sup>.

Si bien la función jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado<sup>5</sup>, la función cautelar aparece en realidad como un nuevo género que va a garantizar aquella tradicional. Y la posición doctrinal generalizada inicial que consideraba a las medidas cautelares como aseguradoras de la sentencia<sup>6</sup> va a ser superada al contemplar otras más recientes que responden a la función de asegurar la efectividad de la sentencia y no a la clásica de aseguramiento de su ejecución<sup>7</sup>. Así, las medidas cautelares de cesación provisional, la prohibición de determinada publicidad y la suspensión del acuerdo social impugnado, son simples ejemplos de medidas

<sup>2</sup> Ver al respecto LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española (Procedimiento Civil)*, 1970.

<sup>3</sup> El equipo del Ministro Belloch llegó a dejar terminado un Anteproyecto de reforma de la LEC que se ha quedado en el olvido, redactándose uno nuevo por el actual equipo en el Gobierno.

<sup>4</sup> STC 10 de febrero de 1992, F.J. 7º.

<sup>5</sup> Arts. 117.3 CE y 2.1. LOPJ.

<sup>6</sup> CARRERAS LLANSANA, *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 573 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, pp. 17 y ss; RAMÓN MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil II*, Barcelona 1990.

<sup>7</sup> Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ al examinar las medidas cautelares las trata como aseguramiento de la ejecución, en el *Derecho Procesal II*, Capítulo Quinto, Madrid 1992, p. 339.



cautelares que propician modernas leyes especiales, que sobrepasan con mucho los límites del mero aseguramiento de la ejecución de la sentencia y responden a la función de asegurar la efectividad de la misma anticipando incluso provisionalmente sus efectos<sup>8</sup>. Se contempla así el estimamiento de las medidas cautelares para su adaptación a las necesidades de la sociedad moderna industrializada donde la lentitud de la justicia produce efectos más negativos aún sobre las nuevas instituciones y los derechos que de las mismas emergen; de ahí que como señala Perrot «la philosophie même de la mesure provisoire a changé»<sup>9</sup>.

En el panorama jurisdiccional español no encontramos hasta tiempos muy recientes un desarrollo de las medidas cautelares, posiblemente debido a una consideración inadecuada de éstas como predeterminadoras del fallo definitivo, cuando la filosofía de las medidas cautelares es algo bien distinto. Tal vez también haya contribuido a la tardanza de que las medidas cautelares sean algo habitual en los juzgados y tribunales españoles la desconfianza mutua entre jueces y abogados, lo que ha determinado una degradación de la *autoritas* de aquéllos. Por el contrario, en Francia, donde la confianza mutua entre ambos como colaboradores en hacer justicia es grande y se cuestiona en mucha menor medida la autoridad del juez, los procesos cautelares tienen un ejemplo claro de su desarrollo y efectividad<sup>10</sup>.

Instituciones con regulación reciente y moderna en nuestro país, como es el caso de la competencia desleal<sup>11</sup>, han propiciado un sistema de medidas cautelares rápido y eficaz, que cada día tiene mayor y mejor acogida por los órganos judiciales españoles.

Así, el establecimiento de su tramitación preferente, la posibilidad de adoptarse «inaudita parte» en caso de peligro grave e inminente y dictarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su solicitud<sup>12</sup>, dan un gran margen de discrecionalidad al juez y se apartan de la tendencia

<sup>8</sup> ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional II*, Barcelona 1993, pp. 331 y ss; BARONA VILLAR, *Protección del Derecho de Marcas (Aspectos procesales)*, Civitas, Madrid 1992, pp. 105 y ss.

<sup>9</sup> PERROT, «Les mesures provisoires en droit français», en *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano 1985, p. 153.

<sup>10</sup> Los procedimientos de «référé» en el proceso civil funcionan como procesos urgentes no sujetos al principio de contradicción, sólo condicionados a una «contestation sérieuse», aunque no den lugar a cosa juzgada. Su modalidad más frecuente es el «référé de provision» que faculta al juez para ordenar el pago de una cantidad de dinero a cuenta de una obligación. La ordenanza «sur requête» prescinde del contradictorio, incompatible con la necesidad de tomar medidas muy urgentes. Los procesos «d'injonction» permiten obtener del juez una condena al pago de una cantidad o la ejecución in natura de una obligación contractual, en ambos casos «inaudita parte».

<sup>11</sup> Ver al respecto mis trabajos: «Propiedad Industrial y Competencia Desleal en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*», Centro de Estudios Judiciales 1991, pp. 185 y ss; y «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LCD», en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial - ANDEMA, 4, 1995, pp. 11 y ss.

<sup>12</sup> Art. 25.2 LCD.

a convertir las medidas cautelares en auténticos procesos paralelos que las desnaturalizan <sup>13</sup>.

La práctica judicial demuestra cómo cada día se demanda mayor número de medidas cautelares ante los Tribunales españoles y cómo cada día se adoptan también con mayor rapidez y profusión diversas medidas cautelares.

## II. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como pone de relieve la Profesora Calderón Cuadrado, la injerencia que puede producir una medida cautelar en la esfera jurídica del sujeto pasivo, impide que ésta se adopte en base a la petición pura y simple del solicitante <sup>14</sup>. Con independencia de los requisitos propios que suelen exigirse en determinadas medidas, principalmente en las reguladas por las modernas leyes especiales mercantiles que se han visto abocadas al establecimiento de regímenes procesales que en principio les son ajenas, la generalidad de la doctrina conviene en que la adopción de medidas cautelares está en todo caso condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos derivados de los principios informadores de la protección cautelar.

### 1. APARIENCIA DE BUEN DERECHO

El que solicita una medida cautelar debe ofertar una justificación de su derecho, generalmente documental, lo que se conoce como «fumus boni iuris». No es suficiente con la afirmación del actor para dar lugar a medidas cautelares, pues se va a interferir en la esfera de derechos del demandado, además de resultar absurdo, pues sería tanto como hacer a aquél de mejor derecho, pero tampoco se le va a exigir una prueba plena, propia del proceso declarativo. La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebida como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidum-

---

<sup>13</sup> Así, ocurre con bastante frecuencia en las medidas cautelares previstas en los arts. 133 a 139 de la Ley de Patentes aplicables también al supuesto de las Marcas por la remisión que el art. 40 LM hace al sistema procesal de aquélla, título XIII, y cuyo art. 135 no establece si el demandado debe ser emplazado ni por cuánto tiempo, lo que provoca que generalmente se haga por 20 días produciéndose una dilación no deseada e inseguridad jurídica, ya que no todos interpretan la norma de igual forma. Ver al respecto el interesante trabajo de DEL VALLE, J., «Aplicación de Medidas Cautelares (Marcas)», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, 1991, pp. 231 a 246.

<sup>14</sup> CALDERÓN CUADRADO, «La protección de las marcas a través de las medidas cautelares en la Ley de Marcas y en la Ley de Competencia Desleal» en el *Tratamiento de la marca en el tráfico jurídico-mercantil*, Consejo General del Poder Judicial -Andema, 1994, p. 295.



bre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para la adopción de la cautela será suficiente con una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado <sup>15</sup>, lo que no obstante exigirá la determinación de la situación jurídica cautelar y el grado de demostración necesario y suficiente <sup>16</sup>. La primera vendría constituida por los derechos o intereses, individuales o colectivos, lesionados o en peligro de serlo <sup>17</sup>. En cuanto al grado de demostración, exigirá mayor o menor intensidad acorde con la medida solicitada. Resulta aquí evidente que para su apreciación se traslada al juez un importante grado de discrecionalidad aunque ésta no es absoluta sino naturalmente reglada por esa apariencia de buen derecho demostrada en grado suficiente, que a aquél corresponde determinar.

## 2. PELIGRO DE DEMORA

La finalidad de toda medida cautelar es precisamente el evitar el peligro que para el derecho puede suponer la tradicional lentitud de la justicia, debida al menos en parte, al propio proceso. El sentido de la medida cautelar le viene dado por la amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio. En definitiva, el peligro en la demora vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza <sup>18</sup>. La tardanza en la resolución del proceso principal podrá acarrear no sólo el que la sentencia no pueda ejecutarse, lo que de por sí incardina el «periculum in mora», sino en otros muchos supuestos en que, siendo posible su ejecución, no resulte efectiva porque la tardanza en el reconocimiento del derecho ocasionó un daño irreversible. Bueno es recordar aquí los supuestos de ejercicio de acciones derivadas de las Leyes de Patentes, Marcas, General de Publicidad o Competencia Desleal en amparo de derechos cuyo reconocimiento tardío puede acarrear el desprestigio de la marca o la expulsión del mercado de un competidor, por citar sólo unos ejemplos significativos, en los que la sentencia favorable, por tardía, resultará infructuosa.

## 3. FIANZA

Como regla general quien obtiene una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pueden irrogarse a la parte contra la que se dicta la medida cautelar si la misma

<sup>15</sup> *Op. cit.* supra 14.

<sup>16</sup> Ortells, *Derecho jurisdiccional II* - 2º, Barcelona 1991, p. 264.

<sup>17</sup> Así, el art. 25 LCD posibilita la adopción de medidas cautelares también en el supuesto de que existan indicios de la inminencia de la realización de un acto de competencia desleal.

<sup>18</sup> CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, p. 55.

resulta revocada o la resolución del pleito principal resulta contraria al actor. En algunos supuestos la prestación de fianza viene exigida por la Ley y en otros se deja a la discrecionalidad del juez. En todo caso, a éste va a corresponder la difícil tarea de su cuantificación donde se han de tener presentes los posibles daños que pudieran ocasionarse y su valoración anticipativa, sin por ello llegar a establecer una fianza que por suficientemente amplia en la cobertura de aquéllos, haga imposible o demasiado onerosa su prestación por el solicitante<sup>19</sup>.

La determinación cualitativa de la fianza es amplia, ya que se prestará en cualquiera de las formas admisibles en derecho, con excepción de la fianza personal, aunque se acepta la posibilidad del aval bancario que, aunque es un tipo de fianza personal, es en todo caso muy efectiva<sup>20</sup>.

En ningún caso puede pensarse que con la exigencia de la fianza no habrá de exigirse la justificación del «periculum in mora» argumentando que, cubiertos los posibles daños que con la medida se pudiesen causar al demandado, no existirá ya problema para su adopción. El peligro en la demora es precisamente el fundamento mismo de la medida cautelar, por lo que en ningún caso podrá adoptarse la cautela sin la justificación de aquel peligro. La fianza podrá servir para ampliar el arbitrio judicial en reducir la exigencia de su prueba «prima facie», pero nunca para sustituirla<sup>21</sup>, además de la dificultad ya apuntada de no tener seguridad de si la fianza cubrirá los posibles daños en su totalidad.

De lo hasta aquí señalado respecto de las medidas cautelares puede establecerse una primera reflexión. Es indudable el beneficio que pueden proporcionar al actor, así como el perjuicio para el demandado. La prudencia judicial debe actuar como elemento corrector no impidiendo la adopción de medidas cautelares pero evitando el riesgo de que por el demandante se utilicen como simple elemento de presión antijurídica sobre el demandado<sup>22</sup>.

#### 4. EXISTENCIA DE UN PROCESO PRINCIPAL O LA INMINENCIA DEL MISMO

Toda vez que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en un proceso que por su tardanza pudiera resultar infructuosa, deberá pues haberse iniciado aquél, tramitándose la petición de medidas en pieza separada de los autos principales.

<sup>19</sup> Ver al respecto ALONSO-CORTÉS CONCEJO, *Criterios para la fijación de la fianza en medidas cautelares y cuantificación de daños y perjuicios* y PUYOL MONTERO, *Algunas consideraciones en la tramitación procesal de las medidas cautelares y la prestación de las garantías en su adopción*. Ambos trabajos, en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial -ANDEMA, 1995, pp. 263 y ss. y 285 y ss., respectivamente.

<sup>20</sup> BARONA VILLAR, *op. cit.* supra 8, p. 115.

<sup>21</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974, p. 42.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *op. cit.* supra 7, p. 345.



Pero como también veíamos, la preservación de determinados derechos cuyo daño puede resultar irreversible, como ocurre en muchos supuestos de competencia desleal, determina que el legislador permita la petición de medidas cautelares incluso antes de interpuesta la demanda<sup>23</sup>. En este último supuesto, como también en el caso de que las medidas cautelares se adopten «inaudita parte», la fianza a la que me refería en el número anterior ni que decir tiene que adquiere una especial singularidad en garantizar los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar al demandado.

### III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

#### 1. FINALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>24</sup>, la misma responde al objetivo específico de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Parte la Ley de considerar a la competencia como la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa, debiendo concebirse la defensa de aquélla como un mandato a los poderes públicos que entronca con el artículo 38 CE.

La LDC se inspira en la normativa comunitaria de política de competencia que ha constituido sin duda uno de los pilares fundamentales en la creación y desarrollo del mercado común.

La Ley española contempla tres grupos de conductas como contrarios a la libre competencia y, por tanto, perseguibles conforme a la propia Ley. En primer lugar, las conductas prohibidas: acuerdos colusorios, que se describen en el artículo 1 y el abuso de posición de dominio (art. 6 LDC) y finalmente el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC). Mientras que el conocimiento de las acciones tipificables en los artículos 1 y 6 LDC corresponde en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los actos de competencia desleal serán examinados en principio por la jurisdicción civil (arts. 22 y ss. LCD) conforme a las prescripciones de la LCD y sólo excepcionalmente por los órganos encargados del derecho de competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 LDC, cuando el acto desleal falsee de

<sup>23</sup> Art. 25.3 LCD.

<sup>24</sup> BOE nº 170 de 18 de julio de 1989.

manera sensible la competencia en todo o parte del mercado nacional y afecte al interés público<sup>25</sup>.

También la misma Ley posibilita que determinadas conductas, en principio prohibidas, sean autorizadas en casos concretos (arts. 3 y 4 LDC) o se declaren exentas por categorías (art. 5 LDC), así como establezca un régimen de control de las concentraciones económicas que por su importancia y efectos pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público (arts. 14 al 18 LDC). Finalmente, la misma Ley instituye un sistema que permitirá, en determinados supuestos, el análisis de las ayudas públicas con criterios de competencia y prevenir sus efectos indeseables.

Resulta pues evidente la singularidad del derecho de la competencia donde están presentes de forma principal el interés público en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional, y también intereses privados en cuanto éstos resulten coincidentes con aquéllos. La propia materia y los intereses que protegen determinan la necesidad de contar con la posibilidad de decretar medidas cautelares que no sólo garanticen la efectividad de la resolución que en su día se dicte, sino que impidan la infructuosidad de la misma.

## 2. ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

La aplicación de la normativa se encomienda en la misma Ley al Tribunal de Defensa de la Competencia con funciones de resolución y también de propuesta, y al Servicio de Defensa de la Competencia al que se otorgan las funciones de instrucción y vigilancia. Este doble órgano administrativo tiene especial singularidad, dado que se aparta de los tradicionales que aplican el derecho sancionador administrativo «tanto por la esencial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración activa»<sup>26</sup>.

Esta separación del órgano instructor del sancionador es una garantía para las partes de imparcialidad, a semejanza de como acontece en el proceso penal. Pero, además, el TDC ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 21 LDC, art. 1 RD 1936/1985 y art. 9 D. 538/1965), siendo sus miembros inamovibles en el ejercicio de sus cargos y debiendo cesar sólo por las causas establecidos en la Ley (art. 23 LDC y art. 12 D. 538/1965). A

<sup>25</sup> El TDC considera que para aplicar el art. 7 deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el acto o comportamiento sea constitutivo de competencia desleal; b) que pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o parte del mercado nacional; y c) que, por su propia dimensión provoque una afectación del interés público (Resoluciones 30 de noviembre de 1992, 8 de julio de 1992, 14 de julio de 1992 y 18 de diciembre de 1992, entre otras).

<sup>26</sup> Exposición de Motivos de la LDC.



todo esto hay que añadir que en los procedimientos seguidos por prácticas contrarias a la libre competencia las partes gozan de plenas garantías personales y procesales de alegación y defensa a semejanza de los procedimientos jurisdiccionales<sup>27</sup>, apartándose así de los clásicos procedimientos administrativos, por lo que la doctrina mayoritaria lo denomina como cuasi jurisdiccional, con independencia de que sus resoluciones se revisen por vía de recurso por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estas singularidades, tanto de la propia materia como de los órganos encargados de su aplicación, indudablemente se han de trasladar al procedimiento de medidas cautelares.

#### IV. ESPECIALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL

El artículo 136 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del RJAP y del PAC indica que en los procedimientos sancionadores se podrán adoptar medidas de carácter provisional, que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, cuando esté previsto en las normas que los regulan. El artículo 72 de la misma Ley se pronuncia en similares términos señalando como límite a la adopción de medidas el perjuicio de difícil o imposible reparación que pudiera causarse a los interesados y la violación de los derechos amparados por las Leyes. Por su parte, el artículo 15 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>28</sup> señala que el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional necesarias «para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales». Una vez más, como en otros tantos casos, vemos que, por vía de Reglamento y con el pretexto de aclarar o desarrollar la Ley, lo que se hace es cambiarla, como en el presente caso donde la limitación legal de las medidas cautelares a asegurar la eficacia de la resolución final se ve ampliada.

Pero, además, el propio precepto reglamentario extiende incluso la competencia para la adopción de medidas al «órgano competente para iniciar el procedimiento» o al «órgano instructor» cuando así lo exijan razones de urgencia. Las medidas cautelares que podrán éstos adoptar serán

<sup>27</sup> Ver al respecto, BERENGUER FUSTER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica CE*, Serie D-27, 1997, pp. 71 y ss., HIERRO, L., «Funciones del TDC y principios reguladores del procedimiento», en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, n° 71, 1991.

<sup>28</sup> Aprobado por R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, *BOE* n° 189 de 9 de agosto de 1993.

las que resulten necesarias, dejando pues de forma indeterminada, al criterio del instructor, la apreciación de la urgencia y la concreción de las medidas. En el n° 2 del mismo artículo se señalan algunas posibles medidas y se remite a las previstas en las correspondientes normas específicas.

Las medidas cautelares en materia de competencia se producen en el seno de un procedimiento administrativo. Pero, según veíamos antes, tanto la singularidad de la materia como la de los órganos encargados de la defensa de la competencia determinan el que se traslade al procedimiento de medidas cautelares aquellas especiales características. Así, los requisitos de las medidas cautelares participan aquí de las características tanto de las cautelares en vía administrativa como de las civiles. No puede olvidarse que, al lado del interés público en la defensa de la competencia, en el mercado van a concurrir intereses privados que se verán lesionados por los que perturben las normas de libre competencia y a los que interesa que se dicte una resolución que restituya su derecho y que ésta sea, además, efectiva.

El TDC ha señalado que los requisitos exigidos a las medidas cautelares en materia de defensa de la competencia y reguladas por su Ley específica, participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que el procedimiento administrativo en materia de la competencia es un procedimiento singular, ya que no sólo está dividido en su tramitación en dos fases y ante dos órganos diferentes —Servicio y Tribunal de Defensa de la competencia— sino que, además, no sólo se persiguen en él intereses públicos, tales como el respeto al principio de la libre competencia y el libre comportamiento en el mercado, sino que existen intereses particulares en conflicto tales como el de la víctima de la infracción, que está interesada en que se dicte una resolución que restituya su derecho y que ésta sea efectiva (Resolución Expte. MC 11/96 Cajas Rurales, de 29-7-1996, F.J. 2.º).

Es el artículo 45 LDC el que posibilita, en el ámbito concreto regulado por la Ley, la adopción de medidas cautelares, conteniéndose en dicho precepto una sumaria regulación de aquéllas. Así, la concurrencia de los presupuestos generales de las medidas cautelares, deberá aquí producirse en relación con la materia específica del derecho de la competencia, debiendo, además, contar con los requisitos y condiciones específicos que establece concretamente el citado artículo 45 LDC.

## 1. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Legitimado con carácter directo para la solicitud de las medidas está el SDC, según establece el artículo 45.1 LDC. Legitimados indirectos serán también los interesados en el expediente quienes podrán instar del SDC el que éste las proponga.



Podrá ocurrir que aquéllos interesen del SDC la propuesta de determinadas medidas y acontecer que el SDC las considere adecuadas y las solicite así del TDC, que sólo lo haga parcialmente, que considere inadecuadas las solicitadas por los interesados y que decida pedir otras o que no procede ninguna medida cautelar. En estos últimos supuestos, discrepante la opinión del Servicio con la de los particulares, podrán los interesados acceder directamente al TDC por vía de recurso contra la decisión del SDC y plantear así las medidas. Toda vez que el artículo 47 LDC posibilita recurso ante el Tribunal de los actos de archivo y trámite del Servicio que imposibiliten continuar el procedimiento o produzcan indefensión, es evidente que los interesados, a los que negó el SDC el plantear las medidas cautelares al Tribunal o lo hizo sólo parcialmente, puedan sanar la posible indefensión por vía de recurso.

El TDC en su Resolución de 18 de julio de 1996, Expte. MC 10/96 Airtel-Telefónica, reconoció la posibilidad de que las medidas pudiesen ser planteadas por los interesados al Tribunal por vía de recurso (F.J. 2.1.1) y en la reciente de 17 julio de 1997, Expte. r 220/97 Interflora (F.J. 1), entre otras. Se ha avanzado así en su anterior doctrina por el TDC, según la cual el único legitimado para proponer medidas cautelares era el SDC, sin que las partes presentes en el expediente pudieran hacerlo (Resolución de 17.1.1992, entre otras).

Cabe plantearse si el TDC podrá incluso adoptar de oficio alguna medida no propuesta expresamente por el SDC o por los particulares. El TDC no ha adoptado hasta la fecha medidas cautelares «ex-officio», aunque podría encontrarse fundamento para ello en las facultades que le otorga la LDC de revisión de los actos del SDC por vía de recurso. Sí se ha llegado en cambio por el Tribunal a reconvertir alguna de las cautelas pedidas por el Servicio y adoptarse de forma no coincidente exactamente con la pedida.

1.2. Las medidas han de ser propuestas al TDC, único órgano competente en vía administrativa para su adopción o rechazo conforme señala el mismo artículo 45 LDC. Es clara la Ley especial que regula la materia, y, por tanto, de aplicación principal, respecto de que el órgano instructor, SDC, no está habilitado para la adopción de medidas cautelares, no resultando aplicable aquí lo dispuesto en el artículo 15 del R.D. 1398/1993, dado el rango normativo superior de la LDC y la remisión que hace el artículo 13.c) de la Ley 30/1992 a las respectivas Leyes especiales que regulan los distintos procedimientos administrativos sancionadores.

1.3. Las medidas cautelares en Derecho de la competencia tienen por objeto el aseguramiento de la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, para lo cual se podrá proponer al Tribunal «las medidas necesarias» y en particular órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere (art. 45.1.a. LDC). Estas referencias concretas evidencian que las cautelas en Derecho de la competencia no se limitan

al aseguramiento de la ejecución de la futura sentencia, sino que también podrán tener carácter anticipativo como se deduce de la clara alusión a evitar el daño que pudieran causar las conductas.

1.4. También se concreta como medida específica el establecimiento de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar (art. 45.1.b. LDC). Esta concreta medida vendrá encaminada a la protección de los derechos de los interesados en el expediente, en cuanto que los mismos, por coincidentes con el interés público de preservación de la competencia en el mercado, vayan a tener acogida en la resolución principal. No puede olvidarse al respecto que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley sólo podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa<sup>29</sup> y en su caso jurisdiccional, dado que a ésta corresponde revisar las resoluciones del TDC<sup>30</sup>.

1.5. Mas este tipo de medidas sólo se contemplan por el artículo 45 LDC a título de principal o ejemplificativo, pues cabe cualquier otra que se considere necesaria para asegurar la eficacia de la resolución, como expresamente previene aquél. En la moderna normativa de las medidas cautelares es común el mayor grado de discrecionalidad que se otorga por el legislador en la concreción de las cautelas que aseguren la eficacia de la resolución final e incluso en la anticipación del fallo de forma que se impida su infructuosidad<sup>31</sup>. Esta discrecionalidad en la singularización de medidas en competencia está presente también en la literalidad del artículo 45 LDC, por cuanto que el precepto se refiere expresamente a «las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte...», luego cualquier medida que conectada con la posible resolución final venga a asegurarla será, en principio, posible.

1.6. Como límites a la adopción de cualquier tipo de medida cautelar se señala en el artículo 45.2 LDC las que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales. Tales prohibiciones parecen en realidad ociosas por cuanto que la principal finalidad de aquéllas es precisamente el evitar perjuicios irreparables a los interesados no pudiendo estar nunca justificado el que por evitar éstos al actor

<sup>29</sup> Así lo señala expresamente el art. 13.2 LDC. Tanto de este precepto como de lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la misma Ley especialmente, y del contexto general de aquélla, se deduce que el TDC es el órgano competente para declarar las conductas tipificables en sus arts. 1, 6 y 7 como contrarias a la libre competencia, lo que a la jurisdicción le estará vetado con carácter general, con la única excepción del conocimiento de los recursos contra las resoluciones del TDC. De otra parte, la indemnización de daños deberá pedirse en vía jurisdiccional no estándole permitido al TDC el conocimiento de estas acciones.

<sup>30</sup> Al habitual retraso generalizado en obtener una resolución definitiva en el presente caso, se verá incrementada, pues las resoluciones del TDC son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 49 y disposición transitoria quinta LDC) y en su caso ante el Tribunal Supremo, y el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños habrá de aguardar a la firmeza de la acción declarativa.

<sup>31</sup> Ver al respecto las «*Leyes de Patentes, Marcas y Competencia Desleal*».



se ocasionen al demandado. De igual forma la violación de derechos fundamentales impedirá siempre la adopción de medidas, así como también cualquier otra resolución. A mi juicio, estas precisiones del legislador, que pueden parecer innecesarias, vienen a señalar un mayor grado en la posibilidad de adopción de cautelares en materia de competencia y también un mayor grado de discrecionalidad que se otorga al órgano encargado de su adopción con el establecimiento de aquellos límites.

1.7. No podrán en ningún caso desconectarse las medidas cautelares en derecho de la competencia de los presupuestos que como comunes a la esencia de la institución cautelar se analizan más arriba (apartado II).

1.7.1. El solicitante de las medidas, SDC y/o los interesados, deberán poner de manifiesto un principio de buen derecho que se refiera a la finalidad de la LDC expresada en su Exposición de Motivos: «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...» evitando acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas que limiten la competencia en el mercado y que tipifica la Ley en sus artículos 1, 6 y 7. Habrá de valorarse especialmente la gravedad de la práctica y la irreversibilidad del daño que está produciendo o pueda producir de esperarse a la tramitación completa del expediente para alcanzarse la resolución definitiva.

De ser los particulares interesados en el expediente los que soliciten del SDC la propuesta al TDC de medidas, corresponderá a aquel órgano el valorar, además, si los legítimos intereses de éstos son coincidentes con el interés general al menos en la afectación de la libre competencia en una parte del mercado nacional, para en tal caso proponer la adopción de las pertinentes medidas al Tribunal. Este análisis adquiere especial relieve en el supuesto de actos de competencia desleal, ya que el interés de los particulares tiene su protección principal en vía jurisdiccional, conforme establece la LCD.

Sólo en el caso de que el acto de competencia desleal afecte al interés público, por falsear de manera sensible la libre competencia en todo o parte del mercado nacional, tendrán acogida los intereses particulares en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador de la LDC y por ende la adopción de medidas cautelares.

El grado de demostración necesario y suficiente para la procedencia de las medidas debe resolverse en términos de verosimilitud referida al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

1.7.2. También habrá de concurrir el peligro en la demora, en los términos que se examinan en el anterior apartado II. Piénsese que la finalidad de las medidas cautelares es precisamente el evitar el daño derivado de la tardanza en el proceso que puede devenir además irreversible.

La facultad que otorga el legislador al SDC de proponer medidas «en cualquier momento» después de iniciado el expediente (art. 45.1 LDC)

no puede interpretarse en el sentido de que con ello se esté obviando la exigencia de que concurra el «periculum in mora». Si éste desaparece por lo tardío de la propuesta de adopción de medidas, ello conllevará la no pertinencia de su adopción. Será el TDC, como órgano encargado de resolver, al que corresponderá su apreciación debiendo tenerse en cuenta que, dada la naturaleza de los intereses aquí comprometidos, principalmente públicos, una propuesta de adopción de medidas en momento distinto de la iniciación del procedimiento podrá ser aceptada si va a evitar un mayor daño de aquellos intereses.

1.7.3. La existencia de un expediente principal es aquí también presupuesto necesario para la adopción de medidas. Veámos en el apartado II.4 que esta exigencia se extendía también al supuesto de la inminencia del mismo. Aquí debe existir ya un expediente iniciado como se deriva de la letra del artículo 45 LDC. La razón de la necesidad de que esté iniciado el expediente principal viene dada, a mi juicio, no sólo de la general de que las medidas van a asegurar la efectividad de la resolución que se dicte en aquél, sino también porque el legitimado directo para su proposición es el SDC, quien deberá previamente analizar si concurren las exigencias legales para realizar su propuesta, lo que sólo puede llevar a cabo en el seno de un expediente.

1.7.4. Por lo que respecta a la exigencia de fianza, veámos antes (apartado II-3) que como regla general quien obtiene una medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de los posibles daños si la medida es revocada o la resolución principal resulta contraria. En materia de competencia la necesidad de la fianza se convierte, a mi entender, en algo mucho menos generalizado. La razón estará en que quien propone la medida es el SDC y lo hará fundamentalmente en defensa del interés público general y siendo la Administración responsable, pierde su principal razón la fianza de garantizar la indemnización a aquel contra el que se decreta la medida. El propio 45.1 LDC, en su último párrafo, parece ser que la reserva para el solo supuesto de que la cautela sea pedida por los interesados en el expediente y, aún incluso en este caso, el legislador deja a criterio del TDC la posibilidad de exigirla o no<sup>32</sup>.

1.8. El carácter temporal de toda medida cautelar tiene su concreción en la LDC en el requisito de su extensión en el tiempo a un máximo de seis meses. En ningún caso podrá exceder de seis meses y cesarán cuando se ejecute la resolución del Tribunal, concreta taxativamente el artículo 45.6 LDC.

No se comprende muy bien este límite temporal establecido con carácter tan imperativo en el texto definitivo de la LDC, que no se encon-

---

<sup>32</sup> El TDC venía habitualmente exigiendo la prestación de fianza a los interesados en el expediente, pero últimamente ha decretado en varias ocasiones medidas cautelares sin fianza. Así en Resolución de 29 de julio de 1996 (Expte. MC 11/96 Cajas Rurales); Resolución de 23 de diciembre de 1996 (Expte. MC 15/96 Tabacos Canarias); Resolución de 7 de febrero de 1997 (Expte. MC 18/96 Telefónica).



traba en el Proyecto de Ley y que accedió por vía de enmienda parlamentaria, toda vez que, siendo finalidad de las medidas el aseguramiento de la efectividad de la resolución definitiva, resulta ilusorio el pensar que ésta se alcance en dicho plazo.

La previsión contenida en el artículo 45.5 LDC sobre la posibilidad de que el SDC proponga al TDC en cualquier momento del expediente la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud del cambio de las circunstancias que determinaron su adopción parece que haría innecesaria tan taxativa extensión temporal<sup>33</sup>. No obstante todo lo anterior, podrá a través de la tramitación de un nuevo expediente, en el que se analicen en el posterior momento temporal la concurrencia de todos los requisitos y presupuestos, extenderse en definitiva por más de seis meses las medidas, al resolverse aquella nueva petición. Así lo ha entendido el TDC en diversas resoluciones<sup>34</sup>

1.9. El principio contradictorio propio de todo proceso que garantiza la defensa, está presente también aquí por la exigencia expresa de la LDC, de audiencia de los interesados por el Tribunal «en plazo de cinco días» (art. 45.3 LDC). La imprecisión terminológica entiendo debe interpretarse con criterio garantista, lo que determinará que aquéllos dispongan del plazo de cinco días a contar del momento en que se les da traslado de la propuesta de medidas que realice el SDC, que obviamente deberá ser fundamentada por éste a fin de poder preparar sus respectivos argumentos en favor o en contra de la adopción de las medidas cautelares. La trascendencia que necesariamente han de comportar las medidas obliga a que los interesados dispongan de este plazo mínimo, en el que deberán presentar sus alegaciones escritas, de haberse señalado este trámite por el Tribunal o informar verbalmente en la comparecencia que al efecto se fije por aquél. La falta de concreción de la Ley al respecto, al señalar que «el Tribunal oír a los interesados en el plazo de cinco días», permitirá a éste optar por el trámite oral o escrito. Personalmente creo que resulta más acorde para la adopción de medidas cautelares el trámite de la comparecencia verbal por la inmediatez que proporciona, si bien el TDC ha optado en diversas ocasiones, tanto por uno como por otro.

Un tema al que la LDC no hace referencia es el de la posibilidad de práctica de prueba en el trámite de las medidas cautelares. La ausencia de referencia a la prueba determina que la misma no proceda aquí en principio y, por tanto, las partes deberán basar sus alegaciones en las que obren en el expediente y a lo sumo aportar prueba documental. Contrario al principio de celeridad de las medidas cautelares resulta el que

<sup>33</sup> Para que proceda la revocación deberá producirse alteración en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, o bien disminución o desaparición del «periculum in mora» o del «fumus boni iuris», según tiene señalado el TDC en su Resolución de 2 de enero de 1992.

<sup>34</sup> Resolución de 5 de noviembre de 1992 (Expte. MC 5/92 Liga Nacional de Fútbol Profesional), Resolución de 24 de febrero de 1997 (Expte. 19/96 Desmotadoras de Algodón) y Resolución de 3 de marzo de 1997 (Expte. 20/97 Cajas Rurales).

pueda abrirse una fase de proposición y práctica de prueba, que por el contrario está presente en la generalidad de las medidas de los procesos civiles<sup>35</sup>. No obstante lo anterior, nada impide para que el TDC, de considerarlo necesario, admita la práctica de pruebas pedidas por las partes o incluso las acuerde de oficio, aunque éste será un supuesto excepcional que se justifica en la necesidad de la seguridad jurídica<sup>36</sup>.

1.10. El principio de celeridad, al que antes ya se alude, propio de las medidas cautelares, determina la previsión legal de que se dicte resolución sobre la adopción de medidas por el TDC en los tres días siguientes (art. 45.3 LDC). Aquel principio determinará, bueno es insistir en ello, el que por regla general no se practiquen pruebas.

1.11. La eficacia de las medidas cautelares en materia de competencia viene especialmente protegida por la facultad expresa que la Ley otorga al TDC de imponer multas coercitivas, bien actuando de oficio o a propuesta del SDC (art. 45.4 LDC). Estas multas alcanzarán cuantías entre 10.000 a 150.000 ptas. reiteradas por lapsos de tiempo (art. 11 LDC al que remite el art. 45).

Es evidente que esta facultad excepcional refuerza la idea del legislador de considerar que las medidas cautelares en materia de competencia resultan imprescindibles en muchos supuestos por lo que habrá que emplear todos los medios para asegurar su eficacia. Son múltiples los casos en que el TDC ha hecho uso de dicha facultad.

## 2. APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE DE MEDIDAS

La resolución que dicte el TDC en el expediente de medidas cautelares será revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa según previene el artículo 49 LDC. Un problema importante que surge aquí es el de si las medidas cautelares deberán quedar en suspenso hasta tanto no se pronuncie sobre su procedencia la jurisdicción.

El argumento en favor de la suspensión se extrae de algunas sentencias del TC en las que, en casos concretos y especiales, hasta ahora en ningún supuesto de medidas cautelares, el Alto Tribunal se ha pronunciado por la suspensión que debe acordar la Administración de los actos que dicte hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción a fin de no privar del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE.

<sup>35</sup> Así en las medidas innominadas del art. 1428 LEC las previstas en el art. 30 LGP y en el art. 25 LCD por referencia al art. 1428 LEC. También las previstas en los arts. 133 y ss. LP, aplicables asimismo a las marcas por la referencia expresa que hace al régimen procesal de aquélla el art. 40 LM. No obstante, en todos estos preceptos se concede una gran discrecionalidad al juez en la admisión de pruebas.

<sup>36</sup> El TDC ha decretado la práctica de prueba en algunas ocasiones, Resolución de fecha 10 de junio de 1995, Desmotadoras de algodón.



No creo que proceda aplicar aquí aquella doctrina del TC limitada a casos concretos y en ningún supuesto, que yo conozca, referida a medidas cautelares en materia de competencia.

La suspensión de las medidas cautelares por el propio órgano que las dicta supondría el privarlas de su eficacia. En vía jurisdiccional los recursos contra medidas cautelares sólo se admiten en un solo efecto (art. 1428 LEC). Tanto la especialidad de la materia como la del órgano al que la Ley encomienda la resolución sobre medidas cautelares en Derecho de la Competencia, a los que antes se hace referencia, son argumentos claros en favor de que no se acuerde la suspensión por el propio TDC. Será el Tribunal jurisdiccional al que corresponda la revisión de la resolución sobre la adopción de medidas el que en su caso podrá suspenderlas, aunque, a mi juicio, cualquier suspensión contraviene la naturaleza de las medidas cautelares, debiendo ser en caso de apelación revisadas de forma más inmediata por la jurisdicción, a fin de propiciar la tutela judicial efectiva.

## V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMUNITARIO

### 1. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LA COMISIÓN

La necesidad de contar con la posibilidad de medidas cautelares para la protección de los derechos tanto públicos como privados que han sido violados o amenazan con serlo es hoy tan evidente que de no estar expresamente previstas aquéllas en la legislación, habría que inventarlas.

Ni el TCE ni el Reglamento 17 prevén expresamente que la autoridad administrativa decrete medidas cautelares en materia de competencia<sup>37</sup>, con la sola excepción del supuesto de control sobre la concentración de empresas en que el Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, prevé que la Comisión adopte medidas cautelares<sup>38</sup>. Por ello, ante el vacío de medidas cautelares con carácter general en materia de competencia, el TJCE, actuando una vez más con valentía en el desarrollo del Derecho comunitario, decidió inventar las medidas provisionales. En jurisprudencia hoy consolidada y que arranca del trascendental Auto de 17 de enero de 1980, asunto Camera Care Ltds, el TJCE considera procedente la adopción de medidas cautelares por la Comisión pese a su no previsión legal. En este asunto el denunciante había solicitado la

<sup>37</sup> A lo sumo que llega el art. 3.3 del Reglamento 17 es a posibilitar el que la Comisión pueda dirigir a las empresas y asociaciones de empresas recomendaciones tendentes a hacer cesar en la infracción, sin que tal facultad goce de la naturaleza de auténtica cautela ni se dote al órgano de facultad coercitiva alguna.

<sup>38</sup> Art. 7.2.

adopción de medidas cautelares por parte de la Comisión, consistentes en obligar a una empresa a servirle determinados productos. La Comisión decidió que no podía atender la pretensión del denunciante por carecer de base jurídica para ello. Recurrida la decisión ante el TJCE, éste resolvió estimando la procedencia de la adopción de medidas cautelares por la Comisión pese a la no previsión legal expresa, ya que son necesarias para conseguir la plena eficacia de las potestades conferidas a la Comisión. Se garantiza así el efecto útil del Tratado y del Reglamento 17 y la eficacia de las decisiones que en su virtud se adopten <sup>39</sup>.

No obstante esta potestad que reconoce a la Comisión el TJCE, la realidad demuestra que en pocas ocasiones ha sido ejercida por aquélla. Ello creo que se debe al procedimiento que se sigue ante la Comisión, en el que existe una fase negociadora, de la que carece nuestro proceso interno y que tiene una gran importancia y que se ve ahora fortalecida con la potestad de dictar medidas cautelares que se reconoce a la Comisión <sup>40</sup>.

## 2. CONDICIONES EXIGIDAS PARA LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES

Ha tenido que ser lógicamente también el TJCE quien haya configurado las circunstancias en las que la Comisión puede adoptar medidas cautelares. Analizando la doctrina contenida en las resoluciones del TJCE y del TPI, el Profesor Cases <sup>41</sup> distingue por un lado los requisitos que se han de cumplir para que sea legítima la adopción de medidas cautelares por la Comisión y las características esenciales de aquéllas.

En cuanto a los primeros, señala la existencia de una infracción «prima facie», en términos de verosimilitud o posibilidad a partir de las informaciones de que se dispone, sin tratar de pretender que se pruebe sin ningún género de dudas la infracción, lo que implicaría su desvirtuación. Aquí se tendrá en cuenta la seriedad de las alegaciones invoca-

<sup>39</sup> Este Auto del TJCE, como no era por menos, levantó fuerte polémica doctrinal. Mientras que para unos tiene buena acogida (PIROCHE, A., «Les mesures provisoires de la Commission des Communautés Européennes dans le domaine de la concurrence», *Rev. Trimestral de derecho europeo*, vol. 25, nº 3, 1989; TEMPLE LANG, J., «The powers of the Commission or orden interim measures in competition cases», *Common Market Law Review*, vol. 18, 1981), otros como FOCSANEANU, L. lo critican duramente al considerar que el Tribunal se ha extralimitado en sus poderes al convertirse en legislador, «Une décision inquietante de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Observations critiques sur l'Ordonnance rendue par la Cour le 17 janvier 1989 dans l'affaire 729/79 R, Camera Care Limited contre Commission des Communautés Européennes, concernant les mesures provisoires en matière de concurrence», *Rev. Trimestral de derecho europeo*, vol. 16, 1980, pp. 292 y ss.

<sup>40</sup> Ver al respecto la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987 Eurofix-Banco contra Hilti, DOCE L65, 11 de marzo de 1988.

<sup>41</sup> CASES PALLARÉS, L., *Derecho administrativo de la defensa de la Competencia*, Madrid 1995, pp. 127 y ss.



das en la pretensión principal. Nos encontramos a este respecto que un gran número de autos cautelares, fundamentalmente anteriores a 1983, señalan que la admisibilidad del recurso principal no puede examinarse en el marco del procedimiento cautelar para no perjudicar el fondo del asunto<sup>42</sup>. Otros muestran cómo el juez cautelar emite una apreciación sobre la admisibilidad del proceso principal cuando resulte evidente que éste es manifiestamente inadmisibile, para llegar a fundamentar la desestimación de la demanda cautelar.

Recientemente se encuentra un limitado número de autos que se basan en las dudas que plantea la admisibilidad del recurso principal para desestimar la demanda cautelar, examinándose la admisibilidad de forma sumaria<sup>43</sup>.

En segundo lugar, la medida cautelar será legítima si concurre un perjuicio grave e irreparable a un sujeto o un atentado al interés general, lo que viene caracterizado por la urgencia en la adopción de medidas.

El riesgo de un perjuicio grave e irreparable configura el «periculum in mora». Se encuentra en la actualidad claramente establecido que el carácter urgente de una demanda cautelar debe apreciarse en relación con la necesidad de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasiona a la parte que solicita la cautela un perjuicio grave e irreparable<sup>44</sup>.

En el supuesto de solicitud de la suspensión de la ejecución cuando se refiere a una decisión de la Comisión constatando una infracción de derecho de la competencia y ordenando a los interesados que la pongan fin, el carácter grave e irreparable del perjuicio alegado parece aceptarse con bastante facilidad<sup>45</sup>. Mas la valoración de la gravedad del perjuicio tendrá que haberse valorado a la hora de adoptarse la medida cautelar, por lo que, en mi opinión, la suspensión de la ejecución sólo procederá en el supuesto de que se privara a la sentencia principal de efecto útil, de resultar que una vuelta atrás en caso de anulación resultaría imposible.

En relación con el derecho de la competencia la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 24 de enero de 1992, Asunto la Cinq/Comisión, ha recordado que la adopción de medidas provisionales sólo exige la concurrencia de dos condiciones: existencia de prácticas que puedan constituir a primera vista una infracción de las normas de competencia y un riesgo de perjuicio grave e irreparable<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Auto de 21 de diciembre de 1962, asunto Plaumann/Comisión; Auto de 3 de noviembre de 1980, asunto suss/Comisión; Auto de 17 de marzo de 1986, asunto Reino Unido/Parlamento Europeo; Auto de 8 de marzo de 1987, Asunto Pfizer/Comisión.

<sup>43</sup> Auto de 6 de marzo de 1985, asunto Nuevo Campsider/Comisión; Auto de 19 de agosto de 1988, asunto Societé Co-Fruta/Comisión.

<sup>44</sup> Auto de 9 de julio de 1986, Asunto Reino de España/Consejo y Comisión.

<sup>45</sup> Op. cit. supra 15, p. 104.

<sup>46</sup> En este caso se anuló la decisión de la Comisión que denegaba la solicitud de adopción de cautelares pues se basaba en errónea interpretación de la primera condición.

El equilibrio de los intereses en juego es otra de las premisas que se tienen en cuenta por el juez a la hora de la adopción de las medidas cautelares. Aunque esta condición no se menciona en el Reglamento de Procedimiento, se inspira en el principio de proporcionalidad y se constata por la doctrina su aplicación del análisis de la jurisprudencia<sup>47</sup>. De ello resulta que, en ausencia de perjuicio grave e irreparable para el demandante, una demanda cautelar no será estimada porque el perjuicio que éste sufra sea más importante que el del demandado. De igual forma, acreditado por el actor un perjuicio grave e irreparable, la demanda cautelar no será desestimada por el solo hecho de que la concesión de la medida solicitada cause perjuicio al demandado y no acredite éste el carácter de grave e irreparable que se ocasionaría con la medida<sup>48</sup>.

Por lo que respecta a las características esenciales, señalar que las medidas cautelares derivarán por lo general de la petición de una parte que denuncia unos comportamientos anticompetitivos, aunque en opinión de Cases nada impide que la Comisión adopte de oficio las medidas cautelares, pues con ellas puede defenderse el interés general o el orden competencial comunitario<sup>49</sup>. Han de ser de carácter interino o conservatorio. Su naturaleza no es determinar la decisión final que sobre el fondo pueda en su día adoptarse, sino asegurar que aquélla no resulte ineficaz en su momento. También la medida provisional se ha de ajustar a la situación concreta que la motiva y limitarse a lo estrictamente necesario para atender el objetivo perseguido. Finalmente habrá de tramitarse un expediente que asegure los derechos de defensa de los interesados, lo que implica la necesidad de audiencia de éstos previa a la decisión de la Comisión.

La Comisión vendrá facultada para establecer multas coercitivas a satisfacer por la empresa a la que se imponen las medidas sino adecua su comportamiento a la decisión de la Comisión, debiendo dictar una segunda decisión para determinar la cuantía de la sanción pecuniaria<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> PASTOR BORGOÑÓN, B. y VAN GIINDERACHTER, E., *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Cuadernos de Estudios europeos, 1993, p. 114.

<sup>48</sup> El TJCE por Auto de 12 de julio de 1990, Asunto Comisión/Rep. Federal de Alemania, rechazó el argumento de ésta de que la concesión de la medida cautelar le causaría un perjuicio irreparable. En el mismo sentido, el Auto de 21 de mayo de 1990, Asunto Automóviles Peugeot y Otro/Comisión, se rechazan los argumentos de Peugeot de que la decisión de la Comisión que acordaba cautelares le ocasionaba un perjuicio grave.

En nuestro Derecho interno, el art. 45.2 LDC veta el que se dicten medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales.

<sup>49</sup> *Op. cit.* supra 41, p. 128. En relación con nuestro derecho interno de competencia tampoco veo yo inconveniente para la adopción de medidas «ex officio» por el TDC en defensa del interés público violado o seriamente amenazado.

<sup>50</sup> Expresamente está prevista la multa coercitiva en las medidas cautelares de la Ley española según queda señalado en el apartado anterior (art. 45.4 en relación con el art. 11 LDC).



### 3. REVISIÓN DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN

Ya en el propio Auto de 17 de enero de 1980, antes comentado, el TJCE expresamente señala que la potestad de la Comisión de dictar medidas provisionales debe ir acompañada de la facultad de los interesados de recurrirlas en vía jurisdiccional<sup>51</sup>.

Esta revisión jurisdiccional se ejercerá por los órganos comunitarios de una doble forma: provisional y definitiva.

En la primera se podrá revisar la ejecución de la decisión mientras se decide el fondo. Así el TJCE por Auto de 29 de septiembre de 1982 suspendió la ejecución de la decisión de la Comisión de 18 de agosto de 1982<sup>52</sup>. No se nos puede escapar la dificultad que se deriva de este control de suspender una decisión sobre la adopción de medidas cautelares por la Comisión para asegurar la eficacia de su decisión final<sup>53</sup>.

La revisión de las decisiones de la Comisión corresponde indudablemente al Tribunal, quien podrá declarar que la Comisión se extralimitó al dictar medidas<sup>54</sup> cautelares y también anular la decisión de la misma de rechazar la petición de medidas cautelares<sup>55</sup>.

Del análisis que aquí se realiza de las medidas cautelares en materia de competencia puede extraerse la conclusión de que las mismas resultan hoy imprescindibles para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y cómo los órganos tanto nacionales como comunitarios encargados de su aplicación apuestan decididamente por este instituto que se ha convertido de uso habitual.

<sup>51</sup> Fundamento Jurídico 19.

<sup>52</sup> Asunto 229/82-Ford.

<sup>53</sup> En nuestro país, recientemente la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, mediante Auto de fecha 13 de junio de 1997, en la pieza referida sobre suspensión de una Resolución del TDC sobre medidas cautelares, ha señalado que «la Sala tiene vedado por la Ley dictar resolución sobre el fondo en la pieza de suspensión, y esta consecuencia es la que se obtendría de accederse a lo pretendido por la actora. Procede en consecuencia denegar la suspensión». Por Auto de 5 de septiembre de 1997, la misma Sección Sexta, estima un recurso de súplica y anula el anterior Auto decretando la suspensión del acto administrativo.

<sup>54</sup> STJCE de 28 de febrero de 1984, asuntos 228 y 229 de 1982.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 1992, asunto «La Cinq, S.A. contra la Comisión». Ver el comentario a dicha Sentencia que realiza Ll. Cases Pallarés en *Civitas Rev. Española de D.º Administrativo*, n.º 76, 1992, pp. 661 y ss.





# DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA

Ramón TORRENT<sup>1</sup>

Director en el Servicio jurídico del Consejo  
de la Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es modesto. Pretende simplemente divulgar un hecho poco conocido (incluso por los especialistas): la existencia de un «derecho de la competencia» engendrado por los acuerdos internacionales con países terceros celebrados por la Comunidad Europea<sup>2</sup>. Se consagra a ello la primera parte del artículo. En una segunda parte, se añaden ciertas consideraciones de carácter más general sobre esos acuerdos, que pueden interesar a todos quienes se ocupan de cuestiones relacionadas, directa o indirectamente, con las actividades de la Unión europea.

## II. PRIMERA PARTE: DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA

No es fácil orientarse en la jungla de los acuerdos celebrados por la Comunidad Europea (en solitario o conjuntamente con los Estados miembros). Para las necesidades de este artículo, pienso que las distinciones siguientes pueden ser útiles:

<sup>1</sup> Todas las opiniones expresadas en el artículo son estrictamente personales y no comprometen para nada la institución en la que trabajo.

<sup>2</sup> Evidentemente, no se trata el tema, sobradamente conocido, de la existencia de reglas, internas e internacionales, en materia de antidumping.

- acuerdos bilaterales o multilaterales
- acuerdos «vacíos» o «llenos» (de compromisos específicos)
- dentro de los acuerdos llenos, acuerdos que crean o no una zona de libre cambio
- acuerdos globales (o horizontales) que cubren un abanico amplio de materias y
- acuerdos sectoriales que cubren sólo una materia específica.

## 1. ACUERDOS BILATERALES HORIZONTALES

Los acuerdos bilaterales horizontales con países terceros celebrados por la Comunidad pueden ser «vacíos» o «llenos» de compromisos específicos.

Los primeros, los acuerdos «vacíos», no tienen otro objeto que el de fijar un marco general de cooperación y no contienen disposiciones que creen obligaciones para las Partes en lo que se refiere el derecho aplicable a los particulares (como máximo, se confirman ciertas obligaciones que las Partes ya habían asumido en el marco del GATT). En la segunda parte de este papel me referiré al sentido que pueden tener unos tales acuerdos vacíos de compromisos específicos. Por el momento, me basta con subrayar que estos acuerdos no contienen disposiciones relativas al derecho de la competencia.

Los acuerdos «llenos» contienen disposiciones que crean obligaciones para las Partes en lo que se refiere al derecho aplicable a los particulares. Yendo a lo esencial, tales disposiciones pueden referirse al régimen aplicable al comercio internacional de mercancías, por una parte, y al régimen aplicable a las empresas, por otra.

## 2. ACUERDOS BILATERALES HORIZONTALES QUE CREAN UNA ZONA DE LIBRE CAMBIO

Como es sabido, un acuerdo que contenga disposiciones en virtud de las cuales las Partes se conceden recíprocamente un trato preferencial en el ámbito del comercio internacional de mercancías sólo será compatible con el GATT si crea una zona de libre cambio entre las Partes (o contiene el plan y el programa para la creación de dicha zona). Tal es el caso de los acuerdos «llenos» de disposiciones comerciales celebrados por la Comunidad con países terceros, con la excepción de la Convención de Lomé<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> La Convención de Lomé celebrada entre la Comunidad y los Estados miembros, por una parte, y los países ACP —África/Caribe/Pacífico—, por otra (la Convención actualmente en



Los acuerdos más importantes de este tipo son los acuerdos «europeos» con los países de la Europa Central (Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria, Rumania) y los acuerdos «interimaires» con los países bálticos (Letonia, Estonia y Lituania), todos ellos ya entrados en vigor, así como los nuevos acuerdos con los países del Mediterráneo (acuerdos «euromediterráneos»), algunos de ellos en curso de negociación y otros firmados pero aún no celebrados definitivamente<sup>4, 5</sup>.

En estos acuerdos se han incluido disposiciones relativas al derecho de la competencia. La razón de ello ha sido la extrapolación a esos acuerdos del mismo razonamiento con el que siempre se ha justificado la inclusión del capítulo relativo a esta materia en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE): deben evitarse (o, al menos, limitarse) aquellas actividades que falsearían o distorsionarían el libre juego de la competencia en el seno de un «mercado común». No debe sorprender, por tanto, que dichas disposiciones constituyan una especie de plagio de las disposiciones correspondientes del TCE con la única diferencia esencial de que éstas se refieren a actividades y prácticas suscep-

---

vigor es la cuarta —DOCE 229 de 17 de agosto de 1991, p. 3—; su preceptiva revisión intermedia ha sido firmada el 4 de noviembre de 1995 y sigue en curso de ratificación) crea un régimen comercial asimétrico en virtud del cual la Comunidad liberaliza las importaciones en procedencia de los países ACP sin reciprocidad de la parte de éstos. Durante años, tanto la Comunidad como los países ACP sostuvieron que este régimen asimétrico —que, en consecuencia, no puede analizarse como una zona de libre cambio— podía estar autorizado por las disposiciones del GATT referidas a los países menos desarrollados. Esta tesis fue contradicha por la jurisprudencia engendrada por el mecanismo de solución de conflictos del GATT; como consecuencia ha sido necesario solicitar un «waiver» (artículo XXV.5 del GATT/artículo IX.3 del acuerdo OMC).

<sup>4</sup> Las referencias en el DOCE de estos acuerdos son las siguientes:

Acuerdos «europeos»:

Hungría, DOCE 347 de 31 de diciembre de 1993; Polonia, DOCE 348 de 31 de diciembre de 1993; Rumania, DOCE 357 de 31 de diciembre de 1994; Bulgaria, DOCE 358 de 31 de diciembre de 1994; República eslovaca, DOCE 359 de 31 de diciembre de 1994; República checa, DOCE 360 de 31 de diciembre de 1994.

Los acuerdos «europeos» con los países bálticos siguen aún en curso de ratificación. Los acuerdos que de momento están en vigor son los acuerdos «interimaires» que «anticipan» los aspectos cubiertos por la competencia exclusiva de la Comunidad y, en particular, los aspectos comerciales; las referencias son: Estonia, DOCE 373 de 31 de diciembre de 1994; Letonia, DOCE 374 de 31 de diciembre de 1994; Lituania, DOCE 375 de 31 de diciembre de 1994.

<sup>5</sup> Hace unos años, hubiera tenido que ser citado en primer lugar el acuerdo sobre el Espacio económico europeo (EEE) (DOCE 1 de 3 de enero de 1994, p. 1). Ahora, convertido en un acuerdo con Noruega, Islandia y Liechtenstein, su importancia ha quedado muy reducida. Puede recordarse, no obstante, que su objetivo era el de configurar, entre las Partes contratantes, un espacio jurídicamente integrado (con excepciones sumamente importantes, no obstante: unión aduanera, política agrícola y comercio de productos agrícolas, fiscalidad). El procedimiento utilizado era el de «recrear» como derecho EEE el derecho comunitario aplicable. En esta perspectiva, la parte cuarta del acuerdo retoma, adaptadas, las disposiciones del capítulo sobre derecho de la competencia del tratado CEE; además, los Estados EEE no miembros de la Comunidad se comprometieron a crear una autoridad común en materia de competencia y un tribunal que pudiera controlar los actos de esta autoridad.

tibles de afectar el comercio entre Estados miembros de la Comunidad Europea mientras que las de los acuerdos que comento se refieren a aquellas actividades y prácticas que podrían afectar el comercio internacional entre las Partes al acuerdo (Comunidad y país tercero). Las dos disposiciones básicas contenidas en todos estos acuerdos son las que reproduzco a continuación (tomadas del acuerdo con Hungría). En cursiva algunas frases para facilitar su lectura.

#### Artículo 62

1. Serán incompatibles con el buen funcionamiento del presente Acuerdo, siempre que puedan *afectar al comercio entre la Comunidad y Hungría*:

i) *los acuerdos entre empresas*, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia;

ii) *la explotación abusiva*, por parte de una o más empresas, *de una posición dominante* en los territorios de la Comunidad o Hungría en su conjunto o en una parte importante de ellas;

iii) *las ayudas públicas* que falseen o amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o determinados productos.

2. Las prácticas contrarias al presente artículo *se evaluarán sobre la base de los criterios* derivados de la aplicación de *las normas de los artículos 85, 86 y 92 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*.

3. *El Consejo de asociación aprobará, en los tres años siguientes a la entrada en vigor del presente Acuerdo, las normas necesarias para la aplicación de los apartados 1 y 2.*

4. a) A los fines de la aplicación de las disposiciones del inciso iii) del apartado 1, las Partes reconocen que durante el primer quinquenio siguiente a la entrada en vigor del presente Acuerdo, las ayudas públicas concedidas por Hungría se evaluarán teniendo en cuenta el hecho de que *Hungría será considerada como una región idéntica a las de la Comunidad descritas en la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*. El Consejo de asociación decidirá, teniendo en cuenta la situación económica de Hungría, si ese período debería ampliarse en sucesivos períodos de cinco años.

b) Ambas Partes deberán asegurar la *transparencia* en el ámbito de la ayuda pública, entre otras cosas informando anualmente a la otra Parte de la cantidad total y la distribución de la ayuda entregada y facilitando, a petición, información sobre los programas de ayuda. A petición de una de las Partes, la otra Parte deberá facilitar información sobre algunos casos específicos de ayuda pública.



5. Respecto a los productos a que se hace referencia en los capítulos II (*productos agrícolas*) y III (*productos de la pesca*) del título III:

— *no se aplicará lo dispuesto en el inciso iii) del apartado 1,*

— *las prácticas contrarias al inciso i) del apartado 1 se deberán evaluar de conformidad con los criterios establecidos por la Comunidad sobre la base de los artículos 42 y 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y en particular con los que establece el Reglamento n° 26/1962 del Consejo.*

6. Si *la Comunidad o Hungría* consideran que una práctica concreta es incompatible con los términos del apartado 1 del presente artículo, y

— *no se resuelve de forma adecuada con las normas de aplicación a que se hace referencia en el apartado 3, o*

— *a falta de tales normas, y si tal práctica provoca o amenaza con provocar un perjuicio grave a los intereses de la otra Parte o un perjuicio importante a su industria nacional, incluido el sector de servicios, podrán tomar las medidas apropiadas previa consulta en el seno del Consejo de asociación o treinta días laborables después de haber requerido a dicho Consejo.*

En caso de prácticas incompatibles con el inciso iii) del apartado 1 del presente artículo, estas medidas apropiadas sólo podrán ser adoptadas, cuando sea de aplicación el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de conformidad con los procedimientos y en las condiciones que establece este último y otros instrumentos pertinentes negociados bajo sus auspicios que sean aplicables entre las Partes.

7. No obstante las disposiciones en contra adoptadas de conformidad con el apartado 3, las Partes intercambiarán información teniendo en cuenta las limitaciones autorizadas por el secreto profesional y comercial.

8. *El presente artículo no se aplicará a los productos objeto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que se tratan en el Protocolo n° 2.*

#### Artículo 64

*En lo que se refiere a las empresas públicas y a las empresas a las que se han concedido derechos especiales o exclusivos, el Consejo de asociación asegurará que, a partir del tercer año siguiente a la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, se respeten los principios del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en particular el artículo 90, y los principios del documento de clausura de la reunión de Bonn, de abril de 1990, de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, especialmente la libertad de decisión de los empresarios.*

Estas disposiciones se refieren a normas posteriores a aprobar por el «Consejo de Asociación». En la segunda parte de esta contribución me detendré con algo más de detalle en los aspectos institucionales de esta cuestión; por el momento, señalaré que tales normas han comenzado ya a elaborarse, en primer lugar en lo relativo a actividades y prácticas de las empresas, en segundo lugar en materia de ayudas de Estado<sup>6</sup>.

El contenido de estas normas es doble. En primer lugar, establecen ciertas reglas sustantivas; se definen así, por ejemplo, las actividades que pueden considerarse negligibles por sus dimensiones aunque tengan un cierto efecto sobre el comercio entre las Partes; o bien se establece que las «exenciones por categoría» establecidas por la Comunidad en el marco de los artículos 85 y siguientes del TCE serán también, en principio, aplicables por la otra Parte. En segundo lugar, establecen ciertas reglas de procedimiento para resolver posibles conflictos de competencia entre las autoridades responsables de cada una de las Partes así como para potenciar la colaboración y buen entendimiento entre ellas.

Las reglas de procedimiento ocupan más espacio y tienen mayor detalle en las normas sobre actividades de las empresas que en las referidas a ayudas de Estado, ya que en el primer caso la posibilidad de conflictos de competencia entre las Partes es mayor que en el segundo.

Para que el lector pueda hacerse una idea del contenido general de estos dos tipos de normas, puede ser útil reproducir simplemente los títulos de sus artículos. En el caso de las normas sobre actividades de las empresas, son los siguientes:

Artículo 1: Principio general

Artículo 2: Competencias de las dos autoridades de defensa de la competencia

Artículo 3: Competencia de una sola autoridad

Artículo 4: Petición de información

Artículo 5: Secreto y confidencialidad de la información

Artículo 6: Exenciones por categorías

Artículo 7: Control de la concentración de empresas

Artículo 8: Actividades de importancia secundaria

Artículo 9: Consejo de asociación

Artículo 10: Conflicto negativo de competencia

Artículo 11: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

Artículo 12: Asistencia administrativa (lenguas)

En el caso de las normas sobre ayudas de Estado, son los siguientes:

<sup>6</sup> Las decisiones de los respectivos Consejos de Asociación referidas a actividades de las empresas han sido ya definitivamente adoptadas y publicadas; las referencias son las siguientes: República Checa, DOCE 31 de 9 de febrero de 1996, p 21 ; Polonia, DOCE 208 de 17 de agosto de 1996, p. 21 ; Eslovaquia, DOCE 295 de 20 de noviembre de 1996, p. 25 ; Hungría, *ibidem*, p. 29.



Artículo 1: Vigilancia de las ayudas de Estado por las autoridades de vigilancia

Artículo 2: Criterios de compatibilidad

Artículo 3: Ayudas de minimis

Artículo 4: Excepciones

Artículo 5: Evaluación de determinadas ayudas

Artículo 6: Solicitud de información

Artículo 7: Consultas

Artículo 8: Resolución de los problemas

Artículo 9: Secreto y confidencialidad de la información

Artículo 10: Inventario

Artículo 11: Información mutua

Artículo 12: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

Artículo 13: Asistencia administrativa (lenguas)

### 3. ACUERDOS BILATERALES HORIZONTALES «LLENOS» PERO QUE NO CREAN UNA ZONA DE LIBRE CAMBIO

Los acuerdos que crean una zona de libre cambio pueden ser de dos tipos:

— Si se limitan a una tal creación en el ámbito del comercio de mercancías, son celebrados únicamente por la Comunidad en base a la competencia exclusiva que a ella le atribuye el artículo 113 del TCE; es el caso de los acuerdos «interimaires» con los países bálticos.

— si amplían su ámbito de aplicación a las reglas aplicables al trato a las empresas son celebrados conjuntamente por la Comunidad y los Estados miembros<sup>7</sup>; es el caso, sobre todo, de los acuerdos «europeos» pero también, en menor grado, de los acuerdos «euro-mediterráneos».

Hay otro tipo de acuerdos, también bilaterales, horizontales y llenos, pero que se limitan esencialmente a este segundo ámbito de aplicación (las reglas aplicables a las empresas) sin crear una zona de libre cambio entre las Partes. Tal es el caso de los acuerdos con Rusia y el resto de Repúblicas surgidas de la ex-URSS<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido, en su dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, Rec. I. p. 521, referido a la competencia de la Comunidad o de una de sus instituciones para participar en la tercera decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional, que los Estados miembros siguen manteniendo una amplia competencia sobre el conjunto de reglas relativas al «trato» aplicable a las empresas.

<sup>8</sup> Evidentemente (cf. nota anterior a pie de página), estos acuerdos son también acuerdos «mixtos» celebrados conjuntamente por la Comunidad y los Estados miembros. La celebración definitiva de estos acuerdos con las Repúblicas de la ex-URSS se ha retrasado como consecuencia de la adhesión a la Unión Europea de sus nuevos tres Estados miembros. Como esta adhesión se ha producido durante el período comprendido entre la firma y la celebración definitiva

También estos acuerdos contienen disposiciones relativas al derecho de la competencia. El artículo standard que aparece en todos ellos es el que reproduzco a continuación, tomado del acuerdo con Rusia. En cursiva también algunas frases para facilitar la lectura.

### Artículo 53. Competencia

1. Las Partes *acuerdan esforzarse por remediar o eliminar*, mediante la aplicación de su legislación sobre competencia o de cualquier otro modo, *las restricciones a la competencia debidas a las empresas o causadas por la intervención del Estado en la medida en que pudieran afectar al comercio entre la Comunidad y Rusia.*

2. Con vistas a alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1:

2.1. Las Partes velarán por *disponer de leyes*, y hacerlas aplicar, sobre las restricciones en materia de competencia por parte de las empresas dentro de su propia jurisdicción.

2.2. *Las Partes se abstendrán de conceder ayudas a la exportación que favorezcan a determinadas empresas o a la producción de productos distintos de los productos básicos. Asimismo, las Partes se declaran dispuestas a establecer*, a partir del tercer año siguiente a la entrada en vigor del presente Acuerdo, *medidas estrictas*, inclusive la prohibición total de determinadas ayudas, *por lo que se refiere a otras ayudas que distorsionen o puedan distorsionar la competencia en la medida en que afecten al comercio entre la Comunidad y Rusia. Esas categorías de ayudas y las medidas aplicables a cada una de ellas se definirán conjuntamente dentro de un período de tres años después de la entrada en vigor del presente Acuerdo.*

A petición de una de las Partes, la otra Parte proporcionará información sobre sus regímenes de ayuda o sobre determinados casos particulares de ayudas de Estado.

2.3. Durante un *período transitorio* que expirará cinco años después de la entrada en vigor del Acuerdo, Rusia podrá adoptar medidas contradictorias con la segunda frase del apartado 2.2, siempre que esas medidas se introduzcan y se apliquen en las circunstancias mencionadas en el anexo 9.

2.4. En el caso de los *monopolios de Estado* de carácter comercial, las Partes se declaran dispuestas a garantizar, a partir del tercer año siguiente a la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, que no haya discriminación entre los nacionales y sociedades de las Partes por

---

de los acuerdos, esta última no podía tener lugar más que en paralelo a la entrada en vigor (provisional o definitiva) de los Protocolos de adaptación necesarios para integrar en los acuerdos («mixtos», como he indicado) a Suecia, Finlandia y Austria. Resueltas todas estas complicaciones, los acuerdos podrían celebrarse definitivamente y entrar en vigor en los próximos meses. El lector interesado debería estar atento a su publicación en el DOCE.



lo que se refiere a las condiciones en las cuales se adquieren o comercializan las mercancías.

En el caso de las *empresas públicas o de las empresas a las cuales los Estados miembros o Rusia conceden derechos exclusivos*, las Partes se declaran dispuestas a garantizar, a partir del tercer año siguiente a la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, que no se promulgue ni se mantenga ninguna medida que pueda distorsionar los intercambios entre la Comunidad y Rusia en perjuicio de los intereses respectivos de las Partes. Esta disposición no será obstáculo para la ejecución «de jure» o «de facto», de las tareas particulares asignadas a esas empresas.

2.5. El período que se define en los apartados 2.2 y 2.4 podrá prolongarse por acuerdo entre las Partes.

3. A petición de la Comunidad o de Rusia, *podrán celebrarse en el seno del Comité de Cooperación consultas* sobre las restricciones o las distorsiones de competencia mencionadas en los apartados 1 y 2, así como la aplicación de sus normas de competencia, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la legislación relativa a la divulgación de información, a la confidencialidad y al secreto empresarial. En las consultas podrán también incluirse cuestiones relativas a la interpretación de los apartados 1 y 2.

4. La Parte que tenga experiencia en la aplicación de normas de competencia se planteará seriamente la posibilidad de ofrecer a la otra Parte, previa petición y con arreglo a los recursos disponibles, asistencia técnica para el desarrollo y la aplicación de las normas de competencia.

5. Las disposiciones anteriores no afectarán en ningún caso a las competencias de una de las Partes para aplicar medidas adecuadas, especialmente las mencionadas en el artículo 18, con el fin de tratar de evitar las distorsiones de los intercambios.

#### 4. ACUERDOS BILATERALES ESPECÍFICOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

Tradicionalmente, los acuerdos bilaterales sobre temas específicos entre la Comunidad y países terceros se referían o bien a aspectos concretos del régimen del comercio de mercancías o bien a cuestiones de pesca. A partir de los años ochenta, nuevos tipos de acuerdo aparecieron, por ejemplo en materia de cooperación en el ámbito de la investigación. La diversificación sigue acrecentándose en los noventa (acuerdos veterinarios, de cooperación aduanera, de reconocimiento mutuo de certificaciones previas a la comercialización de ciertos productos...). Dentro de este amplio abanico, conviene detenerse en dos acuerdos con los EEUU relativos específicamente al derecho de la competencia: el acuerdo sobre colaboración entre autoridades responsables en la materia y el «acuerdo Airbus».

El primer acuerdo<sup>9</sup> establece un marco de cooperación entre la Comisión de las Comunidades Europeas (como autoridad de éstas encargada de la aplicación de las normas en materia de competencia) y el gobierno USA<sup>10</sup>. Para conocer los resultados prácticos obtenidos en la ejecución del acuerdo, lo mejor es referirse a los Informes periódicos publicados por la Comisión<sup>11</sup>. Basta aquí con indicar esquemáticamente el contenido básico del acuerdo<sup>12</sup>:

Artículo 1: Objetivo y definiciones

Artículo 2: Notificación (actividades a notificar entre las Partes y plazos para hacerlo)

Artículo 3: Intercambio de informaciones (y reuniones periódicas de funcionarios de ambas administraciones)

Artículo 4: Cooperación y coordinación en el marco de actividades de «enforcement»

Artículo 5: Cooperación en relación a actividades anticompetitivas en el territorio de una Parte que afectan negativamente a los intereses de otra Parte

Artículo 6: Evitación de conflictos en materia de actividades de «enforcement»

Artículo 7: Consultas

Artículo 8: Confidencialidad de las informaciones

Artículo 9: Conformidad del acuerdo con todas las reglamentaciones aplicables.

El segundo acuerdo (el «acuerdo Airbus» en el argot comunitario) es el acuerdo celebrado entre la Comunidad Europea y el gobierno USA relativo a la aplicación al comercio de *grandes aeronaves civiles* del

<sup>9</sup> Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia celebrado por Decisión del Consejo (en nombre de la CE) y de la Comisión (en nombre de la CECA) de 10 de abril de 1995, DOCE 95 de 27 de abril de 1995, p. 45. La historia de este acuerdo puede interesar círculos más amplios que los de los especialistas en derecho comunitario, que la conocen sobradamente. Por ello la resumo en lo esencial.

El acuerdo fue celebrado «por primera vez» el 23 de septiembre de 1991 por la Comisión de las Comunidades Europeas y el gobierno de los Estados Unidos. Francia atacó este acto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el acuerdo constituía un acuerdo internacional; en virtud del artículo 228 del TCE, sólo el Consejo es competente para celebrar acuerdos internacionales; la celebración del acuerdo por la Comisión era nula por un vicio fundamental de falta de competencia. El TJCE (sentencia de 9 de agosto de 1994, asunto C-327/91, Rec. p. 3641) acogió la tesis francesa y anuló el acto de la Comisión. Como resultado, la Comisión se vio obligada a proponer al Consejo la celebración del acuerdo. El Consejo la aprobó pero tan sólo tras la adjunción al mismo de un canje de notas interpretativas (p. 51 del referido DOCE).

<sup>10</sup> Un acuerdo semejante está en curso de negociación con Canadá desde hace ya más de dos años.

<sup>11</sup> Especialmente los Informes específicos sobre la aplicación del acuerdo. El último es el Informe de 4 de julio de 1997 —documento COM(97) 346 final.

<sup>12</sup> El acuerdo sólo existe en versión inglesa si bien, como corresponde, la decisión de celebración fue adoptada por el Consejo en todas las lenguas oficiales.



acuerdo GATT sobre el comercio de aeronaves civiles<sup>13</sup>. Es un acuerdo bilateral CE-USA aunque su marco sea multilateral: el acuerdo sobre comercio de aeronaves civiles que forma parte del paquete de acuerdos resultado de la Tokyo Round de negociaciones en el seno del GATT<sup>14</sup>.

El contenido del acuerdo es muy complejo. Precisamente por ello es muy recomendable que el lector interesado le eche al menos una ojeada para poder así comprender que, en sectores clave como la aeronáutica, la realidad de las políticas industriales y la necesidad de una intervención activa del Estado se abren paso por más ideología favorable al «libre juego del mercado» que se quiera predicar<sup>15</sup>. El acuerdo tiene dos partes diferenciadas:

— La primera es la relativa a las prohibiciones de determinadas formas de intervención, directa o indirecta, de los gobiernos en las decisiones de compra de aviones. Comprende el artículo 1 del acuerdo y la nota interpretativa del artículo 4 del acuerdo GATT sobre aeronaves civiles que se incorpora como Anexo I.

— La segunda es la relativa a las limitaciones impuestas a las ayudas de Estado a la producción de aviones. Con ella se trata de encontrar un equilibrio entre los compromisos asumidos por la Comunidad y aquellos asumidos por los USA.

Como es sabido, los Estados miembros de la CE subvencionan directamente la concepción y desarrollo de los programas de Airbus; en cambio, en los Estados Unidos, lo que existe es un apoyo estatal indirecto a la aeronáutica civil en tanto que sus costes de concepción y desarrollo son cubiertos por los programas de aeronáutica no civil financiados públicamente. Así, los criterios objetivos establecidos de manera aparentemente «a priori» en las disposiciones del acuerdo relativas al apoyo directo a la creación, por una parte (artículo 4), y al apoyo estatal indirecto (artículo 5), por otra, no son sino criterios «ex post» calculados para llegar a una limitación más o menos equivalente del montante glo-

<sup>13</sup> Decisión del Consejo de 13 de julio de 1992, DOCE 301 de 17 de octubre de 1992.

<sup>14</sup> Acuerdo aceptado por la Comunidad Europea juntamente con el resto de los resultados del Tokyo Round por decisión del Consejo de 10 de diciembre de 1979, DOCE 71 de 17 de marzo de 1980, p. 58. Los especialistas en derecho comunitario pueden estar interesados en conocer que este acuerdo sobre aeronaves civiles, junto con el relativo a los obstáculos técnicos al comercio, fueron los dos únicos acuerdos del Tokyo Round que fueron considerados «mixtos», es decir, acuerdos a celebrar no sólo por la Comunidad sino también por los Estados miembros. En el caso del «acuerdo Airbus» con USA, en cambio, el Consejo consideró, a propuesta de la Comisión, que, si bien su contenido es, como veremos, el de la regulación de las ayudas de Estado, su objeto no es otro que el de regular, por esta vía, el comercio internacional de aviones (competencia exclusiva de la Comunidad sobre la base del artículo 113 del TCE).

<sup>15</sup> Bien es cierto que, en el contexto de una publicación como la presente, el comentario debería ser el inverso: el acuerdo Airbus sería así el ejemplo de una limitación del intervencionismo estatal incluso en sectores como el de la aeronáutica, pivotaes dentro de la estructura de economías altamente industrializadas.

bal de ayudas de cada Parte tal como la otra lo contabilizaba. La dificultad de todo este ejercicio explica que el acuerdo no tendría ningún sentido si no fuera completado por unas disposiciones sumamente elaboradas en materia de transparencia, es decir, de intercambio de las informaciones necesarias para poder contabilizar y comparar los distintos montantes de subvención.

En cuanto se refiere a la aplicación del acuerdo, han sido ya evocadas en la prensa diaria una cierta insatisfacción por parte europea y la existencia de discusiones sobre la oportunidad de abordar una renegociación del mismo.

## 5. ACUERDOS MULTILATERALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

### A. *Las reglas GATT/OMC*

El único tema de derecho de la competencia relativo a actividades de las empresas tratado por el GATT es el del anti-dumping, en el cual, como he indicado al principio, no me detendré. En lo relativo a ayudas de Estado, el enfoque del GATT no es tanto el de tratarlas directamente<sup>16</sup> cuanto el de regular los medios de que disponen las Partes contratantes para protegerse de sus efectos (apartado 3 y siguientes del artículo VI sobre los derechos compensadores). Ello explica también por qué, con el enfoque del GATT, el tratamiento del dumping y de las subvenciones públicas es paralelo: si bien su naturaleza es distinta, sus efectos sobre el comercio internacional son similares y los medios para defenderse de los mismos pueden serlo también.

Esta óptica subyace al acuerdo sobre subvenciones salido del Tokyo Round<sup>17</sup>. Sus tres primeros considerandos son bien significativos:

- «reconociendo que los gobiernos recurren a las subvenciones a fin de perseguir objetivos importantes de política nacional;
- reconociendo igualmente que las subvenciones pueden tener efectos perjudiciales sobre el comercio y la producción;
- reconociendo que el presente acuerdo debe tratar principalmente *los efectos de las subvenciones ...*» (cursiva añadida).

Es por ello que el acuerdo no hace más que recordar en su artículo 9 la prohibición de las subvenciones a la exportación de productos que no sean productos de base y que su parte más importante (la primera) se consagra a regular los límites en que las Partes pueden aplicar sus

<sup>16</sup> Con la única excepción del artículo XVI.4 que contiene prohibiciones sobre las subvenciones a la exportación de productos que no sean productos básicos.

<sup>17</sup> DOCE 71 de 17 de marzo de 1980, p. 72.



medios de defensa comercial (derechos compensatorios) contra los efectos de las subvenciones.

Este contenido se refleja ya en el propio título del acuerdo que no es el de «Acuerdo sobre subvenciones» sino el de «Acuerdo relativo a la interpretación y a la aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT».

La situación varía con los resultados del Uruguay Round. Entre los nuevos acuerdos anejos al GATT figura uno explícitamente titulado «Acuerdo sobre las subvenciones y medidas compensatorias»<sup>18</sup>. El enfoque no cambia radicalmente ya que el acuerdo está construido desde el punto de vista de los medios de acción de que disponen los Miembros de la OMC para reaccionar ante subvenciones acordadas por otros Miembros que les afecten negativamente; es decir, el enfoque sigue siendo no tanto el de «atacar las causas» cuanto el de «protegerse de los efectos». Es natural, por tanto, que una parte importante del acuerdo se consagre a desarrollar y modificar las disposiciones del referido acuerdo sobre subvenciones del Tokyo Round en todo lo que se refiere a reglas sobre medidas y derechos compensatorios. No obstante, por primera vez en el ámbito GATT, el tema de las subvenciones se ataca de frente en toda su complejidad.

Así, las subvenciones quedan clasificadas en tres categorías (en tres «boxes», en el argot ginebrino). La primera es la de las subvenciones prohibidas; la tercera es la de las subvenciones no sólo permitidas sino cuyos efectos deben ser aceptados aunque sean perjudiciales para otro Miembro de la OMC; la segunda es la categoría residual de subvenciones que, sin estar prohibidas, pueden tener efectos de los cuales los otros Miembros de la OMC pueden, en determinadas condiciones, defenderse.

La noción de «subvención» es definida en el artículo 1. La primera categoría de subvenciones es definida en el artículo 3. Se trata de:

«a) las subvenciones supeditadas de jure o de facto, a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I;

b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.»

Como las subvenciones de esta categoría están pura y simplemente prohibidas, lo que establece el artículo siguiente no es la posibilidad de que los otros Miembros de la OMC se protejan de sus efectos sino un procedimiento para obligar al Miembro de la OMC que concede las subvenciones a retirarlas.

<sup>18</sup> DOCE 336 de 23 de diciembre de 1994, p. 156.

La tercera categoría es definida en el artículo 8. Las disposiciones son tan detalladas que lo mejor es que el lector interesado se dirija directamente a su texto. Basta indicar que se trata de cierto tipo de subvenciones a la investigación, a regiones desfavorecidas y a la adaptación de instalaciones existentes a un cambio en las reglamentaciones de medio ambiente.

La segunda categoría comprende el resto de subvenciones. Lo que el artículo 5 prohíbe no son las subvenciones en sí sino algunos de sus efectos. Ningún Miembro de la OMC deberá causar

«a) daño a la rama de producción nacional de otro Miembro;

b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994;

c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.

El presente artículo no es aplicable a las subvenciones mantenidas con respecto a los productos agropecuarios según lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura».

Constituida la OMC y entrados en vigor los acuerdos del Uruguay Round, los países industrializados intentaron rápidamente hacer entrar el tema de la competencia (refiriéndose en particular al tema de la regulación de las actividades de las empresas) en la «agenda» futura de la Organización. Ante la fuerte resistencia de los países subdesarrollados, la primera Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Singapur en diciembre de 1996 se limitó a crear «un grupo de trabajo para el estudio de temas planteados por Miembros en relación con la interacción entre comercio y política de competencia —incluidas las prácticas anticompetitivas— a fin de identificar áreas que pudieran merecer ulterior consideración en el marco de la OMC». Este grupo y el creado para examinar la relación entre comercio e inversión se aprovecharán recíprocamente de sus trabajos así como de los desarrollados en el seno de la CNUCYD y en otros focos intergubernamentales: «El Consejo general de la OMC supervisará los trabajos de cada grupo y determinará después de dos años cómo deben eventualmente proseguir. Se entiende, sin lugar a dudas, que toda negociación futura en vistas al establecimiento de disciplinas multilaterales en estas áreas sólo será iniciada, en su caso, si una decisión explícita a estos efectos es adoptada por los Miembros de la OMC».

### *B. El acuerdo OCDE sobre la construcción naval*

En un sector específico, los trabajos en el seno de la OCDE en materia de competencia han producido un resultado extremadamente importante que debe ser reseñado aunque el acuerdo en cuestión no haya entrado aún en vigor<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> La entrada en vigor sólo se producirá cuando todas las ratificaciones de los firmantes hayan tenido lugar. Sigue faltando la de los Estados Unidos.



Después de cinco años de negociaciones, en julio de 1994 finalizaron las negociaciones conducidas en el seno de la OCDE por la Comunidad Europea, EEUU, Japón, Corea, Suecia, Noruega y Finlandia sobre un «Acuerdo sobre las condiciones normales de competencia en la industria de la construcción y de la reparación naval en el ámbito de la marina mercante».

El acuerdo, complejo y detallado (112 páginas) se limita al ámbito de la marina mercante excluyendo de su ámbito de aplicación los barcos de pesca destinados a las flotas nacionales así como los navíos militares. El texto principal del acuerdo<sup>20</sup> cubre dos cuestiones principales:

- a) disciplinas aplicables en materia de ayudas de Estado;
- b) instrumento de lucha contra las prácticas lesivas de los constructores en materia de precios.

En relación con las ayudas directas a la construcción, el principio general es el de su prohibición; se autorizan, sin embargo, las ayudas a la investigación dentro de ciertos límites, así como las ayudas «sociales» (al cierre de instalaciones, a las reducciones de plantilla). En relación con las ayudas indirectas (es decir, las ayudas a los armadores que puedan indirectamente beneficiar a los constructores) el principio también es el de su prohibición. Son autorizados, en cambio, los sistemas de crédito a la exportación de buques que se conformen al Entendimiento OCDE en la materia, cuya versión revisada se anexa al acuerdo formando parte integrante del mismo.

El instrumento de lucha contra las prácticas lesivas de los constructores en materia de precios es una especie de código anti-dumping/anti-subsvenciones adaptado a las circunstancias particulares de la construcción naval (en particular a dos: a) formalmente, los buques pueden no ser importados en el país B aunque un armador de B los adquiera a un constructor del país A; b) en muchos casos, la producción no es una producción en serie que permita determinar un «valor normal» uniforme para la serie de productos). La sanción prevista por el código es la de imponer al constructor responsable de una práctica lesiva en materia de precios la obligación de pagar a las autoridades de la parte perjudicada una cantidad equivalente al margen de dumping.

El acuerdo contiene también disposiciones que limitan los efectos de la célebre (en los medios especializados) «Jones Act» de los EEUU, que reserva el tráfico marítimo nacional a los buques construidos en el país<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> La presentación que efectuó del acuerdo retoma muchos elementos de la comunicación de la Comisión al Consejo que introducía la propuesta de decisión de conclusión del mismo.

<sup>21</sup> El volumen de construcción autorizado se limita a 200.000 toneladas brutas/año durante los tres primeros años de vigencia del acuerdo y se prevén contra-medidas si se sobrepasa esta cantidad durante esos tres primeros años o si se mantiene esa legislación después de este plazo.

Señalaré, por último, que este acuerdo va acompañado de una declaración aneja al acta final por la que los gobiernos se comprometen políticamente a tratar de frenar los proyectos industriales de aumento de capacidad de construcción naval. El hecho de que un acuerdo «liberalizador» deba ir acompañado de una declaración política «cartelizadora» no deja de constituir un tema de reflexión interesante.

### *C. El Tratado de la Carta de la Energía*

Otro acuerdo internacional muy importante de ámbito sectorial es el Tratado de la Carta de la Energía, negociado en un marco absolutamente «ad hoc» y aún no celebrado definitivamente pero en aplicación provisional<sup>22</sup>.

El Tratado, que cubre todo el ámbito del comercio y de las inversiones en el sector de la energía<sup>23</sup> es complejo en su contenido y ambicioso en sus objetivos (basta con ojear las disposiciones muy elaboradas relativas al procedimiento de solución de conflictos —artículo 26 y siguientes—). Debe reconocerse, sin embargo, que, en general, estas ambiciones no se han traducido en obligaciones concretas: buena parte de las disposiciones están redactadas en términos de «best endeavours», es decir, como simples compromisos de «promover y favorecer».

El artículo 6 del Tratado se refiere al derecho de la competencia. Sus disposiciones no crean obligaciones precisas de las partes; además, su apartado 7 excluye el artículo del ámbito de aplicación del propio mecanismo de solución de conflictos del acuerdo. Reproduzco a continuación sus pasajes esenciales:

«1. Las Partes contratantes se esforzarán por disminuir las distorsiones del mercado y los obstáculos a la competencia en actividades económicas en el sector de la energía.

2. Las Partes contratantes garantizarán que dentro de su jurisdicción exista y se aplique la legislación necesaria y adecuada para hacer frente a toda conducta anticompetitiva unilateral y concertada en actividades económicas en el sector de la energía.

5. Si una Parte contratante considera que existe una conducta anticompetitiva determinada en el territorio de otra Parte contratante que lesiona intereses importantes en relación con los objetivos definidos en el presente artículo, dicha Parte contratante podrá notificarlo a la otra Parte contratante y solicitar que las autoridades de ésta responsables de la competencia tomen las medidas oportunas para asegurar el cumplimiento de las normas.

<sup>22</sup> Decisión del Consejo de 15 de diciembre de 1994, DOCE 380 de 31 de diciembre de 1994, p. 1.

<sup>23</sup> Como cubre el ámbito de las inversiones y del «trato» de las empresas, el acuerdo es, lógicamente, «mixto», es decir, suscrito conjuntamente por la Comunidad y los Estados miembros.



La Parte contratante que reciba la notificación o, en su caso, las autoridades responsables ... deberán tener debidamente en cuenta la solicitud de la Parte contratante que ha efectuado la notificación a la hora de decidir si procede tomar medidas para poner fin a la supuesta conducta anticompetitiva mencionada en la notificación. ...».

### III. SEGUNDA PARTE: COMENTARIOS INSTITUCIONALES

#### 1. EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD: LA DISTINCIÓN ENTRE ACUERDOS «VACÍOS» Y «LLENOS»

El lector puede haber quedado sorprendido por la distinción, ciertamente algo brutal, entre acuerdos «vacíos» y «llenos» de compromisos específicos. Sin embargo, yo pienso que es una distinción extremadamente útil que arroja mucha luz sobre la acción de la Comunidad en el ámbito de las relaciones exteriores bilaterales. Para alcanzar el objetivo de este artículo, la distinción es esencial: permite que el lector interesado por el derecho de la competencia pueda dejar de lado un número muy elevado de los acuerdos bilaterales horizontales que ligan a la Comunidad con países terceros: los acuerdos vacíos lo son también en materia de derecho de la competencia.

Un acuerdo lleno de compromisos entre las partes no presenta ningún problema a la hora de entender su sentido político: es «self-explanatory»; su justificación se encuentra en las ventajas que cada Parte obtiene de los compromisos asumidos por la otra. En cambio, no es de ninguna manera evidente cuál puede ser el sentido político de un acuerdo vacío de compromisos específicos, en el que las Partes no hacen sino afirmar que colaborarán entre sí en una serie de ámbitos que, tendencialmente, cubren la totalidad de sectores de la vida económica y social. Tal es el tipo de acuerdo que la Comunidad ha celebrado y sigue celebrando con una serie de países (los de la América del Sur y América Central y los de Asia). Los especialistas en relaciones internacionales podrán comprobar, si se detienen a estudiar la cuestión, que se trata de una red de acuerdos absolutamente sin precedente y sin igual.

Estas páginas no son el lugar adecuado para exponer en detalle el sentido de esta red de acuerdos vacíos; me limitaré a apuntar en la dirección esencial: estos acuerdos constituyen la mejor manera de justificar la existencia de los servicios (y la actividad del comisario responsable) de la Comisión encargados de negociarlos y de «gestionarlos»; justifican, muy en particular, la existencia de delegaciones de la Comisión en las capitales de los países terceros<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Debe recordarse, en este contexto, que, después de la entrada en vigor del tratado de Maastricht, estas delegaciones de la Comisión en las capitales de países terceros se presentan

Señalaré, por último, que, sin partir de la distinción entre acuerdos vacíos y llenos, es imposible comprender el sentido de ciertos acuerdos importantes desde una perspectiva española: los firmados con Mercosur y sus Estados partes y con Chile así como el que está en curso de negociación con Méjico. Son acuerdos vacíos pero orientados a ser ulteriormente rellenos: por un nuevo acuerdo independiente en el caso de los acuerdos con Mercosur y Chile, por decisión del órgano conjunto creado por el acuerdo en el caso de Méjico.

## 2. EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS LLENOS: LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL «TRATO DE LAS EMPRESAS»

El mismo desconocimiento que oculta el hecho de que buena parte de los acuerdos horizontales celebrados por la Comunidad con países terceros son vacíos oculta también el hecho de que, en la mayor parte de casos, los acuerdos llenos lo son mucho más de lo que se piensa.

Existe, en efecto, la impresión generalizada de que los acuerdos celebrados por la Comunidad con países terceros se limitan a los ámbitos de las relaciones comerciales y la cooperación. Existe también la impresión de que, si tales acuerdos son celebrados conjuntamente no sólo por la Comunidad sino también por los Estados miembros, la razón de la participación de estos últimos es el hecho de que los acuerdos, junto a las disposiciones sobre comercio y cooperación —de competencia comunitaria— contienen alguna disposición sobre «diálogo político» —de competencia nacional.

Estas dos impresiones son falsas por el mismo motivo. Desconocen el hecho de que los más importantes de estos acuerdos bilaterales contienen disposiciones sobre el «trato a las empresas» que constituyen un segundo objeto de los acuerdos (junto a las disposiciones relativas a las relaciones comerciales), en el caso de los acuerdos europeos, y aun el primer objeto de los acuerdos, en el caso de los acuerdos con las repúblicas de la ex-URSS. Efectivamente, en el caso de estos últimos acuerdos, su disposición esencial es el artículo relativo a las «condiciones relativas al establecimiento y a la actividad de las sociedades» (artículo 28 del acuerdo firmado con Rusia, por ejemplo). Esta disposición prevé que «sin perjuicio de las reservas enumeradas en el anexo 3, Rusia reserva a las actividades de las filiales rusas de sociedades comunitarias

---

como delegaciones «de la Unión Europea», mención con la que comienza —en países terceros, pero no dentro de la Unión— la fórmula que utilizan en el encabezamiento de toda su documentación («Unión Europea, Comisión Europea, delegación en Argentina», por ejemplo). Como resultado de ello, en el lenguaje diplomático de esas capitales, el delegado de la Comisión es denominado «embajador de la Unión Europea» y aparece como una especie de «superembajador» en relación a los embajadores de los Estados miembros.



un trato no menos favorable que el acordado a otras sociedades rusas o a sociedades rusas que son filiales de una sociedad de un país tercero, si éste es mejor ...» (es decir, en lenguaje simple: una filial de SHELL en Rusia —sociedad anglo-holandesa— deberá ser tratada como una filial de ESSO —sociedad estadounidense— aunque ésta esté mejor tratada que una sociedad rusa de capital ruso).

En lo que se refiere a su contenido, estas disposiciones sobre el trato a las empresas tienen una doble universalidad: cubren todos los sectores y cubren todos los aspectos del régimen jurídico aplicable a las empresas. Ni los políticos ni los ciudadanos ni los especialistas son conscientes del desarrollo de un derecho internacional tan «poderoso» y de tanto alcance.

En lo que se refiere a la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, son estas disposiciones las que exigen la participación de estos últimos en los acuerdos (cf. más arriba, nota 5 a pie de página).

### 3. LA CREACIÓN DE REGLAS JURÍDICAS POR LOS ÓRGANOS CONJUNTOS CREADOS POR ACUERDOS INTERNACIONALES

Las disposiciones mencionadas de los acuerdos «europeos» y «euromediterráneos» (y también las de los acuerdos con las repúblicas de la ex-URSS) ilustran un tema al que no se presta en mi opinión la atención que merece: la extensión creciente del fenómeno de la creación de reglas jurídicas por los órganos conjuntos creados por acuerdos internacionales. Si quisiéramos explicar el fenómeno en términos de la distinción «intergubernamental/supranacional», podríamos decir, o bien que esta distinción pierde cada vez más relevancia práctica, o bien que la supranacionalidad está invadiendo el terreno de la intergubernamentalidad.

Es significativo, por ejemplo, que se haya subrayado tan poco cómo, en el paso del GATT a la OMC, decisiones que, en el seno del primero, debían ser tomadas «intergubernamentalmente» por todas las Partes Contratantes son adoptadas, en el seno de la segunda, con carácter vinculante para sus Miembros, por los órganos de la organización (es decir, «supranacionalmente»). Para citar sólo un ejemplo, en el seno del GATT, un nuevo país adherente formalizaba su adhesión mediante un acuerdo con todos los países ya adheridos; en el seno de la OMC, la adhesión de nuevos miembros y la determinación de las condiciones específicas en que se produce se formalizan mediante un acuerdo con la organización que es aprobado por una decisión de sus órganos, adoptada por mayoría<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> ¡La adhesión de nuevos Miembros a la OMC resulta, pues, más «supranacional» que la entrada de nuevos Estados en la Unión Europea! En este caso, el correspondiente acuerdo sigue siendo un acuerdo «intergubernamental» entre el Estado adherente y los Estados ya miembros.

Sucede también así, de manera creciente, en el marco de los acuerdos bilaterales suscritos por la Comunidad (sobre todo, pero no únicamente, en el caso de acuerdos horizontales celebrados conjuntamente con los Estados miembros). Los problemas institucionales que ello plantea son extremadamente importantes y no fáciles de resolver; el fundamental es el siguiente: ¿cómo se determina la posición que los representantes de la Comunidad (y, en su caso, de los Estados miembros) deben tomar en el seno de los órganos conjuntos creados por esos acuerdos cuando estos órganos adoptan decisiones vinculantes para las Partes?, ¿en qué condiciones pueden dichos representantes participar en la adopción de tales decisiones?

Estas páginas no son el lugar para exponer cómo se ha tratado este problema en Bruselas. Mi objetivo se limita a señalar la cuestión y a subrayar que el problema no es sólo bruselés, en tanto que en dichos acuerdos participan también los Estados miembros en tanto que tales.

Sí quiero, en cambio, llamar la atención sobre el riesgo que conlleva esta tendencia a atribuir a órganos creados por acuerdos internacionales la capacidad de crear derecho. El peligro es, bien evidentemente, el de la pérdida de todo control democrático sobre esta vía de creación del derecho; en efecto, a falta de un marco jurídico adecuado, las decisiones de estos órganos tienden a convertirse en el patrimonio exclusivo de los funcionarios de los servicios especializados de las Administraciones (nacionales y/o comunitaria) que gestionan los acuerdos. Este riesgo es una especie de «riesgo al cuadrado» cuando es la Comunidad la que participa en dichos órganos generando así lo que podría denominarse una «doble supranacionalidad»: para llegar a una fuente de creación del derecho que tiende a escaparse de los mecanismos de control establecidos por cada Constitución (estos órganos creados por acuerdos internacionales), debe pasarse aún por un filtro intermedio con mecanismos de control insuficientes (la Comunidad). Este es un tema que, en mi opinión, exige la atención de los Parlamentos, por una parte, y de los internacionalistas y constitucionalistas, por otra.

#### 4. EL «EFECTO DIRECTO» DE LAS REGLAS INTERNACIONALES EN DERECHO COMUNITARIO

Cualquier reflexión que toque el tema del derecho engendrado por los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad debe tener presente que dicho derecho puede, en determinados casos, ser invocado directamente por los particulares ante las jurisdicciones nacional y comunitaria.

En efecto, en relación con esta cuestión, el TJCE, en su sentencia «Kupferberg»<sup>26</sup>, si bien reconoció que «de acuerdo con los principios

<sup>26</sup> Sentencia de 26 de octubre de 1982, asunto 104/81, Rec. p. 3663.



del derecho internacional, las instituciones comunitarias que son competentes para negociar y concluir un acuerdo con un país tercero tienen la libertad de convenir con éste qué efectos deben producir las disposiciones del acuerdo en el orden jurídico interno de las partes contratantes», también afirmó que «... si esta cuestión no ha sido regulada por el acuerdo ... incumbe a las jurisdicciones competentes y en particular al Tribunal, en el marco de la competencia que le ha atribuido el tratado, el zanjarla igual, y con el mismo título, que cualquier otra cuestión de interpretación relativa a la aplicación del acuerdo en la Comunidad» (considerando 17).

La hipótesis contemplada por el TJCE se da, sin excepción, en el caso de todos los acuerdos bilaterales de la Comunidad. En este caso, las instituciones comunitarias que deciden del contenido de los acuerdos han hecho dejación de su competencia para determinar si las disposiciones de los mismos pueden o no ser invocadas por los particulares ante las jurisdicciones nacional y comunitaria. El vacío dejado por esta dejación de competencias (y de responsabilidades políticas) ha debido ser colmado por el TJCE con su jurisprudencia.

Sin entrar en mayores detalles, basta con señalar que esta jurisprudencia adapta al caso de los acuerdos internacionales la jurisprudencia sobre la invocabilidad por los particulares de las directivas comunitarias: las disposiciones (de los acuerdos o de las directivas) son invocables si reúnen ciertas condiciones (precisión, ausencia de condicionalidad ...).

Esta jurisprudencia ha sido posteriormente extendida, con ocasión, sobre todo, de una larga serie de procedimientos contenciosos sobre el régimen jurídico aplicable a trabajadores turcos en Estados miembros de la Comunidad, a las decisiones de los órganos conjuntos creados por acuerdos internacionales (en particular, a las del Consejo de Asociación creado por el acuerdo entre Turquía y la Comunidad Europea y sus Estados miembros).

Resulta de todo ello que el derecho de la competencia engendrado por los acuerdos internacionales suscritos por la Comunidad puede perfectamente no quedarse en el limbo del derecho internacional clásico. Puede un día descender al ámbito de las jurisdicciones internas, provocando la misma enorme sorpresa que produjo el descubrir que los trabajadores turcos podían invocar directamente las referidas decisiones del Consejo de Asociación del acuerdo entre Turquía y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.





# LAS AGENCIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA DESREGULACIÓN: EL TDC

Aurelio ALONSO-CORTES CONCEJO  
Presidente de la Comisión de Defensa  
de la Competencia. CEOE

## I. DESREGULACIÓN: OBJETIVOS PRINCIPALES EN LIBRE COMPETENCIA

Aunque se viene utilizando el término «reforma reguladora» para denominar el procedimiento de eliminación o reducción de las situaciones de monopolio legal en la producción de bienes y servicios, prefiero actualmente seguir usando el de «desregulación». Es un concepto más dinámico que el de «reforma reguladora» ya que comprende la acción de «quitar regulación». Reformar, en la acepción usada por los Gobiernos y las Administraciones Públicas, implica mantener sustancialmente lo regulado con adaptaciones, cuando, según una creciente opinión que comparto, el objetivo inicial y general ha de ser «eliminar» normas, habiendo llegado a ser éste, precisamente, el criterio de destacados Partidos Políticos<sup>1</sup>.

En la mayor parte de los casos la eliminación será de las restricciones y no de la misma norma. Ello se debe a que habrá que evitar el vacío derivado de la desaparición de la limitación que, reemplazado con la nueva y concreta libertad de mercado, obligará a establecer, en su lugar, controles de la Administración para evitar abusos o problemas de segu-

<sup>1</sup> El Partido Popular, ya en abril de 1991, en su programa «Un nuevo impulso», propuso reformar hasta llegar, cuando sea posible, a su «desaparición», «aquellas Leyes y otras normas administrativas que amparan la actuación de grandes empresas —públicas y privadas— que por ser conceptuadas en el pasado como estratégicas o relacionadas con el bienestar social, integran sectores tales como la energía, siderurgia, construcción naval, transportes, correos, telecomunicaciones o sanidad». El programa daba pautas respecto a las normas administrativas que hay que «eliminar» y concreta las reformas a emprender en cinco Sectores y en la Empresa Pública.

ridad. De ahí que, cuando se trata de desregulación se hable, también, de re-regulación como acción de «regular de nuevo». La actuación desreguladora consistirá, pues, no en abrogar o anular radicalmente sino en volver a regular si bien dejando la actividad de la Administración limitada al papel de supervisor o árbitro<sup>2</sup>.

La desregulación comprenderá no sólo la «económica» que propugna la eliminación o reducción de las exenciones y restricciones a la competencia, sino también la «estructural» que concierne a las reformas de esta clase a acometer en el propio Estado (Poderes Públicos, Justicia, Administración —organización, personal, simplificación de procedimientos, y burocracia—), mercado de trabajo, sanidad, etc. El objetivo de la reforma estructural es reducir el Estado, actualmente en una situación de «hipertrofia», hasta conseguir una dimensión eficiente y mínima<sup>3</sup>.

Ningún Sector de servicios debe estar excluido de la desregulación, ni siquiera las áreas «tabú» relacionadas con el llamado «Estado del Bienestar» como la sanidad, las pensiones o la educación, por mucho que no pocos Gobiernos sean reacios a entrar en ellas. Sólo los servicios que afectan a la seguridad de los ciudadanos en sentido amplio, es decir, la defensa, el orden público y la justicia deben seguir, de modo exclusivo, en manos del Estado<sup>4</sup>.

En este trabajo trato sobre la reforma económica en la medida que afecte a la libre competencia. La liberalización total o parcial de la economía es el fin o resultado, y la desregulación es el método a seguir.

Diferentemente, «privatización» es el traspaso de la propiedad y/o del control de concretas y determinadas actividades económicas, —especialmente de la producción de bienes y servicios—, a los privados, desde la Administración Pública —en su más amplio concepto de Central, Autonómico, Local e Institucional—. Se trata de una «mera

---

<sup>2</sup> «Desregulación» es concepto utilizado en *La desregulación y liberalización de la economía en España y en otros países*, en Informes y Estudios de la CEOE, nº 73, 1975.

<sup>3</sup> El concepto de «Estado mínimo», y su «hipertrofia» lo trató el autor en la citada monografía de CEOE. Asimismo ha sido objeto de consideración las Jornadas organizadas por el TDC en Barcelona el 8 de mayo de 1997. Ha sido desarrollado también en el «Libro Blanco sobre el papel del Estado en la economía española» dirigido por el Profesor TERMES y publicado en abril de 1991. El autor colaboró en los capítulos 12 y 13 dentro del equipo de JOSÉ FOLGADO.

<sup>4</sup> Inglaterra, al final de la época MAJOR se planteó el cambio del sistema de pensiones por un «fondo personal» que se diseña por el interesado a conveniencia; incluso los laboristas están adoptando un sistema mixto, público y privado. En EEUU destaca el Programa «nueva promesa» de CLINTON, con el anuncio de reformas estructurales que se incorporarán a la Ley de Presupuestos de 1998 y sobre todo a una «Ley de equilibrio presupuestario» hasta el año 2002. Japón ha convertido la reforma estructural en la clave del segundo mandato de HASHIMOTO cuyo único problema —según manifiesta— es que no sabe cómo explicar al público las prioridades. En España los mismos socialdemócratas se han invitado a modificar el ideario y aceptan que es necesario reformar el Estado del bienestar ya que el aumento del gasto público y de los impuestos ha llegado a término. Éste es el mensaje del libro de SOLCHAGA *El final de la edad dorada*.



transmisión» que pocas veces necesitará de una previa desregulación, salvo que la Administración esté operando precisamente en un ámbito protegido por específicas regulaciones; en este caso la desregulación debe ser previa a la transferencia<sup>5</sup>.

La finalidad de la desregulación económica es, pues, eliminar las exenciones a la aplicación de las Leyes de la Competencia, y las restricciones a la libre competencia en el mercado.

## 1. ELIMINAR LAS EXENCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

Derogar o modificar las regulaciones que eximen a ciertos operadores de las leyes de defensa de la competencia es a mi entender tanto o más importante que eliminar las restricciones existentes, de derecho o de hecho, en el mercado. Es la tarea prioritaria y central de la desregulación. Y comoquiera que las exenciones se manifiestan en áreas en las que por imperativo legal está vedado conocer a las Agencias «anti-trust», habrán de ser específicamente éstas las que pongan de manifiesto a los Gobiernos respectivos cuáles son las exenciones que es preciso derogar. No resulta precisamente ejemplar, por discriminatorio, que ciertas áreas económicas estén cerradas al examen de dichos órganos.

Esta facultad, en el caso del TDC, se establece en el art. 2.2. de la LDC española 16/1989 referida a la «modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

Y es que la LDC como Ley general se conjuga mal con las exenciones totales o parciales, que pudieron haber tenido cierto fundamento en estadios iniciales de la economía o en ciertos conceptos (fallos del mercado, monopolios naturales, o sectores estratégicos) que, además de estar actualmente superados, han costado el pago de altas rentas monopolísticas en beneficio de sujetos económicos individuales o sectoriales, públicos o privados.

Países como Estados Unidos y Australia en su desregulación se han distinguido por abordar con preferencia la eliminación de las exenciones legales especialmente en áreas como los transportes por carretera, servicios profesionales o ciertas actividades comerciales.

En España la modificación de la Ley 16/1989, con la introducción del punto 3, en su artículo 2º, y las últimas actuaciones del TDC en mate-

---

<sup>5</sup> SORIANO, en su obra *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Real Colegio de España en Bolonia, 1993, postulaba entre los primeros, la correcta doctrina de que «si se privatiza un Sector ha de ser eliminando todo elemento de poder monopólico e introduciendo competencia, de forma que los particulares beneficiados por el proceso de privatización no sustituyan al Estado, que es el único que ha de tener el poder por definición».

ria de monopolios muestran una importante y muy positiva inflexión al dirigir sus análisis a la misma Administración como sujeto de la actuación correctora del TDC.

Y aunque hay quien afirma que sin la inclusión de dicho punto 3 el Estado estaba sujeto a la LDC por ser ésta de aplicación «a todos los operadores en el mercado», desde la nueva redacción no hay duda alguna de que serán enjuiciables las situaciones de restricción que «sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los Entes Públicos o las Empresas Públicas sin dicho amparo legal». Queda, pues, derogada la «exención singular» que amparaba todas las actuaciones del Sector Público, y subsistente la «exención general» que ampara a todos los operadores económicos protegidos por una concreta Ley.

Afirmo, además, que el TDC no sólo tiene atribución para corregir la actuación anticoncurrencial de la Administración en el mercado sino incluso para proponer la desregulación que afecte al propio Estado siempre que sea el destinatario de las regulaciones económicas que comporten exenciones o restricciones concurrenciales.

## 2. ELIMINAR LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

### A. *Las restricciones normativas y las fácticas*

Interesa diferenciar el concepto de restricción o limitación a la competencia frente a la simple exención de las Leyes que la defienden. Me concreto ahora al primero. La restricción puede tener origen en una normativa en cuyo caso la medida consistirá en promover la vía de desregulación o constituir una conducta restrictiva de ciertos operadores del mercado a la que llamaremos restricción fáctica.

Unas y otras, las normativas y las fácticas, adoptan formas similares. La forma más radical de restricción a la competencia es el monopolio pero pueden presentarse largas listas de restricciones de origen normativo que afectan a la capacidad de las empresas para competir. Carlos Ocaña en su trabajo «El coste de las restricciones a la competencia», publicado en el n.º 73 de «Informes y Estudios» de CEOE, presenta el siguiente catálogo, cada una de cuyas categorías desglosa con abundancia enriquecedora del concepto:

1. Barreras a la entrada genéricas.
2. Barreras al comercio internacional.
3. Restricciones sobre los precios.
4. Restricciones sobre la producción.
5. Restricciones sobre la localización.
6. Restricciones sobre los horarios o duración.
7. Distorsiones de los costes causadas por ayudas públicas o similares.



8. Restricciones sobre la publicidad y la transparencia informativa.
9. Restricciones sobre la calidad y la estandarización.
10. Restricciones de tipo financiero.
11. Otras restricciones sobre la actividad de las empresas.

Para Ocaña «el elemento distintivo de las restricciones a la competencia es que discriminan a unas empresas frente a otras de manera que el grado de rivalidad, esto es la intensidad con que las empresas luchan por captar y atender a la demanda, disminuyen». «Sólo cuando la norma es discriminatoria bien porque dificulta la entrada de competidores bien porque no permite a las empresas tomar decisiones independientemente para atraer a los consumidores, cabe referirse a la existencia de una restricción a la competencia».

En cuanto a las restricciones de la competencia no normativas sino fácticas sólo cabe pensar en su eliminación o cesación en los términos de la LDC y no, alternativamente, en su reducción. Y ello porque se trata de conductas ilegales. Estas restricciones están implantadas en el mercado, y equivalen a «situaciones posesorias». Por ello su eliminación o cesación no puede producirse por un simple acto de autoridad del Gobierno (normativo o no) sino, previo enjuiciamiento, por decisión ya de la jurisdicción civil —cuando el ordenamiento lo permita (por aplicación del abuso de derecho, o competencia desleal)— ya por resolución de la Agencia «anti-trust».

Obviamente las restricciones abundan de tal modo en el mercado que la tarea de eliminarlas es gigantesca. Esta circunstancia obliga al Gobierno a dotar suficientemente a ambas instituciones, judicial y «anti-trust», que en muchos países y singularmente en España están infradotadas como ha denunciado en diversas ocasiones la OCDE. Sobre ello volveré más adelante.

Las restricciones más frecuentes son las originadas por controles normativos o fácticos en barreras de entrada o fijación de precios, en sectores como las profesiones, el transporte, la distribución, o ciertos servicios que, por naturaleza, debían ser de libre competencia. Y al ser amparadas o propiciadas generalmente por grupos de presión son las más difíciles de eliminar.

### *B. Eliminación de barreras económicas*

Son una forma particular y común de limitación o restricción de la competencia cuya eliminación es el objeto final de la desregulación.

#### *a) De entrada y desarrollo: concesión y licencia*

Las barreras más habituales existentes en el mercado son las de entrada, o de desarrollo, y también las más eficaces para obtener un efecto anticoncurrencial. La acción de desregulación habrá de empezar por ellas.

Las más típicas son, dentro del derecho, la exigencia de licencia o concesión para realizar la actividad, o la existencia de impedimentos de hecho. Se equiparan a las anteriores restricciones de la Administración los casos de autorización, aprobación, visado, dispensa, etc. A veces es el propio sector el que tiene un derecho o facultad de veto sobre nuevos entrantes, ya de modo directo ya indirecto al solicitarse por la autoridad que otorga una licencia un previo informe de «los ya establecidos» sobre los inconvenientes para la actividad que implique el aumento de operadores con los entrantes o acerca de la capacidad de los establecidos para asumir las nuevas necesidades.

Las Directivas de la UE y, por su transposición, la legislación española exigen no sólo requisitos de capacidad a los entrantes sino con frecuencia la obligación de negociar su propia entrada con los establecidos. Es el caso la energía eléctrica y del gas. La Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996, sobre «Normas comunes para el mercado interior de la electricidad», que configura el acceso a las redes como una base de la apertura de los mercados, regula en su artículo 17 el acceso negociado mediante acuerdos comerciales voluntarios entre las empresas de suministro de electricidad y los clientes cualificados. En España el acceso negociado se aplica al gas en el Real Decreto 2033/1996 de 6 de septiembre, con limitaciones y discriminaciones subjetivas y cuantitativas injustificables que no acaban de garantizar el acceso de terceros a la red nacional de gasoductos y a las plantas de regasificación. Diferentemente, con mayor acierto pero con alguna previsión dilatoria, aplica el sistema negociado el anteproyecto de Ley sobre el Sector Eléctrico que se tramita en el Congreso de los Diputados<sup>6</sup>.

Una medida de desregulación en el caso de servicios que se presenta como eficaz es la progresiva conversión en mera licencia de los casos sujetos a concesión. El proceso de liberalización en su forma de privatización más dinámica consiste no tanto en la transferencia de la propiedad de los gestores de servicios públicos y monopolios naturales como en la privatización de la gestión convirtiéndola de directa en indirecta<sup>7</sup>. Es en la indirecta donde la transformación de la concesión en licencia tiene suma importancia.

La concesión requiere un procedimiento administrativo de otorgamiento, el pago de unos cánones generalmente sustanciales, y supone

<sup>6</sup> La Directiva 96/92/CE mencionada establece el acceso negociado y el regulado. En el primero el cliente negocia con el gestor de la red el cual establece y publica una gama indicativa de precios de utilización. Diferentemente en el acceso regulado son los Estados quienes fijan las tarifas. Solo en este caso puede hablarse de un verdadero derecho de acceso. Este es el sistema seguido en España por el art. 42 del Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, que sigue el sistema regulado como un derecho de acceso a la red de distribución que solo podrá ser denegado por el gestor de la red, de forma motivada, en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. El precio por el uso de redes o «peaje» se determina por el Gobierno.

<sup>7</sup> El citado «Libro Blanco» recoge esta transformación de la gestión como fórmula de privatización; capítulo 12.II.2.3.



una entrada singular o de muy pocos. El Gobierno considera la actividad como propia y puede revertirla o recuperarla. Pero la concesión ha pasado de ser preferentemente un método de gestión indirecta y controlada de servicios públicos esenciales a ser un método recaudatorio y limitativo de la competencia en cualquier clase de servicios.

La licencia no tiene en principio limitación cuantitativa de entrantes, y basta para concederla la comprobación del cumplimiento de requisitos por el solicitante. Y si ambas figuras, concesión y licencia, van dirigidas a garantizar la idoneidad del prestador, la continuidad del servicio, su seguridad, sólo la licencia es claramente compatible en la actualidad con la competencia. Este es el criterio que ya está aplicando actualmente el Gobierno español en áreas de actividad como las Televisiones Locales<sup>8</sup>.

#### b) Barreras de salida

Me refiero a las normas que dificultan a las empresas dejar un mercado o les obligan a prestar servicios en condiciones desfavorables, lo cual obstaculiza la competencia con efecto equivalente a una restricción.

La existencia de barreras de salida produce un «efecto escaparate» disuasorio para otras empresas que desean entrar pero que prevén dificultades para abandonar si las cosas van mal o se les presentan mejores oportunidades en otra parte. El efecto, pues, es similar a una barrera de entrada. La desregulación podrá evitarlo eliminando dichas dificultades. Cabría hacerlo, por ejemplo, permitiendo a los operadores abandonar el servicio en los no rentables o transfiriendo la obligación de servicio universal a un sistema general.

El principio de universalidad constituye una obligación material de prestación generalmente impuesta a los operadores de ciertos servicios. Pretende amparar la prestación de servicios en emplazamientos sin masa crítica de usuarios (zonas rurales o alejadas, por ejemplo), y ha sido una de las mayores objeciones respecto a la liberalización ya que de no atenderlo —en opinión de algunos— se perjudicaría a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. En mi opinión, trasladar el coste del servicio universal a los prestadores es injusto. El servicio universal debe ser transformado de prestación obligatoria de algún operador a prestación general de todos y sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En el caso de asunción por los operadores del sector habrá de ser «a prorrata» de su cuota en el mercado con un porcentaje mínimo y fijo para los entrantes. También cabría pensar en un modo mixto mediante la distribución entre Presupuestos y operadores.

<sup>8</sup> Un acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de febrero de 1997, sobre la implantación de nuevas medidas liberalizadoras, se refiere expresamente, en su exposición de motivos, a ésta transformación.

### c) Las barreras y la posición dominante

La existencia de barreras favorece los procesos de concentración pero no sólo los positivos para la competencia sino especialmente los indeseables.

Las concentraciones pueden ser positivas o necesarias para la economía pero frecuentemente conducen a posiciones dominantes que son la antesala de actuaciones de abuso, especialmente cuando propician integraciones verticales entre empresas que ya son dominantes antes de la integración. Ha sido Inmaculada Gutiérrez<sup>9</sup> la que en los cambios de estructura de un sector con ocasión de las privatizaciones, ha analizado cómo la alteración de la correlación de fuerzas entre operadores derivada de dicho proceso no tiene porqué perjudicar el desarrollo de la competencia, aunque el incremento que se produce en el grado de concentración puede ser o no permisible desde el punto de vista de la LDC.

Es precisamente la facilidad de entrada y salida la que tiende a evitar estas situaciones. La presencia o ausencia de barreras de entrada permite valorar una posición dominante<sup>10</sup>. Diría más; una posición de dominio es en sí misma una barrera de entrada procedente del operador dominante, que como es sabido se convertiría en ilegal cuando se abusara de ella. El TJCE ha definido la posición dominante como «una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse de modo apreciable independientemente de sus competidores y clientes, y en definitiva de los consumidores»<sup>11</sup>.

### C. Duopolio mejor que monopolio

Ha sido criticado el reemplazo de una situación de monopolio por otra de duopolio con ocasión de una desregulación, concretamente en la de las telecomunicaciones en España. Los que así piensan debieran comprender que, aunque el duopolio no es recomendable, en «sectores motor» de la economía como el mencionado es necesario tomarse un tiempo y un «rodaje» para reformar. De esa clase de sectores dependen otros muchos, especialmente industriales, que no pueden quedar al albur de una apertura total sin tiempo de reaccionar. La pérdida de cuota de mercado por el monopolista será siempre importante y puede ser crítica sin una transición. La adecuación de esta alternativa del duopolio queda demostrada por el hecho de haber sido elegida por países como Gran Bretaña y Australia y cabe aceptarla siempre en el bien entendido de que en la UE a partir de 1998, como se prevé ocurra en España, este segun-

---

<sup>9</sup> Conferencia impartida en el ciclo «Las privatizaciones en España» 10 de marzo de 1997, organizado por el «Club diálogos para la Democracia».

<sup>10</sup> Caso *United Brands vs Comisión*, DOCE 1976 L95/1.

<sup>11</sup> Caso 322/81 *Michelin vs Comisión* y otros.



do operador tendrá que competir con nuevos entrantes y, muy especialmente con las grandes multinacionales de las telecomunicaciones y las redes corporativas de las grandes empresas <sup>12</sup>.

El duopolio por tanto debe ser aceptado como una solución provisional y accesoria, un mal menor, de tránsito hacia una situación liberalizada.

#### *D. Separación de actividades: estructuras verticales y horizontales*

En los casos de integración vertical u horizontal restrictiva de la competencia la recomendación del órgano «anti-trust» al Gobierno o al legislador podrá convenir que consista en la separación de actividades «aguas arriba», «aguas abajo», o en el mismo nivel, mediante empresas diferentes y en el establecimiento de normas o condicionados que impidan la colusión, mediante la separación de funciones u otras medidas. Estas medidas reguladoras afectarán, por tanto, a la estructura empresarial.

La Directiva 96/92 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad establece en su capítulo VI el principio de separación y transparencia de las cuentas. Dispone su artículo 14.3 que las empresas eléctricas integradas llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas para sus actividades de generación, transmisión y distribución. El objetivo declarado es «evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia». De modo similar en España el Proyecto de Ley del Sector Eléctrico en trámite recoge ampliamente el criterio de separación <sup>13</sup>, lo que podría convertirse en una regla general aplicable a otros sectores a re-regular.

Y siendo un vicio de los llamados Entes reguladores la coexistencia de funciones normativas y comerciales en el mismo Ente, tan frecuente en España, (caso AENA y otros), la recomendación tenderá a separar ambas funciones exponiendo estas últimas a la libre competencia o, mejor aún, en extinguir o privatizar las comerciales.

Es un ejemplo a seguir el de la Agencia «anti-trust» del Canadá que en materia de servicios públicos se ha centrado en reformas estructurales tendentes a separar las funciones comerciales y normativas de cier-

<sup>12</sup> El citado «Libro Blanco» p. 724.

<sup>13</sup> El art. 14 del Proyecto de Ley determina que las sociedades mercantiles que desarrollen cualquiera de las actividades reguladas de gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución, deben tener como objetivo social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan realizar actividades de producción o de comercialización, salvo cuando, en un grupo de sociedades, desarrollen actividades incompatibles mediante sociedades diferentes. La disposición transitoria quinta establece que la exigencia de separación de actividades reguladas y no reguladas, mediante su ejercicio por personas jurídicas diferentes, será de aplicación en el momento de entrada en vigor de la Ley a las actividades de generación y distribución, en determinadas circunstancias que, en definitiva, aplazan en la práctica esta separación al 31 de diciembre del año 2000.

tos Entes Públicos con el fin de sujetar a las leyes sobre competencia sus actividades comerciales.

La existencia de estructuras verticales y horizontales requiere especial atención desde el punto de vista de la desregulación que habrá de tener en cuenta los límites derivados de normas de obligado cumplimiento. Precisamente las verticales han sido objeto, como es sabido, de Reglamentos comunitarios de exención por categorías, declarados de aplicación a España por Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero<sup>14</sup>. Estos Reglamentos en los últimos tiempos están sujetos a examen y revisión global en la UE con base en el llamado «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria»<sup>15</sup>.

En general son rechazables y debieran eliminarse en una reforma aquellas integraciones que se orientan a establecer barreras de entrada. La privatización de monopolios no dará resultado si ciertos operadores siguen teniendo la propiedad de las infraestructuras o controlan éstas de forma que dificultan el acceso a ellas de sus competidores, salvo que se reconozca ampliamente el ya aludido derecho de acceso de terceros operadores a las redes.

## II. BENEFICIOS DE LA DESREGULACIÓN

### 1. GENERALES

Con la introducción de competencia, la mayor parte de las actividades productivas se realizan, como dice Ocaña<sup>16</sup>, de forma más satisfactoria, esto es, con:

- Menor gasto en recursos.
- Mayor calidad.
- Precios finales menores.
- Mayores tasas de innovación.

---

<sup>14</sup> El Real Decreto menciona de modo expreso dichos Reglamentos CEE, todos ellos de la Comisión, que son: el de acuerdos de distribución exclusiva 1983/1983 de 22 de junio, el de compra exclusiva 1984/1983 de 22 de junio, los de licencia de patentes y «Know-How» 2349/1984 de 23 de julio y 556/1989 de 30 de noviembre, el de distribución y de servicio de venta y post-venta de automóviles 123/1985 de 12 de diciembre de 1984 y el de franquicia 4087/1988 de 30 de noviembre.

<sup>15</sup> Documento COM (96) 721 final, de 22 de enero de 1997, presentado por la Comisión. Se trata de un importante documento que, partiendo de la estructura de la distribución y del análisis de las restricciones, procedimientos y normas vigentes comunitarias y de los estados miembros, presenta los resultados de la investigación y establece cuatro opciones diferentes. De estas opciones se ha solicitado en España el criterio de CEOE por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

<sup>16</sup> En la indicada monografía de CEOE pp. 115 y ss.



Según el informe DAFPE de la OCDE de 23 de diciembre de 1996 en su punto 1: «La reforma normativa que permite y potencia el delegar en las fuerzas del mercado puede mejorar la competencia, disminuir los costes de entrada y expansión y producir unas estructuras industriales más competitivas y eficientes. Entre los principales beneficios de la reforma para los consumidores y los productores están los precios más bajos, una mayor producción, a menudo reflejada en una mayor variedad, calidad, mejor servicio e incluso productos completamente nuevos»<sup>17</sup>. Pero éstos no son los únicos efectos.

## 2. LA DESREGULACIÓN Y EL EFECTO SOBRE LA PRODUCCIÓN Y EL EMPLEO

El efecto de la competencia sobre el desarrollo económico para el Profesor Fuentes Quintana debe analizarse dentro del proceso de integración de España en la UE, que obliga a implantar un modelo de economía abierta de mercado en el que se examinan como beneficios los relativos a la producción y el empleo, entre otros<sup>18</sup>.

Los efectos se producen de inmediato en el mercado. Al aumentar el precio debido a la existencia de las restricciones anticoncurrenciales, el consumo tiende a disminuir, lo que provocará una disminución en el nivel de producción, que a su vez llevará a una reducción en el nivel de empleo. Al disminuir el precio los efectos serán los contrarios.

Por otra parte, la existencia de las restricciones, hace que el número de empresas a operar en el sector sea menor (al no poder competir por su situación en el mercado), lo que provoca que disminuya el nivel de inversión y el nivel de empleo.

De esta situación de disminución de la producción y del empleo nadie sale beneficiado. Estamos ante lo que se denomina «funcionamiento ineficiente de la economía».

En un sector regulado, según Torres Simo<sup>19</sup>, la eficiencia en la asignación de recursos y de la producción se determina, en parte por las fuerzas de mercado y, en parte por la regulación. «En principio se podría pensar que parte de las ganancias de los consumidores provendrían de

<sup>17</sup> Redactado por el «Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs» bajo el título «Competition, consumers and regulatory reform». DAFPE/CLP/WP2 (96) 9/09.

<sup>18</sup> La ponencia denominada «Competencia y desarrollo», expuesta por FUENTES QUINTANA en las IX Jornadas sobre derecho de la competencia, organizadas por el TDC y el Consejo Superior del Poder Judicial, consideraba, como condición necesaria para lograr la convergencia con la UE, la liberalización de la economía interna, unida a la competencia en el mercado de bienes, servicios y capitales.

<sup>19</sup> TORRES SIMO, PEDRO DE, «Desregulación e inflación en España», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1 y 2, 1995.

la transferencia a éstos de los beneficios, al reducirse las ganancias monopolísticas de los sectores protegidos de la competencia por el nuevo marco regulatorio. Sin embargo, esta reducción de precios de las industrias protegidas ha sido más que compensada por la reducción de ineficiencias productivas y, por consiguiente, de los costes... Por otra parte, las reducciones de precios se han visto compensadas por aumentos en la cantidad demandada, por el conocido efecto de las elasticidades-precio».

Según los estudios de Winston y Joskow & Rose, mencionados en la ya referida monografía de Ocaña, la introducción de competencia origina un doble efecto:

1. Sobre la producción y la calidad de servicio: habrá un aumento de la producción y una mejora en la calidad. A su vez se originará una disminución en los precios.

2. Sobre el empleo y los salarios: el nivel de empleo variará en función de las características de cada sector. No tiene porqué disminuir. El nivel de salarios, sin embargo, tenderá a disminuir.

La eliminación de monopolios, cárteles y oligopolios puede crear un empleo en torno al 35 por ciento del paro existente en España en la actualidad (22 por ciento de la población total activa), que se reduciría al 14,7 por ciento, lo que supondría situarse tan sólo 3,3 puntos por encima de la cifra media de paro europea. Y es indudable que desde 1996 se va en esa dirección recuperando en la actualidad tasas de empleo de 1982.

### III. OBJETIVOS ESPECIALES DE LA DESREGULACIÓN

#### 1. OBJETIVOS DE LA REFORMA EN MATERIA DE PRECIOS

Una desregulación en materia de precios debe ser tal que pretenda y consiga:

- Eliminar el control de precios del Gobierno o de grupos de presión dominados por «cárteles», de forma que los precios reaccionen con rapidez a los cambios del mercado.

- Dejar la formación de precios al juego de la oferta y la demanda y a los cambios de los costes, bajo la vigilancia ordinaria de los órganos «anti-trust». En normales condiciones de competencia los precios tenderán a reducirse.

- La reducción de precios debe ser tal que sea adecuadamente percibida por los usuarios, lo que dependerá entre otros factores de su volumen y de la importancia de la actividad de comunicación que la difunda. La percepción de las rebajas anima el consumo y consiguientemente estimula la producción. Un ejemplo clásico de ello en todo el mundo



han sido las rebajas originadas por la desregulación del transporte aéreo que han llegado a superar el 30 por ciento o en la farmacia por la introducción de los genéricos <sup>20</sup>.

— La rebaja de los precios subsiguiente a la introducción de competencia en los precios a pagar (inputs) anima a los grupos de resistencia u oposición a aceptar también una posterior desregulación que reduzca los precios a percibir por ellos (outputs).

— En los casos en que deban mantenerse controles de precios por existir todavía algún grado de regulación —por ejemplo tratándose de «sectores motor» de la economía, tarifas en servicios públicos objeto de concesión etc.— los controles deberán fijarse de un modo que incentive al prestador del servicio para reducir costes mediante una mayor eficiencia y traslade la ventaja al consumidor. Como dice el ya señalado LIBRO BLANCO «esta fórmula de re-regulación de precios, en el caso de gestión privada de servicios públicos en situación de monopolio, experimentada por primera vez en el Reino Unido con las siglas RPI-X (Índice de precios al Consumo menos una cantidad especificada por el regulador), es ventajosa frente al sistema tradicional de regulación de la tasa de rendimiento porque protege a los consumidores frente a los monopolios, ayuda a fomentar la competencia, y por consiguiente, la eficacia y la innovación».

Torres Simo trata extensamente sobre los efectos de la desregulación de los servicios en materia de precios, a partir de un cuadro sobre precios regulados en España, y recomienda una política de desregulación dirigida a este objetivo, comentando los efectos producidos en el Reino Unido, especialmente en materia de telecomunicaciones, por aplicación de la fórmula RPI-X. La experiencia inglesa ha permitido constatar que casi todas las reducciones del regulador (x) han sido positivas, que al avanzar el proceso desregulador las x son cada vez mayores, y que los efectos se convierten en una reducción de costes que se transmite a los consumidores. Todo el sistema queda reforzado mediante el mecanismo complementario de introducción de límites máximos para el crecimiento de algunos precios <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Según el informe DAFFE, antes referido, se ha constatado los siguientes efectos en rebaja de precios, consecuente a desregulación en la OCDE: En aerolíneas se han reducido las tarifas un 50 por ciento en España, un 33 por ciento en EEUU y un 25 por ciento en el Reino Unido; en transporte por carretera han bajado las tasas un 20 por ciento de media; en servicios financieros bajaron un tercio las comisiones; en sanidad, allí donde se ha permitido a los oftalmólogos realizar otras prácticas comerciales, sus precios han bajado un 25 por ciento.

<sup>21</sup> En el citado trabajo de TORRES SIMO, nota (16). Asimismo, la OCDE en su «Regulatory Report, Summary» de junio de 1997, propone el empleo de precios máximos y otros mecanismos para fomentar las mejoras de eficiencia allí donde se precisen los controles de precios durante la transición a la competencia.

## 2. MEJORA DE LA PRODUCCIÓN

La desregulación debe permitir:

— El acceso de nuevos productores y sobre todo una nueva organización y planificación «a largo» de la producción con las ventajas consiguientes. Serán necesarias la eliminación de restricciones sobre la misma producción tales como autorizaciones, régimen de cuotas de producción (acero, y agroalimentarias-pesca, leche), etc.

— Una mayor flexibilidad derivada de la mayor oferta, y de la mejora de calidad y precios de productos y servicios utilizados en la producción. Esta flexibilidad es imprescindible en una economía en constante cambio como la que propicia la misma competencia.

— Los mercados que dejan de tener barreras de localización y territoriales permiten, además de las anteriores ventajas y en todo caso, un incremento cuantitativo y cualitativo de la producción

— La utilización de tecnologías, productos y servicios de nueva creación imprescindibles con mayor competencia.

— Una mayor capacidad de acción estratégica que se traducirá, entre otras, en una mayor posibilidad de alianzas.

## 3. DESARROLLO TECNOLÓGICO

La mayor competencia no siempre da lugar a una confrontación en precios. Cuando algunos competidores llegan al límite de su oferta en más bajos precios cambian a una estrategia de nuevos productos y servicios. Así ha ocurrido en el campo de las telecomunicaciones en muchos países y recientemente en España.

La desaparición de las restricciones ha permitido encontrar nuevas formas de desarrollar la actividad profesional, de producción o de servicios. También el esfuerzo ha alcanzado a nuevas formas de marketing publicitario y de promoción para afrontar la mayor competencia<sup>22</sup>.

Superado, según se generaliza esta opinión, el concepto del Estado de Bienestar<sup>23</sup> el Gobierno español parece dispuesto no sólo a aumentar

---

<sup>22</sup> Según el informe DAFPE «un ejemplo citado a menudo es el rápido desarrollo de nuevos productos y tecnologías tras la reforma en el sector de las Telecomunicaciones. Pero incluso sectores como el transporte por tren se han transformado cuando el levantamiento de restricciones les han permitido el diseño de nuevas formas de hacer negocios. Por ejemplo, la reforma de las telecomunicaciones ha centrado la competencia en nuevos productos y servicios, que a su vez ha motivado un incremento en los gastos de marketing y publicidad»

<sup>23</sup> Favorece la reforma el cambio de orientación y el progresivo abandono del concepto de Estado de Bienestar y especialmente en las tres áreas que forman su núcleo, la sanidad, las



el número de sectores susceptibles de una desregulación sino a emprender la desregulación total de la economía española. Ello se evidencia en la actuación emprendida en 1996 y en el Plan de Convergencia 1997-2000. El TDC como titular de la propuesta de iniciativa desreguladora debiera focalizar su actividad de nuevo sobre los informes de desregulación. Ante tal perspectiva parece conveniente reflexionar sobre aspectos de dicha tarea tales como estrategia a seguir, prioridades para la selección de sectores a reformar, facultad de iniciativa para la reforma, intervención o no de las Agencias o Entes sectoriales en la desregulación y los métodos de las Agencias para proponer la iniciativa de reforma.

#### IV. ESTRATEGIAS

Es preciso distinguir varias clases de estrategia para el ejercicio de la iniciativa de desregulación en orden a determinación de prioridades, según se trate de la estrategia que debe seguir el Gobierno o la Agencia «anti-trust» con propuesta de iniciativa de reforma, en el caso de España el TDC.

La elección de la estrategia debe estar orientada siempre, de modo obvio, al éxito de la reforma que básicamente consiste en que consiga su implantación —lo cual no es nada fácil, a causa de las oposiciones— y a permitir el acceso de todos a los mercados. Permitirá obtener los beneficios de que he hablado en 2, e incluso la aceptación de la reforma lo más generalizada posible que permitirá un «efecto dominó» sobre las reformas pendientes y futuras.

##### 1. LA ESTRATEGIA DEL GOBIERNO

###### A. *¿Es imposible políticamente la liberalización?*

La de imposibilidad es la primera respuesta que suelen dar los Gobiernos ante el apremio de abordar las reformas reguladoras en línea liberalizadora. Lo más común es pretextar que «es imposible políticamente implantarlas, o al menos, hacerlo ahora».

De modo bien diferente los hechos históricos prueban que los cambios son posibles. Todos los Gobiernos innovadores fueron contra corriente diferenciándose en velocidades distintas. Un «cambio por sorpresa» fue el adoptado por Erhard con el apoyo de Adenauer, origen del

---

pensiones y la enseñanza. En todas partes y países se presentan estudios y soluciones de reforma debido a que su funcionamiento es muy deficiente y su mantenimiento es insostenible. Es el caso citado de Inglaterra, Estados Unidos, Japón y en esbozo, la propia España.

milagro económico Alemán de 1948. Thatcher en Inglaterra hizo también el cambio «contra la corriente del pensamiento convencional conservador», consiguiendo logros iniciales, a gran velocidad. Por último tras 8 años de mandato Reagan dismanteló gran parte de la regulación económica y el peso de la Administración Federal con el resultado de crear más de 12 millones de puestos de trabajo<sup>24</sup>.

### *B. Reglas estratégicas*

La 1.<sup>a</sup> regla para el Gobierno será definir, sin concesión alguna, cuáles son los objetivos finales a largo plazo que se pretenden alcanzar, sin ocultar las implicaciones de los mismos.

La 2.<sup>a</sup> regla consistirá en diseñar una política de acercamiento gradual hacia dichos *objetivos evitando toda solución de compromiso* que vaya en dirección opuesta o confunda a los ciudadanos. Supone tener estudiados procesos alternativos de transición que no violen los principios mencionados, incluso en caso de llegar a un compromiso. (Se explicará a los ciudadanos que se trata de una concesión efectuada por las circunstancias políticas, pero no un abandono del ideario).

La 3.<sup>a</sup> regla será intentar modificar la opinión pública, a través de la constelación de «intermediarios ideológicos» (historiadores, intelectuales, periodistas, e incluso novelistas y guionistas de películas).

La aplicación de estas reglas requiere un tipo de gobernante poco común, sin el cual las propuestas reguladoras del órgano «anti-trust» tendrán escasa acogida. Frente al «político espejo» que refleja en su actuación lo que el electorado quiere, (de la que no cabe esperar ninguna reforma), existe el «político pedagogo» que se esfuerza para que el electorado entienda que su plan regulador es el que conviene al ciudadano. Ésta es la actitud deseable y recomendable para abordar la desregulación que el político tendrá que explicar y «vender al electorado».

Para la OCDE, según explica en el sumario de su «Report on Regulatory Reform» de junio de 1997, para una reforma efectiva los Gobiernos deben ejercer un liderazgo político y un fuerte compromiso con la reforma. También es esencial para el éxito una comunicación efectiva.

El público necesita ser informado de por qué se considera tan importante la reforma para su bienestar futuro.

Es preciso el llevar a cabo un debate público en el que participen todos los implicados para explicar los beneficios de la reforma y para contrarrestar las voces de los poderosos grupos de interés que intentan defender el «statu quo».

Los esfuerzos para lograr una reforma global son más efectivos que unos procesos de reforma por partes. Los pasos de la reforma pueden

---

<sup>24</sup> Estrategia presentada en el ya citado «Libro Blanco».



adoptarse por fases, con una secuencia adecuada, pero debe necesariamente establecerse un calendario para el cambio desde el principio y de forma clara.

Todos los Gobiernos deben estimular la reforma, tanto a nivel nacional, como internacional. La reglas internacionales dirigidas a mejorar la legislación y los procesos reguladores ayudan a promocionar la reforma a nivel nacional. Se estimula la reforma a nivel nacional con la cooperación internacional, y se mencionan, al efecto, los compromisos alcanzados en el marco de las pautas de la OCDE y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, así como, otras aproximaciones a nivel internacional.

## 2. LA ESTRATEGIA CONVENIENTE A UN ÓRGANO «ANTI-TRUST»

En España los esfuerzos de liberalización deben concentrarse en las políticas generales que cambian el entorno y facilitan la aplicación de medidas. Resumo a continuación los criterios que el propio TDC español recomienda aplicar en el informe «REMEDIOS...» a las políticas de liberalización<sup>25</sup>:

### 1. *Estimular el debate*

Es necesario llevar la discusión a la luz pública. Hay que explicar que los intereses nacionales más importantes son los de producir eficientemente para que el país crezca más y sea más eficiente. El debate público acelerará las reformas, única posibilidad de que no sean paralizadas por los grupos de interés.

1.1. Mostrar experiencias extranjeras de liberalización. De este modo podrá explicarse cómo los sectores correspondientes pueden funcionar en competencia y con unos resultados (en precio y en calidad) excelentes casi siempre.

1.2. Explicar los costes de no liberalizar. Son los costes que se están pagando por el monopolio. Los monopolistas subrayan, por el contrario, los costes del cambio, los costes de pasar a situación de libertad. Pero estos costes son, sin duda alguna, mucho menores.

1.3. No dejar ningún sector fuera de examen. La competencia no debe aplicarse de la misma forma a todos los sectores, pero ello no es argumento para hacer que algún sector quede fuera del examen el de las posibilidades de introducir competencia.

### 2. *Cambiar sólo lo imprescindible*

Todo cambio tiene costes. Si se quieren reducir los costes de las reformas lo primero que hay que hacer es reducir los cambios a los

<sup>25</sup> P. 41 a 52, Vol. I, del Informe del TDC, Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.

imprescindibles, esto es, a aquellos que generan claramente beneficios para la sociedad.

2.1. Mantener los objetivos sociales en el nuevo marco de competencia. No se debe introducir competencia sin previamente asegurarse de que se mantendrán los objetivos públicos atendidos en situación de monopolio.

2.2. No alterar el equilibrio fiscal. La liberalización no debe dar lugar a un aumento de los impuestos, sino a una bajada de precios, y, de este modo, mantener o incrementar los objetivos públicos.

### 3. *No ser los últimos ni tampoco los primeros*

Para España lo recomendable no es colocarse a la cabeza de la liberalización, sino inmediatamente detrás de aquellos países que ya la han experimentado. España no tiene recursos suficientes para experimentar.

### 4. *Cuidar la transición*

No sólo hay que cambiar lo imprescindible, sino además, tratar de reducir los costes que surgen del cambio. Cuando estos sean elevados, habrá que introducir la competencia de forma gradual.

4.1. Reducir los costes de la transición. En determinados casos, la transición va a hacer emerger unos costes en el corto plazo que hay que tener en cuenta. En estos casos, suele ser recomendable establecer un calendario, por largo que sea, antes que retrasar el inicio de la liberalización.

4.2. Flexibilizar la transición. Los reguladores, los Ministerios responsables o las Agencias que se ocupan de implantar la competencia, deben tener una cierta capacidad de maniobra para ir resolviendo los problemas que puedan aparecer en la transición.

### 5. *Crear un nuevo marco normativo e institucional que favorezca la introducción de competencia*

Hay dos factores que dificultan la puesta en práctica de políticas de liberalización:

El que los grupos de interés interpenetran a los reguladores, con lo que ambos intereses tienden a coincidir.

La falta de información de la población.

5.1. Romper los círculos viciosos que impiden la liberalización. Las normas atenderán la interpenetración entre intereses de reguladores y operadores: propiciando la separación entre ambos, la creación de Agencias independientes y la privatización.

5.2. Mantener transparentes los privilegios mientras subsistan. Puede haber razones económicas, políticas, tecnológicas o sociales que aconsejen mantener la situación de restricción de competencia en deter-



minados sectores. En estos casos, debe tratarse que los privilegios derivados del mantenimiento de esa restricción, sean conocidos y evaluados periódicamente por el conjunto de la población.

### 6. *Recomendaciones generales*

El informe «REMEDIOS...» incluye un conjunto de recomendaciones generales que tienen por objeto, crear un marco adecuado para que se genere la liberalización de los servicios en España. Estas recomendaciones pueden implantarse inmediatamente y afectan a todos los sectores<sup>26</sup>:

1. Separar los reguladores de los regulados.
2. Adoptar técnicas legislativas que faciliten la liberalización.
3. Mantener los objetivos sociales.
4. Bajar los impuestos.
5. Aislar los monopolios y dejarlos fuera de los holdings.
6. Someter las normas a un «test» de competencia.
7. Reforzar el control de precios.
8. Política de competencia de la CE y política autónoma española.
9. Un procedimiento permanente de reforma: El presupuesto de restricciones a la competencia.

## 3. LA ESTRATEGIA QUE PROPONEMOS

### A. *Medidas de principio*

Una estrategia adecuada de una Agencia re-reguladora implica:

— Comparar los beneficios de la reforma frente a los costes no sólo económicos sino también políticos; estos últimos deben ser «contabilizados» especialmente por el Gobierno. En el caso de las Agencias «anti-trust» el factor de oportunidad política pasa a segundo plano ya que su actividad reguladora es de propuesta pero no pueden soslayar, en la práctica, una deficiente elección del objetivo que complique el éxito.

— La Agencia debe concentrar su actividad en muy pocas áreas seleccionadas para la reforma.

— El cálculo o previsión de las posibilidades de éxito (implantación) de la medida propuesta, debe ser condicionante estratégico de la selección de las Agencias. Éstas vienen limitadas en recursos que deben aplicar preferentemente a su actividad principal que es la de corrección de prácticas anticoncurrenciales.

<sup>26</sup> Para ampliación de estos comentarios sobre estrategia del TDC, es de todo interés el trabajo de RICARDO ALONSO SOTO, miembro del TDC y Catedrático de Derecho Mercantil, en el número 73, 1/1995 de «Informes y Estudios de CEOE», pp. 63 y siguientes.

— Aunque las Agencias deben «afinar» en la elección del objetivo de la actividad secundaria que es la de promover la reforma, hay que ser consciente de que el éxito de su propuesta tiene una probabilidad baja por lo que su seguridad no debe ser factor excluyente de elección.

— Asimismo la elección estratégica debe valorar las posibilidades de la Agencia para influenciar y vigilar la puesta en marcha del proceso regulador (su conversión en Ley o Reglamento) y para impedir en el futuro acciones anticoncurrenciales en base a la capacidad de la nueva regulación para evitarlas.

— Las áreas escogidas deben ofrecer los mayores beneficios para el consumidor y sus efectos serán los más evidentes y potentes posibles.

— Es recomendable concentrar la reforma sobre los monopolios naturales (Telecomunicaciones y Energía, por ejemplo) y la apertura de los precios y las barreras, especialmente de entrada, a la libre competencia.

— Una clara estrategia para conseguir el éxito de implantación es la de estimular el debate sobre el cambio. Ésta es, como ha quedado dicho, una de las más claras directrices del TDC contenida en su citado informe REMEDIOS y practicada habitualmente por el TDC.

### *B. Medidas operativas*

Podrían orientarse a:

1. Involucrar a los ciudadanos (es clave), argumentando:
  - La mejora de precios-calidad de los servicios a reformar.
  - El posible acceso a la propiedad resultante (capitalismo popular).
2. Dar ejemplo desde el Gobierno, regulando de nuevo el mismo Estado.
3. Evitar «abrir el melón», es decir, desencadenar problemas que no se resuelven por sí sino que se trasladan a otros ámbitos.
4. Actuar con rapidez. No dar demasiado tiempo, ni lugar, ni método para que se organice un «bloqueo».
5. Utilizar el Decreto antes que la Ley si no lo impiden los principios constitucionales de reserva de Ley o el de rango normativo.
6. Convocar a una LLAMADA NACIONAL basada en el interés y la responsabilidad. Todo lo anterior es especialmente importante en un Gobierno sin mayoría parlamentaria<sup>27</sup>.

Mi teoría sobre la LLAMADA NACIONAL se basa en que las deseconomías de la regulación hay que corregirlas y no repartirlas vía impuestos,

<sup>27</sup> Estas ideas fueron expuestas en conferencia del autor dada en el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE), Madrid, el 29 de mayo de 1997.



ya que el método de reparto distribuiría los desajustes que están disfrutando determinados sectores. El sistema de corrección debe ser universal, es decir, debe afectar a todos. Por ello Iranzo propone la presentación global de todas las reformas <sup>28</sup>.

Dicha presentación podría resumirse en el «todo y ya», que es una información y compromiso del Gobierno con todos los ciudadanos, aunque no sea procedente, por imposible, ejecutar de inmediato todas las reformas. El ciudadano informado del plan del Gobierno, aunque se inquiete con la percepción de cómo le va a perjudicar en su sector, al mismo tiempo se ve compensado con el conocimiento de cómo le va a beneficiar la reforma de otras áreas.

## V. PRIORIDADES

Hay dos teorías diferentes para determinar cuándo y por dónde se comienza la desregulación. Refiriéndome al caso de España la primera y más reciente es la antes aludida tesis de la «llamada nacional». La segunda bien diferente y más extendida es aquella que parte del gradualismo en la acción de desregulación que impide una actuación generalizada como es la mencionada; se basa ya en temores políticos o económicos, ya en la limitación de medios. Esta última, que si es real, puede obligar a establecer prioridades no en la presentación sino en la ejecución. Nos referimos a ambas por separado.

### 1. PRIORIDADES CUALITATIVAS

Los únicos criterios expuestos hasta ahora en España son los cualitativos del TDC.

La decisión del TDC de escoger un sector para elaborar su informe sin duda se está orientando en función de prioridades por él mismo establecidas. Tal es su facultad que deriva de la expresión «podrá» que según el tantas veces citado LIBRO BLANCO le permite al TDC separarse de la iniciativa del Gobierno y formular propuesta negativa cuando, desde la independencia que concede a sus miembros la inamovilidad, crea que no hay motivo para una decisión diferente.

La selección del TDC puede estar y está condicionada, positiva o negativamente, por los siguientes hechos:

---

<sup>28</sup> En especial se refleja esta idea en la entrevista, titulada «El Gobierno debería haber presentado todas las reformas a la vez», concedida a la revista *Dinero* n° 692, de 31 de marzo de 1997.

Medios limitados. Aconsejan a elegir lo importante, y en primer lugar —según veremos— considerar el volumen en PIB del sector a desregular.

Sinergias informativas. Para aprovechar y optimizar la experiencia en su función correctora el TDC orientará la iniciativa a sectores con restricciones a la competencia, lo que le permitirá aprovechar sinérgicamente su información en expedientes sancionadores.

Ya el TDC en el Informe «REMEDIOS...» reconocía haberse fijado un triple criterio selectivo:

- Sectores sometidos a bajas restricciones de la competencia pero de gran influencia en la competitividad de la economía.
- Sectores con muy fuertes restricciones de la competencia aunque no influyeran de modo importante en la economía.
- Sectores con experiencias positivas de liberalización en otros países.

#### A. Otros criterios económicos

Cabría considerar también otros criterios cualitativos de selección preferente para la desregulación:

1. Por el carácter «locomotora» del sector (caso TELECOS) o, como dice PORTER, ser «sector fuente de ventajas competitivas»<sup>29</sup>.
2. Empezar la reforma atacando las barreras de entrada y sistemas de formación de precios en dichos sectores.
3. Dictar normas cuyos principios puedan ser aplicados a una pluralidad de sectores análogos (Energía, Transportes, Infraestructuras, etc.).

Además, deben combinarse estos criterios con el de priorizar la selección según la importancia del sector regulado en el PIB, en relación con su grado o nivel de regulación, en el IPC y en el empleo criterios que vamos a presentar.

## 2. PRIORIDADES CUANTITATIVAS<sup>30</sup>

### A. Selección por grado de importancia del sector en el PIB

1. Relación «producción (valor añadido) /PIB/ grado de regulación».

<sup>29</sup> Esta opinión de MICHAEL E. PORTER es constante en su obra. Por ejemplo, se recoge en la *La ventaja competitiva de las naciones*, 1991, p. 183 donde dice «la política gubernamental fracasará si sigue siendo la única fuente de ventaja competitiva nacional. Las políticas que llegan a tener éxito lo consiguen en aquellos sectores donde están presentes (y reforzados por la acción gubernamental) los determinantes fundamentales de la ventaja nacional». En las pp. 763 y ss. desarrolla ampliamente esta teoría.

<sup>30</sup> Criterios desarrollados por el autor en Ponencia presentada en las ya aludidas IX Jornadas sobre derecho de la competencia, organizadas por el TDC en Barcelona, el 8 de mayo de 1997.



En mi opinión un primer paso es considerar la posible validez como criterio de la selección de todos los sectores *con más de un 2* por ciento de participación en el PIB, con pocas excepciones, siempre que tengan un nivel de «Alta Regulación». Re-regular motivará un inmediato crecimiento de la demanda y una casi inmediata «aplicación de las deseconomías liberadas» (en baja del coste de los «insumos», baja del IPC, y aumento del empleo, de la inversión y de la producción, etc.).

## 2. Incremento del PIB (potencialidad) debido a la re-regulación<sup>31</sup>.

El anterior criterio selectivo por PIB combinado con el grado de regulación, tiene la ventaja de que permite calcular anticipadamente el crecimiento del mismo PIB y por consiguiente de la economía como consecuencia de reducir las deseconomías de la regulación.

Ciertos países europeos —según el Informe OCDE «Regulatory Reform» de 14 de marzo de 1997—, reformando tan sólo la regulación de carreteras, distribución minorista, electricidad, telecomunicaciones y transporte pueden incrementar su PIB a largo plazo hasta el 6%, el equivalente a varios años de crecimiento. Dependerá del exceso de regulación en el sector de referencia, y de la inclusión de algún sector más. España está entre los países en que ello es posible alcanzarlo o mejorarlo.

### *B. El de capacidad de crecimiento del volumen productivo*

Algunos sectores —que no son los más destacados por su participación en el PIB—, sin embargo tienen un potencial de crecimiento a corto y medio muy superior a la media. Además están aprovechando en su beneficio una «Alta Regulación» o las restricciones derivadas. Así por ejemplo, en España, cuando la media de crecimiento en el período 1986-1993 está en el 122%, hay sectores de Alta Regulación que crecen hasta el 276 (Gas Natural), el 143 (Servicios a Empresas), el 140 (Sanidad Pública) y el 137 (Construcción).

Según principios de economía de empresa los efectos de las medidas de mejora son más que proporcionales en las áreas en rápido crecimiento.

### *C. El de repercusión en el IPC del sector*

Este criterio ha merecido la atención frecuente no sólo del Gobierno, sino también del TDC. Precisamente es en los sectores de «Alta Regulación» donde existe más fuerte crecimiento del IPC.

Coincide con la recomendación del LIBRO BLANCO de que el incremento anual del coste de los servicios debe ser inferior al IPC. Esto no ocurre en el sector servicios y especialmente en cuanto a servicios profesionales protegidos por fuertes «lobbies» corporativos.

<sup>31</sup> Según el mencionado «Summary» de la OCDE, junio de 1997, las ganancias de PIB pueden ser significativas. Los países con mayores regulaciones pueden esperar incrementos del 3 al 6 por ciento del PIB, que ya han conseguido los más avanzados en la desregulación.

La diferencia del crecimiento de precios comparado entre INDUSTRIA y SERVICIOS, es una dualidad preocupante debido al fuerte aumento comparado de estos últimos que perjudica a la primera y sin la cual los servicios no tendrían razón de ser.

#### *D. El de creación de empleo*

Es recomendable empezar por donde haya mayor capacidad para generar empleo. Y éste es el caso, también, de los servicios que aportan, más de 700.000 de los 800.000 puestos de trabajo creados en el período 1993-1995.

#### *E. Importancia competitiva (costes internacionales)*

Se trata de mejorar por re-regulación la cuantía comparada de los costes de factores productivos (competividad internacional).

Según datos de la OCDE el peso de las compras de bienes y servicios en relación al volumen de negocios en Europa es el más importante para las empresas, entre el 52 y el 76 por ciento según los países. Muy elevado en Bélgica, Italia, Países Bajos y España (en torno al 73%).

Es muy significativo que los costes de personal —incluidos salarios y cargas sociales— están en torno al 20 por ciento (en España el 18 por ciento). Y los financieros varían entre el 5 y el 15 por ciento (media europea 3,1, España 3,5 por ciento, comparativamente con Japón 2,7 y USA 0,9 por ciento).

### 3. LA «AUTOSELECCIÓN» DE LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Estoy hablando más bien de una «autopresentación». La propia LDC propicia esta vía de colaboración de la sociedad política, civil y económica con el TDC al recoger su facultad de emitir informes a requerimiento de las Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios. Fue justamente CEOE la que despertó y situó esta función re-reguladora en el TDC con ocasión de las Jornadas anuales celebradas por el Tribunal en Ávila, en noviembre de 1990. Es frecuente que las mismas Organizaciones Empresariales insten del Gobierno o del TDC la re-regulación de su sector.

## VI. LA INICIATIVA DE REFORMA: PARLAMENTO, GOBIERNO Y AGENCIAS

### 1. INSTITUCIONES CON INICIATIVA REGULADORA

La iniciativa legislativa viene regulada en España por el artículo 87 de la Constitución, de modo similar al de otros países. Corresponde a las Cortes Generales (Congreso y Senado) a propuesta del Ejecutivo, cuando la desregulación exija una Ley, ya por corregir una regulación estableci-



da por Ley, ya por existir reserva legislativa. La mayor parte de las iniciativas se ejercerán por el Gobierno, bien presentando a las Cortes Generales un Proyecto de Ley, bien, por ser suficiente para la reforma, elaborando una norma reglamentaria, como ocurre en la mayor parte de los casos<sup>32</sup>.

Con menor frecuencia se ejercerá la facultad constitucional otorgada a las Comunidades Autónomas las que, a través, de sus Asambleas, soliciten del Gobierno la adopción de un Proyecto de Ley, o remitan a la Mesa del Congreso una proposición de Ley.

Y será insólito que la ciudadanía, ejerza con éxito la denominada y constitucional «iniciativa popular», que se ha iniciado en 18 casos desde 1978 y nunca ha sido atendida.

Por último, es de citar, la facultad de propuesta desreguladora del TDC, que aún no constituyendo formalmente una iniciativa en el sentido constitucional tiene naturaleza de delegación de moción de reforma legislativa para impulsar la iniciativa.

## 2. LA MOCIÓN DE INICIATIVA REGULADORA DEL TDC

Según el citado LIBRO BLANCO el TDC tiene una auténtica «delegación de la moción legislativa». «La propuesta es facultad de Tribunal, como viene a indicar la expresión “podrá” utilizada por el artículo 2.2. de la LDC. Dicha facultad impide al Ministro de Economía y Hacienda detener su envío al Gobierno. El carácter de “propuesta” si parece, en cambio, permitir al Gobierno valorar la procedencia o no de aprobarla, así como de darla trámite posterior», pero considero que, en caso de desestimación de la propuesta por el Gobierno, debería ser informado el TDC.

¿Cuándo ejerce su iniciativa el TDC?: Por requerimiento del Gobierno, (art. 26 LDC)<sup>33</sup> y por su propia iniciativa (Resoluciones del TDC de 8 de diciembre de 1992 y 17 de septiembre de 1993). Nadie mejor para desregular que el TDC, que tiene datos de la «patología económica» a través de los expedientes de denuncia.

## 3. ¿POR QUÉ LAS AGENCIAS «ANTI-TRUST» SON ADECUADAS PARA LA INICIATIVA DESREGULADORA?

La independencia de los Gobiernos es necesaria para reformar. En el Gobierno predomina, por esencia, la orientación política. Por ello es

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, por el TDC se propuso la reforma del transporte aéreo mediante un Real Decreto, siete acuerdos del Consejo de Ministros, tres Ordenes Ministeriales y dos resoluciones de AENA. De modo similar, lo hizo en otros sectores en los que raramente fue necesaria la reforma de una Ley.

<sup>33</sup> Según el art. 26 LDC, es función del TDC:

«c) Estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de la Ley conforme a los *dictados de la experiencia* en la aplicación del Derecho español y comunitario».

bueno que reciban iniciativas de un órgano que como las Agencias «anti-trust» se caracterizan por su neutralidad e independencia.

Hay quienes piensan que esta independencia al mismo tiempo que una fortaleza es una debilidad. Y hacen ver como se ha conseguido un respaldo significativo a los programas allí donde la facultad de iniciativa de las Agencias se ha interpretado como una extensión de la acción del Gobierno.

Como ya he indicado quién es independiente aplicando la Ley «anti-trust» es el más adecuado por sus conocimientos e independencia para reformar las leyes que favorecen o permiten la exención o restricción de la competencia. La imparcialidad aumenta su capacidad de influencia sobre la opinión pública y el Gobierno para el éxito de su propuesta.

Pero la independencia tiende a aislar a la Agencia de los subsiguientes pasos del proceso de reforma que corresponden al Gobierno, y en su caso al Parlamento. Creo que este inconveniente puede ser equilibrado por unas adecuadas relaciones de la Agencia con el Ejecutivo y el Legislativo y, en todo caso, comunicando sus iniciativas a la opinión pública sin llegar a presionar a través de ésta a ambos Poderes.

Las posibilidades de éxito de su iniciativa aumentarán con una buena relación Parlamento-Gobierno-Agencia-Entes Reguladores sectoriales (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, CSEN, etc.), que no sólo debe ser «de hecho» como ocurre en España sino estar expresamente regulada. Lo mismo cabe decir de las relaciones funcionales entre el personal de todos estos Organismos.

La experiencia muestra que la independencia de las Agencias en el ejercicio de esta facultad no ha sido perjudicial sino bien al contrario. Los éxitos de la «Federal Trade Commission» de Estados Unidos, y de otras Agencias como las de Italia, Corea y la propia España así lo acreditan.

#### 4. LA INDEPENDENCIA DE LAS AGENCIAS

No creo acertado el sistema seguido en algún país de extraer de la Agencia «anti-trust» la potestad de promover la desregulación pro-competencia, ni el de intercalar entre la Agencia y el Gobierno un órgano intermedio que en línea jerárquica determine cuál es la política que debe guiar dicha clase de reforma. La Agencia debe inspirarse más en la protección de la libre competencia que en políticas económicas. Ambas inspiraciones suelen coincidir pero no siempre lo hacen. La competencia es un modo de reforzar la economía pero no el único.

Un Gobierno puede alcanzar sus programados objetivos económicos ajustados a la política de esta clase ejerciendo su específica iniciativa re-



reguladora por norma reglamentaria o mediante propuesta de Ley al Legislativo. Estaríamos hablando entonces de una «desregulación programa gubernamental».

Dejar la aprobación de dicha iniciativa a una autoridad jerárquicamente superior a la Agencia e intermedia con el Gobierno, especialmente si fuera unipersonal, sólo podría ser coherente con sistemas diferentes al de nuestra LDC en los que el órgano «anti-trust» es dependiente del Gobierno.

Cabría salvar la independencia mediante un órgano intermedio cuya colegialidad y forma de nombramiento lo permitiera, pero ello es innecesario, costoso y dilatorio. Es el caso de Australia donde un «Ente para la Revisión de la Política de la Competencia» recibe las propuestas de desregulación de la Agencia del Consumo y de la Competencia y coordina las reformas sin recibir orientaciones políticas.

## 5. LOS RECURSOS ECONÓMICOS Y PERSONALES DE LAS AGENCIAS: LA AYUDA DE TERCEROS EXPERTOS

La preparación de propuestas de desregulación requiere recursos suficientes en personal y medios para obtener una calidad tal que sea garantía del éxito de su implantación futura. En todo caso la dedicación a la desregulación no debe comprometer la buena marcha de la Agencia «anti-trust» en su actividad ordinaria de corrección de conductas anti-competitivas. Para atender ambas necesidades debe estar suficientemente dotada.

El personal debe estar especializado en economía y derecho administrativo-económico y con una adecuada capacidad analítica.

La falta de personal y de fondos presupuestarios es, por desgracia, el defecto más corriente en la mayor parte de las Agencias, pero es más acusado todavía en España. Por ejemplo, el TDC ha tenido pendiente el nombramiento de Presidente desde el 7 de abril hasta el 15 de septiembre de 1995. Desde el 19 de mayo y hasta el 28 de diciembre de 1995 ha contado, tan sólo, con cinco de los nueve Vocales. Su personal, incluidos Vocales, es de 31 personas con una minoría de titulados superiores, e incluido personal laboral. El presupuesto inicial de 1995 de 46 millones de pesetas para gastos en bienes corrientes y de servicios y de 6,5 millones para inversiones sufrió una reducción global en el mismo mes de enero de 12,3 millones por acuerdo de no disponibilidad, acordado en Consejo de Ministros<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Memoria del TDC de 1995. La superficie útil para despachos en la Avda. de Pío XII, es de 384 m<sup>2</sup>, claramente insuficiente para 31 funcionarios.

En ámbitos económicos complejos las Agencias podrían estar facultadas para contratar a expertos sectoriales que realizaran los estudios y análisis precisos para el pronunciamiento de reforma. Lo procedente es adecuar la estructura de las Agencias al aumento de los casos «anti-trust» y la función de iniciativa re-reguladora. Una medida urgente sería la contratación de expertos, sin incremento del personal resolutorio de los casos «anti-trust» pero con garantías de independencia análogo a éste. La aprobación del trabajo de estos expertos por el Pleno del TDC supliría la falta de habilitación legal de este personal foráneo y permitiría analizar la neutralidad de su estudio.

En todo caso las Agencias, facultadas para recabar los datos tanto de la propia Administración Pública especializada como de las Asociaciones o empresas del sector a regular, podrían aumentar este flujo de información y colaboración.

## VII. LAS AGENCIAS DE SECTOR O ENTES REGULADORES

### 1. DEFINICIÓN DE ENTES REGULADORES

Dentro de la Administración destacan, por su creciente y desordenada expansión, los llamados «Entes Públicos», Organismos con personalidad jurídica que ejercen funciones públicas desconcentradas, mediante personal propio, y dotación económica de origen presupuestario y obtenida en su actividad. En la realidad ejercen toda clase de actividades, públicas y privadas, y no siempre se sujetan al Derecho Público como procedería por su naturaleza.

Se llaman Entes, quizás, por la dificultad de encontrar un nombre más preciso, comprensivo de tanta variedad de actividades algunas extravagantes y casi siempre impropias, y no sólo de supervisión, prestación de servicios públicos o reguladora, sino también lucrativas. Llamaremos «reguladores» o «Agencias reguladoras de sector» a aquellos que, además de las funciones de supervisión de servicios públicos esenciales, ejercen la de dictar o proponer regulaciones siendo esta última a mi entender su función principal.

Es el caso, por ejemplo, de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) la cual, con la finalidad de salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, emite «instrucciones» para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el *BOE*.

Se trata de una importante manifestación de descentralización funcional de la potestad normativa en España. Esta potestad ha sido declarada constitucional por sentencia del TC 135/1992 de 5 de octubre.



## 2. CRÍTICA: DEFECTOS DE LOS ENTES

Se les achaca por la doctrina ser una importante causa de la hipertrofia del Estado, la pérdida por éste del control de tales Organismos, y sobre todo la ausencia de garantía jurídica en su actividad defecto al que se ha denominado como «huída del Derecho Administrativo»<sup>35</sup>.

Esta «huída» se produce al haberse promovido la versatilidad de estos Entes que aplican el Derecho público o el privado según les convenga. Elimina la seguridad del Derecho y Tribunal aplicable.

Incurren en el ámbito del Derecho de la Competencia muchos de estos Entes —los que desarrollan actividades lucrativas— en cuanto se prevalecen para ello de ayudas, subvenciones cruzadas e incluso de poderes públicos, de modo impropio y deficientemente controlados. Carecen de propietarios o, lo que es peor, son los políticos sus reales propietarios, al no haber Junta de accionistas, ni censura de cuentas, ni personas legitimadas para impugnar los actos sociales.

Estos defectos justifican que su creación y mantenimiento deban ser restrictivos debido a su excepcionalidad y provisionalidad. Será necesaria la reducción, «regreso» o reatribución del Ente a su condición de origen tan pronto sea posible (normalmente sus funciones se ejercían por una Dirección General).

## 3. CLASES DE ENTE REGULADOR

Pueden ser según su ámbito:

— De regulación *sectorial*: con competencia sobre varias industrias o prestadores de servicios de un mismo sector (transporte por carretera, ferrocarril o aéreo, puertos, aeropuertos, energía eléctrica, carburantes, gas etc.).

— De regulación *multisectorial*: agrupando a varios sectores relacionados, tales como los transportes, la energía, la distribución, etc. Existen en Estados Unidos (en algunos Estados), Canadá y Australia.

La opción entre uno y otro tipo depende de la curva de aprendizaje, experiencia, grado de desarrollo de economías, etc. En España ciertos

<sup>35</sup> En la Administración Central hay más de 200 macro-organismos, de los cuales 38 son organismos autónomos de carácter administrativo, con un presupuesto de 3 billones de pesetas. A ellos hay que añadir otros 160 macro-organismos, comerciales, financieros e industriales, así como, 132 Sociedades Estatales y más de 60 Entes Públicos. En las Comunidades Autónomas hay más de 70 entes, 100 Organismos Autónomos y no menos de 300 empresas públicas. En el ámbito Local el Censo de Entes de 1997, incluía más de 2.800 Organismos y empresas con objeto lucrativo. Sólo 2 años antes (Censo de 1995) se cifraban en 2.300.

Entes de regulación sectorial, han pasado a asumir las facultades reguladoras que en todo o en parte se ejercían con anterioridad por los Departamentos Ministeriales a los que los Entes están adscritos (Banco de España, CNMV, CMT, etc.).

#### 4. FUNCIONES Y CONDICIONES DE LAS AGENCIAS O ENTES REGULADORES

Con tradición de más de un siglo en los EEUU donde tienen funciones claramente establecidas, en España en cambio existen reticencias en cuanto a trasposos de funciones reguladoras a los Entes de esta naturaleza.

##### A. *Funciones básicas*

Según exponen Luis Berenguer y Pilar Sánchez en su trabajo «Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia»<sup>36</sup>, estas funciones son:

1. Protección del Consumidor, respecto a posibles abusos del prestador del servicio.
2. Protección de los empresarios prestadores de servicios, frente a decisiones arbitrarias del Gobierno.
3. Promoción de la calidad, precio, extensión y continuidad del servicio.
4. Función de arbitraje en el cumplimiento de las normas establecidas.

En lo que se refiere a la función reguladora estos autores estiman que los Entes no deben establecer la legislación del sector regulado<sup>37</sup>. Estoy de acuerdo en que no es recomendable tengan iniciativa en normas de rango legal pero ¿por qué no tenerla en las reglamentarias? Estos Entes, por su inmediatez, están en buena situación para dictar normas reglamentarias e, incluso, para acertar en una propuesta al Gobierno de norma reguladora de rango superior. Podrán asimismo, en las mejores condiciones, lograr que el sector acepte una reforma preparada por ellos.

No obstante existe un riesgo de «captura» por el sector que puede comprometer la bondad de la reforma. También los Entes Sectoriales pueden incurrir en conflicto de intereses si la reforma alcanza aspectos de subsistencia de su burocracia, o tiene por objeto la dotación del Ente de medios que provengan del propio del sector (porcentaje sobre su volumen de negocios). Ello debe prevenirse en la norma creadora del

<sup>36</sup> Publicado en *Ekonomiaz*, nº 37, 1997.

<sup>37</sup> Coincide con estos autores el punto 27 del Informe DAFPE ya mencionado.



Ente. Por supuesto que la Agencia «anti-trust» en funciones reguladoras no presentará ninguno de estos inconvenientes al estar asegurada su independencia por mecanismos legales.

## 5. ENTES REGULADORES Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Dos aspectos cabe considerar en cuanto a la conexión entre Entes reguladores y Derecho de la Competencia:

— El de sujeción de los Entes a la jurisdicción de la competencia. (TDC).

— El de atribución a los Entes de funciones resolutorias en dicha materia.

Este segundo aspecto concurre en el Derecho inglés. Pero ello se debe a las propias limitaciones funcionales de la Agencia «anti-trust», —la «Monopoly Merger Commission»—, que obligan a que el enjuiciamiento de las conductas restrictivas se lleve a cabo por Comisiones o Entes Sectoriales. No tiene, por tanto, que ser seguido este sistema por aquellos países en que las Agencias están legal y ampliamente facultadas para resolver (Berenguer y Sánchez).

Como argumento a favor de su capacidad de resolución «anticoncurrencial» se suele invocar la especialización y mejor conocimiento de los mercados, su mayor información sobre precios y de la diferencia entre éstos y los costes.

En contra de su idoneidad se argumenta la posibilidad de «captura» de los Entes si se compara con la independencia de las Agencias «anti-trust» y la mayor posibilidad de éstas para elaborar una doctrina intersectorial.

A mi entender de ningún modo deben estos Entes reguladores ostentar facultades para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, ya que con frecuencia tendrán un modo de entender la competencia específico o usual del sector y no el modo general que representa la Agencia «anti-trust».

En España la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, que considera al TDC el único Organismo con capacidad para aplicar la LCD y para unificar criterios.

En algunos países la desregulación ha tenido que centrarse precisamente en el desmontaje de los Entes reguladores que eran origen de problemas o, paradójicamente, de ausencia de libre competencia en el sector que llega a propiciar el mantenimiento de «cárteles». Este es el caso de aquellos Entes que en España han ampliado sus funciones de reguladoras a comerciales, en algunos casos han creado «holdings» con subsidios cruzados u otras prácticas rechazables (caso AENA, etc.)

## 6. CRITERIOS PARA UNA REDUCCIÓN (NO SÓLO UNA REFORMA)

### 1. *Provisionalidad*

Al igual que el Servicio Público, al que los Entes reguladores atienden, evoluciona primero hacia la pérdida del carácter de esencial o importante y más tarde perdiendo el carácter de público para convertirse en genérico o «commodity», el regulador también tenderá a desaparecer cuando este fenómeno evolutivo termine.

### 2. *Excepcionalidad*

La Administración de supervisión tiene que ejercerse normalmente a través de Direcciones Generales (DG), u Organismos Autónomos (OA). Sólo excepcionalmente podremos aceptar un ENTE. Las DG fueron el origen de la mayor parte, como hemos dicho. Parece procedente el regreso o reducción a la antigua dimensión dentro del principio de reducción del Estado.

La personalidad jurídica y el patrimonio propios no son en principio requisitos esenciales para el ejercicio de las funciones de supervisión. Es más la atribución de estas competencias a unidades administrativas sin personalidad jurídica propia se acomoda mejor a la formulación legal de que «La Administración del Estado... actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única» (art. 1 antigua LRJAE). Sería procedente privatizar sus patrimonios en el caso de que los tuvieran.

¿Cuándo se da la excepcionalidad? En mi opinión en razón del gran volumen del sector e importancia dentro de la economía, la naturaleza sensible del sector y la posible incompatibilidad entre los fines del Entes con los propios del Ministerio correspondiente.

Por otra parte esta clase de Entes pueden ser la solución y «salida» a una desregulación de trascendencia para la economía, que deba ser gestionada de modo desconcentrado, siempre que se den las anteriores condiciones.

No estimo que se justifiquen, precisamente, por necesidad derivadas de la dotación de importantes medios materiales y personales para la gestión de la función de control. Como ya he señalado la adscripción de bienes y su gestión no combina bien con los fines públicos. El Ente con bienes, compra, vende y finalmente invierte en orden a aumentar su patrimonio, pero los Entes, como Administración que son, en consonancia con sus objetivos de ésta, debieran carecer de ánimo de lucro. La gestión de un patrimonio requiere funcionarios y más medios y deriva en una burocratización. Y, en definitiva, va contra el postulado básico del principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado. Se habilita un Presupuesto propio no integrado en el Presupuesto General del Estado. Como dice García de Enterría «Se busca sencillamente



una huída del derecho presupuestario general, bien en el terreno de los ingresos, bien en el del control del gasto»<sup>38</sup>.

## VIII. MÉTODOS DE LAS AGENCIAS PARA LA INICIATIVA DE REFORMA

### 1. LA INFORMACIÓN

El deber de información.

El principal método informativo de las Agencias «anti-trust» y en concreto del TDC, ha sido el de «entrevista» con los responsables de los sectores seleccionados.

Ello parece imprescindible para el acierto de la propuesta, pero también es la aplicación de derechos y deberes de información de origen constitucional y legal. Siguiendo esta orientación la LDC recoge el deber de colaboración con el TDC. Mi criterio es que esta obligación está apoyada en la Constitución, ya que en este trámite el deber de información no implica una «declaración acusatoria o contra uno mismo». Pero, sobre todo, es un derecho. Los titulares del derecho y de la obligación son los sectores afectados. Existe un evidente progreso en esta relación de colaboración en los últimos tiempos al venir reconociendo el TDC, consuetudinariamente, la facultad de personarse y de hacer alegaciones en el expediente desregulatorio (derogando así, a mi entender, la doctrina sentada en Resoluciones de 8 de diciembre de 1993 y 17 de septiembre de 1993).

Para el TDC (REMEDIOS) hay 4 grupos distintos de agentes en el mercado que son sus interlocutores:

Las Empresas prestadoras de servicios en situación monopolística o bajo restricciones.

Las Empresas potenciales oferentes o competidoras, que lo harían si el sector se abriera a la competencia.

Los usuarios que sienten la necesidad de que se amplíe la oferta.

Los responsables de los Organismos reguladores del sector.

Debe asegurarse un equilibrio entre la información, proceda de la Administración o del administrado. No se daría si la iniciativa de desregulación se basara preferentemente en la información de la Administración competente. Esto no ocurrirá en la medida que los empresarios se presten a facilitar sus criterios y datos, y colaboren con el TDC, actitud cada día más frecuente.

<sup>38</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed, pp. 388 y ss.

Admitiendo la validez de este enfoque caben 2 reflexiones de mejora:

La introducción en el sistema de la LDC de los usuarios parece prevista más en cumplimiento de una formalidad que como medida de efectos prácticos. En España la auténtica representación de los usuarios, como ciudadanos que son, está en el Parlamento, sin perjuicio de lo previsto en la LGCU de 1984.

La entrevista con las empresas se viene produciendo individualmente. Sería deseable que en todos los casos, y no en ocasiones, intervengan las Organizaciones Sectoriales. La cúpula de CEOE debiera estar presente en cuanto representa los intereses generales, es decir no sólo del sector y de los «oferentes» en cuestión sino de los que pagan los «insumos» que son la totalidad de las empresas.

## 2. EL PROCEDIMIENTO

La experiencia demuestra que los entrevistados no tienen conocimiento de los resultados de su entrevista o del aporte de información hasta la publicación del Informe del TDC, o la adopción de la medida desreguladora. Debiera propiciarse una segunda intervención en fase final que similar a la procedimental de CONCLUSIONES con el fin de asegurar el procedimiento contradictorio propio de toda alegación, evitar que el orden de entrevista otorgue mayor ventaja a los últimos y conseguir una mayor riqueza de información.



LOS ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS  
UN ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES  
DEL TRIBUNAL DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA DE 1990

SEGUNDA PARTE

COMENTARIO DE RESOLUCIONES  
Y SENTENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

Los acuerdos de fijación de precios, entendidos como los entendimientos o acuerdos de los productores de una mercancía y sus representantes para limitar, controlar o fijar los precios que se cobren en el curso de una competencia.

El artículo 81 del Tratado de Roma prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o consecuencia la eliminación, la restricción o la falsificación de la competencia que exista entre los competidores. Este artículo se aplica a los acuerdos que tengan por objeto o consecuencia la eliminación, la restricción o la falsificación de la competencia que exista entre los competidores. Este artículo se aplica a los acuerdos que tengan por objeto o consecuencia la eliminación, la restricción o la falsificación de la competencia que exista entre los competidores.

La finalidad de los acuerdos de fijación de precios es la de limitar, controlar o fijar los precios que se cobren en el curso de una competencia.





# LOS ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS. UN ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1996

Vicente JOSÉ MONTES GAN <sup>1</sup>

Técnico Comercial y Economista del Estado  
Subdirector General de Informes sobre  
Concentraciones, Adquisiciones  
y Ayudas Públicas  
Tribunal de Defensa de la Competencia

## I. INTRODUCCIÓN

Los análisis empíricos de economía industrial demuestran que las asignaciones eficientes de los recursos productivos no son frecuentes y que en la gran mayoría de los mercados prevalecen estructuras que tienen poco que ver con el ideal competitivo.

En unos casos, la persistencia de situaciones de competencia imperfecta tiene su origen en el mantenimiento de marcos reguladores inadecuados o en restricciones de índole económica o técnica. En otros, la estructura de los mercados favorece el desarrollo de comportamientos estratégicos de los operadores que se materializan, a menudo, en la formalización de acuerdos restrictivos de la competencia. En estos casos, las empresas tienen incentivos para cooperar en lugar de competir, ya que si son capaces de coordinar sus acciones y no existen entrantes potenciales en el mercado, podrán comportarse como monopolistas y maximizar los beneficios conjuntos de la industria.

La habilidad de las empresas para coordinar sus acciones en un mercado depende de diversos elementos. Por ejemplo, en un mercado constituido por un número reducido de empresas, el reconocimiento

---

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios de mis compañeras y amigas Isabel y Pilar Sánchez.

de la interdependencia entre las mismas y de las ventajas de la colusión resulta más sencillo. En este contexto, si una empresa trata de reducir su precio con el fin de incrementar su cuota de mercado, esperará que sus rivales actúen de la misma forma y, por tanto, que la situación de todas las empresas empeore. Por otra parte, la inexistencia de competidores potenciales o de unas restricciones legales efectivas que impidan, o cuando menos, dificulten la formalización de los cárteles, constituyen también elementos que incentivan la colusión. Asimismo, la capacidad de las empresas de un mercado para coordinar sus acciones puede verse influida, entre otros factores, por las diferencias en las condiciones de coste, la tecnología, el grado de estandarización del producto, o el nivel y la estructura de la demanda del mercado.

Uno de los problemas inherentes a los acuerdos tácitos o formales entre empresas es la vigilancia de su cumplimiento. La habilidad de las empresas para alcanzar un acuerdo, y su destreza para mantenerlo a medio y largo plazo, es mayor si resulta complicado para las mismas practicar reducciones secretas de los precios<sup>2</sup>, o si el mercado cuenta con una patronal o asociación empresarial sólida y representativa.

En un contexto de competencia imperfecta, caracterizado por la existencia de problemas de información, las asociaciones empresariales pueden constituir un elemento relevante para alcanzar el objetivo competitivo de información perfecta. Sin embargo, las patronales han contado tradicionalmente con funciones que se encuentran en el límite de lo permitido en la legislación sobre competencia. Sus encuentros y reuniones son escenarios idóneos para alcanzar acuerdos sobre precios, producción, cuotas de mercado, exclusión de competidores, etc.

Sin embargo, como se deduce del texto de las Resoluciones del Tribunal, no siempre es sencillo detectar y probar la existencia de estos comportamientos anticompetitivos. Por ejemplo, en mercados caracterizados por una estructura de oligopolio, la concertación puede alcanzarse de forma independiente, es decir, sin formalizarse un acuerdo o formularse una recomendación de la patronal. En estos casos, resulta más difícil si cabe la detección del cartel.

A continuación se describe la legislación española sobre cárteles, así como algunos ejemplos interesantes de cárteles de precios resueltos en el año 1996, en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha podido demostrar la existencia de acuerdos de precios desarrollados en el marco de asociaciones empresariales.

---

<sup>2</sup> A menudo los precios aplicados por las empresas, a diferencia de los precios de catálogo, no son fácilmente observables por los competidores, hecho que permite la reducción secreta de los mismos.



## II. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DEL TDC SOBRE PRÁCTICAS DE FIJACIÓN DE PRECIOS

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, constituye la referencia legislativa fundamental para la persecución de los acuerdos y recomendaciones de precios en España. En coherencia con el derecho comunitario, la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del territorio nacional. Por tanto, la ley prohíbe, entre otros, los acuerdos que supongan la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. Además, la LDC, en referencia al abuso de posición de dominio, establece que éste podrá consistir, entre otras modalidades, en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

Estas prohibiciones no son aplicables a las regulaciones de precios específicas<sup>3</sup>, ya sean éstas estatales, autonómicas o locales, ni tampoco a los marcos reguladores que, si bien no otorgan a la Administración Pública la potestad de fijar los precios, sí amparan su fijación en origen<sup>4</sup>, como ocurre en los sectores del libro y del tabaco<sup>5</sup>.

El resto de las restricciones a la determinación competitiva de los precios de mercado son contrarias a la LDC. A pesar de ello, es posible solicitar autorización para determinados acuerdos que, aún siendo restrictivos de la competencia, favorezcan la eficiencia<sup>6</sup>. No obstante, el

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el Real Decreto 7/1996, los productos cuyos precios están sometidos a regulación de ámbito nacional son: las especialidades farmacéuticas (excepto las publicitarias), ciertos productos energéticos (electricidad, gas canalizado para usos domésticos y comerciales y gases licuados del petróleo), los seguros agrarios, los productos postales y telegráficos básicos, las telecomunicaciones (las tarifas telefónicas y los servicios de telecomunicaciones determinados por la normativa del sector) y determinados servicios de transportes (transporte público regular de viajeros por carretera y transporte de viajeros por ferrocarril de cercanías y regional). Por su parte, los precios regulados de ámbito autonómico afectan a los siguientes bienes y servicios: el agua, el transporte urbano de viajeros, las compañías ferroviarias de ámbito autonómico y el agua de regadío en las Islas Canarias.

<sup>4</sup> La fijación en origen de precios al detalle constituye una práctica restrictiva de la competencia que consiste en la imposición por parte del fabricante del precio de venta al público al que el detallista venderá el producto a los consumidores. Por tanto, de contar con amparo legal, se trata de una excepción a la aplicación de las normas de competencia.

<sup>5</sup> No obstante, en el caso del tabaco es necesario matizar esta afirmación ya que el detallista es el Estado que, mediante concesión, gestiona los puntos de venta de la red del primer canal de distribución minorista.

<sup>6</sup> Es preciso que beneficien a los consumidores, que no se elimine totalmente la competencia, y que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos citados.

TDC no ha autorizado ningún acuerdo de recomendación de precios, salvo en los casos de precios orientativos o de tarifa<sup>7</sup>.

En aplicación de la LDC, el TDC ha manifestado reiteradamente en sus Resoluciones la importancia de la libertad de precios como expresión cabal de la competencia<sup>8</sup>, ha valorado la fijación de precios como una restricción grave de la competencia<sup>9</sup>, y ha considerado el precio como un elemento imprescindible en el proceso de elección de un bien o servicio<sup>10</sup>.

Un elemento fundamental en los análisis del TDC es la delimitación del concepto de cartel de precios. Tratando de establecer una definición amplia del mismo, ha extendido el concepto de acuerdo de fijación de precios, no solamente a la aprobación de tarifas pormenorizadas, sino a cualquier tipo de entente que permita sustituir la competencia en precios entre los operadores por algún mecanismo a través del cual se pueda prever cuál va a ser el comportamiento de tales competidores en cuanto a los precios aplicados en sus transacciones<sup>11</sup>.

Se pueden distinguir dos tipos de acuerdos sobre precios, los de carácter horizontal, derivados de un pacto entre empresas o promovidos por asociaciones empresariales, y los acuerdos verticales de fijación de precios, tanto máximos como mínimos, desarrollados entre empresas o asociaciones de empresas pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción. Ambos tipos de acuerdos constituyen prácticas prohibidas en la LDC<sup>12</sup>.

### III. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SOBRE ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS EN EL AÑO 1996

En las Resoluciones del TDC del año 1996 se pueden encontrar muchas de las situaciones y comportamientos descritos en los apartados anteriores. A pesar de que todos los casos analizados a continuación

<sup>7</sup> De acuerdo con Ricardo Alonso Soto, Vocal del Tribunal, por precio orientativo o de tarifa ha de entenderse: «... *aquel determinado unilateralmente por el fabricante y aceptado por el distribuidor que sirve solamente para determinar el lugar que un producto ocupa dentro de una gama de productos similares (lujo, alta, baja) y para calcular el margen de descuento con que se realizan las ventas a mayoristas y minoristas...*».

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, las Resoluciones de 14 de mayo de 1991, 6 de julio de 1992 y 4 de febrero de 1993.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de 17 de febrero de 1993.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de 14 de mayo de 1991.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de 6 de julio de 1992.

<sup>12</sup> En cuanto a los acuerdos verticales, incluso en aquellos casos en los que las prácticas de fijación en origen de precios al detalle están amparadas por una norma, el Tribunal ha señalado su oposición a las mismas. Véase a este respecto, por ejemplo, la Resolución 40/92 de 7 de febrero de 1993 —*Libreros de Valencia*.



constituyen infracciones del artículo primero de la LDC, los problemas que subyacen a cada una de las Resoluciones descritas son distintos. Por ello, antes de pasar a analizar con mayor detalle algunos de ellos, merece la pena enumerar brevemente los principales comportamientos anti-competitivos detectados.

En la Resolución 337/93 de 8 de enero de 1996 –*Zontur*–, el comportamiento colusivo se justifica como medida defensiva frente al poder oligopsonista de los operadores mayoristas del mercado de los servicios turísticos, los conocidos como *tour operadores*.

Por su parte, en las Resoluciones 371/96 de 18 de julio de 1996 –*Panaderos de Burgos*– y 377/96 de 16 de diciembre de 1996 –*Panaderos de Barcelona*– se describen dos estrategias de colusión que integran varios objetivos complementarios: en primer lugar, ordenar el mercado mediante la fijación de las características del producto y de los horarios de comercialización; en segundo lugar, estabilizar el mercado neutralizando la competencia potencial proveniente de otros mercados relacionados con el mercado de producto; en tercer lugar, una vez lograda la ordenación y la estabilización del mercado, formalizar un cártel de precios; y, finalmente, vigilar el cumplimiento de los acuerdos tanto por parte de los miembros del cártel como por parte de los empresarios no integrados en el mismo.

En todas las Resoluciones que se analizan en los siguientes apartados, las asociaciones empresariales aparecen como foros idóneos para la colusión. Mención especial merece el tratamiento concedido a los sindicatos de trabajadores. A este respecto, la Resolución 377/96 analiza el papel de los sindicatos en los acuerdos colusivos y considera por primera vez en el ámbito de la LDC su comportamiento como operadores económicos en la medida en que son responsables de las prácticas o comportamientos restrictivos detectados en el mercado.

Uno de los aspectos de mayor relevancia en el procedimiento de aplicación de la LDC, es el descubrimiento de pruebas que permitan dismantelar los cárteles de precios. En todas las Resoluciones del año 1996 consideradas, gran parte de las argumentaciones del TDC se basan en la existencia de circulares de las asociaciones empresariales o de sus representantes en las que se detecta la existencia de un acuerdo tácito. No obstante, en algunos casos resulta necesario realizar investigaciones complementarias.

Por ejemplo, en la Resolución 373/96 de 29 de julio de 1996 –*Grúas del País Vasco*–, la prueba fundamental fueron las tarifas publicadas por la asociación empresarial como precios mínimos. En este caso, fue necesario realizar un análisis de la facturación con el objetivo de probar la presunta identidad de los precios. El análisis resultó infructuoso, pero

en otros casos, las facturas han permitido al TDC probar la actividad conscientemente paralela de los asociados <sup>13</sup>.

Finalmente, la Resolución 376/96 de 12 de diciembre de 1996 –*Cárteles de Sidra*–, ofrece un ejemplo de cartelización plena de un sector caracterizado por la existencia de acuerdos de precios tanto de carácter horizontal como vertical.

Como se señaló en la introducción de este apartado, a continuación se analizan con mayor detalle algunos aspectos interesantes del contenido de estas Resoluciones desde un punto de vista económico.

### 1. CÁRTEL DE PRECIOS COMO MEDIDA DEFENSIVA FRENTE A UN OLIGOPSONIO

La Resolución 337/93, afecta a la *Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (Zontur)* y a sus miembros con motivo de la realización de una recomendación colectiva de precios para la contratación de paquetes turísticos con grandes operadores comunitarios. Como justificación de su comportamiento, *Zontur* acusó a los grandes operadores turísticos alemanes de repartirse el mercado de plazas hoteleras de las islas Baleares y Canarias, así como de imponer cláusulas de exclusividad <sup>14</sup>.

La recomendación objeto de expediente consistió en establecer los precios para los hoteles asociados –a través de los miembros de *Zontur*– en el año 1990, en declarar en el año 1991 los mismos precios máximos que se habían declarado para el año anterior, así como en negociar para el año 1993 un incremento de precios superior al IPC entre 2 y 4 puntos porcentuales.

Si bien es cierto que en este caso no se pudieron demostrar los efectos sobre el mercado que produjeron las circulares de la asociación, también lo es que para cometer una infracción del artículo primero de la LDC no se precisa que se produzca el efecto perturbador del mismo. A este respecto, basta la mera posibilidad de que se produzca o pueda producir el efecto, ya que los resultados reales sólo se tienen en cuenta al graduar la sanción <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Un buen ejemplo de ello lo constituye la Resolución 352/94 de 3 de junio de 1997 sobre el sector lácteo, en la que dada la invalidez de la prueba que motivó la apertura del expediente, el Tribunal hubo de analizar alrededor de 400.000 facturas para demostrar la existencia de un acuerdo entre los asociados a la patronal del sector.

<sup>14</sup> No se ha de olvidar que los mayoristas comunitarios se enfrentan a una oferta atomizada en este mercado de la que controlan un 85 %.

<sup>15</sup> Art. 10.2.d) LDC.



## 2. CÁRTEL PARA LA ORDENACIÓN DEL MERCADO, EXCLUYENDO A COMPETIDORES POTENCIALES DE MERCADOS RELACIONADOS

La Resolución 371/96 constituye un interesante ejemplo de un gran número de comportamientos restrictivos de la competencia llevados a cabo por la *Asociación Provincial de Panaderos de Burgos* (en adelante la *Asociación*) consistentes en: restringir el mercado al impedir la venta de pan los domingos y días festivos, realizar ventas a pérdida de pan, desarrollar acuerdos de fijación de las condiciones de tamaño y precio del pan que podía ser vendido los domingos, fijar en común los precios del pan y, finalmente, actuar como órgano de vigilancia del cumplimiento de los acuerdos.

Una vez neutralizada la posible competencia de las empresas de repostería<sup>16</sup>, a las que la *Asociación* obligó a vender un tipo concreto de pan que no constituía una amenaza para los productos ofrecidos tradicionalmente por las panaderías, los afiliados de la *Asociación* procedieron a subir el precio del pan en 15 pesetas por barra, con una cadencia temporal decidida y notificada por la propia *Asociación*<sup>17</sup>. La lógica de este comportamiento resultaba evidente, una vez controlado y estabilizado el mercado, había llegado el momento de disfrutar de los beneficios para los oligopolistas derivados de la no competencia. No obstante, el TDC actuó, y declaró a la *Asociación* culpable de infringir el artículo primero de la LDC.

## 3. EL DESARROLLO DE COMPORTAMIENTOS COLUSIVOS CON EL CONOCIMIENTO DE ORGANISMOS PÚBLICOS AUTONÓMICOS Y EN EL MARCO DE LEGISLACIONES CONCRETAS

Otro ejemplo similar al anterior es el descrito por el TDC en su Resolución 377/96. Sin embargo, a diferencia del cártel analizado en el apartado 2, en este caso el acuerdo de precios se lleva a cabo con el conocimiento de un organismo público, en concreto, de la Dirección General de Comercio Interior y Servicios, de la Consejería de Comercio, Consumo y Turismo, de la Generalidad de Cataluña<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Mercado relacionado afectado por los comportamientos colusivos de los empresarios panaderos.

<sup>17</sup> En diferentes actas de la Asociación se recogen afirmaciones como: «... que los panaderos de Burgos se pusieron de acuerdo para realizar la subida todos juntos..., el incremento de los precios fue convenido en la Asociación de Panaderos..., la Asociación de Panaderos llegó a un acuerdo para que todos realizaran la subida a la vez en esa semana... la tabla (de precios) es elaborada por el Presidente de la Asociación de Panaderos y repartida a todas las panaderías de la localidad...».

<sup>18</sup> No obstante, éste no es un caso de captura del regulador por parte del regulado, conducta de la que constituye un buen ejemplo el comportamiento del Ayuntamiento de Barcelona descrito en la Resolución 336/93 de 15 de febrero de 1994 —*Gremio de Garajes de Pupilaje de Vehículos de Barcelona*.

El problema de fondo consistía en que las panaderías de Barcelona no podían abrir los domingos y festivos<sup>19</sup> y, de acuerdo con el convenio colectivo laboral del sector, no podían fabricar ni comercializar pan dichos días, mientras que las pastelerías podían abrir los domingos y festivos, pero tenían prohibido<sup>20</sup> fabricar otro pan distinto del llamado «pan enriquecido». Con el objetivo de ordenar el sector, se formalizó un acuerdo mediante el cual las pastelerías artesanas de Barcelona con fabricación propia, aceptaban comercializar los domingos y festivos exclusivamente un único módulo de pan especial enriquecido, de cualquier forma y volumen, con un peso máximo de 100 gramos.

Como quiera que este acuerdo limitaba la libertad comercial de los que lo suscribían al consagrar la prohibición de que los industriales panaderos fabricaran pan los domingos y festivos e impedir que los industriales pasteleros fabricaran y comercializaran piezas de pan distintas de las pactadas, el TDC declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la adopción de un acuerdo limitativo del mercado, y ello a pesar de que las conductas descritas eran lícitas de acuerdo con la Ley de Comercio Autonómica y las reglamentaciones técnico-sanitarias vigentes en el sector, así como conocidas por parte del Gobierno autónomo catalán.

#### 4. LA VIGILANCIA DEL CÁRTEL Y LOS MÉTODOS PARA ASEGURAR SU CUMPLIMIENTO

Como se señaló anteriormente la Resolución 371/96 describe el papel de la asociación de los empresarios panaderos burgaleses como órgano de vigilancia del cártel. En este caso, la *Asociación* de panaderos y sus afiliados ejercieron distintas formas de presión sobre los empresarios pasteleros que fabricaban y vendían pan los domingos con el objetivo de neutralizar esta competencia potencial.

De hecho, la *Asociación* publicó notas en las que describía tanto las acciones directas desarrolladas, «...los industriales panaderos burgaleses, tras varias reuniones en la sede de esta Asociación, decidieron trasladar la acción a la calle...», como las actividades estratégicas de carácter ofensivo diseñadas y realizadas. Como ejemplo de estas últimas, destaca la práctica de una reducción considerable de los precios del pan por parte de las panaderías cercanas a las pastelerías que fabricaban pan los domingos, siendo compensadas por las pérdidas derivadas de esta conducta por la *Asociación* denunciada.

<sup>19</sup> En virtud de lo dispuesto en la Ley 23/1991, de Comercio Interior de Cataluña, y del Decreto 23/1993, que la desarrolla en materia de horarios comerciales.

<sup>20</sup> En virtud de la reglamentación técnico-sanitaria aplicable, en concreto, el Decreto 2419/1978 y el Real Decreto 1137/1984.



Las presiones de la *Asociación* obtuvieron sus frutos, alcanzándose un acuerdo entre ésta y las empresas de repostería mediante el cual el único pan que se elaboraría y vendería los domingos y festivos en las pastelerías sería de formato redondo y con un peso que no superaría los 60 gramos.

## 5. SECTOR CARTELIZADO MEDIANTE ACUERDOS DE CARÁCTER HORIZONTAL Y VERTICAL

La Resolución 376/96 recoge un caso en el que las prácticas restrictivas de la competencia afectan a todo un sector en el que se desarrollan acuerdos de dos tipos: en primer lugar, un acuerdo de fijación de precios de carácter vertical entre la *Asociación de Cosecheros de la Manzana (Acomasi)* y la *Asociación de Lagareros de Asturias (Ala)*; y, en segundo lugar, un acuerdo de carácter horizontal desarrollado en el marco de la *Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón (Aehg)*.

El acuerdo vertical consistió en la fijación del precio base y único para la manzana de sidra en 27 pesetas por kilo durante tres años, precio que se actualizaba cada año de acuerdo con el crecimiento del IPC y que se revisó al cuarto año, según lo acordado, fijando un precio superior al del año anterior. Por su parte, el acuerdo horizontal consistió en fijar en 250 pesetas el precio de venta de la botella de sidra por parte de las empresas de hostelería agrupadas en *Aegh*. En ambos casos el TDC declaró probada la existencia de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la infracción del artículo primero de la LDC y sancionó a las asociaciones participantes.

## 6. LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES COMO MARCOS IDÓNEOS PARA LA COLUSIÓN

El papel de las asociaciones empresariales como instituciones incentivadoras de los comportamientos colusivos se analiza en todas las Resoluciones consideradas en este artículo. Sin embargo, la responsabilidad de las asociaciones como consecuencia de los actos de sus representantes tiene un tratamiento específico en las Resoluciones 337/93, 371/96 y 377/96 del año 1996. En estos casos, el TDC ha considerado como vinculantes para la asociación las circulares y comunicaciones realizadas por sus representantes al señalar<sup>21</sup> que: «...*las decisiones de los órganos de una persona jurídica sean éstos unipersonales o colegiados, son siempre expresión de la voluntad de la persona moral..., de modo que al actuar... en su calidad de Presidente..., la Circular contiene una recomendación de una Asociación empresarial...*».

<sup>21</sup> Resolución 337/93 de 8 de enero de 1996 –Zontur.

## 7. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE OPERADOR ECONÓMICO A LOS SINDICATOS

Otro aspecto de interés incluido a menudo en las Resoluciones del Tribunal, es la definición del concepto de agente u operador económico, o la delimitación precisa de su actividad y responsabilidad en las prácticas o comportamientos detectados en el mercado. Un buen ejemplo en el año 1996 es el tratamiento concedido a las organizaciones de trabajadores.

En su Resolución 377/96 el TDC señaló que no compartía la motivación utilizada por el SDC para sobreseer el expediente de base con respecto a las Federaciones de Alimentación de los sindicatos *Comisiones Obreras* y *Unión General de Trabajadores*, suscriptoras ambas junto con los gremios de panaderos y pasteleros de Barcelona, del acuerdo objeto del procedimiento.

El TDC consideró que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio, y que, en cada caso, deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia.

## IV. CONCLUSIÓN

En resumen, el TDC ha manifestado a través de sus Resoluciones la importancia de la libertad de precios como expresión cabal de la competencia, y del precio en sí mismo como un elemento imprescindible en el proceso de elección de un bien o servicio. Por ello, en el ámbito de sus competencias, el TDC ha perseguido la formalización de cárteles de precios al entender que la fijación de los mismos al margen del mercado constituye una restricción grave de la competencia.

Los casos resueltos por el TDC en el año 1996 que se han descrito en este trabajo suponen tan sólo una muestra del gran número de comportamientos colusivos detectados y sancionados desde la aprobación de la LDC. Cada uno de ellos aporta evidencia empírica de gran interés sobre el comportamiento de los agentes económicos en los mercados. Ante tal elenco de situaciones de competencia imperfecta, el TDC, como autoridad garante de la competencia, constituye una pieza clave para alcanzar una mejor asignación de recursos en la economía española.



# LA MEDIDA CAUTELAR 10/96, AIRTEL-TELEFÓNICA, DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA  
Subdirectora General de Estudios  
Tribunal de Defensa de la Competencia

Pilar SÁNCHEZ NÚÑEZ  
Asesora  
Tribunal de Defensa de la Competencia

## I. ANTECEDENTES

En diciembre de 1994, Airtel Móvil S.A. resultó adjudicataria de la licencia de telefonía móvil en modalidad GSM en el concurso convocado por el entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA). Se abrió así el mercado de telefonía móvil de tecnología digital a un segundo operador que habría de competir con Telefónica, única empresa concesionaria para la prestación de dichos servicios, tanto en modalidad analógica (con marca MoviLine) como digital (con marca MoviStar).

El servicio de telefonía móvil analógica se empezó a comercializar por Telefónica a principios de los años ochenta. En julio de 1995 Telefónica —o mejor dicho su filial Telefónica Servicios Móviles, a la que había transferido las dos licencias de telefonía móvil—, inició sus operaciones con MoviStar, seguida tres meses más tarde por Airtel. El gobierno, en su tímida y lenta introducción de competencia en este mercado de telecomunicaciones<sup>1</sup>, había optado por un modelo duopolístico

---

<sup>1</sup> No hay que olvidar que en la Ley de Modificación de la LOT de 3 de diciembre de 1992, en la que se liberalizaron una serie de servicios hasta entonces monopolizados, se estableció un período transitorio de subsistencia del monopolio en telefonía móvil automática hasta el 31 de diciembre de 1993. El concurso para la concesión de la segunda licencia se resolvió un año más tarde y la empresa no pudo comenzar a operar hasta octubre del año 1995.

en tecnología digital, manteniendo el monopolio, tanto en telefonía fija como móvil analógica, en manos de Telefónica.

Dadas las ventajas tecnológicas del nuevo servicio GSM, el reglamento para la prestación de la telefonía móvil digital<sup>2</sup> consideraba prioritaria la disposición de nuevas frecuencias para dicho servicio. Contemplaba, además, la progresiva liberación de las frecuencias usadas por MovilLine hasta la total extinción, en enero del año 2007, del título habilitante para la prestación de dicho servicio<sup>3</sup>. Se garantizaba así que Telefónica pudiera amortizar sus inversiones en un servicio llamado a desaparecer y esto, en cierto modo, podía justificar el mantenimiento del monopolio.

Lo que resulta más discutible es la idoneidad del modelo de duopolio adoptado para la telefonía digital. El MOPTMA estimaba que «sin ánimo de limitar la competencia, dos operadores son suficientes dada la limitación del espectro. La posibilidad de un tercer operador en la misma banda, supondría incrementar extraordinariamente los costes de inversión y de operación»<sup>4</sup>. La evidencia de otros países de nuestro entorno que han apostado por una competencia entre más operadores, introduce ciertas dudas sobre si el ritmo de crecimiento de este sector no podría haber sido mucho más rápido. Por ejemplo, según un reciente informe de la OCDE<sup>5</sup>, en Australia la tasa de crecimiento mensual de suscripciones en 1994 con tres operadores de telefonía móvil, era cuatro veces mayor de lo que había sido en 1992 con dos operadores; en Japón, la decisión de abandonar el duopolio en 1994 condujo a que se multiplicara por seis la tasa mensual de nuevas suscripciones...

Pero aún aceptando que la estructura duopolística tenía suficiente potencial competitivo, es preciso justificar la conveniencia de que se adjudicara una de las dos licencias previstas al mismo operador que ostentaba el monopolio en los servicios de telefonía fija y móvil analógica. La decisión estaba en línea con la estrategia política de «potenciar la adaptación de Telefónica y su grupo de empresas a las condiciones actuales de competitividad e internacionalización del sector de las telecomunicaciones (...) y de impulsar la incorporación de Telefónica a las nuevas actividades y servicios de telecomunicaciones, en el marco del desarrollo de la sociedad de la información y los soportes multimedia»<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Real Decreto 1486/1994 de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática.

<sup>3</sup> Según la disposición transitoria tercera de dicho Reglamento, el año 2007 es la fecha de extinción del servicio de telefonía móvil analógica en la banda de 900 Mhz; el mismo servicio en la banda de 450 Mhz se extinguirá antes del 1 de enero de 1998.

<sup>4</sup> MOPTMA, Instituto de Estudios del Transporte y las Comunicaciones, *Telecomunicaciones: 1991-1995*, Serie monografías, 1996.

<sup>5</sup> OCDE, «Regulatory Reform in Telecommunication Services», Working Party n.º 2 on Competition and Regulation, 1996.

<sup>6</sup> MOPTMA, *op. cit.*



El potencial competitivo de la estructura impuesta al mercado del GSM se veía dificultado aún más por las condiciones de entrada desventajosas exigidas asimétricamente al segundo operador pero no al operador establecido. En efecto Airtel hubo de abonar 85.000 millones de pesetas por la licencia que obtuvo tras el correspondiente concurso público<sup>7</sup>.

## II. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es en este contexto en el que hay que analizar la Resolución MC 10/96, de 18 de julio de 1996, del Tribunal de Defensa de la Competencia. Contempla la adopción de unas medidas cautelares encaminadas precisamente a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, respecto de Telefónica y sus filiales Telefónica Servicios Móviles, S.A. (Telefónica Móviles) y Teleinformática y Comunicaciones, S.A. (Telyco).

La denuncia efectuada por Airtel pone de manifiesto la desventaja competitiva a la que esta empresa se ve sometida en el desarrollo de su actividad por la actuación de Telefónica Móviles. Se pueden distinguir tres ámbitos en que esta desventaja se manifiesta y que dan lugar a la correspondiente petición de medida cautelar bien por el denunciante, bien por el SDC.

El primero se refiere al sistema de distribución empleado por Telefónica Móviles para la comercialización de sus servicios de telefonía móvil. Airtel señala que es práctica extendida de su rival el introducir compromisos de exclusividad en los contratos de distribución de MoviStar, siendo los distribuidores que la practican aquellos que en su mayoría venían distribuyendo el sistema MoviLine. Ese pacto de exclusividad, al parecer, viene acompañado por un sistema de remuneración significativamente más ventajoso que el que se ofrece en los contratos de distribución no exclusiva.

El segundo ámbito en el que se vislumbran desventajas por parte de Airtel se refiere a la utilización de Telefónica Móviles de los servicios de distribución de su matriz, Telefónica, mediante los números de atención al cliente 004 y 022 que posibilitan el acceso a sus oficinas comerciales en todo el territorio nacional.

Y, por último, la tercera manifestación de esta desventaja se encuentra en la publicidad conjunta que insistentemente realiza Telefónica

<sup>7</sup> De hecho la Comisión Europea ha estimado que el Gobierno español debía compensar a Airtel por la desventaja competitiva impuesta por las condiciones del concurso. Hace unos meses se han pactado una serie de medidas compensatorias entre las que destaca la adjudicación gratuita a Airtel de una nueva licencia de telefonía móvil en la banda de 1.800 Mhz, la cesión anticipada de una parte del espectro y unas condiciones ventajosas en las tarifas de interconexión.

Móviles de sus dos servicios MovilLine y Movistar. La publicidad de estas marcas suele ir acompañada además del logotipo empleado por Telefónica en todos sus servicios.

En su Resolución, el TDC ha decidido desestimar la petición de retirar la exclusividad en los contratos porque considera que se trata de contratos suscritos con terceras personas que no aparecen como interesadas en el expediente y que no han tenido la posibilidad de haber sido oídas.

Sin embargo, las otras dos peticiones han sido tenidas en cuenta en los siguientes términos. Se ha ordenado a Telefónica «el cese inmediato en el uso de los números 004 y 022 para la distribución del servicio Movistar, así como para cualquier cuestión o información relacionada con el citado servicio y su contratación». Además, se ha exigido a Telefónica Móviles «el cese en la difusión de cualquier publicidad conjunta de los servicios MovilLine y Movistar, no pudiendo contener la publicidad que realicen por separado ninguna referencia mutua».

### III. CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

Desde el punto de vista económico, centrándonos en las medidas impuestas y siempre con la cautela de que no se está comentado una resolución final sino provisional, estas manifestaciones pueden estar encubriendo un tipo de práctica que puede resultar anticompetitiva. Se trata de la utilización de subsidios cruzados entre los servicios analógico y digital (y quizá también entre los servicios de telefonía fija y móvil).

El concepto de subsidio cruzado se enmarca dentro de los comportamientos que una empresa multiproducto, y en situación de monopolio, puede desempeñar. Se produce cuando una misma empresa oferta un bien o servicio, en régimen de monopolio, a un precio superior al que determinarían sus costes de producción, con la intención de emplear parte del beneficio extraordinario así obtenido, en financiar la producción de otros bienes o servicios cuyos costes de producción exceden a los ingresos alcanzados con su venta. Esta última producción puede ser o no prestada en régimen de monopolio.

Es condición necesaria que el bien que está subsidiando a otro esté bajo una situación de monopolio. De lo contrario, cualquier otra empresa encontraría beneficioso ofertar ese mismo bien a un precio inferior pero suficiente para cubrir sus costes de producción, de tal forma que el mantenimiento de los subsidios cruzados por parte de la primera empresa resultaría insostenible.

Las razones por las que surge esta práctica son diversas. Cuando una empresa produce tanto bienes sujetos a regulación como bienes ofertados en libre competencia, la finalidad del subsidio cruzado suele ser



exclusivamente la obtención de un mayor beneficio empresarial. Cuando todos los productos de la empresa están regulados, el objetivo perseguido puede ser la consecución de un mayor bienestar social<sup>8</sup>. A través de subsidios cruzados se puede fomentar la investigación o el desarrollo tecnológico en un sector, o apoyar la consolidación de determinados mercados emergentes, donde el precio del nuevo producto ha de ser suficientemente bajo como para poder estimular el consumo y, sin embargo, es preciso una fase inicial de fuerte inversión.

Ejemplos de unos y otros pueden ser encontrados fácilmente en muchos sectores, pero en especial en los servicios públicos y ello por el hecho de que tradicionalmente han sido prestados en régimen de monopolio y con obligación de servicio universal. Ese es el caso, por ejemplo, de la telefonía de voz, del servicio postal, o del suministro eléctrico. En los dos primeros, el precio de la llamada local o las tarifas postales de correspondencia rural han estado financiados por los ingresos de estos servicios en el ámbito internacional; en el tercer caso, la subvención a la producción de carbón nacional ha sido financiada a través de la tarifa de suministro de energía eléctrica. De hecho, cuando se plantea la liberalización de estos servicios, una de las primeras demandas de los operadores presentes en el mercado es el incremento del precio de estos servicios, que están claramente subvencionados.

Cabe preguntarse por qué, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, hemos de preocuparnos por la existencia de subsidios cruzados. La respuesta no es una respuesta genérica, válida para todos los mercados y sectores. Se circunscribe a los efectos que dicha práctica puede tener en los mercados de reciente liberalización.

La apertura a la competencia de sectores que han nacido y se han desarrollado bajo un régimen de monopolio resulta especialmente difícil, dado que la liberalización legislativa no garantiza que los competidores potenciales no se encuentren con considerables barreras de entrada en el mercado. Éstas pueden ser bien de tipo exógeno, condicionadas por parámetros tecnológicos o económicos, o bien de tipo endógeno, favorecidas por el comportamiento estratégico del hasta ahora monopolista. El logro de una estructura de mercado más competitiva pasa por una fase inicial de desregulación, con las consiguientes nuevas normas que permiten la introducción de competencia, y una fase posterior de

<sup>8</sup> Precisamente, el origen del llamado «Presupuesto de Restricciones a la Competencia», —recomendación propuesta por el TDC en su informe de 1993, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*—, está en la constatación de la existencia de subsidios cruzados y su justificación desde el punto de vista del bienestar social. Sin embargo, no todos los ingresos generados por el sobreprecio de determinados bienes o servicios se destinan a atender necesidades públicas. El objetivo de realizar el ejercicio propuesto por el TDC es determinar qué parte de los ingresos generados por un sobreprecio en un bien monopolizado se destinan a subsidiar actividades de interés público y qué parte se dedican a finalidades no necesariamente públicas.

vigilancia y control de las actuaciones de los agentes de ese mercado. Lo que se intenta favorecer es que empresas no presentes en el sector, o al menos no en el mercado geográfico en el que operaba el monopolio, partiendo de una situación claramente desventajosa, puedan convertirse en firmes competidores del antiguo monopolio.

Es claro que, en estas circunstancias, estratégicamente le conviene al monopolista emplear subsidios cruzados entre actividades, favoreciendo aquellos servicios que entran en competencia. Ello impone unas desmesuradas exigencias sobre los competidores potenciales, que sólo podrán sobrevivir si demuestran una clara superioridad en cuanto a su eficiencia productiva u organizativa, o incorporan con éxito innovaciones en sus productos.

La preocupación por el potencial restrictivo de la competencia que conlleva la práctica de subsidios cruzados se manifiesta en la insistente exigencia en todas las nuevas normas, ya sean de carácter nacional o comunitario, de la «separación contable» de las empresas que actúan en distintas fases de un mismo negocio o en distintas actividades finales del mismo. Esto es, se exige tanto la separación contable «vertical» como la «horizontal». Por esta razón, el reglamento que ordena la prestación del servicio de telefonía móvil digital<sup>9</sup>, obliga a Telefónica a inventariar los bienes y relacionar el personal que se adscriben de forma exclusiva al servicio de telefonía móvil digital y los que son compartidos con otros servicios o actividades de la sociedad, de manera que se pueda identificar la prestación del servicio GSM como unidad de negocio diferenciada. Estas mismas exigencias se establecen para la modalidad de telefonía analógica y, además, para ambos negocios, se señala la obligación de llevar contabilidades separadas.

La exigencia de separación contable no es exclusiva del sector de las telecomunicaciones. Lo mismo se contempla en el actual proyecto de directiva de la CEE en materia de gas. Pero incluso alguna normativa va más allá. Por ejemplo, tanto la vigente Ley del Sector Eléctrico como el actual anteproyecto de ley exigen no sólo la separación contable, sino también la jurídica para las actividades de generación, distribución y comercialización.

En resumen, la primera fase de legislar claramente para evitar la situación que ha dado lugar al caso que nos ocupa ya fue establecida en su momento, habiendo sido necesaria la actuación de los Órganos de Defensa de la Competencia para enjuiciar comportamientos posteriores que podrían conllevar presunta deslealtad y abuso de posición de dominio.

En el informe que el SDC traslada al TDC con la propuesta de adopción de las medidas cautelares se argumenta que, si bien Telefónica

<sup>9</sup> Real Decreto 1486/1994 de 1 de julio.



Móviles tiene realizada la separación y transferencia de los activos provenientes de Telefónica como único accionista, y ha asignado bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil, la realidad es que viene efectuando «publicidad conjunta de los servicios de telefonía móvil de los que es titular, beneficiándose de la imagen con la que cuenta como única empresa autorizada a prestar el servicio analógico, y sufragando los gastos publicitarios del nuevo servicio con los recursos obtenidos en su actividad monopolística».

De probarse estos hechos podemos encontrarlos con la existencia de subsidios cruzados en dos modalidades distintas. Por un lado, podría haber subsidios cruzados en sentido estricto, si la publicidad del servicio de telefonía móvil digital estuviese siendo financiada con los recursos del servicio de telefonía móvil analógica. Además, podría existir un trasvase de recursos si la remuneración que Telefónica Móviles dice pagar a Telefónica por los servicios de distribución de MoviLine y MoviStar a través de los números 004 y 022, que son los atribuidos privativamente a sus oficinas comerciales, no obedece a una asignación razonable de los costes comunes.

Por otro lado, estaríamos ante una forma de subsidios cruzados más sutil en cuanto que no implica transferencia directa de renta. Consistiría en aprovechar las ventajas de una marca como Telefónica, empresa ampliamente consolidada, y de un servicio como MoviLine, con cobertura en prácticamente todo el territorio nacional, para lanzar un nuevo producto que compite con una empresa nueva en el sector y sin el nivel de servicios, la reputación o la credibilidad de la matriz de su competidor.

Es cierto que se trata de la matriz y el producto de un mismo grupo empresarial y que, en principio, el uso de estas señas de identidad no debería ser tachado en sí mismo de anticompetitivo. Pero al tratarse de empresas que se benefician en alguna de sus actividades de un régimen de monopolio y, por tanto, ostentan posición de dominio en sus respectivos mercados<sup>10</sup>, no pueden poner en práctica, a juicio del Tribunal, conductas que pueden estar permitidas a empresas que no se encuentren en tal posición.

Esta misma doctrina es la que ha mantenido el TDC en otras resoluciones, por ejemplo, la 272/90, Repsol-Butano, de 17 de marzo de 1992.

<sup>10</sup> Para establecer si existe posición de dominio en un mercado es preciso delimitarlo previamente. En este caso, cabe la posibilidad de considerar que la telefonía móvil digital constituye un mercado propio y distinto del de la telefonía analógica, o que ambos servicios forman parte de un único mercado, el de la telefonía móvil en general. Para determinarlo sería preciso analizar el grado de sustituibilidad de ambos servicios. Pero, cualquiera que fuera el resultado, la conclusión con respecto a la posición de dominio que ostenta Telefónica Móviles sería la misma. Esto es así dado que, en una definición estrecha del mercado (sólo digital), esta empresa dispone de una cuota de mercado del 70% mientras que en una definición más amplia su cuota sería cercana al 90%.

En este caso, el abuso de posición de dominio se materializó mediante la exigencia de que el distribuidor vendiese en exclusiva, y al precio fijado por Repsol-Butano, los aparatos, equipos y/o elementos para la utilización del gas. Además se le imponía la obligación adicional de que facturase al precio fijado por Repsol-Butano cualquier otro servicio que quisiera prestar a los usuarios distinto a los específicamente detallados en el contrato.

Ante el recurso planteado por la empresa denunciada, el TDC declaró que «teniendo en cuenta el ordenamiento de la competencia, al partirse de una posición de dominio, el conjunto de actuaciones y de contratos que puede realizar una empresa con calificación de monopolio legal ha de tener una consideración distinta. No es lo mismo la actuación de la libre competencia si se tiene posición de dominio que si se carece de ella, de suerte y manera que actuaciones que serían lícitas y justificables en el caso en que una empresa u operador económico carezca de posición de dominio, pasan a ser reprochables en derecho de la competencia cuando la empresa u operador se encuentra en esta situación».

También ésta es la postura mantenida por el TDC en otra medida cautelar del año 1996, MC15/96, Tabacos Canarias, de 23 de diciembre. En ella se ordena a Tabacalera que se abstenga de ofrecer ningún obsequio o incentivo a los expendedores de tabaco en tanto mantenga la condición de distribuidor mayorista dominante. El TDC estima que «la práctica denunciada es habitual y general en todos los fabricantes y no causa perjuicio alguno al interés público sino todo lo contrario, porque incentiva a los fabricantes a ser innovadores en la búsqueda de nuevas formas de atraerse a los comerciantes minoristas». Pero añade, «lo que sería lesivo del interés público es que el mayorista [Tabacalera] que ocupa una posición de dominio en el mercado, [mediante esta práctica] pudiera de algún modo perturbar la distribución de los productos de otros fabricantes».

No es la primera vez que el TDC observa prácticas anticompetitivas por parte de Telefónica y su grupo de empresas que, en la mayor parte de los casos, han sido consideradas abuso de posición dominante.

Precisamente una práctica muy parecida a la que ahora nos ocupa ha sido denunciada recientemente por Servicom, uno de los operadores, junto a Telefónica, en el mercado de prestación de servicios de información a través de las telecomunicaciones, que funciona en régimen de competencia. Las medidas cautelares adoptadas también requieren que Telefónica cese en las actividades publicitarias conjuntas de sus servicios (MC18/96, Servicom-Telefónica, de 4 de febrero de 1997).

Pero el abuso de posición de dominio por parte de Telefónica no siempre se ha manifestado de esta manera. Precisamente en un período inmediatamente anterior a la liberalización del mercado de terminales telefónicos, Telefónica usó discrecionalmente su poder para dar salida a



sus terminales de sistema multilínea no vendidos hasta la fecha puesto que, en breve, habría de enfrentarse a nuevos oferentes en un entorno competitivo. A través de un contrato de alquiler con opción a venta, Telefónica impuso la venta forzosa y con anticipación de dicho equipo, suprimiendo así el libre ejercicio de la opción contemplada en el contrato. Según la resolución 328/93, de 1 de octubre de 1993, esta conducta de quien es titular de un monopolio frente a quien carece de posibilidad de elegir, subordinando la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto del mismo, constituye un claro abuso de posición de dominio.

En otras ocasiones el abuso ha consistido en la negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación de servicios. En su resolución 350/94, Teléfonos en aeropuertos, de 1 de febrero de 1995, el TDC condenó a Telefónica por abuso de posición dominante consistente en la demora primero, y en la posterior negativa de suministro de líneas telefónicas a una empresa pequeña, 3C, que operaba en el mercado de prestación de servicios telefónicos con pago mediante tarjetas de crédito o débito. Telefónica aprovechó el período de tiempo durante el cual limitó la expansión de 3C, para facilitar la penetración y extensión de la actividad de su empresa filial en el mismo mercado en que operaba su competidora 3C.

#### IV. CONCLUSIÓN

La medida cautelar Airtel-Telefónica tiene como referente un mercado, el de la telefonía móvil, con competencia limitada. En un contexto que ha optado políticamente por potenciar a un operador que ostenta una posición de monopolio en mercados adyacentes, las autoridades de competencia han de estar especialmente vigilantes y ser contundentes en sus actuaciones.

En esas circunstancias es relativamente fácil que el monopolista aproveche su posición de dominio para menoscabar las posibilidades de éxito de sus rivales en mercados en competencia. Una forma de lograrlo es mediante la utilización de subsidios cruzados entre actividades que puede manifestarse a través del uso de recursos comunes o de la utilización de la imagen, bien del único prestador de servicios de telefonía móvil analógica, creando confusión acerca del grado de cobertura de los dos servicios que presta —que en realidad es dispar—, o bien de la empresa matriz, Telefónica, que goza de amplia experiencia en el campo de la telefonía en general.

De ser probados los comportamientos descritos, podrían ser considerados no sólo abusivos sino desleales con trascendencia en las condiciones del mercado e incidencia sobre el interés público.





# **SOBRE LA LIBERALIZACIÓN DE LA ORDENACIÓN DE LA CALIDAD INDUSTRIAL, LA SUSTITUCIÓN DE LA HOMOLOGACIÓN Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVAS POR LA HOMOLOGACIÓN Y DISCRECIONALIDAD PRIVADAS Y EL DESCONOCIMIENTO POR EL TDC DE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Comentario de la Resolución de 17 de junio de 1996, del Pleno, expediente r 136/95, en recurso contra archivo de denuncia por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, sector manufacturas de acero.

**Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ**  
Profesor Titular Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Resolución que comentamos tiene un particular interés por varios motivos. Sin embargo, de todos ellos nosotros vamos a destacar uno, el más importante, a nuestro juicio. Nos referimos a que la Resolución nos ofrece un ejemplo excelente de cómo la liberalización mal diseñada y peor ejecutada puede conducir a un sistema tan o más ineficiente que el administrativo que se pretendía superar como consecuencia de que se ha procedido a atribuir a una entidad privada una función (la de establecer normas o especificaciones técnicas a partir de las que es posible posteriormente certificar la calidad de un bien o servicio) que puede ser materialmente instrumentalizada por los sujetos que controlan esa entidad para restringir la competencia, con el añadido de que los mecanismos de control frente a esta situación son más débiles que los que existían cuando se trataba de una actividad administrativa.

## II. LOS HECHOS O CÓMO LA NORMA TÉCNICA APROBADA POR AENOR PUEDE RESTRINGIR LA LIBRE COMPETENCIA

Los hechos son los siguientes —según resulta del relato de hechos contenido en la citada Resolución—: varias empresas que se dedican a la fabricación de malla electrosoldada para la construcción (mallazo) presentaron denuncia contra la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el establecimiento de barreras de entrada a la materia prima de importación en beneficio de determinadas empresas españolas fabricantes de acero. La restricción se realizó, según los denunciantes, mediante la modificación de los Anexos del Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación (CTC 417) de productos de acero para hormigón por la que se extendía la exigencia de certificación también al alambón utilizado para lograr la certificación del mallazo para la construcción. Este cambio del Reglamento significa que, en España, sólo podrán obtener la marca de calidad AENOR el mallazo que utilice en su fabricación alambón con marca AENOR y no, como sucedía anteriormente, cualquier otro que esté en posesión de una marca de calidad y seguridad equivalente aceptada por el Comité de Certificación. Y dado que, según se desprende del expediente, la marca AENOR sólo se concede al alambón producido en España, en lo sucesivo va a resultar prácticamente imposible la utilización de materia prima importada, tanto si se somete a un procedimiento de comprobación de sus cualidades técnicas como si viene certificada por organismos de otros países similares a AENOR. A esta acusación se añade otra que explica esta primera: los denunciantes afirman que las empresas nacionales productoras del alambón tratan de aprovechar su presencia en los comités técnicos de AENOR para añadir a su oligopolio nacional de fabricación de alambón, el privilegio de la exclusividad del suministro de dicha materia prima a toda la industria transformadora nacional.

La denuncia dio origen a la práctica de una información reservada por parte del SDC que concluyó con el archivo de la denuncia sobre la base de considerar erróneamente equiparables la homologación y la certificación. Este error fue posteriormente puesto de manifiesto por el TDC. Se confunden, por equiparación, erróneamente una y otra cuando una se refiere a la seguridad y la otra a la calidad. Esta confusión da pie a sostener que la homologación por parte del Ministerio de Industria es una alternativa a la certificación por parte de AENOR. Por lo tanto, si el producto está homologado, la certificación es irrelevante pues basta sólo aquélla. Esto significa, en consecuencia, que la modificación del Reglamento no tiene una consecuencia real sobre la libre competencia pues basta que la malla electrosoldada para la construcción (mallazo) esté homologada por el Ministerio para que pueda ser libremente comercia-



lizada, sin requerir previamente su certificación de acuerdo con las nuevas disposiciones del Reglamento. Además —añadía el Servicio— la certificación AENOR es de carácter voluntario por lo que, como ya hemos dicho, los productos no certificados pueden comercializarse libremente siempre que estén homologados.

El citado acuerdo del Servicio fue recurrido por las empresas ante el Tribunal. El Pleno del TDC, por medio de la Resolución que comentamos, resolvió estimarlo e interesar al SDC la incoación de expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados. Los fundamentos en lo que se basa esta Resolución son, fundamentalmente, dos. Por un lado, en el rechazo de la equiparación entre homologación y certificación, lo que le permitió al Servicio concluir, como ya hemos expuesto, que la homologación es una alternativa equivalente a la certificación. Por otro lado, en la refutación de la supuesta carencia de importancia «real» de la certificación por su carácter voluntario.

Respecto de la primera de las cuestiones, el Tribunal afirma que «como pone de manifiesto el Ministerio de Industria y Energía en el informe incorporado al expediente, la homologación y la certificación son elementos diferentes que atienden a finalidades distintas: la homologación hace referencia a la seguridad, mientras que la certificación se refiere a la calidad». Por lo tanto, no son intercambiables, ni alternativas. Además, «el citado Ministerio afirma que ni el alambro ni el mallazo están sujetos a homologación»

Respecto de la segunda de las cuestiones, el Tribunal afirma que «tras la modificación del Anexo del Reglamento Particular del CTC-017, ninguna empresa transformadora puede fabricar o comercializar mallas electrosoldadas con la marca “N” de AENOR si no utiliza materia prima con dicha marca, lo cual sólo se otorga en España a la materia prima producida por determinadas empresas agrupadas en UNESID o SIDERINSA». Precisamente son estas empresas las que tienen una presencia mayoritaria en el Comité técnico que aprobó la modificación del Reglamento. Sin embargo, esta modificación no tendría una incidencia real sobre la competencia si la carencia de certificación no excluyese del mercado a los productos no certificados de acuerdo con tales normas. Pero la situación es justamente la inversa. En el expediente queda acreditado que «las empresas constructoras no aceptan el suministro de dichos productos». Así lo acreditan unas cartas de dos empresas constructoras incluidas en el expediente y lo corrobora el informe del Ministerio cuando afirma que «al haber un seguimiento generalizado de las normas de certificación en el sector de la construcción, si una empresa no las sigue queda descolgada». Esto le lleva al Tribunal a concluir que «de no existir otras marcas equivalentes en España, la marca “N” de AENOR se convierte *de facto* en obligatoria».

### III. LA CUESTIÓN DE FONDO O CÓMO ES POSIBLE QUE UNA ENTIDAD PRIVADA PUEDE APROBAR NORMAS O ESPECIFICACIONES TÉCNICAS SIN CONTROL PÚBLICO QUE GARANTICE QUE SE RESPETAN LOS DERECHOS DE TODOS LOS INTERESADOS

El conflicto planteado pone de manifiesto los inconvenientes del nuevo sistema de certificación de la calidad caracterizado por la sustitución de la homologación administrativa por la regulación y certificación privada. En particular, expone los problemas que pueden surgir como consecuencia de la atribución a una entidad privada de la función de elaborar las normas o especificaciones técnicas a las que debe ajustarse el posterior proceso de certificación de la calidad sin la reserva a las Administraciones públicas de suficientes y eficientes mecanismos de control.

Esta atribución en favor de entidades privadas suscita dos opiniones encontradas. Por un lado, es una muestra del creciente protagonismo de la sociedad y sus entidades, e incluso los propios agentes del mercado, en la regulación de sus propias actividades. Por lo tanto, forma parte de la tendencia hoy generalizada de des-regulación y traslación de cometidos tradicionalmente en mano de entidades públicas a otras privadas, en definitiva, la liberalización. Pero, por otro lado, observamos una práctica viciosa que conduce a que los agentes del mercado, abandonados a su propia suerte «recrean» situaciones de monopolio u oligopolio creando barreras dirigidas a proteger a los que controlan el mecanismo de regulación y en perjuicio de los que no tienen posibilidades ni de influir en la ordenación del sector. Esto sucede cuando la liberalización se malinterpreta y se pretende llevar hasta el extremo de hacer desaparecer (más allá de las meras proclamaciones retóricas, sin contenido y sin instrumentos jurídicos adecuados que la hagan realidad, relativas a la supervisión pública) el control público de la función atribuida o reconocida a las entidades privadas.

#### A) EL SISTEMA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA CALIDAD INDUSTRIAL EN LA LEY DE INDUSTRIA Y EN EL REGLAMENTO DE LA INFRAESTRUCTURA PARA LA CALIDAD Y LA SEGURIDAD INDUSTRIAL

La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (en adelante Lind.) tiene por objeto, en lo que ahora nos interesa, contener las bases de ordenación del sector industrial a los fines de alcanzar el objetivo de la seguridad y calidad industriales (art. 1). Ahora bien, en lo que a este aspecto se refiere, en la Exposición de Motivos de la citada ley se afirma que, «en materia de seguridad y calidad industriales, se tiene particularmente en cuenta el objetivo de eliminación de barreras técnicas a través de la normalización y la armonización de las reglamentaciones e instrumentos de control, así como el nuevo enfoque comunitario basado en la *progresiva sustitución de la tradicional homologación admi-*



*nistrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos». Más adelante se añade otra razón que concurre al cambio de enfoque en la materia: la complejidad. Se afirma que: «en el campo de la seguridad industrial tienen un relieve especial las disposiciones referentes a normalización, homologación y certificación; el gran incremento y complejidad de las mismas, en todos los países industrializados, ha supuesto que estas funciones hayan pasado en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las Administraciones públicas y Laboratorios privados». En este contexto se explica, por un lado, la importancia de esta materia en la Ley («constituye el núcleo de la ley», se afirma en la Exposición de Motivos) y, por otro lado, el cambio de enfoque en la regulación de la materia. Este cambio de enfoque supone que el objetivo deseado, la calidad industrial (entendida como «conjunto de propiedades y características de un producto o servicio que le confieren su aptitud para satisfacer unas necesidades expresadas o implícitas») debe ser el resultado del concurso de la actividad tanto de unos «agentes» como de las Administraciones públicas. Aquellos agentes realizan las actividades de normalización, acreditación, certificación, auditoría e inspección, además, de las propias de los laboratorios de ensayo y de calibración industrial (art. 19 Lind.). En cambio, las Administraciones públicas promueven y potencian la calidad industrial (art. 20 Lind.), además de designar, reconocer e inscribir, así como supervisar las entidades indicadas, en los términos a los que aludiremos más adelante. Sin embargo, el problema se plantea desde el momento en que aquellos agentes son fundamentalmente privados. Y decimos que se plantea un problema porque si las actividades que realizan son expresión de potestades o poderes su posible ejercicio por los particulares hacen surgir importantes interrogantes en nuestro sistema jurídico-político. Este sistema está basado en el principio de que el poder sólo puede ser ejercido por organizaciones y sujetos dotados de un estatuto jurídico que garantice, en lo básico, su sujeción a las normas jurídicas (principio de legalidad), su control pleno por los Tribunales (control judicial), e indemnizabilidad por toda lesión que sufran los ciudadanos en cualquiera de sus bienes y derechos (artículos 9, 103 y 106 de la Constitución). Además, un estatuto que garantice, en lo que a los sujetos o personal de las organizaciones se refiere, su imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 Constitución). Pues bien, esas garantías no existen cuando ese poder queda en manos de sujetos o agentes privados. Esto da origen en nuestro sistema jurídico-político a un problema no resuelto relativo a cómo combinar ese estatuto jurídico público de los órganos y sujetos que ejercen poder público con la descentralización en favor de la sociedad y del mercado, en definitiva, cómo compatibilizar la garantía de lo público con la eficiencia de lo privado. Éste es el problema de fondo que late en la nueva ordenación de la materia de la calidad industrial y que queda ilustrado en la Resolución que comentamos. Esta nueva*

ordenación está contenida en el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre) [en adelante RICSÍ].

En la Exposición de Motivos del Reglamento se reconoce paladinamente que el objetivo de la nueva regulación es «adaptar la regulación de la actividad industrial en España [en materia de seguridad y calidad industriales] a la derivada de la nuestra pertenencia a la Unión Europea y a la constitución del Mercado interior, lo que implica, entre otras cosas, la necesidad de compatibilizar los instrumentos de política industrial con los de la libre competencia y la libre circulación de mercancías y productos, particularmente a través de la normalización, la armonización de las reglamentaciones e instrumentos de control, así como *el nuevo enfoque comunitario basado en la progresiva sustitución de la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos*».

Ahora bien, ¿esa «sustitución» ha supuesto la traslación de potestades públicas a entidades privadas? En puridad no. No porque el ámbito de la calidad industrial es voluntario (art. 2.2 RICSÍ). Por lo tanto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, las entidades privadas encargadas de la normalización, acreditación y certificación de la calidad no ejercen potestades de ningún tipo como lo demuestra que las normas o especificaciones técnicas que elaboran, la acreditación y la certificación que realizan son voluntarias para la organización, los productos o servicios y las personas. En cambio, el ámbito de la seguridad industrial es obligatorio (art. 2.1 RICSÍ). Así, las actividades industriales peligrosas están sujetas a los reglamentos de seguridad (art. 12 Lind.), autorizaciones y comprobaciones administrativas (art. 11 Lind.) y el control administrativo (art. 14 Lind.).

Sin embargo, la voluntariedad del ámbito de la calidad es una característica jurídica de este ámbito pero que no nos dice nada respecto de los efectos reales o materiales que tiene la ordenación de la calidad. Es verdad que ni las empresas ni sus productos o servicios deben someterse a certificación de su calidad, pero esto no significa que el mercado no demande la garantía de que los productos se ajustan a las normas de calidad como requisito necesario para que pueda ser objeto de transacción económica. Es evidente que en igualdad de condiciones (o incluso en condiciones menos ventajosas para el adquirente), los compradores elegirán productos certificados por una entidad acreditada y no aquellos que no lo están. Tanto es así que el cumplimiento masivo de unas normas voluntarias puede convertirlas en normas obligatorias de facto o de hecho. La pregunta que nos surge inmediatamente desde el plano jurídico es si para el Derecho lo relevante es sólo si las normas son jurídicamente vinculantes o no. No, porque para el Derecho también son trascendentes las consecuencias o los efectos que esas normas tienen sobre la realidad del mercado. En el caso que suscita la Resolución del TDC



que comentamos observamos cómo unas normas de cumplimiento voluntariamente masivo producen un efecto restrictivo de la competencia. Pues bien, si además la Administración pública promueve que las industrias ajusten sus actividades a unas normas de calidad porque es de interés público que las empresas españolas alcancen cotas elevadas de calidad porque esto significa que los productos españoles se difundirán y venderán más y mejor, con la consiguiente repercusión respecto de la prosperidad general del país, esa misma Administración no puede desentenderse no sólo de cómo se aplican esas normas sino de cómo se elaboran y aprueban. No es circunstancial, desde esta perspectiva, que los organismos de normalización cuya finalidad es la elaboración de normas (art. 8 RICSÍ) son objeto de «reconocimiento» por parte de la Administración pública competente en materia de calidad y seguridad industrial (art. 9.1 RICSÍ); figura de difícil calificación jurídica que está a caballo entre la «designación» (por ejemplo de las entidades de acreditación: art. 15 RICSÍ) y la autorización administrativa. Tanto es así que, por la redacción dada al artículo 9 RICSÍ la Administración es libre de reconocer o no dicha condición a las entidades que lo soliciten. Esto explica que en España sólo existe una única entidad de normalización y que, según parece, lo recomendable es que sólo exista tal entidad.

¿Cómo se ha efectuado la sustitución de la homologación administrativa de productos por la certificación que realizan empresas y otras entidades fundamentalmente privadas? Distinguiendo dos planos. Por un lado, el plano de la denominada «infraestructura para la calidad y la seguridad industrial» constituida por agentes fundamentalmente privados encargados de las tareas de normalización y acreditación, así como las de certificación, ensayo, auditoría e inspección, y de calibración industrial. Por otro lado, el plano de las Administraciones públicas encargadas de la regulación normativa de la infraestructura indicada, la «designación», reconocimiento e inscripción, así como la supervisión, inspección y sanción de las entidades integrantes de la indicada infraestructura.

La infraestructura para la calidad —la que ahora nos interesa— está integrada por organismos de normalización, entidades de acreditación, entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras y de inspección, así como, laboratorios de calibración industrial (arts. 3 y 4 RICSÍ). Ahora bien, mientras que los organismos de normalización y las entidades de acreditación son «reconocidas» o «designadas», además de inscritas en el Registro de Establecimientos Industriales, por la Administración pública, las otras entidades, en particular, las de certificación, son «acreditadas» por las entidades que ostenten legítimamente esta competencia como consecuencia de la «designación» por parte de la Administración (arts. 22, 28, 33 y 38 RICSÍ). Precisamente porque las *entidades de acreditación* son las piezas esenciales del sistema de garantía de la calidad de los productos y servicios deben ser objeto de «designación» por parte de la Administración (art. 15 RICSÍ). Estamos ante una especie de acto administrativo de nombramiento y no de una autorización adminis-

trativa. Con esto pretende cerrarse el paso a la posible interpretación de que la acreditación es una actividad libre sujeta a la condición de obtener la autorización de la Administración que, en todo caso, sería un acto debido y reglado. No es por tanto, una actividad libre y privada; es una actividad reglada y pública cuyo ejercicio sólo está reservado a la Administración o a aquellas personas que la Administración nombre o designe. Estamos ante un supuesto equivalente, salvando las distancias, a la de los notarios y registradores. Son sujetos privados que, como consecuencia de un nombramiento público, pasan a ejercer funciones públicas.

Las entidades de acreditación son —según el artículo 14 del RICSÍ, modificado por el Real Decreto 411/1997, de 21 de marzo— «entidades privadas sin ánimo de lucro, que se constituyen con la finalidad de acreditar o reconocer formalmente, en el ámbito estatal y a través de un sistema conforme a normas internacionales, la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad o de un laboratorio de ensayo o de un laboratorio de calibración, que operen tanto en el ámbito voluntario de la calidad como en el ámbito obligatorio de la seguridad industrial, o de una persona o entidad en el ámbito de la verificación medioambiental».

En este momento en España sólo existe una única entidad de este tipo, la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), reconocida y designada por la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (RICSÍ). Esta entidad es de naturaleza privada, independiente y sin ánimo de lucro. El citado Reglamento establece las condiciones y requisitos dirigidos a garantizar que la entidad actúa con imparcialidad, independencia e integridad y lleva a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera (art. 16 RICSÍ).

Como consecuencia del ejercicio de su labor de acreditación, la ENAC «reconoce formalmente la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o un laboratorio de ensayo o de calibración industrial» (art. 8.11 Lind.) que voluntariamente hubiesen decidido someterse a tal acreditación. Entre estas entidades se encuentran las *entidades de certificación*. Estas entidades son «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de establecer la conformidad, solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas» (art. 20 RICSÍ). Pues bien, estas normas o especificaciones son responsabilidad de otras entidades privadas, los *organismos de normalización*. El organismo de normalización reconocido en España es precisamente AENOR.

AENOR designada por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, «queda reconocida como Organismo de normalización de los establecidos en el capítulo II del Reglamento que se aprueba por este Real Decreto» por la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> del Real Decreto



2200/1995. Estos organismos son «entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifique criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividades concretos» (art. 8 RICSÍ). Estas normas son, según la definición contenida en el artículo 8 de la Ley de Industria, «la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa.» Por lo tanto, son tres las características fundamentales de estas normas o especificaciones técnicas —además de su mismo contenido—. En primer lugar, su carácter no obligatorio; en segundo lugar, su elaboración a través de un procedimiento en el que participen todos los sectores interesados y, en tercer y último lugar, su aprobación por un organismo reconocido, es decir, por un organismo de normalización. Estas características plantean, desde la perspectiva que ahora nos interesa (la sustitución de la homologación administrativa por la privada y el cómo se garantizan principios esenciales en nuestro sistema jurídico), algunos interrogantes. En primer lugar, el carácter no obligatorio de las normas es una característica jurídica que no refleja, obviamente, todos los posibles efectos que en la realidad pueden producir esas normas. Es manifiesto que en el seguimiento masivo de esas normas no obligatorias en el mercado las convierte materialmente en normas que sí lo son. Por lo tanto, desde esta perspectiva no es irrelevante ni el contenido ni los efectos de esas normas por lo que a los principios indicados se refiere, en particular, por lo que ahora nos interesa, la libre competencia. En segundo lugar, la participación en su elaboración de todos los interesados es una cuestión fundamental. Tanto es así que una de las condiciones que estos organismos deben cumplir es la de que en sus órganos de gobierno y representación participen de forma equilibrada todos los sectores e intereses de la actividad económica y social en la normalización [art. 10.c) RICSÍ] y, en particular, en los Comités Sectoriales de Normalización, en los que se deben integrar todos los agentes sociales, económicos y públicos interesados [art. 10.f) RICSÍ]. En tercer y último lugar, el organismo de normalización debe ser objeto de reconocimiento e inscripción por parte de la Administración. Ahora bien, lo que sorprende de la regulación de estos organismos es la deficiente intervención pública que se contempla.

**B) EL DEFICIENTE CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS NORMAS O ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LA CALIDAD INDUSTRIAL; LA PARADOJA DE QUE NORMAS CUYO CUMPLIMIENTO PROMUEVE LA ADMINISTRACIÓN ESCAPAN A SU CONTROL**

La Administración debe reconocer e inscribir a las entidades como organismos de normalización y, en tal trámite puede fiscalizar el carác-

ter representativo de sus órganos, e, incluso, el inicio de las actividades de los Comités Sectoriales requiere de autorización previa de la Administración que reconoció al Organismo [art. 10.f) RICSÍ], por lo que se habilita un nuevo momento procedimental para comprobar dicha representatividad. Sin embargo, el control sobre las normas que el organismo aprueba es mínimo o inexistente. Tal vez, con la excusa de su falta de carácter obligatorio, existe una completa despreocupación de sus posibles efectos reales; despreocupación tanto o más sorprendente cuanto que la razón última que explica la regulación de la calidad industrial es promover o favorecer que las empresas ajusten su actividad a las normas de calidad para que los productos españoles tengan una imagen de marca de calidad con el consiguiente mejor posicionamiento en el mercado, lo que debe favorecer su venta y, en última instancia, la prosperidad general del país. Esto supone que lo que se pretende es que las normas sean seguidas por todos, o sea, sean materialmente obligatorias. Por lo tanto, sorprende que las normas que aprueba son remitidas a la Administración sólo a los efectos de «su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*» [art. 11.f) RICSÍ]. Ciertamente, estos organismos están sujetos al control de la Administración que los reconoció. Sin embargo, se trata de un control general de la actividad, a posteriori e incluso rutinario. En efecto, el artículo 13 RICSÍ establece que «a los efectos de facilitar el control [por parte de la Administración que lo reconoció] cada Organismo de normalización remitirá anualmente a la Administración pública que lo reconoció una memoria completa de sus actividades normalizadoras, así como un informe de su actividad económica en el ámbito de la normalización, efectuado por una entidad auditora inscrita en uno de los Registros de Auditores radicados en España». Por lo tanto, se confirma que las normas no están sujetas a ningún control específico, previo y efectivo por parte de la Administración competente; son normas «privadas» de cumplimiento voluntario pero que, paradójicamente, la Administración «reconoce» a la entidad que las elabora y aprueba (organismo de normalización), participa en sus órganos de gobierno y en los Comités que las elabora, promueve su cumplimiento, y acuerda su publicación en el BOE. Los conflictos que pudieran surgir deben resolverse a través de las instituciones e instrumentos ordinarios y generales en función del interés a proteger, en particular, por lo que ahora nos interesa (la defensa de la competencia), al TDC. Sin embargo, se trata de un control, como lo prueba la Resolución que comentamos, a posteriori y lento. Basta constatar que la denuncia tiene fecha de 17 de enero de 1994 y la Resolución la de 17 de junio de 1996 y el conflicto todavía no se ha resuelto ya que esta Resolución ordena al Servicio la instrucción del expediente sancionador por lo que los denunciados deberán esperar algún tiempo extra, incluso años. Desconocemos los perjuicios que han podido sufrir las empresas denunciadas pero por los hechos acreditados pueden ser importantes pues sus principales compradores, las empresas constructoras, renunciaban a la adquisición de sus productos en tanto no contasen con la marca AENOR, lo que no podía conseguir pues utilizaban



materia prima que, a su vez, no contaban con tal marca pues era de importación.

C) SUSTITUCIÓN DE LA HOMOLOGACIÓN Y ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA POR LA HOMOLOGACIÓN Y ARBITRARIEDAD PRIVADA: ¿VENTAJAS?

Parece loable que se pretenda sustituir la homologación administrativa por la normalización y certificación privada, lo que ya no nos lo parece es que se sustituya la arbitrariedad administrativa por la arbitrariedad privada. Y no lo es porque frente a la arbitrariedad administrativa existe un entramado de instituciones y mecanismos de más de un siglo de existencia que posibilita su control pleno, en cambio, frente a la arbitrariedad privada no existe, o es muy deficiente. La privatización y la des-regulación tienen indudables ventajas pero también tienen indudables desventajas. Tal vez, deslumbrados por los primeros, no hemos sido capaces de analizar los segundos. Esta ausencia de análisis explica la ausencia de una reflexión sobre los beneficios y los costos del nuevo sistema en comparación con el que se pretende sustituir. De haberse realizado un análisis de este tipo, tal vez podríamos haber optado por otro que combinase lo mejor de uno y otro. Sin embargo, el análisis se ha hecho por bloque o conjuntos rechazando o aprobando totalmente uno u otro. El resultado es que hemos sustituido el imperfecto sistema administrativo por el imperfecto sistema privado; hemos ganado en «eficiencia» pero hemos perdido en garantías frente a la arbitrariedad.

IV. CUESTIONES FORMALES O CÓMO EL TRIBUNAL CEGADO POR LA JUSTICIA MATERIAL DESCONOCE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PRODUCIENDO LA PARADOJA DE QUE LA BATALLA SOBRE EL FONDO SE PIERDE POR LA IGNORANCIA DE LAS FORMAS JURÍDICAS

Esta Resolución plantea otro problema que en cierta medida sorprende: el conflicto entre la justicia material y la justicia formal. El Tribunal acierta en apreciar la justicia material que el asunto pone de manifiesto. Ahora bien, la justicia formal de la resolución es deficiente. En este punto, el Tribunal merece una crítica sin paliativos. Esta crítica se basa en que el Tribunal parece desconocer que la resolución que dicta lo es como consecuencia de un recurso promovido contra el sobreseimiento de un expediente sancionador, es decir, olvida que estamos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Este Derecho cuenta con una regulación general contenida en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Y uno de los principios básicos del régimen jurídico indicado es el de tipicidad. La resolución del TDC que comentamos lo desconoce.

El Tribunal ordena al Servicio de Defensa de la Competencia «la incoación del expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados en los términos indicados en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución» (punto segundo del fallo). Estos hechos son los siguientes: i) la exigencia real de la marca de calidad AENOR en el mercado de la construcción; ii) la presencia mayoritaria de las empresas competidoras en el CTC-017 y su intervención en la adopción de la modificación normativa; y iii) «la posible contradicción de la modificación del Anexo del Reglamento Particular del CTC-017 con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 1614/1985, que prohíbe que, a través de las normas y certificaciones, se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional, así como con los artículos 30, 85.1 y 86 del Tratado de la Unión Europea».

Pues bien, el contenido del fallo (los hechos que el Servicio debe investigar) causa cierta sorpresa. En primer lugar, nada se dice sobre la posible ilicitud de los hechos indicados; ilicitud tipificada como infracción administrativa por una Ley. Este silencio es sorprendente por cuanto que es esta condición de ilícitos administrativos lo que justifica la instrucción de un expediente cuya finalidad es acreditar su veracidad. En segundo lugar, se confunde, como consecuencia del anterior silencio, la posible ilicitud de los hechos con su posible carácter sancionador. En cambio, el art. 129.1 LRJPAC dispone que «*sólo* constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico *previstas como tales* infracciones por una Ley». Es decir, sólo las vulneraciones tipificadas son infracciones sancionables administrativamente. No basta que la conducta contravenga, por ejemplo, una prohibición. Es necesario que esta contravención esté previamente prevista como infracción susceptible de sanción. Esta confusión entre ilicitud e infracción explica que el TDC ordene al Servicio que investigue «*la posible contradicción* de la modificación del Anexo del Reglamento Particular del CTC-017 con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 1614/1985 [...] así como con los artículos 30, 85.1 y 86 del Tratado de la Unión Europea». Es decir, le ordena al Servicio que investigue unos hechos posiblemente contrarios a una norma, pero nada dice respecto de que tales hechos pueden ser constitutivos de una infracción tipificada. En tercer lugar, como consecuencia de las omisiones a las que nos hemos referido, se omite cualquier referencia a la tipificación por una Ley de las conductas que están prohibidas y son merecedoras de una sanción. Precisamente porque se trata de un expediente sancionador, la instrucción que el Servicio debe llevar a cabo consiste en realizar todas las actividades que sean necesarias para acreditar la realidad de unos hechos que, de ser ciertos, serían merecedores de una sanción administrativa. Es decir, el Servicio no puede investigar cualquier hecho, ni tan siquiera los



ilegales, sino sólo los ilegales merecedores de un castigo pues el mundo de lo punitivo es más reducido que el mundo de lo ilícito. En consecuencia, la instrucción es materialmente cuasi-universal (cualquier hecho contrario a las normas jurídicas identificadas en la misma Resolución) pues falta la identificación y la calificación (al menos indiciaria o preliminar) de unos hechos que de ser reales son merecedores de un castigo por estar previamente tipificados por una Ley. Por último, no puede olvidarse que como consecuencia del principio de legalidad penal, la tipificación de las conductas infractoras y de las sanciones sólo puede realizarla la Ley. Por esta razón sorprende que se ordene al Servicio que investigue «la posible contradicción de la modificación del Anexo del Reglamento Particular del CTC-017 con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 1614/1985»; sorprende por cuanto la norma citada es una norma reglamentaria, por lo tanto, una norma que no puede tipificar una conducta como sancionable (art. 129 LRJPAC). Además, el citado Real Decreto 1614/1985 fue derogado por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1995). Éste debería llevar al Tribunal a ordenar al Servicio que al llevar a cabo la instrucción tenga en cuenta la posible incidencia que sobre los hechos ha tenido la derogación de aquella norma. En resumen, la crítica que dirigimos contra el TDC podemos concretar en la siguiente frase: para que el Tribunal pueda dirigir la instrucción del Servicio debe calificar al menos indiciariamente los hechos como punibles según lo dispuesto por una ley previa, porque el Servicio sólo puede instruir sobre hechos de este tipo, no sobre cualquier hecho, incluso los contrarios a Derecho, sólo los tipificados como sancionables por una ley.

## V. CONCLUSIONES

En definitiva, la Resolución que comentamos tiene la virtud de poner de manifiesto los problemas que pueden surgir como consecuencia de la sustitución de la homologación administrativa por la privada. No es criticable en sí mismo que el tradicional sistema administrativo de homologación haya sido sustituido por otro privado de certificación. Pero lo que sí es criticable es que no se hayan tenido en cuenta que el nuevo sistema puede ser utilizado para producir resultados disfuncionales en términos de mercado y que no se hayan arbitrado mecanismos para corregirlos, tales como habilitando un control administrativo de las normas o especificaciones técnicas de calidad, para evitar el absurdo de que la Administración promueva el cumplimiento de normas que escapan a su control y que, además, pueden tener efectos perniciosos sobre la libre competencia cuando los organismos de normalización caen bajo el control de algunos agentes del mercado que pretenden servirse de sus competencias para edificar una barrera para la entrada de otros competidores.





## ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA AUDIENCIA NACIONAL EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrado de la Sección Sexta, Sala de lo  
Contencioso-Administrativo de la Audiencia  
Nacional

La jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de Derecho de la competencia durante el año 1996 se caracteriza por la terminación de un período en el que se planteaba a la jurisdicción la revisión de resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en aplicación de la antigua Ley 110/63 de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y el inicio de otro en el que se revisa la actuación del TDC en aplicación de la Ley de 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Hasta este año 1996, y como consecuencia del tiempo que el Servicio de Defensa de la Competencia empleaba en la Instrucción de los expedientes, y el propio TDC en la resolución de los mismos (uno de los motivos que justificó la indicación en la Exposición de Motivos de la Ley 16/89 de que el procedimiento aplicable acogía los principios de economía, celeridad y eficacia), sumado al requerido para la tramitación del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional, las sentencias dictadas recaían exclusivamente sobre cuestiones suscitadas al amparo de la Ley 110/1963.

Para que esta situación de normalización de la jurisprudencia tuviera lugar, además del mero transcurso del tiempo, concurrieron otros factores: el primero, que el Tribunal Supremo en años anteriores dictó resoluciones, inicialmente en forma de autos, acordando la acumulación de los recursos interpuestos contra los actos del TDC cuya competencia correspondía a la Audiencia Nacional, resolviendo proponer la imposición de una sanción al Consejo de Ministros, y de los recursos cuya competencia correspondía al Tribunal Supremo, al interponerse contra la sanción efectivamente impuesta por el Consejo de Ministros. Como consecuencia, la Audiencia remitió al Tribunal Supremo todos y cada

uno de los recursos en trámite ante la misma en los que concurrían los siguientes elementos: 1.º el TDC declara cometida una infracción en aplicación de lo dispuesto en la Ley 110/63 y acuerda proponer al Consejo de Ministros la imposición de una sanción, y el interesado interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del TDC; 2.º la parte recurrente manifiesta que se le ha impuesto la sanción propuesta por el Consejo de Ministros; 3.º la parte recurrente acredita que ha interpuesto recurso contra la sanción al igual que contra el Acuerdo del TDC.

Así, y durante 1996 por la Audiencia se remitieron al Tribunal Supremo para su acumulación a otros tramitados ante dicho Alto Tribunal, dos grupos de asuntos que por el elevado número de recurrentes y la importancia económica de las cuestiones suscitadas merecen ser mencionados aquí, máxime cuando el Tribunal Supremo ha dictado en ese mismo año varias sentencias, destacadas en el marco de la jurisprudencia en materia de Derecho de la competencia, resolviendo uno de ellos: el relativo a las sanciones impuestas a varios productores de pollos, y el relativo a las sanciones impuestas a editores de libros de texto.

El Tribunal Supremo, en cuatro sentencias dictadas en diciembre de 1996 (días 26, 30 y 31) declaró que constituían la infracción tipificada en el artículo 1, pfo. 1 de la Ley 110/63 los siguientes hechos: limitar la producción de pollos mediante el sacrificio anticipado de reproductoras, la disminución del número de pollitos aptos para el cebo, la disminución del número de huevos para incubar, y el fomento concertado de la exportación para lograr una elevación de los precios de los pollos para engorde y una estabilidad de los precios al menos durante períodos semestrales; la celebración de reuniones semestrales para intercambio de información comercial a los efectos de fijar anticipadamente los precios de los pollos vivos para carne y coordinar y difundir la actividad infractora para una mayor efectividad.

En estas sentencias, entre otros pronunciamientos de interés en la materia que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha declarado que la actividad infractora en esta materia puede ser cometida intencionadamente o por negligencia «que se da cuando el sujeto activo de la infracción actúa sin la debida precaución dentro del mercado de la actividad de que se trate, porque ello favorece la comisión de infracciones contra el Derecho de la competencia» (sentencia de 26 de diciembre de 1996).

La Audiencia Nacional, a su vez, en el período relevante, dictó cuatro sentencias relativas a recursos planteados contra Acuerdos del TDC dictados en aplicación de la Ley 10/1963, en todos los casos, declarándose la comisión de infracciones del artículo 1, pfo. 1 de dicha Ley. Las actuaciones enjuiciadas declaraban prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tenían por objeto o producían el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional.



De esas cuatro, las tres primeras sentencias abundan sobre un mismo tema, ya tratado por la Audiencia en anteriores resoluciones, confirmadas por el Tribunal Supremo, y coincidentes con otras dictadas por este Alto Tribunal, incluso en este mismo año de 1996, (la STS de 12 de junio de 1996). Es el tema de la fijación concertada de precio idéntico por ejemplar, en la sentencia de fecha 18 de octubre de 1996 el precio de los ejemplares de los periódicos con suplemento dominical editados por un cierto número de empresas, y en las de 16 de febrero de 1996 y 30 de septiembre de 1996, el precio de las llamadas revistas del corazón.

Una cuarta sentencia, la de 5 de julio de 1996, asimismo coincidente con otra del Tribunal Supremo, la dictada el 18 de noviembre de 1996, confirma una Resolución del TDC que declara acreditada la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) de la Ley 110/63, consistente en la oferta de precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para suministro de vacunas para utilización veterinaria por el Ministerio de Agricultura.

El hecho de que durante este año aún se resolvieran recursos contra Resoluciones del TDC que incluyen la propuesta de sanción al Consejo de Ministros en ambos órganos jurisdiccionales, tiene su justificación en el hecho, que se comprobó en cada recurso, de que o bien no se había impugnado ante el Tribunal Supremo la sanción impuesta por el Consejo de Ministros, o bien el recurso se había tramitado por completo ante la Sala de la Audiencia Nacional, pendiente únicamente de señalamiento para votación y fallo. En este último supuesto las partes solicitaron, y la Sala así lo acordó, que se dictara la sentencia por la Audiencia Nacional, con independencia de que se tramitase o no otro recurso contra la sanción ante el Tribunal Supremo.

Hasta entonces puede decirse que la práctica totalidad de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en materia de Derecho de la competencia, habían versado sobre acuerdos para fijación de precios, con algún pronunciamiento aislado en materia de abuso de posición dominante y acuerdos de reparto de mercado.

Debe precisarse que la actividad jurisdiccional en materia de Derecho de la competencia en el seno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es de muy pequeña entidad, en lo que a número de asuntos se refiere: de un total de 910 recursos ingresados en la Sección Sexta en 1996, Sección que en virtud de las normas de reparto de la Sala tiene atribuido el conocimiento de estos asuntos, únicamente 37 se interpusieron contra Resoluciones dictadas por el TDC. Ninguna otra Sección tiene atribuidas competencias en la materia, si bien excepcionalmente se han planteado recursos contencioso-administrativos al amparo de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, competencia de la Sección Primera de la Sala, duplicados con otros recursos, acogidos al procedimiento ordinario, seguidos ante la Sección Sexta.

En el mismo año, por esta Sección Sexta, se resolvieron 909 asuntos, de ellos 709 por sentencia, y de éstas únicamente 14 se dictaron resolviendo recursos interpuestos contra Acuerdos del TDC. La litigiosidad va aumentando año tras año, pero debe calificarse de baja en relación con la propia actividad del TDC y con el conjunto del volumen de recursos interpuestos contra Resoluciones de otros órganos administrativos.

De las catorce sentencias dictadas en la materia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, se ha hecho referencia más arriba a cuatro, relativas a conductas sancionadas por la Ley 110/63.

Una quinta, la de 16 de septiembre de 1996 examina una cuestión de derecho transitorio: se denuncia una conducta que se entiende contraria a la libre competencia, y la Dirección General de Defensa de la Competencia sobresee el expediente, Acuerdo que es confirmado por el TDC. Los hechos denunciados eran los siguientes: el 1 de julio de 1978 se celebra un contrato de compra exclusiva por el que un particular se compromete a no expender más productos petrolíferos que los que le suministre la otra parte contratante, una Compañía distribuidora de tales productos, o aquellos a los que ésta preste su aprobación, y por su parte la Compañía se compromete a suministrarle los productos en cuestión. Finalmente se establece un derecho de adquisición preferente en favor de la Compañía de los terrenos donde se halla la estación de suministro para el caso de que el particular contratante decidiese enajenarlos. El 15 de noviembre de 1984 el particular vende los terrenos, alzándose frente a tal negocio jurídico la Compañía suministradora en diversos procedimientos judiciales, en todos los cuales obtuvo sentencias favorables.

En 1993, el particular denuncia ante el Servicio a la Compañía distribuidora, decretándose el sobreseimiento del expediente por considerarse que había prescrito la infracción, lo que es confirmado por la Audiencia Nacional. El problema que se planteaba era el de qué legislación era aplicable, si la Ley 110/63 o la Ley 16/1989: tanto el TDC como la Sala concluyen que es la primera, puesto que el momento que debe tomarse como referencia del hecho denunciado es la fecha de 15 de noviembre de 1984, en que por la enajenación de los terrenos litigiosos deja de producir efectos el contrato que se suscribió el 1 de julio de 1978, y no, como sostenía la denunciante luego recurrente, el plazo de 20 años de duración del contrato. La sentencia indica que al producirse la transmisión de los terrenos opera el derecho de adquisición preferente (lo que se declaró en sentencia de la jurisdicción competente) agotándose con ello los efectos jurídicos del contrato respecto al citado derecho, cuya imposición era denunciada. En consecuencia, el contrato deja de producir efectos entre las partes a partir de la fecha de la compraventa, y puesto que la legislación aplicable es la Ley 110/63, que no recoge plazo expreso de prescripción, debe considerarse que opera el plazo de dos meses previsto en el artículo 113 del



anterior Código Penal, visto el tiempo transcurrido desde el 15 de noviembre de 1984 y el año 1993 en que se formula la denuncia.

La Audiencia dictó en 1996 tres sentencias (una de 26 de enero de 1996 y dos de 27 de marzo de 1996) resolviendo otros tantos recursos de diferentes empresas, confirmando un único Acuerdo del TDC de 8 de julio de 1992, por el que se declara la existencia de una conducta prohibida consistente en un falseamiento sensible de la libre competencia por medio de actos de competencia desleal y afectación del interés público, mediante la participación como independientes en una subasta pública de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico; se declara asimismo la existencia de acuerdos prohibidos, realizados con finalidad de impedir la libre competencia, consistentes en fijar precios y repartirse el mercado del aceite de oliva correspondiente a una subasta realizada por el SENPA. Se sancionan dos conductas: ponerse de acuerdo en los precios, prohibida en el artículo 1 letra a) de la Ley 16/89, y repartirse la fuente de aprovisionamiento del mercado, en este caso del mercado del aceite de oliva, previsto en el artículo 1 letra c) de la citada Ley. Tanto el TDC como la Audiencia ponen el acento en el hecho de que las actuaciones de las empresas expedientadas y sancionadas exceden con mucho de la simple coincidencia, ya que ofertaron precios idénticos al céntimo para una serie de lotes ofertados en la subasta mientras otras empresas ofrecían precios distintos entre sí y del ofertado por las sancionadas, con la circunstancia añadida de que las adquisiciones en estas circunstancias trajeron como consecuencia una subida apreciable del precio del aceite de oliva. Se consagra en estas sentencias la validez de la prueba de presunciones, al haberse acreditado suficientemente los hechos sobre los que las mismas se fundan y llegarse a una conclusión razonable.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 1996 confirma un Acuerdo del TDC de 6 de marzo de 1992, declarando una vez más la existencia de una práctica concertada prohibida por el artículo 1 pfo. 1 de la Ley 16/89. Tal práctica consistió en la sustitución de forma simultánea en la misma fecha de los envases de 5 kg de detergente en polvo para lavadora por otros de 4 kg de detergentes concentrados, con la indicación en el envase de ser equivalentes en capacidad de lavado. Tales envases contenían detergente concentrado sin sulfatos (a diferencia del normal que sí los contenía) y suponían el uso de tecnologías accesibles a la mayor parte de los fabricantes. Los precios de estos detergentes concentrados mostraron estabilidad, e incluso un ligero descenso con respecto al equivalente de la misma marca de 5 kg en los meses siguientes al lanzamiento. Las empresas expedientadas y sancionadas eran las mayores del sector y sumaban entre ellas dos tercios del total estimado de ventas.

Se consideró que había existido una práctica conscientemente paralela consistente en el lanzamiento simultáneo de un producto bajo una nueva presentación con el objeto de disminuir el riesgo que supondría el

lanzamiento por separado, ante un posible rechazo de los consumidores, así como el mayor coste de publicidad para informar a los consumidores de las características del nuevo producto. Se estimó que había tenido lugar una coordinación consciente y práctica entre las empresas, sin la existencia de un pacto, pero que no se produjo de forma espontánea, al haber tenido lugar reuniones del grupo de fabricantes del sector, reuniones que si bien no se consideraron relevantes para la tipificación de la conducta, revelaron, a juicio de la Sala sentenciadora, que la decisión de lanzar el envase de 4 kg en una fecha determinada fue adoptada conscientemente y conociendo que otras empresas lo harían. El efecto restrictivo de la competencia consistió por una parte en eliminar el riesgo que supone lanzar un producto de forma individualizada, y por otra, aprovechar los efectos de una publicidad coincidente en sus respectivos mensajes. La entrada masiva en el mercado de un producto nuevo, realizada por empresas líderes en el sector, se consideró que ocasiona una distorsión en el mercado de nuevos productos o tecnologías, en cuanto coloca al producto en una posición de privilegio y aceptación que no se garantiza en la introducción individualizada del mismo.

En el año 1996, objeto de este estudio, la Audiencia Nacional dictó tres sentencias confirmando Resoluciones del TDC por las que se declara no probada la existencia de una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia una vez tramitadas las correspondientes denuncias de particulares. Debe señalarse que la Sala tramita un número equivalente de recursos contra Resoluciones sancionatorias que contra Resoluciones de archivo, recursos estos últimos que corren diversa suerte, habiéndose estimado en 1996 uno de ellos, como se recogerá más adelante.

En la primera de las sentencias (de 7 de junio de 1996) la Audiencia no entró a conocer del fondo del asunto al prosperar una causa de inadmisibilidad de la demanda alegada por el Abogado del Estado, estando pendiente de resolver el recurso de casación por el Tribunal Supremo.

En la segunda (de 15 de noviembre de 1996), se denunciaba por una Empresa de Seguridad a otra líder en el sector de explosivos, a la que la primera venía prestando sus servicios desde 1985. La empresa de explosivos había decidido en 1991 encargar tales servicios a una empresa de seguridad perteneciente a su mismo grupo de empresas, denunciándose que prevaliéndose de su posición de dominio en el mercado de explosivos había atribuido la vigilancia de sus centros de distribución a empresas no homologadas para el ejercicio de la misma en detrimento de las homologadas y especializadas. El TDC resolvió que los hechos denunciados no se encontraban contemplados en los supuestos de aplicación establecidos en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/89. La Audiencia en su sentencia de 15 de noviembre de 1996 precisó que había que distinguir entre el mercado de fabricación de explosivos y el de seguridad de las instalaciones de fabricación y distribución de explosivos por otra, y entendió que del hecho de creación de filiales cuyo objeto social está



relacionado con los servicios que precisa la matriz no resulta el denunciado abuso de posición de dominio.

La sentencia de 29 de noviembre de 1996 confirma el archivo de una denuncia formulada contra una empresa de Mercado Central de Abastecimiento, por aplicación de horarios discriminatorios, al limitar las horas en que pueden celebrar ventas y expediciones determinados comerciantes mayoristas y asentadores. La empresa denunciada era de capital mayoritariamente municipal (el otro socio era una empresa nacional), sometida a la Ley de Bases de Régimen Local y diversos Reglamentos Municipales, habiendo consagrado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia el que los mercados municipales, sometidos a un régimen administrativo dominado por la idea de servicio público «con una acusada intervención municipal en orden al funcionamiento y organización de la actividad desarrollada, en la que una modificación en las condiciones preexistentes por si sola no supone un incumplimiento contractual, ni viola el ordenamiento jurídico en principio...» (STS 17 de diciembre de 1987). La Sala entendió con el TDC que los lugares donde la empresa denunciada presta sus servicios son un mercado en el sentido físico del término, en el que existen unos compradores-detallistas que pueden ver la oferta de los distintos puestos de asentadores, produciéndose así en virtud de ese contacto entre vendedores (los mayoristas) y compradores una fijación de precios de forma unificada y convergente. La concentración de operaciones en un horario tiene así plena lógica, determinándose otro horario diferente para situaciones diferentes, la de los asentadores y quienes se encuentran situados en la Zona de Actividades Complementarias.

Restan por examinar dos últimas sentencias, en las que la Audiencia revocó los Acuerdos del TDC, en un caso para declarar que no existe conducta prohibida anulando la sanción impuesta, y en el otro, declarando la existencia de una conducta prohibida y ordenando al Tribunal que imponga una sanción.

En la primera sentencia, de 3 de junio de 1996, la Sala respetando los hechos declarados probados por el TDC, relativos a la organización de viajes turísticos a la ciudad de Toledo y al acuerdo existente a tales efectos entre varias empresas, estimó que faltaba el requisito esencial de entre los establecidos por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/89, precepto por el que se sancionaba a la interesada, al no haberse acreditado que el Acuerdo enjuiciado tuviese la finalidad, produjera o pudiera producir un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia.

En la segunda sentencia, de 2 de diciembre de 1996, se resuelve sobre la denuncia de un distribuidor de productos lácteos contra una empresa dedicada a la comercialización de leche en una provincia, al estimar que, desde una posición de dominio discriminó al denunciante frente a sus competidores pagándole menos que a los demás por prestar idéntico servicio que aquellos. El TDC archivó la denuncia al considerar que la denunciada no ostentaba la posición de dominio, y la Sala llegó

a la conclusión contraria, declarando la existencia de una conducta prohibida en el artículo 1.1 d) en relación con el artículo 6.2 d) de la Ley 16/89 consistente en la discriminación por parte de una empresa que ostenta posición de dominio aplicando al denunciante condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Con esta sentencia se suscitaron dos problemas que merecen un estudio más ponderado y detallado, vedado a los límites de esta reseña: en primer lugar, la Sala consideró que dada la redacción del artículo 46 de la Ley 16/89, podía declarar la existencia de una conducta prohibida, y que los hechos denunciados eran constitutivos de una infracción, pero la orden de cesación de la práctica prohibida, la imposición de las sanciones y cualesquiera otra medida prevista por dicha Ley debían ser adoptadas por el TDC, limitándose la Audiencia a ordenarle dicte una resolución sancionadora; en segundo lugar, que como tiene previsto el artículo 13.2 de la Ley 16/89, el recurrente deberá recurrir a la jurisdicción civil para obtener un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por las conductas infractoras.

De las catorce sentencias dictadas en el año 1996 por la Sección Sexta de la Audiencia Nacional en la materia que nos ocupa, únicamente dos no son firmes por haberse interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo: una, la de 27 de marzo de 1996, relativa a la imposición de una sanción a una aceitera y otra la de 7 de junio de 1996 inadmitiendo el recurso por razones procesales.



# COMMENTAIRE DE L'ARRÊT VIHO DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Daniel M. TOMASEVIC

Avocat au barreau de Bruxelles<sup>1</sup>

## Abstract

Comentario de la sentencia *Viho* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se analiza la aplicabilidad del artículo 85.1 TCE a las relaciones entre una sociedad matriz y sus filiales. Esta sentencia confirma que la inmunidad de grupo (que implica la inaplicabilidad de este precepto) es operativa cuando las filiales no tienen autonomía y se limitan a seguir las instrucciones recibidas de su sociedad matriz, incluso cuando los acuerdos internos tienen efectos sobre terceros pudiendo afectar a su posición en el mercado. El Sr. Tomasevic sugiere si hubiera sido más conveniente plantear la cuestión prejudicial desde la óptica de la libre circulación de mercancías, salvando el hecho de que se trate de medidas adoptadas por personas jurídicas privadas.

## I. INTRODUCTION

Avec son arrêt *Viho*<sup>2</sup>, la Cour de justice des Communautés Européennes reste fidèle à la théorie de l'immunité de groupe en vertu de laquelle des relations entre une société mère et ses filiales qu'elle contrôle totalement ne sauraient être soumises à l'interdiction des ententes prévue à l'article 85 § 1er CE. En effet, de telles ententes supposent un concours de volontés entre des entreprises indépendantes susceptibles d'avoir des comportements unilatéraux sur le marché; ce qu'une filiale n'est pas.

## II. LES FAITS ET LA PROCÉDURE

### 1. LES ACTEURS

*Viho* est une entreprise néerlandaise qui importe et exporte du matériel de bureau, notamment des stylos et articles similaires. Dans le passé,

<sup>1</sup> Avocat, Loeff Claeyns Verbeke-

<sup>2</sup> CICE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457.

elle a tenté d'entrer en relation commerciale avec Parker, un groupe britannique qui compte parmi les plus importants producteurs européens de stylos, afin d'obtenir des stylos à des conditions équivalentes à celles octroyées aux filiales et distributeurs indépendants de Parker, et ce dans le but de les revendre. Il importe de noter que Parker distribue ses produits par l'intermédiaire de filiales contrôlées à 100 % ou de distributeurs indépendants. En outre, il existe entre les Etats de la Communauté des différences de prix importantes qui rendent possible un commerce parallèle.

Viho s'est notamment adressée à Herlitz, une entreprise allemande qui distribue des produits Parker en Allemagne, et à API qui distribue ces produits en Italie.

Dans les deux cas, elle s'est heurtée à des refus de vente justifiés, de manière explicite dans le cas d'Herlitz et de manière moins certaine dans le cas d'API, par une obligation, dans le chef de ces distributeurs de ne pas répondre à des demandes venant d'un autre territoire que leur territoire national<sup>3</sup>.

En outre, lorsqu'elle s'est adressée à la filiale allemande de Parker, Viho s'est heurtée à la «politique de renvoi» pratiquée par les filiales de Parker consistant à renvoyer Viho à la filiale néerlandaise du groupe chargée de desservir le marché néerlandais.

Devant ces obstacles, Viho a déposé, le 19 mai 1988, une plainte à la Commission des Communautés Européennes à l'encontre de Parker en lui reprochant, par la politique de distribution menée avec ses distributeurs, de partager le marché commun en marchés nationaux et de maintenir des prix artificiellement élevés.

Viho a déposé une deuxième plainte, le 22 mai 1991, dirigée contre la politique de renvoi de Parker et de ses filiales.

## 2. LES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

a) En ce qui concerne la distribution par l'intermédiaire de distributeurs indépendants, par une décision du 15 juillet 1992<sup>4</sup>, la Commission a condamné le système mis en place par Parker avec ses distributeurs. Elle a condamné Parker à une amende de 700.000 écus et Herlitz à une amende de 40.000 écus<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Le paragraphe 7 de l'accord passé entre Herlitz et Parker disposait ce qui suit : *"Herlitz distribuera les produits Parker exclusivement dans la république fédérale d'Allemagne. Herlitz n'est pas autorisée à vendre des produits Parker au-delà des frontières sans l'autorisation écrite de Parker."*

<sup>4</sup> Décision de la Commission du 15 juillet 1992, *Viho/Parker Pen*, JO L233/27.

<sup>5</sup> En raison de l'insuffisance des preuves apportées au sujet du comportement d'API, celle-ci n'a pas été condamnée.



La Commission a en effet estimé, en se basant sur la jurisprudence constante de la Cour de justice, que des contrats qui restreignent les exportations à l'intérieur du marché commun constituent par nature une restriction de la concurrence au regard de l'article 85 § 1er Traité de la CE (TCE)<sup>6</sup>.

En outre, la Commission a estimé que, même si l'accord entre Parker et Herlitz avait été notifié, une exemption n'aurait pas été accordée étant donné que l'interdiction d'exporter n'est pas indispensable à l'amélioration de la distribution et qu'elle nuit en outre au consommateur<sup>7</sup>.

Parker et Herlitz ont fait appel de cette décision.

b) En ce qui concerne la distribution par l'intermédiaire de filiales, la Commission, par une décision du 30 septembre 1992<sup>8</sup>, a rejeté la plainte de Viho concernant la politique de renvoi de Parker et de ses filiales.

La Commission a estimé que les filiales forment avec la société mère une unité économique dans laquelle elles ne peuvent déterminer de manière autonome leur comportement sur le marché et que l'attribution d'un territoire de vente à chacune des filiales ne va pas au-delà de ce qui est normalement considéré comme indispensable pour assurer une distribution correcte des fonctions à l'intérieur d'un groupe. Par conséquent, la Commission a décidé que l'article 85 § 1er TCE ne peut s'appliquer ici.

Viho a fait appel de cette décision.

### 3. LES ARRÊTS DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

a) En ce qui concerne la distribution par l'intermédiaire de distributeurs indépendants, le Tribunal de première instance des Communautés Européennes a rejeté presque totalement les recours en annulation introduits par Parker et Herlitz contre la décision de la Commission du 15 juillet 1992<sup>9</sup>.

En citant la Cour de justice, le Tribunal de première instance a jugé que «*par sa nature même une clause d'interdiction d'exportation constitue une restriction de la concurrence, qu'elle soit adoptée à l'initiative du fournisseur ou à celle de son client, l'objectif sur lequel les con-*

<sup>6</sup> Décision de la Commission du 15 juillet 1992, *Viho/Parker Pen*, JO L233/27, pt 16.

<sup>7</sup> Décision de la Commission du 15 juillet 1992, *Viho/Parker Pen*, JO L233/27, pt 20.

<sup>8</sup> Décision de la Commission du 30 septembre 1992, *Viho/Parker Pen II*, non publiée.

<sup>9</sup> TPI du 14 juillet 1994, aff. T-77/92, *Parker Pen*, Rec., pp. II-549; TPI du 14 juillet 1994, aff. T-66/92, *Herlitz*, Rec., pp. II-533.

*tractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché»<sup>10</sup>.*

Malgré cette confirmation de la décision de la Commission, l'amende de Parker a été réduite de 700.000 à 400.000 écus. Le Tribunal a en effet jugé que la Commission n'avait pas suffisamment pris en compte, lors du calcul de cette amende effectué par référence au chiffre d'affaires global de Parker, le fait que le chiffre d'affaires réalisé avec les produits concernés par l'infraction était relativement faible par rapport à celui résultant de l'ensemble des ventes de Parker.

b) En ce qui concerne la distribution par l'intermédiaire de filiales, dans son arrêt du 12 janvier 1995, le Tribunal a rejeté le recours introduit par Viho contre la décision de la Commission du 30 septembre 1992 rejetant la plainte concernant la politique de renvoi de Parker<sup>11</sup>.

— Inapplication de l'article 85 CE:

Dans son premier moyen articulé en deux branches fondé sur l'article 85 CE, Viho a fait valoir que la politique de renvoi imposée aux filiales, tout comme la politique d'interdiction d'exportation imposée aux distributeurs indépendants, cloisonne les marchés et restreint la concurrence en violation de l'article 85; et que la politique de Parker, consistant à refuser à Viho les prix et conditions de vente applicables à ses filiales et distributeurs, viole l'article 85 § 1er d).

Le Tribunal - se basant sur la jurisprudence pertinente de la Cour telle qu'elle résulte notamment des arrêts *ICI*<sup>12</sup>, *Ahmed Saeed*<sup>13</sup> et *Hydrotherm*<sup>14</sup> et sur sa propre jurisprudence développée dans les arrêts *SIV*<sup>15</sup> et *Shell*<sup>16</sup> - répond ainsi à Viho:

*«Il en résulte que, en l'absence de concours de volontés économiquement indépendantes, les relations au sein d'une unité économique ne peuvent être constitutives d'un accord ou d'une pratique concertée entre entreprises, restrictifs de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Lorsque, comme en l'espèce, la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties, directement ou indirectement, par la société mère qui la contrôle à 100%, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1, sont inapplicables dans les rapports entre*

<sup>10</sup> TPI du 14 juillet 1994, aff. T-77/92, *Parker Pen*, Rec., pp. II-549, pt 37.

<sup>11</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17.

<sup>12</sup> CJCE du 14 juillet 1972, aff. 48/69, *ICI*, Rec., p. 619.

<sup>13</sup> CJCE du 11 avril 1989, aff. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Rec., p. 80.

<sup>14</sup> CJCE du 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm*, Rec., p. 2999.

<sup>15</sup> TPI du 10 mars 1992, aff. jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *SIV*, Rec., pp. II-1403.

<sup>16</sup> TPI du 10 mars 1992, aff. T-11/98, *Shell*, Rec., pp. II-757.



*la filiale et la société mère avec laquelle elle forme une unité économique.*

*S'il est, certes, vrai qu'il ne saurait être exclu que la politique de distribution mise en oeuvre par Parker, qui consiste à interdire à ses filiales de livrer des produits Parker aux clients établis dans des Etats membres autres que celui de la filiale, peut contribuer à maintenir et à cloisonner les différents marchés nationaux, et, ce faisant, contrecarrer un des objectifs fondamentaux de réalisation du marché commun, il n'en reste pas moins qu'il découle de la jurisprudence citée ci-dessus qu'une telle politique, suivie par une unité économique telle que le groupe Parker, au sein de laquelle les filiales ne jouissent d'aucune autonomie pour déterminer leur comportement sur le marché, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité»<sup>17</sup>*

Le Tribunal a en outre reconnu que la pratique de Parker et son traitement au regard de l'article 85 démontreraient l'éventualité d'une lacune dans le TCE, mais qu'il ne lui appartient pas de détourner l'article 85 de sa fonction aux fins de combler une telle lacune<sup>18</sup>.

De la même manière, le Tribunal a estimé que la discrimination visée à l'article 85 § 1er d) doit être le résultat d'une entente entre entreprises<sup>19</sup>.

Or Viho n'a invoqué aucune entente entre Parker et ses distributeurs démontrant la discrimination en question<sup>20</sup>, et les relations entre Parker et ses filiales, comme déjà souligné, ne relèvent pas de l'article 85 CE<sup>21</sup>.

Par conséquent, aucune pratique discriminatoire tombant dans le champ de l'article 85 n'a été établie.

— Inapplication de l'article 86 CE:

Dans un deuxième moyen, Viho affirme que la plupart des fournisseurs importants sur le marché des articles de papeterie pratiquent des systèmes de distribution identiques à celui de Parker; ce qui conduit à un abus de position dominante collective.

Constatant que ce moyen repose sur une affirmation sans élément de nature à en démontrer la réalité, le Tribunal le rejette en soulignant que la plainte ne contient aucun élément de nature à impliquer à charge de la Commission l'obligation de mener une instruction à ce sujet<sup>22</sup>.

Par conséquent, le Tribunal rejette le recours formé par Viho.

<sup>17</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pts 51 et 52.

<sup>18</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pt 54.

<sup>19</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pt 61.

<sup>20</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pt 62.

<sup>21</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pt 63.

<sup>22</sup> TPI du 12 janvier 1995, aff. T-102/92, *Viho*, pp. II-17, pts 69 et 71.

### III. L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE

C'est donc contre ce dernier arrêt du Tribunal rejetant le recours de Viho contre la décision de la Commission du 30 septembre 1992 qu'un pourvoi a été introduit devant la Cour de justice.

#### 1. LES MOYENS INVOQUÉS PAR VIHO

a) En ce qui concerne l'article 85 TCE, dans son premier moyen présenté à la Cour, Viho reprend et amplifie l'argumentation présentée devant le Tribunal.

En particulier, Viho argue, dans la première branche de ce moyen, que le comportement de Parker entre dans le champ de l'article 85, interprété à la lumière des articles 2 et 3, sous c) et g) TCE, parce qu'il entraîne une protection territoriale qui empêche des tiers, tel Viho, de s'approvisionner auprès de la filiale qui, dans toute la Communauté, leurs ferait la meilleure offre. Le comportement produit donc des effets néfastes sur la concurrence qu'il s'inscrive dans le cadre de relations avec des distributeurs indépendants ou dans le cadre de relations intra-groupe.

Viho reprend en outre, dans la deuxième branche du moyen, ce qu'elle a déjà dit devant le Tribunal, à savoir que Parker a violé l'article 85 § 1er d).

b) En ce qui concerne l'article 86 TCE, dans son deuxième moyen, Viho reproche à la Commission, sans davantage de précisions, d'avoir violé l'article 86 TCE. Pour le reste, Viho renvoie à sa requête.

#### 2. LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL LENZ

a) En ce qui concerne l'article 85 TCE, dans ses conclusions, l'avocat général Lenz reprend et analyse dans le détail la jurisprudence relative à l'immunité de groupe.

Il souligne que, dans l'affaire *Centrafarm*<sup>23</sup>, la Commission, suivie par l'avocat général Trabucchi, avait estimé que si des accords à l'intérieur d'un groupe restreignaient la possibilité pour des entreprises tierces de pénétrer le marché, l'article 85 leur était applicable<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> CICE du 31 octobre 1994, aff. 15/74, *Centrafarm*, Rec., p. 1147.

<sup>24</sup> Concl. sous CICE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 40.



Il rappelle que, d'après la jurisprudence applicable jusqu'à l'affaire *Viho*, l'immunité de groupe implique que deux conditions soient remplies: la filiale ne jouit d'aucune autonomie dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché; et, les accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches à l'intérieur du groupe<sup>25</sup>.

Or, estime l'avocat général Lenz, la deuxième condition n'a pas été vérifiée par le Tribunal qui ne s'est fondé, pour exclure l'application de l'article 85, que sur l'absence d'autonomie des filiales au sein du groupe Parker.

Il en conclut que cet arrêt serait entaché d'une erreur de droit si cette condition devait être maintenue par la Cour<sup>26</sup>; ce que la Cour ne fera pas en finale.

Selon l'avocat général, le motif essentiel de l'inapplication de l'article 85 aux accords intra-groupe réside dans l'impossibilité de toute concurrence entre la société mère et sa filiale totalement contrôlée<sup>27</sup>.

Il remarque d'ailleurs qu'un groupe pourrait lui-même procéder à la distribution de ses produits à l'étranger au moyen d'établissements non autonomes et sans personnalité juridique<sup>28</sup>.

L'avocat général estime enfin que la thèse de *Viho* soulève plus de questions qu'elle n'en résout puisqu'elle implique que les accords intra-groupe soient analysés dans leurs effets à l'égard des tiers<sup>29</sup>.

b) En ce qui concerne l'article 86 TCE, au sujet du deuxième moyen soulevé par *Viho* relatif à l'article 86 CE, l'avocat général Lenz rappelle qu'aux termes de l'article 112 § 1er c) du règlement de procédure de la Cour, un pourvoi doit contenir les moyens et arguments de droit invoqués. Partant, il en tire la conclusion que le recours est irrecevable puisqu'il se contente d'une redite des moyens développés devant le Tribunal<sup>30</sup>.

### 3. LE CONTENU DE L'ARRÊT

a) En ce qui concerne l'article 85 TCE, pour répondre à l'argument développé dans la première branche du premier moyen, la Cour, après avoir rappelé sa jurisprudence sur l'immunité de groupe, affirme :

*«Dans ces conditions, la circonstance que la politique de renvoi mise en oeuvre par Parker et qui consiste principalement à répartir dif-*

<sup>25</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 39.

<sup>26</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 77.

<sup>27</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 67.

<sup>28</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 70.

<sup>29</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 71.

<sup>30</sup> Concl. sous CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 78.

*férents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe Parker, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait être de nature à rendre l'article 85, paragraphe 1, applicable, même lu en combinaison avec les articles 2 et 3, sous c) et g), du traité. En revanche, un tel comportement unilatéral pourrait relever de l'article 86 du traité si les conditions d'application qu'il pose étaient réunies»<sup>31</sup>.*

Au sujet de la seconde branche du premier moyen, la Cour note qu'un traitement discriminatoire résultant du groupe Parker en soi ne peut être l'objet d'une violation de l'article 85 étant donné le principe d'immunité de groupe. En ce qui concerne la discrimination alléguée par Viho, qui serait conjointement appliquée par Parker et ses distributeurs, la Cour n'examine pas l'argumentation de Viho au motif que cette argumentation ne porte que sur un des deux motifs donnés par le Tribunal, alors qu'elle aurait dû porter sur les deux.

b) Au sujet de l'article 86 CE, pour répondre au deuxième moyen tiré de la violation de l'article 86, la Cour fait siennes les conclusions de l'avocat général et juge que le pourvoi ne répond pas aux exigences de l'article 112 du règlement de procédure puisque Viho se contente de reprendre les éléments de sa requête d'origine.

#### IV. OBSERVATIONS

Dans cet arrêt, la Cour réaffirme sa jurisprudence sur l'immunité de groupe qui s'applique lorsque les filiales n'ont aucune autonomie et se contentent d'appliquer les instructions données par leur maison mère. L'autre condition d'inapplication de l'article 85 relative à la répartition des tâches au sein du groupe, posée par la jurisprudence antérieure, n'est plus reprise par la Cour, tout comme elle n'avait pas été reprise par le Tribunal.

En outre, la Cour confirme que l'immunité de groupe empêche l'application de l'article 85 même lorsque les accords intra-groupe concernés ont des effets sur les tiers et sont susceptibles d'affecter leur position concurrentielle, par exemple en empêchant leur accès au marché national protégé par une politique de renvoi.

La seule possibilité d'agir alors est d'invoquer l'article 86; ce qui implique l'existence d'une position dominante<sup>32</sup>.

La Cour reste fidèle à la logique des textes du Traité : l'article 85 implique un accord entre des entreprises, c'est-à-dire entre des entités économiques qui se comportent de manière indépendante sur le marché.

<sup>31</sup> CJCE du 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, *Viho*, Rec., p. I-5457, pt 17.

<sup>32</sup> Voy. pour un cas d'application de l'article 86 en cette matière : Commission des CE, Competition Policy Newsletter, vol. 2, numéro 3, 1996, p. 26.



Or, une filiale contrôlée par sa maison mère, dans ses relations avec cette dernière, n'est pas une entreprise au sens de l'article 85. On ne peut donc, lorsqu'on vise un accord entre la maison mère et sa filiale, parler d'accord restrictif de la concurrence.

Il reste que cette situation n'est peut-être pas définitive.

Elle paraît, en tout cas, indiquer un aveu d'impuissance face à certaines pratiques qui cloisonnent des marchés nationaux. Le Tribunal semble en dire, en des termes à peine voilés, qu'elle est le résultat d'une lacune du traité.

Cet aveu ou constat est-il fondé?

Puisque les règles de concurrence ne permettent pas d'appréhender des comportements tels que ceux de l'espèce, si ce n'est à la condition de faire la preuve difficile d'un abus de position dominante, ne serait-il pas possible de se tourner vers d'autres règles pour ce faire?

Plutôt que de poser à la Cour la question de l'application de l'article 85 TCE aux accords intra-groupe qui ont une influence sur la situation des tiers, n'aurait-il pas mieux valu lui poser, par le biais du renvoi préjudiciel, la question de l'effet direct horizontal de l'article 30 TCE?

Ne pourrait-on pas en effet, dans une situation telle que celle-ci, invoquer l'article 30 sur la libre circulation des marchandises et son effet direct sur les pratiques concernées?

Bien entendu, certains répondront immédiatement que l'article 30 concerne les mesures prises par les Etats, et plus généralement les autorités publiques, et non celles prises par des personnes de droit privé. En particulier, ils invoqueront, à l'appui de leur thèse, l'arrêt *VVR* de la Cour où celle-ci a jugé que les articles 30 et 34 TCE ne visent que les mesures publiques et non les comportements d'entreprises<sup>33, 34</sup>.

Toutefois, la jurisprudence *VVR*, pas plus qu'aucune autre jurisprudence, n'a un caractère immuable. Les affaires *Hag*<sup>35</sup> et *Keck*<sup>36</sup> ont démontré que la Cour était prête, le moment venu, à faire des revirements de jurisprudence.

En outre, d'autres arrêts de la Cour, antérieurs ou postérieurs à l'arrêt *VVR*, n'excluent pas l'effet direct horizontal de l'article 30.

Ainsi, dans son arrêt *Walrave*<sup>37</sup>, la Cour de justice a jugé que les articles 48 et 59 du TCE relatifs respectivement à la libre circulation des tra-

<sup>33</sup> CJCE du 1er octobre 1987, aff. 311/85, *VVR*, Rec., p. 3801, pt 30.

<sup>34</sup> Les remarques faites dans les présentes observations valent également pour l'article 34 CE. D'ailleurs, l'affaire *Viho* concerne une restriction à l'exportation.

<sup>35</sup> CJCE du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, *Hag*, Rec., p. I-3711.

<sup>36</sup> CJCE du 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et C-298/91, *Keck*, Rec., pp. I-6097.

<sup>37</sup> CJCE du 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Walrave*, Rec., p. 1405, pt 25.

vailleurs et à la libre prestation de services seraient applicables, non seulement aux mesures étatiques, mais aussi aux règlements provenant d'organismes totalement privés, en l'espèce une fédération cycliste.

Cette position a été confirmée dans l'arrêt *Bosman*<sup>38</sup> où, au sujet de règlements émanant de fédérations de football, la Cour a jugé que l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et organismes ne relevant pas du droit public.

Enfin, on peut aussi se référer à l'arrêt *Defrenne*<sup>39</sup> où la Cour a dû connaître d'une inégalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins dans des relations de travail individuelles. Elle y a jugé que l'article 119 CE, bien qu'il ne vise explicitement que les Etats membres, s'étend à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers.

Puisqu'un effet direct horizontal est reconnu aux articles 48, 59<sup>40</sup> et 119 CE, on pourrait raisonnablement soutenir le même point de vue à l'égard de l'article 30 CE qui participe de la même philosophie, c'est à dire celle d'un véritable marché unique où toutes les barrières injustifiées, étatiques et privées, sont supprimées<sup>41</sup>.

L'effet direct horizontal de l'article 30 pourrait donc être invoqué par certains à l'encontre de pratiques qui, sans entrer dans le champ des règles de concurrence, peuvent protéger des marchés nationaux et, par conséquent, sont susceptibles de restreindre la concurrence sur lesdits marchés.

En toute hypothèse, le problème posé dans l'affaire *Viho* et vraisemblablement posé demain dans d'autres affaires continuera de mériter un examen attentif de la Cour qui, avec le prononcé de son arrêt, n'a pas fermé la porte à d'autres solutions que celles fournies par l'article 85 CE.

<sup>38</sup> CJCE du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec., pp. I-4921, pt 83.

<sup>39</sup> CJCE du 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne*, Rec., p. 455, pt 39.

<sup>40</sup> Etant donné que la Cour reconnaît déjà un effet direct horizontal à l'article 59 du traité, il serait particulièrement intéressant de connaître sa réaction dans un contexte où l'entreprise qui mettrait en oeuvre, avec ses filiales, une politique de renvoi serait un prestataire de services et non un producteur de biens.

<sup>41</sup> Voy. aussi Oliver, *Free movement of goods*, 3ème éd, 1996, Londres, Sweet & Maxwell, pp. 57-60; Herbert, "L'utilisation protectionniste des mesures de certification" in *Le produit agro-alimentaire et son cadre juridique communautaire*, 1996, Rennes, Ordre des avocats de Rennes, pp. 90-93.



# LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y EL PRINCIPIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. JURISPRUDENCIA DEL TDC

Eduardo PARICIO RALLO

Director Técnico de la Federación de Municipios de Cataluña  
Profesor asociado de Derecho administrativo

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que el principio de defensa de la competencia se proyecta también sobre la actividad de los entes locales, aunque no sea habitual su consideración en las actuaciones ordinarias de dichas administraciones. Se trata de un principio generalmente olvidado, pero no por ello menos vinculante. Al contrario, recientemente el principio de defensa de la competencia empieza a tener una repercusión significativa y creciente en el marco de actuación municipal. Una repercusión que se está produciendo por dos vías: la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, por un lado y el impacto que el informe emitido por dicho Tribunal en 1993 ha tenido y está teniendo en la modificación de la legislación de algunas competencias municipales, por otro lado.

El artículo 1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia establece una relación de actuaciones o prácticas prohibidas que inicialmente afectan «a todos los operadores económicos en el mercado» según aclara la jurisprudencia del TDC, lo que incluye obviamente a las administraciones locales. Téngase en cuenta, además, que la defensa de la competencia es un principio comunitario perfectamente plasmado en el Tratado de la Unión Europea. Es, por tanto, un principio directamente aplicable.

Inicialmente, el principio de defensa de la competencia afecta a cualquiera de las actividades municipales sin excepción. Sea la actividad normativa, o las actividades de policía, servicio público o fomento. Ello no obstante, por su propia naturaleza y como se verá, el campo natural

de acción del principio de libre competencia es la actividad económica de los entes locales y también, aunque en menor medida, la actividad de servicio público.

## II. EL INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1993, LA LEGISLACIÓN LIBERALIZADORA Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD LOCAL

En 1993 el TDC emitió un informe con un título ciertamente curioso: *Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia de los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. En este informe se analizan algunos de los servicios públicos que, a juicio del Tribunal, generan rigideces excesivas en el libre juego del mercado. Después del análisis general de la situación y del estudio pormenorizado de los servicios o sectores afectados, se proponen medidas concretas de liberalización. El objetivo esencial del informe, que no es exhaustivo y que habrá de ser complementado con futuros informes, era la liberalización de las telecomunicaciones.

No es objeto de este comentario abordar la crítica del informe citado, aunque ciertamente dicha crítica es necesaria, tanto en términos ideológicos como en términos técnicos. Lo que importa ahora es analizar la repercusión del informe, que ha sido considerable.

En efecto, el TDC incluye el análisis de algunos servicios o competencias municipales, que califica de monopolios locales. Los temas abordados son los servicios mortuorios, el transporte público de viajeros y el mercado del suelo. Se anuncia, además, un futuro estudio sobre el resto de servicios susceptibles de ser prestados en régimen de monopolio, y particularmente el estudio de la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos.

La cuestión es que el informe del TDC ha tenido una notable trascendencia práctica, puesto que ha sido la base sobre la que se ha articulado la legislación liberalizadora que se ha emitido en 1996. En efecto, el paquete de Reales Decretos-Ley aprobado en junio de 1996 aborda la reestructuración del régimen del suelo y de los servicios funerarios, y lo hace intentando aplicar las recomendaciones hechas por el TDC. Sin embargo, la traslación de lo que se dice en el informe del TDC al Real Decreto-Ley ha sido muy poco cuidadosa, y ha ocasionado bastantes más problemas de los que ya de por sí implicaba la propuesta del Tribunal.

### 1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS

El TDC entiende que este servicio es claramente liberalizable. La razón estriba en el hecho de que «donde las funerarias actúan en régi-



*men de competencia, ofrecen un mayor abanico de servicios integrales o completos». No obsta a ello el hecho de que en este servicio sea necesario articular subvenciones cruzadas, a los efectos de financiar los servicios funerarios que deben prestarse a indigentes o personas con ingresos escasos. Tampoco se atiende a razones derivadas de la necesidad de proteger a los deudos que deben contratar el servicio en un momento sumamente vulnerable, sobre todo teniendo en cuenta la agresividad con la que las empresas privadas se presentan para captar el encargo.*

Como consecuencia, el Tribunal propone que este sector sea abierto a la libre competencia, sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda concurrir con la iniciativa privada en la prestación del mismo, aunque esta intervención debería tener carácter subsidiario de dicha iniciativa privada. También se deja a salvo la posibilidad de que la prestación del servicio sea sometida a una regulación tan intensa como sea necesario. En este sentido, la primera recomendación es la de excluir este sector de la lista de servicios reservados que se contiene en el artículo 86 de la LRRL.

Por otro lado, se prevé que el ejercicio privado de esta actividad esté sometido a licencia, aunque no deberá haber restricción en el número de las mismas y su concesión deberá estar absolutamente reglada, sin margen alguno de discrecionalidad. Se prevé asimismo la posibilidad de licencias válidas para todo el ámbito nacional.

Finalmente, el TDC propone que el régimen de precios sea libre, y también que se articule un régimen transitorio que resuelva suavemente la transformación de las actuales situaciones monopolísticas.

La propuesta del TDC suscita serios problemas de fondo. En primer lugar, se plantea el alcance exacto de la liberalización; es decir, que debe entenderse exactamente como servicios funerarios, y aquí parece que el Tribunal incluye sin más a los cementerios dentro del paquete. Sin embargo, parece obvio que los cementerios deben recibir una consideración aparte. El sistema debe garantizar el mantenimiento y la custodia perpetua de los restos mortales, y ello no es posible cuando el responsable es una empresa privada, cuyo negocio suele perder interés después de la venta de la propiedad funeraria.

En segundo lugar, el planteamiento del TDC adolece de una cierta confusión sobre la articulación jurídica de la liberalización. Toda la operación pivota sobre la supresión de los servicios funerarios de la lista de servicios reservados, como si el monopolio fuera una consecuencia obligada de la reserva. Ahora bien, eliminada la reserva no se aclara si la actuación municipal —que se concibe con carácter subsidiario de la iniciativa privada al modo de la actividad económica de las administraciones públicas antes de la Constitución— lo es en términos de servicio público, o debe conceptuarse estrictamente como actividad económica. La diferencia es relevante puesto que, si el Ayuntamiento decide actuar

como prestador del servicio y si este sector reviste carácter de servicio público, dicha actuación podrá verse revestida de las potestades y privilegios propios de las administraciones públicas. Por el contrario, si estamos ante una mera actividad económica, la actividad municipal deberá equipararse en todo a la iniciativa privada, prescindiendo de posibilidades como la de recibir financiación o prestaciones de cualquier tipo desde el Ayuntamiento, puesto que ello iría en perjuicio de los competidores privados.

La reserva debe ser entendida como la responsabilización de una administración pública con respecto a un bien o servicio al que se considera esencial. Desde esta perspectiva, el núcleo conceptual o la finalidad de esta técnica sería la de garantizar el acceso de los ciudadanos al bien o servicio en cuestión en condiciones aceptables. Este objetivo puede ser garantizado por la administración responsable a partir de técnicas muy diversas: desde la normativización intensa de la oferta privada (servicio público virtual), sin necesidad de intervención de la administración como prestador directo o indirecto del servicio, hasta el monopolio. Cabe, por tanto, una amplia gama de posibilidades, de las cuales sólo una implica monopolio y exclusión absoluta de la libre competencia.

En esta línea, identificar monopolio y reserva es un error. No cabe duda que los servicios funerarios son esenciales, y siendo así, es perfectamente razonable la reserva al objeto de que una administración vele por los intereses de los ciudadanos en esta materia. La cuestión podía haberse resuelto manteniendo la reserva aunque impidiendo algunas de las técnicas de intervención más duras desde la perspectiva de la libre competencia, particularmente el monopolio.

Otra cuestión que suscita problemas es la situación de los pequeños municipios. Cuando se propone la liberalización, se da por supuesto que existe un mercado suficientemente atractivo para los operadores privados, y ello es cierto en las zonas de alta densidad de población. No ocurre lo mismo en las zonas rurales, en las que las expectativas de volumen de negocio no despertarán mucho interés entre los beneficiarios de la liberalización, máxime si desde el Ayuntamiento se es exigente en la calidad de los servicios a prestar.

No cabe duda que las anteriores objeciones aconsejaban un amplio debate sobre la oportunidad y el alcance de la liberalización de los servicios funerarios, pero no fue así. El Real Decreto-Ley 7/96 liberalizó sin más los servicios funerarios. A partir de aquí se ha producido una situación caótica de la que a estas alturas no se ha salido.

La cuestión es que el Gobierno no sólo no corrigió los problemas que se suscitaban con respecto a la recomendación del Tribunal de Defensa de la Competencia, sino que, además, los agravó notablemente.



En primer lugar, el Real Decreto-Ley utiliza textualmente el término liberalización, que es un concepto sin contenido jurídico preciso. Dicha liberalización —cuyo alcance material se desconoce— viene acompañada por la supresión de los servicios funerarios como competencia reservada (art. 86 LRBRL) y como servicio mínimo (art. 26 LRBRL). Por consiguiente, a los Ayuntamientos tan sólo les queda una inconcreta competencia de carácter genérico, que una ley sectorial debería precisar (art. 25 LRBRL). La única seguridad que queda es la obligación de mantener el servicio de cementerio, y la competencia para emitir una ordenanza reguladora de los servicios municipales en la que eventualmente pueda preverse el sometimiento de la actividad privada a licencia. Nada se dice sobre la posición municipal como eventual prestador del servicio, sus responsabilidades o el régimen transitorio que deba aplicarse.

La situación de incertidumbre ha sido total, especialmente si se tiene en cuenta que la liberalización comportaba la necesidad de regular la actuación de las entidades privadas en aspectos muy variados, particularmente desde la perspectiva de la defensa de usuarios y consumidores. En este contexto, es claro que una ordenanza municipal no tiene rango suficiente como para regular materias como el régimen sancionador, o la imposición de prestaciones de carácter obligatorio (prestación de servicios a indigentes o personas de escasos recursos o no identificadas, servicios prestados por orden judicial, etc.), al menos en la interpretación tan radical que se ha hecho del principio de reserva de Ley. No existen tampoco garantías sobre la eventual instalación de cementerios privados.

A la vista de esta situación, los municipios han habido de actuar de forma casi desesperada: estableciendo moratorias en la tramitación de licencias, aprobando ordenanzas con muy escasa cobertura legal, e incluso con algún intento de mantener la situación anterior a partir del establecimiento de «condiciones-barrera» en las ordenanzas municipales para restringir la instalación de empresas privadas.

En este tenebroso túnel la primera luz sólo ha empezado a verse a partir de la ley catalana de servicios funerarios (Ley 2/97), que ha recompuesto la situación definiendo el servicio como «un servicio esencial de interés general», y atribuyendo a los municipios la plena competencia ejecutiva en la materia, no sólo en lo que se refiere a la función de policía sino también en lo referente a su posible intervención como prestador directo o indirecto de un auténtico servicio público.

## 2. LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DEL SUELO

El otro sector afectado por la reciente ola liberalizadora es el del urbanismo. En esta materia el Tribunal de Defensa de la Competencia llega a la conclusión de que no existe mercado del suelo en España

debido al excesivo encasillamiento de los usos definidos en el planeamiento urbanístico. La imposibilidad de que los usos puedan competir entre sí provoca la fragmentación del mercado en numerosos submercados. En esta línea se constata que el uso del suelo no puede ser fijado *«por el juego de los que demandan y los que ofrecen, sino que se deja la decisión a la autoridad porque representa los intereses generales»*. Una segunda crítica se refiere a la excesiva discrecionalidad con que las administraciones gestionan el suelo, entendiéndose que *«la autoridad no puede llegar al extremo de decidir qué hay que hacer en cada espacio»*.

El Tribunal acaba su análisis con un juicio de valor realmente negativo con respecto a la actuación de las administraciones locales. Se entiende, en este sentido, que el sistema de gestión del suelo es la causa de que probablemente España sea *«uno de los mayores desastres urbanísticos de la OCDE»*. Seguidamente se acusa a muchos municipios de actuar como auténticos especuladores al hacer subir artificialmente el precio del suelo, aunque dicha conducta sea justificable dados los problemas de la Hacienda Local en España.

Las recomendaciones que formula el TDC apuntan en la línea de acentuar el carácter reglado de la determinación del suelo urbano. También se plantea la necesidad de mayor flexibilidad para el suelo urbanizable, una definición negativa del suelo no urbanizable, de forma que éste sea la excepción, y finalmente se aconseja el estudio de nuevas fórmulas de financiación de las administraciones locales.

El Gobierno acogió inmediatamente las anteriores recomendaciones, incorporándolas al Real Decreto-Ley 5/96. Las medidas introducidas en dicha norma fueron sustancialmente la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado, el aumento del aprovechamiento urbanístico al 90 por ciento del aprovechamiento tipo del área de reparto y algunas medidas de agilización procedimental.

Estas medidas se complementan con otras previstas en el anteproyecto de la nueva Ley del Suelo, que pone el énfasis en la reducción del suelo no urbanizable a los supuestos excepcionales propuestos por el Tribunal de la Competencia.

Sin duda, el sistema urbanístico español debe mejorarse y, sobre todo, debe ganar flexibilidad, pero pretender que el suelo se convierta en un mercado sustancialmente parecido al resto de los mercados económicos es un objetivo sumamente peligroso y, desde luego, una decisión con una alta carga de contenido político.

Algunas razones de fondo cuestionan el análisis del Tribunal. En primer lugar, el suelo es un bien limitado, y no se le pueden aplicar las reglas de los mercados que operan con bienes virtualmente ilimitados.

En segundo lugar, el Tribunal parte de la idea de que el destino natural del territorio es el de convertirse en solar, de ahí la regla general de



la urbanizabilidad del suelo. A dicha regla sólo pueden oponerse excepciones derivadas del valor medioambiental, paisajístico o ecológico de determinadas zonas. Estamos ante una visión esencialmente urbana del territorio, que concibe el campo libre como un mero paisaje. Sin embargo, sobre el territorio no urbanizable se llevan a cabo muchas actividades que merecen la preservación, y que no pueden calificarse sólo como ecológicas o paisajísticas. Éste es el caso de los usos agropecuarios o forestales.

En tercer lugar, no es cierto que estemos en una situación de restricción artificial de la oferta de suelo. Según el documento aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de enero de 1995, el suelo calificado como urbanizable en el planeamiento y disponible en las ciudades de más de 20.000 habitantes permitía en ese momento construir más de ocho millones de viviendas; es decir, siete veces más que la demanda previsible para necesidades de vivienda en los próximos quince años. Téngase en cuenta, además, que en el período 1992-95 se ha llevado a cabo un ambicioso plan de vivienda en todo el Estado, sin que se hayan producido problemas en lo que se refiere a la obtención del suelo que era necesario. Por tanto, el problema no está en la escasez de suelo urbanizable sino, en todo caso, en la insuficiente disponibilidad de suelo urbanizado. Y ahí viene la cuestión: el proceso urbanizador depende no sólo de los poderes públicos, sino también de la voluntad de los propietarios y de la iniciativa privada. Es decir, hasta ahora la iniciativa privada ha sido incapaz de resolver el problema de oferta de suficiente suelo urbanizado.

En 1957, poco después de aprobarse la primera Ley del Suelo, don Manuel Ballbé decía que el valor del suelo no puede ser el resultado *«del libre juego de la oferta y de la demanda. El precio del mercado puede ser admitido como precio justo cuando existe de modo efectivo un régimen de mercado, un régimen de competencia perfecta .... y, desde luego que en materia de terreno no tan sólo no existe una competencia perfecta sino que lo que realmente existe es un monopolio en unos casos y un régimen de competencia imperfecta en otros casos»*.

Además, la efectiva existencia de un mercado del suelo dependería, tanto o más, de otros factores, como es el caso del crédito o la fiscalidad. Por otro lado, difícilmente se puede ir a un mercado único del suelo, cuando ese mercado se atomiza de forma natural ya que la localización es un elemento esencial en la demanda de suelo.

Nótese, finalmente, que uno de los motivos esenciales de rigidez que fue señalado por el Tribunal de la Defensa de la Competencia, el excesivo encasillamiento de los usos en el planeamiento urbanístico, no ha sido objeto de consideración.

Parece que al final la liberalización se quedará esencialmente en el asalto al suelo no urbanizable.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE INTERÉS LOCAL EN 1996

El TDC ha tenido ocasión de analizar algunos casos que afectan a determinados servicios municipales. La jurisprudencia emitida en tales ocasiones puede agruparse en dos bloques: los casos referidos a la actuación de los municipios como reguladores que condicionan el mercado económico, y los casos en que los Ayuntamientos operan como agentes en ese mismo mercado.

Pues bien, a pesar de que, como se ha adelantado, la legislación sobre defensa de la competencia no se limita a unas funciones administrativas o a unos modos de gestión determinados, el TDC sí hace en este punto una distinción radical, de forma que sólo acepta entrar a analizar el caso cuando el Ayuntamiento ha actuado como operador económico, y no cuando actúa regulando el mercado.

Así, en la resolución de 17 de julio de 1996 se aborda la denuncia planteada por una discoteca, que reclama contra el trato permisivo que el Ayuntamiento da a un «chiringuito» situado en las inmediaciones en lo referente al nivel de ruido permitido y horarios de cierre entre otras condiciones de ejercicio de la actividad. En tal caso, aún a pesar de reconocer que *«los Ayuntamientos, al igual que el resto de las Administraciones públicas, están sometidos a las normas de defensa de la competencia»*, se resuelve que *«al no actuar como operador económico, no puede incurrir ni en abuso de posición de dominio, ni en actos desleales restrictivos de la competencia»*.

En el caso resuelto por Resolución de 19 de abril de 1996 se analiza la negativa del Ayuntamiento de Madrid a conceder a la denunciante una licencia para la instalación de una gasolinera por impedirlo un Plan Especial que afecta a las instalaciones de suministro de combustibles. En este caso se repite el planteamiento anterior, considerándose que el Ayuntamiento *«no actúa como operador, ni directa ni indirectamente, en el mercado de venta de carburantes, y por lo tanto, sus actuaciones se mueven en un campo diferente al del derecho de la competencia»*. Más adelante, el Tribunal se reconoce incompetente para revisar actuaciones del Ayuntamiento en materia de ordenación del territorio en la medida que se trata del ejercicio de una competencia municipal.

En esta misma línea se muestra la resolución de 1 de abril de 1996, al analizar una denuncia sobre irregularidades en la adjudicación de licencias para la venta ambulante de productos alimenticios en el municipio. En esta resolución vuelve a establecerse que la protección de la libertad de empresa *«y su corolario de libertad de competencia es tarea que compete, como ha establecido la STC de 1 de julio de 1986, a todas las administraciones públicas»*. Ello no obstante, el Tribunal vuelve a reconocerse incompetente ya que *«las decisiones o acuerdos de las Corporaciones Locales sobre concesión o denegación de tales licencias*



*constituyen actos administrativos sujetos a normas de derecho público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asumen un papel de operador económico».*

En los tres casos mencionados la razón que aporta el Tribunal para no entrar en el análisis de la cuestión consiste en que el Ayuntamiento no actuaba como operador económico. No obstante, parece que la razón más adecuada sería el hecho de que la actuación municipal esté eventualmente amparada por una norma con rango legal o reglamentario, puesto que la LDC admite que por ley o reglamento pueda excepcionarse ese principio. Ciertamente en los tres casos citados había una ley o un reglamento que amparaba la actuación municipal, aunque la norma de amparo fuera un plan urbanístico elaborado por el propio municipio. Ahora bien, puede haber casos que el Ayuntamiento opere como regulador del mercado, no como agente del mismo, y la actuación no resulte cubierta por una norma. En tales casos se producirá una vulneración ilegítima del principio de libre competencia susceptible de ser fiscalizada por el Tribunal.

Pero durante 1996 también se han producido resoluciones en las que el Ayuntamiento operaba como agente directo en el mercado. Se trata de dos resoluciones referidas a la actuación de servicios funerarios en régimen de monopolio. En ambos casos el Tribunal se muestra muy respetuoso con las potestades municipales.

En la resolución de 27 de diciembre, el Tribunal analiza la situación de eventual competencia desleal que se produce al no existir en un centro hospitalario tanatorios de uso general por parte de las empresas funerarias de fuera de la población, mientras que la empresa monopolística sí dispone de dicho tanatorio. En este caso, se resuelve que estamos ante una infracción administrativa puesto que no se cumple la obligación que, en este sentido, establece la regulación de centros, servicios y establecimientos sanitarios, pero no se produce ninguna conducta restrictiva de la competencia. Ahora bien, el Tribunal aprovecha la ocasión para dejar claro que en el nuevo marco legal derivado del Real Decreto-Ley 7/97 «si este tipo de práctica, de privilegiar a unas empresas funerarias respecto a otras, se ha producido, debe cesar de inmediato», puesto que estaríamos ante la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para servicios equivalentes.

La resolución de 6 de septiembre analiza la aplicación de tarifas excesivas por parte de la empresa monopolística de servicios funerarios, lo que podría suponer un abuso de la posición dominante del mercado. En este caso, el Tribunal obliga al SDC a reabrir el caso que previamente había archivado. La razón que se aporta es que procedería el archivo de la denuncia si estuviéramos ante una tasa o precio público fijado directamente por el Ayuntamiento, pero no ocurre tal en la medida en que los precios en cuestión fueron fijados por la empresa concesionaria, sin participación municipal. Es decir, el Tribunal se hubiera abstenido de

entrar en la cuestión si estuviéramos ante el ejercicio de una potestad municipal.

Finalmente, cabe destacar un aspecto de la jurisprudencia emitida este año que puede ser relevante en el futuro. En la resolución de 1 de abril antes citada, al analizar en qué medida la restricción de licencias de venta ambulante es o no legítima, el Tribunal utiliza un concepto interesante para calificar la inicial adecuación de las restricciones que el municipio pueda introducir en esta materia. En este sentido, se entiende que «*si el sistema de venta que pretende desarrollar el recurrente es eficiente y adecuado a la época*», no merece ser discriminado en beneficio de los vendedores del municipio. Nótese que aquí se ofrece un criterio de limitación del principio de libre competencia que no es un criterio de carácter formal (limitación establecida por ley o reglamento), sino un criterio sustantivo. Sin duda es un criterio que debería informar las futuras regulaciones municipales que tengan un efecto restrictivo sobre la competencia, aunque las eventuales limitaciones del mercado basadas en dicho criterio requieran, en una interpretación estricta de la LDC, la autorización singular del Tribunal.



## SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### 1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

#### 1.1. Mercados relevantes

### TERCERA PARTE

#### 1.2. Prácticas de explotación

## RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

de 1994 lo redunda al incremento sustancial desde el año 1991. El volumen de asuntos que se resuelve simultáneamente en una oficina. Por ejemplo, respecto al ejercicio de 1993, el número de asuntos nuevos ha aumentado un 13,9%. Asimismo, respecto al año 1991, el número prácticamente se ha duplicado.

La principal causa de este aumento visible es la práctica de denuncia y el mayor número de las peticiones de autorización.

A continuación, se muestra la evolución de la carga de expedientes en el año con indicación del año; del valor inicial del origen del nuevo expediente (denuncia, de oficio o autorrequisición); y el tipo.

Año	Denuncia	De oficio	De autorrequisición	Total
1991	54	14	2	70
1992	56	13	4	73
1993	74	14	11	99
1994	204	35	13	252
1995	112	39	3	154
1996	101	34	3	138
1997	111	36	11	158
1998	130	120	13	263





## SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

#### 1. MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES<sup>1</sup>

##### A. *Entrada de expedientes*

La entrada de nuevos asuntos en el SDC continúa en el ejercicio de 1996 la tendencia al incremento incesante desde el año 1991. El volumen de asuntos que debe examinar el SDC aumenta notablemente en cada ejercicio. Por ejemplo, respecto al ejercicio de 1995, el número de nuevos asuntos ha aumentado un 13,9%. Asimismo, respecto al año 1991, el número prácticamente se ha duplicado.

La principal causa de este aumento notable es la práctica de denuncias y en menor medida de las peticiones de autorización.

A continuación, se muestra la evolución de la entrada de expedientes en el SDC con indicación del año; del saldo inicial; del origen del nuevo expediente (denuncia, de oficio o autorizaciones); y el total.

Año	Saldo inicial	Denuncia	De oficio	Autorizaciones	Total
1989	54	44	5	4	53
1990	59	80	4	20	104
1991	74	74	11	9	94
1992	104	95	11	13	119
1993	112	99	9	33	141
1994	111	94	5	49	148
1995	111	86	13	59	158
1996	130	120	15	46	181

<sup>1</sup> Datos extraídos de *Informe anual de gestión del Servicio de Defensa de la Competencia*, año 1996, Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, Secretaría de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda.

### B. Salida de expedientes

El número de expedientes concluidos en el SDC en el ejercicio de 1996 aumenta también notablemente respecto a ejercicios anteriores. Por ejemplo, respecto al ejercicio anterior ha aumentado un 30,9%. Y respecto al año 1991, que nos servía antes de comparación, el número prácticamente se ha triplicado.

A continuación se muestra la evolución de la salida de expedientes con indicación del año; el contenido de la resolución del SDC en función de si es de archivo (AR), acumulación (AC), sobreseimiento (SOB) o enviados al TDC (TDC); y el total.

Año	AR.	AC.	SOB.	TDC	Total
1989	6	6	17	19	48
1990	26	6	5	52	89
1991	17	12	8	27	64
1992	39	20	21	31	111
1993	58	15	30	39	142
1994	59	2	19	68	148
1995	55	5	16	63	139
1996	79	13	24	66	182

## 2. CONDUCTAS PROHIBIDAS

En el ejercicio de 1996 el SDC ha iniciado 135 expedientes relativos a conductas prohibidas, 120 por denuncia y 15 de oficio. Por sectores, destaca especialmente el elevado número referido al sector servicios, 119, en comparación con el sector industrial, 13, y el sector primario, 3.

A continuación indicamos el precepto de la LDC a la que se refieren los expedientes, la conducta analizada y su número:

Art. LDC	Conducta analizada	Núm.
1.a	Fijación de precios	14
1.b	Limitación o control	25
1.c	Reparto de mercado	4
1.d	Condiciones desiguales	8
6.a	Imposición de precios o condiciones	5
6.b	Limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico	13
6.c	Negativa de venta	13
6.d	Imposición de condiciones discriminatorias	24
6.e	Prestaciones suplementarias innecesarias	2
7	Competencia desleal	27



### 3. AUTORIZACIONES SINGULARES

Durante el año 1996, el SDC ha tramitado 46 expedientes relativos a autorizaciones singulares y ha remitido 41 al TDC con el correspondiente informe.

Dos de estos expedientes se acumularon a expedientes sancionadores en curso (Desmotadoras de algodón y Cajas rurales). Y uno de ellos se tramitó a instancia del TDC para determinar la revocación de la autorización concedida (SMH para la distribución de relojes Omega), que finalmente por Resolución de 11 de diciembre de 1996 no ha sido revocada.

A continuación, de los 43 restantes indicamos la materia a la que se refieren:

<i>Materia</i>	<i>Núm.</i>
Registro de morosos	30
Restricciones verticales (contratos de franquicias distribución exclusiva y selectiva)	6
Acuerdos de producción	1
Fijación de precios o condiciones comerciales	4
Reparto de mercados	2

## II. CONCENTRACIONES

En el año 1996, se consolidó la aplicación de la LDC en materia de concentraciones, aumentando en un 15% las notificaciones voluntarias practicadas.

De la evolución en la tramitación de los expedientes de concentración, que se muestra a continuación, destacan dos aspectos. Por un lado, la casi inexistencia de expedientes iniciados de oficio (aunque se haya incrementado mucho el número de los expedientes previos a la iniciación de oficio), y por otro, que el TDC informa una muy reducida parte de los expedientes que se tramitan.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990 a 1996, con indicación del número de expedientes notificados voluntariamente (E. NOT.); los iniciados de oficio (E.I.OFI.); los remitidos al TDC (E.TDC); y los previos a la iniciación de oficio (E.P.I.OFI.):

<i>Año</i>	<i>E.NOT</i>	<i>E.I.OFI</i>	<i>E.TDC</i>	<i>E.P.I.OFI</i>
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0
1992	19	0	7	0
1993	15	1	4	1
1994	13	0	1	16
1995	20	0	5	8
1996	23	0	2	27





## TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### I. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 1996, el TDC ha adoptado 107 resoluciones y ha emitido un informe en materia de control de concentraciones. En términos generales esta cifra supone un ligero incremento respecto al ejercicio anterior, en el que se concluyeron 101 expedientes.

A continuación, puede observarse la distribución de estas resoluciones en las distintas potestades que ejerce el TDC. Para ello indicamos el tipo de expediente en cuestión (E.S. expediente sancionador; M.C., medidas cautelares; A.S., autorización singular; R.A.A., recurso contra el archivo de actuaciones y diversos; R.S.E., recurso contra el sobreseimiento de expedientes, CONCEN, informe en materia de concentraciones); el número de expedientes; y el tanto por ciento que representan. Más adelante, se examinará cada uno de estos bloques de resoluciones.

	<i>E.S.</i>	<i>M.C.</i>	<i>A.S.</i>	<i>R.A.A.</i>	<i>R.S.E.</i>	<i>Concen.</i>
Núm	16	5	41	32	13	1
%	14,81	4,62	37,96	29,62	12,03	0,92

Distintas consideraciones pueden hacerse a partir de estas cifras, en comparación con el ejercicio anterior<sup>1</sup>.

Se mantiene en cifras reducidas el número de resoluciones correspondientes a expedientes sancionadores (2 de las 16 resoluciones corresponden a incidentes y no a conclusión del expediente).

Sin embargo, resulta importante advertir el incremento de las resoluciones referidas a medidas cautelares. Se ha pasado de 1 en el ejercicio de 1995 a 5 en este ejercicio.

El número de expedientes de autorizaciones singulares se ha reducido respecto al ejercicio anterior. Como ya aconteció en el ejercicio de 1995 (46 resoluciones) respecto al de 1994 (56 resoluciones).

<sup>1</sup> A partir de la información contenida en la Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Gráfico 8.

Continúa el constante aumento de las resoluciones referidas a recursos interpuestos contra acuerdos del SDC. En el ejercicio de 1995 se formularon 37 (el 36,63 por ciento) y en el de 1994, 30 (el 28,57). En 1996, el incremento es muy notable. Sumando las resoluciones relativas a recursos contra el archivo de actuaciones y diversos y a recursos contra el sobreseimiento de expedientes, se alcanza la cifra de 45, que representa el 41,65 por ciento de las dictadas.

Finalmente, los informes en materia de concentraciones se han reducido notablemente. De 5 en el ejercicio anterior, que representan el 4,95 por ciento de las resoluciones dictadas, se ha pasado a 1 informe, que representa el 0,92 por ciento.

A continuación se presentan todas las resoluciones del TDC ordenadas por orden cronológico. Se hace expresa indicación de su fecha; del expediente; de la referencia nominal; de la fecha de publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda (BOMEH)*; y de la materia sobre la que versa. Respecta a esta última distinguimos entre expediente sancionador (E.S.), expediente de medidas cautelares (M.C.), expediente de autorización singular (A.S.), recurso contra el archivo de actuaciones y diversos (R.A.A.) y recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.).

Fecha	Exped.	Referencia	BOMEH	Materia
08.01.96	337/93	Zontur	IV-96	E.S.
08.01.96	359/95	Lencería Gijón	IV-91	E.S.
16.01.96	r132/95	Ford España	IV-102	R.A.A.
22.01.96	A161/96	Cerveros de España	IV-106	A.S.
30.01.96	A159/95	Morosos Revistas Información	IV-113	A.S.
01.02.96	A156/95	Morosos Dulce	IV-115	A.S.
01.02.96	A160/95	Morosos Agencias Publicidad	IV-117	A.S.
06.02.96	R112/95	Servicios funerarios	IV-120	R.S.E.
07.02.96	A132/96	Franquicia Vaillant	IV-118	A.S.
07.02.96	P018/90	Wilkhahn	IV-119	A.S.
09.02.96	r138/95	ISFAS	IV-122	R.A.A.
27.02.96	A165/9	Morosos Automoción Guipúzcoa	IV-155	A.S.
28.02.96	A166/96	Morosos Editores Diarios	IV-157	A.S.
01.03.96	A163/96	Morosos Óptica	IV-158	A.S.
08.03.96	A169/96	Contratación Almacenistas Hierro	IV-160	A.S.
18.03.96	R140/95	Veterinarios	IV-163	R.S.E.
20.03.96	r139/95	Shell/Repsol	IV-165	R.A.A.
22.03.96	A155/95	Morosos Construcción Galicia	IV-168	A.S.
25.03.96	A162/96	Contadores de Agua	IV-170	A.S.
29.03.96	A135/95	Fabricantes de Detergentes	IV-184	A.S.
29.03.96	367/95	Playas de Binicudrell	IV-186	E.S.
01.04.96	A170/96	Morosos Asefosam	IV-184	A.S.
01.04.96	r145/96	Ayuntamientos País Vasco	IV-188	R.A.A.



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
08.04.96	r143/96	Anaya/Santillana	IV-190	R.A.A.
10.04.96	r146/96	Marcaciones abreviadas Telefónica	IV-199	R.A.A.
12.04.96	R142/96	Arquitectos Canarias	IV-200	R.S.E.
15.04.96	R126/95	Handling aeropuertos	IV-203	R.S.E.
17.04.96	A145/95	Franquicias Sistema Dado	IV-208	A.S.
19.04.96	r151/96	Estación servicio Madrid	IV-211	R.A.A.
23.04.96	r150/96	Grúas País Vasco	IV-213	R.A.A.
30.04.96	r148/96	Tragsa	IV-257	R.A.A.
13.05.96	A171/96	Morosos Transportes España	IV-261	A.S.
14.05.96	A173/96	Morosos Protección Plantas	IV-263	A.S.
20.05.96	A172/96	Morosos Comercio Químico	IV-265	A.S.
20.05.96	A157/95	Morosos Consignatarios Barcelona	IV-266	A.S.
23.05.96	A176/96	Morosos Café	IV-268	A.S.
23.05.96	A177/96	La Casera	IV-272	A.S.
24.05.96	A174/96	Morosos Carpinteros Menorca	IV-270	A.S.
03.06.96	A164/96	Servicios/Trip-Asnef	IV-277	A.S.
03.06.96	A167/96	Morosos Aproasem Pontevedra	IV-282	A.S.
03.06.96	A175/96	Morosos Establecimientos Hoteleros	IV-284	A.S.
07.06.96	R162/96	Fiat Auto España	IV-291	R.S.E.
17.06.96	r136/96	Aenor	IV-295	R.A.A.
17.06.96	r156/96	Ascensores Málaga	IV-293	R.A.A.
18.06.96	A164/96	Servicios/Trip-Asnef	IV-302	A.S.
20.06.96	r153/96	Televisión Burgos	IV-304	R.A.A.
24.06.96	r164/96	Bebidas alcohólicas	IV-307	R.A.A.
25.06.96	r160/96	Aparejadores Madrid	IV-308	R.A.A.
28.06.96	r141/96	Corredores Comercio	IV-313	R.A.A.
02.07.96	R159/96	Contenedores Barcelona	IV-324	R.S.E.
04.07.96	366/95	Vendedores Prensa Santander	IV-331	E.S.
05.07.96	r144/96	Tipos/Interés bancos	IV-317	R.A.A.
08.07.96	r147/96	Manuel Salvador	IV-321	R.A.A.
12.07.96	A183/96	Franquicia Hotelera B.W.	IV-344	A.S.
15.07.96	r158/96	Talleres Landaluce	IV-350	R.A.A.
17.07.96	r152/96	Quioscos Moncofar	IV-355	R.A.A.
18.07.96	371/96	Panaderos Burgos	IV-357	E.S.
18.07.96	MC10/96	Airtel-Telefónica	IV-365	M.C.
19.07.96	A153/95	Rajolers De Cataluña	IV-345	A.S.
19.07.96	A182/96	Morosos Suelos Madrid	IV-348	A.S.
23.07.96	r154/96	Cablevisión	IV-387	R.A.A.
	r157/96			
29.07.96	373/96	Grúas País Vasco	IV-396	E.S.
29.07.96	MC11/96	Cajas Rurales	IV-413	M.C.
29.07.96	A184/96	Morosos Información Bancaria	IV-418	A.S.
30.07.96	39/92	Morosos deporte y ocio	IV-395	A.S.
30.07.96	A143/95	Precios Venta Cvscl	IV-420	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
30.07.96	A188/96	Base Datos Información Patrimonial	IV-419	A.S.
30.07.96	r161/96	Desmotadoras algodón	IV-435	R.A.A.
30.07.96	R149/96	Petrodis	IV-428	R.S.E.
30.07.96	R155/96	Gasolineras Canarias	IV-424	R.S.E.
31.07.96	363/95	Cosméticos En Farmacia	IV-400	E.S.
31.07.96	369/96	Cajeros cajas catalano-baleares	IV-409	E.S.
06.09.96	R115/95	Funerarias de Madrid	IV-439	R.S.E.
11.09.96	366/95	Vendedores Prensa Santander	IV-445	E.S.
11.09.96	R155/96	Gasolineras Canarias	IV-446	R.S.E.
03.10.96	A187/96	Morosos Artes Gráficas	IV-455	A.S.
07.10.96	R167/96	La Voz de Galicia	IV-458	R.S.E.
09.10.96	A192/96	Morosos Garajes Barcelona	IV-457	A.S.
11.10.96	r166/96	Energía y cementos vascos	IV-460	R.A.A.
21.10.96	R163/96	Transformadores eléctricos	IV-477	R.S.E.
25.10.96	355/94	Máquinas Fotocopiadoras	IV-484	E.S.
28.10.96	r168/96	Tabacos Canarias	IV-496	R.A.A.
04.11.96	r169/96	Unión Española Explosivos, S.A.	IV-499	R.A.A.
06.11.96	r170/96	S.G. Española Librería	IV-503	R.A.A.
08.11.96	385/96	Texaco	IV-507	E.S.
14.11.96	A181/96	Fabricantes Corsetería	IV-511	A.S.
14.11.96	r154/96	Cablevisión 1	IV-506	R.A.A.
14.11.96	r157/96	Cablevisión 2	IV-529	R.A.A.
21.11.96	378/96	Asentadores de Pescado	IV-532	E.S.
21.11.96	MC13/96	Contenedores Ibc	IV-538	M.C.
22.11.96	R174/96	Hipotecas Ceca	IV-542	R.S.E.
22.11.96	19/90	Distribución productos informáticos	IV-544	A.S.
02.12.96	A189/96	Morosos Tratamiento Aguas	IV-1	A.S.
02.12.96	A195/96	Morosos Material Eléctrico	IV-3	A.S.
11.12.96	16/90	Distribución selectiva relojería	IV-5	A.S.
12.12.96	364/95	Ortopédicos Castilla-León	IV-7	E.S.
12.12.96	376/96	Cárteles de Sidra	IV-15	E.S.
16.12.96	377/96	Pan Barcelona	IV-21	E.S.
16.12.96	MC14/96	Airtel-Telefónica	IV-27	M.C.
17.12.96	r176/96	Prestaciones penitenciarias	IV-34	R.A.A.
17.12.96	r175/96	Oficinas de farmacia	IV-32	R.A.A.
23.12.96	MC15/96	Tabacos Canarias	IV-43	M.C.
23.12.96	A178/96	Shell España	IV-40	A.S.
23.12.96	r181/96	Telefónica de España, S.A.	IV-53	R.A.A.
26.12.96	R178/96	Previasa, Seguros y Reaseguros	IV-61	R.S.E.
27.12.96	r183/96	Vendedores prensa Barcelona	IV-54	R.A.A.
27.12.96	r165/96	Funerarias Madrid	IV-58	R.A.A.



## II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

### 1. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El TDC ha dictado resolución final en 14 expedientes sancionadores. Además, ha dictado otras 2 resoluciones relativas a peticiones de los interesados.

#### A. Resoluciones finales

A continuación se presentan las 14 resoluciones con indicación de su fecha; número de expediente con indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia administración; las conductas detectadas con indicación del sector en que se localizan; la decisión del TDC acerca de si se acredita (E) no se acredita (N.E.) la existencia de las prácticas prohibidas; la multa impuesta en aplicación del artículo 10.1 LDC; y la multa impuesta en aplicación del artículo 10.3 LDC.

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
08.01.96	359/95 Denuncia	Art. 1.1.b Acuerdo de promover una campaña contra determinada política comercial. Acciones de presión sobre proveedores	E.	3.000.000	150.000
08.01.96	337/93 De oficio	Art. 1.1.a Recomendación de precios. Hostelería	E.	500.000	100.000
29.03.96	367/95 Denuncia	Cláusulas restrictivas en estatutos de comunidad de propietarios	N.E.		
04.07.96	366/95 Denuncia	Art. 1.1.b Negativa de suministro. Vendedores de prensa	E.	5.000.000	500.000
18.07.96	371/96 Denuncia	Art. 1.1. a y b Imposición de prohibición de fabricar y vender pan. Aprobación de subida generalizada de precios	E.	12.000.000	600.000
29.07.96	373/96 De oficio	Art. 1.1.a Acuerdo de fijación de precios Alquiler de grúas del País Vasco	E.	10.000.000	
31.07.96	363/95 Denuncia	Art. 1.1.a y 85.1 TCE Fijación del precio de venta al público de productos cosméticos. Distribución exclusivamente a través de farmacias	E.	61.975.000	
31.07.96	369/96 Denuncia	Art. 1.1.c Acuerdo de reparto de mercados. Cajas de ahorro	E.	110.000.000	
25.20.96	355/94 De oficio	Art. 1.1.a y c Cláusulas restrictivas en contratos de distribución de máquinas fotocopiadoras Art. 1.1.e Contratos vinculados	E.	70.000.000	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
08.11.96	385/96 De oficio	Art. 1.1. a y b Fijación indirecta de condiciones comerciales. Limitación de la distribución. Contrato de abanderamiento, préstamo de equipo y suministro en exclusiva firmado por Texaco con sus distribuidores		E.	
21.11.96	378/96 Denuncia	Art. 1.1.b Limitación en la distribución. Asentadores de pescado	E.	25.000.000	5.000.000
12.12.96	364/95 Denuncia	Art. 1.1.a y c Elaboración y publicación de listado de precios de productos ortoprotésicos. Recomendación colectiva de precios. Acuerdo para acudir conjuntamente y con precio unitario a concurso de ofertas	E.	3.500.000	400.000
12.12.96	376/96 Denuncia	Art. 1.1.a Acuerdo de fijación de precios Productores de sidra	E.	13.000.000	
16.12.96	377/96 Denuncia	Art. 1.1.a y b Acuerdo de comercialización de pan los festivos. Barcelona	E.	750.000	

Esta relación pone de relieve:

De las 14 resoluciones dictadas únicamente en un caso se estima la no existencia de conductas vulneradoras de la LDC.

Mayoritariamente, las resoluciones dictadas se refieren a expedientes que tienen su origen en denuncias formuladas (10), en detrimento de los iniciados de oficio (4). No obstante esta proporción es muy superior a la que encontramos en el inicio de expedientes en el SDC, anteriormente expuesta.

Se consolida la tendencia al aumento en la cuantía de las multas impuestas iniciada en el ejercicio de 1995. En 1996 las multas impuestas ascienden en total a 325.075.000 pesetas.

Esta cuantía tiene la siguiente procedencia: multas impuestas en aplicación del artículo 10.1 LDC 314.725.000 pesetas; multas en aplicación del artículo 10.3 LDC (esto es a representantes legales o personas que integran los órganos directivos de la persona jurídica infractora) 10.350.000 pesetas.

### B. Resoluciones incidentales

El TDC ha adoptado dos resoluciones incidentales derivadas de peticiones de los interesados relativas a expedientes sancionadores.



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
11.09.96	366/95	Petición de suspensión de la resolución de 04.07.96 de este expediente	Declaración de incompetencia para examinar la pretensión
11.09.96 Auto	R155/96	Petición de aclaración de la Resolución de 30.07.96 en este expediente. Solicitud de suspensión del plazo para la interposición de recurso contencioso-administrativo	Desestimación de la solicitud

## 2. MEDIDAS CAUTELARES

Las resoluciones relativas a medidas cautelares, como se ha apuntado, han aumentado notablemente en el año 1996. De una resolución en el ejercicio anterior se ha pasado a 5, de las cuales 3 otorgan, si bien parcialmente, las medidas solicitadas.

En general, la excesiva duración temporal de los expedientes hasta la adopción de la correspondiente resolución incrementa significativamente la trascendencia de las peticiones de medidas cautelares que se formulan. El ejercicio de 1996 puede suponer un cambio importante de tendencia hacia una mayor operatividad de las medidas cautelares en la aplicación del Derecho de la competencia en España.

Indicamos a continuación estas resoluciones con su fecha; su número de expediente; el sector material en que se localiza el conflicto; la decisión del TDC; y, en su caso, la fianza exigida.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>	<i>Fianza</i>
18.07.96	MC10/96	Telefonía móvil	Estimación parcial de la petición Orden de cese inmediato en el uso de los números 004 y 022 y de la difusión de publicidad conjunta de Moviline y Movistar	100.000.000
29.07.96	MC11/96	Cajas rurales	Estimación parcial de la petición Suspensión de expediente sancionador contra una empresa por parte de asociación empresarial y del acuerdo de expulsión. Permiso para la utilización de servicios conjuntos	Acuerdo de no necesidad de fianza
21.11.96	MC13/96	Contenedores lbc	Desestimación	
16.12.96	MC14/96	Telefonía móvil	Desestimación	
23.12.96	MC15/96	Tabacos de Canarias	Estimación parcial. Orden a Tabacalera de que se abstenga de ofrecer obsequio o incentivo a los expendedores, en tanto mantenga la condición de distribuidor mayorista dominante y de que disponga las medidas necesarias a asegurar el suministro de los expendedores de los productos de la competencia	Acuerdo de no necesidad de fianza

Las resoluciones que estiman parcialmente constituyen, en buena medida, supuestos evidentes de medidas cautelares positivas, en las que se ordena a determinadas empresas la realización de precisas conductas.

Es remarcable que únicamente en una resolución se exigen la prestación de fianza para la efectividad de las medidas. En las dos otras resoluciones se hace declaración expresa de su no necesidad.

### 3. AUTORIZACIONES SINGULARES

El TDC en el año 1996 ha dictado 41 resoluciones relativas a expedientes de autorizaciones singulares. De éstas, 35, corresponden a resoluciones que versan sobre expedientes de primera solicitud de autorización; 2 a solicitudes de prórroga de autorizaciones anteriormente concedidas; 2 a modificaciones de autorizaciones anteriormente concedidas; 1 a un expediente de revocación de una autorización anteriormente concedida; y una relativa a 1 aclaración de una resolución de este mismo año.

#### A. Resolución final sobre primera solicitud

El TDC ha adoptado una decisión final en 35 expedientes de autorización singular.

A continuación se relacionan estas 35 resoluciones con indicación de su fecha; su expediente; la conducta objeto de autorización y el sector; la decisión del TDC; y, en su caso, el límite temporal de la autorización otorgada.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite Temporal</i>
22.01.96	A161/96	Registro de morosos Fabricantes de cerveza	Autorización	5 años
30.01.96	A159/95	Registro de morosos Revistas de información	Autorización	5 años
01.02.96	A156/95	Registro de morosos Productores de dulce	Autorización	5 años
01.02.96	A160/95	Registro de morosos. Agencias de publicidad	Autorización	5 años
07.02.96	A132/95	Contrato tipo de franquicia. Vaillant	Aceptación del desestimiento del solicitante	
27.02.96	A165/96	Registro de morosos Automoción de Guipúzcoa.	Autorización	5 años
28.02.96	A166/96	Registro de morosos. Editores de diario.	Autorización	5 años



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite Temporal</i>
01.03.96	A163/96	Registro de morosos. Fabricación y comercialización de óptica	Autorización	5 años
08.03.96	A169/96	Publicación de una guía sobre condiciones legales de contratación Almacenista de hierro	No aplicación de LDC. No hay práctica restrictiva	
22.03.96	A155/95	Registro de morosos. Construcción de Galicia	No aplicación de LDC	
25.03.95	A162/96	Normas de servicios de precios mínimos de obligado cumplimiento Contadores de agua	Aceptación del desestimamiento del solicitante	
01.04.96	A170/96	Registro de morosos. Empresas de mantenimiento	Autorización	5 años
17.04.96	A145/95	Contrato tipo de franquicia. Publicidad	Autorización	5 años
13.05.96	A171/96	Registro de morosos. Transportes	Autorización	5 años
14.05.96	A173/96	Registro de morosos Fabricantes de agroquímicos	Autorización	5 años
20.05.96	A172/96	Registro de morosos. Comercio químico	Autorización	5 años
20.05.96	A157/95	Registro de morosos, reclamación de crédito y prohibición de prestar servicios a los declarados morosos. Consignatarios de buques de Barcelona	No autorización	
23.05.96	A176/96	Registro de morosos. Distribuidores de café	Autorización	5 años
24.05.96	A174/96	Registro de morosos. Carpintería y ebanistería de Menorca	Autorización	5 años
23.05.96	A177/96	Contrato tipo de franquicia industrial y de distribución exclusiva de productos Bebidas refrescantes	Autorización del contrato de franquicia industrial y distribución exclusiva. El contrato de distribución exclusiva está amparado por la exención de categorías	
03.06.96	A164/96	Prestación del servicio Trip (Tratamiento restringido de información privada) Entidades de crédito	No autorización	
03.06.96	A167/96	Registro de morosos Asesorías de empresas	Autorización	5 años
03.06.96	A175/96	Registro de morosos. Hostelería	Autorización	5 años
12.07.96	A183/96	Contrato tipo de franquicia. Hostelería	Declaración de que el contrato está amparado por la exención por categorías	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite Temporal</i>
19.07.96	A153/96	Modelo de contrato de compraventa por suministro. Contratistas y subcontratistas de obras	No autorización	
19.07.96	A182/96	Registro de morosos. Almacenistas recubrimiento de suelos	Autorización	5 años
29.07.96	A184/96	Registro de morosos e información de solvencia. Información bancaria	Aceptación del desestimiento del solicitante	
30.07.96	A188/96	Creación y funcionamiento de base de datos obtenidos en Boletines Oficiales y Registros de la Propiedad. Información comercial	No aplicación de LDC	
30.07.96	A143/95	Publicación de un boletín estadístico sobre precios de compraventa. Vehículos automóviles de ocasión	No autorización	
03.10.96	A187/96	Registro de morosos. Artes gráficas, publicidad, informática y construcción	Autorización con condiciones	5 años
09.10.96	A192/96	Registro de morosos. Garajes de Barcelona	Autorización	5 años
14.11.96	A181/96	Supresión de admisión de devolución de mercancías no fundamentadas en causas del contrato de compraventa mercantil. Fabricantes de corsetería	No autorización	
02.12.96	A189/96	Registro de morosos. Tratamiento de aguas	Autorización	5 años
02.12.96	A195/96	Registro de morosos. Material eléctrico	Autorización	5 años
23.12.96	A178/96	Dos contratos tipo sobre abanderamiento, compra en exclusiva, asistencia técnica y comercial y arrendamiento de industria. Lubricantes y productos afines	Autorización del contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento. El contrato de abanderamiento, compra en exclusiva y asistencia técnica y comercial está amparado por la exención por categorías	5 años

De las 35 resoluciones, un número importante, 23, se refieren a registros de morosos. Es decir, el 65,71 por ciento de las resoluciones versan sobre la misma materia. Esto hace disminuir la importancia cualitativa del número de resoluciones adoptadas en materia de autorizaciones singulares.

En el caso de las autorizaciones otorgadas todas disponen el plazo temporal de 5 años de duración.



Mayoritariamente la decisión del TDC ha consistido en el otorgamiento de la autorización solicitada. Únicamente se ha considerado no procedente otorgar la autorización en 5 expedientes. Y en un caso la autorización se ha otorgado con condiciones. No obstante, no puede pasar por alto que en muchos otros expedientes en el desarrollo del procedimiento administrativo el TDC ha instado y el particular ha practicado modificaciones en las conductas cuya autorización inicialmente se solicitaba.

El gráfico siguiente permite advertir la diversa tipología de las respuestas del TDC y de su proporción en relación con el resto: otorgamiento de la autorización (AUT); de no autorización (N AUT.); de desestimamiento del solicitante (DES.); de aplicación de la exención por categorías (E. CAT.); y de la no aplicación de la LDC a las conductas analizadas (N LDC).

Las 35 resoluciones ofrecen este resultado (autorización (AUT.); no autorización (N AUT.); desestimamiento del solicitante (DES.; la aplicación de la exención por categorías (E. CAT.); y la no aplicación de la LDC a las conductas analizadas (N LDC).

	AUT.	N AUT.	DES.	E. CAT.	N LDC
Núm	23	5	3	1	3
%	65,71	14,28	8,57	2,85	8,57

### B. Solicitud de prórroga

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión	Límite Temporal
07.02.96	P018/90	Contrato tipo de distribución. Muebles de asiento de alta calidad	Prórroga de autorización	5 años
22.11.96	19/90	Contrato tipo de distribuidor autorizado. Productos informáticos	Prórroga de autorización	5 años

### C. Modificaciones de autorizaciones

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión
29.03.96	A135/95	Registro de morosos. Fabricantes de detergentes	Autorización de la modificación
30.07.96	39/92	Registro de morosos. Industrias del deporte y ocio	Autorización del cambio de titularidad

### D. Revocación

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión
11.12.96	16/90	Contrato de distribución selectiva. Relojería	No revocación de la autorización

*E. Resolución incidental*

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
18.06.96	A164/96	Aclaración sobre solicitud de autorización singular para la creación de un fichero sobre cumplimiento e incumplimiento de obligaciones financieras y crediticias	Aclarar la resolución de 03.06.96, expediente A164/96

### III. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Un ejercicio más la principal labor del TDC, desde una perspectiva cuantitativa, consistió en el año 1996 en la resolución de recursos interpuestos contra acuerdos del SDC. Este año, el número de resoluciones es de 45, que representa el 41,85 por ciento del total de las dictadas.

Evidentemente, el elevado número de denuncias que se formulan ante el SDC por presuntas vulneraciones del Derecho de la competencia, que aumenta notablemente en cada ejercicio, tiene una conexión con este incremento.

A efectos de las resoluciones se distingue entre las que resuelven recursos contra el archivo de actuaciones y diversos y las correspondientes a acuerdos de sobreseimiento de expedientes.

#### 1. RECURSOS CONTRA EL ARCHIVO DE ACTUACIONES Y DIVERSOS

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
16.01.96	r132/95	Prácticas de colusión y abuso de posición de dominio. Sector vendedores de automóviles	Desestimación
09.02.96	r138/95	Denuncia por incumplimiento de contrato y prácticas discriminatorias. Instituto Social Fuerzas Armadas	Desestimación
20.03.96	r139/95	Contratos de compra exclusiva. Carburantes y combustibles petrolíferos	Desestimación
01.04.96	r145/96	Competencia desleal en el ejercicio de venta ambulante. Ayuntamientos País Vasco	Desestimación
08.04.96	r143/96	Negativa de suministro. Editoriales	Aceptación del desestimiento del recurrente
10.04.96	r146/96	Principio de igualdad de oportunidades. Abuso de posición de dominio. Telefónica	Estimación
19.04.96	r151/96	Urbanismo. Plan especial de instalaciones de suministro de combustibles. Ayuntamiento de Madrid	Desestimación



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
23.04.96	r150/96	Caducidad de expediente sancionador. Acuerdo de fijación de tarifas. Grúas en el País Vasco	Desestimación
30.04.96	r148/96	Obras públicas. Ejecución por la propia Administración	Estimación
17.06.96	r156/96	Actos tendentes a eliminar del mercado a la denunciante. Mantenimiento de ascensores	Desestimación
17.06.96	r136/96	Certificación de productos. Aenor	Estimación
20.06.96	r153/96	Instalaciones de televisión local	Desestimación
24.06.96	r164/96	Rescisión de contrato de distribución y venta en exclusiva. Abuso de posición de dominio. Mercado de bebidas alcohólicas de vinos y licores	Desestimación
25.06.96	r160/96	Negativa de visados. Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid	Estimación
28.06.96	r141/96	Corredores de comercio	Desestimación
05.07.96	r144/96	Aplicación de idéntico tipo de interés en los descubiertos en cuenta corriente y en los excedidos en cuenta de crédito. Entidades financieras	Desestimación
08.07.96	r147/96	Negativa de suministro. Espectáculos cinematográficos	Desestimación
15.07.96	r158/96	Fabricación maquinaria cervecera	Desestimación
17.07.96	r152/96	Discriminación entre discoteca y chiringuitos con ambiente musical. Ayuntamiento de Moncófar	Desestimación
23.07.96	r154/96 r157/96	Acuerdo estratégico y operación de concentración. Televisión por cable	Revocación del acuerdo del SDC de archivar la decisión del TDC por la que se interesa la incoación de expediente sancionador por los hechos denunciados
30.07.96	r161/96	Solicitud de autorización singular estando en curso un expediente sancionador. Desmotadoras de algodón	Estimación parcial
11.10.96	r166/96	Constitución de empresa por compañías que compiten entre sí en el mercado. Energía y cementos	Estimación
28.10.96	r168/96	Denegación de medidas cautelares solicitadas. Fabricantes de tabaco	Resolución de ordenar el archivo del recurso por carecer de objeto
04.11.96	r169/96	Recurso contra órdenes de investigación. Práctica de inspecciones en la sede social de la empresa. Explosivos	Desestimación
06.11.96	r170/96	Negativa de suministro. Librería	Desestimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
14.11.96	r154/96	Televisión por cable	Resolución de ordenar el archivo del recurso por carecer de objeto
14.11.96	r157/96	Televisión por cable	Desestimación
17.12.96	r175/96	Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante	Desestimación
17.12.96	r176/96	Organismo autónomo de trabajos y prestaciones penitenciarias. Transformación de plástico	Desestimación
23.12.96	r181/96	Utilización de ciertos números telefónicos para la comercialización de terminales. Telefónica	Estimación
27.12.96	r183/96	Discriminación entre vendedores. Distribución de prensa en Barcelona	Desestimación
27.12.96	r165/96	Creación de situación de favorecimiento hacia cierta empresa. Servicios funerarios	Desestimación

Debe prestarse especial atención a que las resoluciones son mayoritariamente de desestimación del recurso interpuesto y, por tanto, de confirmación del acuerdo del SDC. Ello sugiere que en los denunciados existen todavía ciertas dudas acerca de la operatividad del Derecho de la competencia. En función de su relación con el acuerdo del SDC estas resoluciones ofrecen el siguiente resultado:

	<i>Estimación</i>	<i>No estimación</i>	<i>Otros</i>
Núm.	7	21	4
%	21,87	65,62	12,5

## 2. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
06.02.96	R112/95	Incidente de revisión por recurso contra sobreseimiento de expediente. Servicios funerarios	Inadmisión
18.03.96	R140/95	Acuerdo de negativo de suministro. Veterinarios	Estimación
12.04.96	R142/96	Revisión al alza de los módulos para determinar honorarios profesionales. Colegio Oficial de Arquitectos	Estimación
15.04.96	R126/95	Fijación abusiva de los precios del <i>handling</i> . Discriminación entre compañías. Comportamiento desleal para favorecer a Iberia. Negativa injustificada a autorizar el <i>autohandling</i> cooperativo o recíproco. Imposición de canon. Aeropuertos	Estimación



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
07.06.96	R162/96	Relaciones verticales de suministro de productos de la marca a la red de concesionarios. Automóviles	Desestimación
02.07.96	R159/96	Exclusión a empresas de la explotación del servicio de contenedores. Puerto de Barcelona	Estimación
30.07.96	R155/96	Acuerdos de suministro en exclusiva y discriminación a empresarios. Estaciones de servicio	Desestimación
30.07.96	R149/96	Contrato de distribución en exclusiva. Carburantes	Desestimación
06.09.96	R115/95	Impedir el uso de determinados servicios al resto de empresas funerarias. Elevación injustificada de tarifas. Empresa mixta de servicios funerarios de Madrid	Estimación
07.10.96	R167/96	Suspensión injustificada de suministro. Distribución de prensa	Desestimación
21.10.96	R163/96	Barreras de entrada para impedir la comercialización de productos. Transformadores eléctricos	Estimación
22.11.96	R174/96	Establecimiento de tipo de referencia aplicable a variaciones de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios. Cajas de ahorro	Aceptación del desestimiento del recurrente
26.12.96	R178/96	Prestación de servicios en otras compañías. Seguros médicos	Desestimación

En el caso de los recursos contra los acuerdos del SDC de sobreseimiento de expedientes la relación entre las estimaciones y no estimaciones por parte del TDC varía muy ostensiblemente respecto a los recursos contra acuerdos de archivo. En este caso, las resoluciones ofrecen el siguiente resultado:

	<i>Estimación</i>	<i>No estimación</i>	<i>Otros</i>
Núm.	6	5	2
%	46,15	38,46	15,38

#### IV. CONCENTRACIONES

En materia de concentraciones debe mencionarse que durante el ejercicio de 1996 el TDC únicamente ha emitido un informe. Esta muy reducida actividad deriva de que el Ministerio de Economía y Hacienda únicamente ha remitido al TDC para su informe 2 expedientes en 1996,





A continuación se relacionan las sentencias con indicación de su fecha; la materia central a la que se refieren el Contencioso o bien la resolución del TDC y si son firmes o se ha interpuesto recurso de casación.

## AUDIENCIA NACIONAL

### I. RECURSOS INTERPUESTOS

En el año 1996 se han interpuesto 37 recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional contra Resoluciones del TDC <sup>1</sup>.

Es importante poner de relieve que en la Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que de acuerdo con las normas de reparto conoce de estos asuntos, han ingresado en el mismo ejercicio 910 asuntos. Es decir, los asuntos de competencia constituyen cuantitativamente poco más del 4% de los que deberá conocer la Sección.

### II. SENTENCIAS DICTADAS

La Audiencia Nacional ha dictado 14 sentencias relativas a la aplicación del Derecho de la Competencia. Como ocurre con los recursos interpuestos, este número constituye una muy reducida parte del total de las dictadas por la Sección Sexta. En concreto, en el ejercicio de 1996 esta Sección resolvió 909 asuntos, de los cuales 709 mediante sentencia. Por ello, las sentencias dictadas en materia de competencia constituyen únicamente el 1,9% de las dictadas por esta Sección.

De las 14 sentencias dictadas es oportuno resaltar dos aspectos. En primer lugar, 12 sentencias confirman la resolución dictada por el TDC. Únicamente, en 2 asuntos se estimó improcedente la acción administrativa. Además, en uno de ellos la Audiencia Nacional considera que existe práctica restrictiva, cuando el TDC no la había apreciado. Este dato es relevante en orden a aumentar la consideración y la legitimación de las resoluciones del TDC.

En segundo lugar, contra las 14 sentencias dictadas únicamente se ha interpuesto recurso de casación en 2 casos, de modo que en las 12 restantes son firmes. Con ello, se tiende a reducir la controversia judicial y acortar los plazos en que el conflicto permanece abierto.

<sup>1</sup> Al margen de los formulados por la vía especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

A continuación se relacionan las sentencias con indicación de su fecha; la materia central a la que se refieren; si confirman o anulan la resolución del TDC; y si son firmes o se ha interpuesto recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Situación</i>
26.01.96	Participación en subasta pública de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. Fijación de precios. Reparto del mercado del aceite de oliva correspondiente a subasta realizada por el SENPA	Confirma Res. TDC	Firme
16.02.96	Fijación de precio de las llamadas revistas del corazón	Confirma Res. TDC	Firme
27.03.96	Participación en subasta pública de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. Fijación de precios. Reparto del mercado del aceite de oliva correspondiente a subasta realizada por el SENPA	Confirma Res. TDC	Recurso de casación
27.03.96	Participación en subasta pública de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. Fijación de precios. Reparto del mercado del aceite de oliva correspondiente a subasta realizada por el SENPA	Confirma Res. TDC	Firme
03.06.96	No se acredita que el acuerdo analizado tuviese por finalidad, produjera o pudiera producir un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia	Anula Res. TDC	Firme
07.06.96	Recurso contra resolución que declara no probada la existencia de infracción	Confirma Res. TDC	Recurso de casación
05.07.96	Precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para suministro de vacunas para utilización veterinaria	Confirma Res. TDC	Firme
08.07.96	Sustitución de forma simultánea de los envases de 5 kg de detergente en polvo para lavadora por otros de 4 kg de detergentes concentrados	Confirma Res. TDC	Firme
16.09.96	Prescripción del expediente	Confirma Res. TDC	Firme
30.09.96	Fijación de precio de las llamadas revistas del corazón	Confirma Res. TDC	Firme
18.10.96	Fijación concertada de precio idéntico por ejemplar de los periódicos con suplemento dominical	Confirma Res. TDC	Firme
02.11.96	Existencia de posición de dominio y aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes	Anula Res. TDC	Firme
15.11.96	Recurso contra resolución que declara no probada la existencia de infracción	Confirma Res. TDC	Firme
29.11.96	Recurso contra resolución que declara no probada la existencia de infracción	Confirma Res. TDC	Firme



Fecha	Rep. Ar.	Materia	Resolución C.M.
12.06.96	5459	Fijación concertada de precio idéntico por ejemplar en las llamadas revistas del corazón	Confirma Res. C.M.
18.11.96	8648	Oferta de precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para suministro de vacunas de utilización veterinaria	Confirma Res. C.M.
18.12.96	9744	Acuerdo de la Sociedad General de Autores de España para fijar tarifas generales. No acreditación del abuso de la posición de dominio	Anula Res. C.M.
26.12.96	9799	Caducidad del expediente. Limitación de la producción: de huevos de incubación, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma Res. C.M.

## TRIBUNAL SUPREMO

### I. RECURSOS INTERPUESTOS

En el año 1996 se han interpuesto recursos de casación contra dos sentencias de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de marzo y 7 de junio de 1996.

### II. SENTENCIAS DICTADAS

Durante el año 1996, el Tribunal Supremo ha dictado 7 sentencias en asuntos de defensa de la competencia. Todas estas sentencias resuelven todavía recursos contencioso administrativos contra resoluciones dictadas al amparo de la anterior Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Son recursos dirigidos directamente al Tribunal Supremo por cuanto resuelven acuerdos del Consejo de Ministros (C.M.) de imponer multas, a propuesta del TDC, por infracción de las normas de competencia.

A continuación se relacionan estas sentencias con indicación de su fecha; su referencia en el repertorio Aranzadi (REP. AR.); la materia central a la que se refiere; y si confirman o no la resolución del Consejo de Ministros objeto del recurso contencioso administrativo.

Fecha	Rep. Ar.	Materia	Resolución C.M.
12.06.96	5459	Fijación concertada de precio idéntico por ejemplar en las llamadas revistas del corazón	Confirma Res. C.M.
18.11.96	8648	Oferta de precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para suministro de vacunas de utilización veterinaria	Confirma Res. C.M.
18.12.96	9744	Acuerdo de la Sociedad General de Autores de España para fijar tarifas generales. No acreditación del abuso de la posición de dominio	Anula Res. C.M.
26.12.96	9799	Caducidad del expediente. Limitación de la producción: de huevos de incubación, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma Res. C.M.

Fecha	Rep. Ar.	Materia	Resolución C.M.
30.12.96	9801	Caducidad del expediente. Limitación de la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma Res. C.M.
30.12.96	9802	Caducidad del expediente. Limitación de la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma Res. C.M.
31.12.96	9803	Caducidad del expediente. Limitación de la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma Res. C.M.

En el año 1996 se han interpuesto recursos de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 27 de marzo y 7 de junio de 1996.

II SENTENCIAS DICTADAS

Durante el año 1996, el Tribunal Supremo de Justicia, en sus sesiones de debate de la competencia, ha dictado estas sentencias en materia de recursos de casación. Las mismas se refieren a recursos de casación interpuestos contra resoluciones de la Audiencia Nacional de fecha 27 de marzo y 7 de junio de 1996, de aplicación de la Ley 1100/95, de 20 de julio, de regulación de prácticas agrícolas de la competencia. Son recursos dirigidos directamente al Tribunal Supremo por cuanto resultan acuerdos del Consejo de Ministros (C.M.) de manera que una propuesta del T.C. por interposición de las normas de competencia.

A continuación se relacionan estas sentencias con indicación de su fecha; su referencia en el expediente y número por el que la materia con tal a su vez se refiere; y el contenido de la resolución del Consejo de Ministros objeto del recurso contencioso administrativo.

Fecha	Rep. Ar.	Materia	Resolución C.M.
12.12.96	9781	Acuerdo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de marzo de 1996, de aplicación de la Ley 1100/95, de 20 de julio, de regulación de prácticas agrícolas de la competencia.	Confirma Res. C.M.
12.12.96	9782	Acuerdo de la Audiencia Nacional de fecha 7 de junio de 1996, de aplicación de la Ley 1100/95, de 20 de julio, de regulación de prácticas agrícolas de la competencia.	Confirma Res. C.M.
12.12.96	9783	Acuerdo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de marzo de 1996, de aplicación de la Ley 1100/95, de 20 de julio, de regulación de prácticas agrícolas de la competencia.	Confirma Res. C.M.
12.12.96	9784	Acuerdo de la Audiencia Nacional de fecha 7 de junio de 1996, de aplicación de la Ley 1100/95, de 20 de julio, de regulación de prácticas agrícolas de la competencia.	Confirma Res. C.M.



## COMISIÓN EUROPEA

### I. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

#### 1. ASUNTOS NUEVOS

En el año 1996<sup>1</sup>, la Comisión registró 471 asuntos nuevos. Esta cifra es inferior a la de 1995, aunque esta reducción se explica porque en ese ejercicio se produjo la transferencia a la Comisión de los casos anteriormente tramitados por el órgano de vigilancia de la Agrupación Europea del Libre Comercio. En este sentido, puede verse que respecto a 1994 la cifra de asuntos nuevos es muy superior (392 en 1994).

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 a 1996, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

Año	Iniciativa Comisión	Denuncia	Notificación	Total
1996	94	168	209	471
1995	46	145	368	559
1994	16	140	236	392
1993	27	111	266	404
1992	43	110	246	399

Respecto a ajercicios anteriores, las cifras del año 1996 delatan un incremento muy notable de los asuntos originados por denuncias y, en especial, de los incoados de oficio por la propia Comisión.

#### 2. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En contrapartida a los asuntos nuevos, la Comisión en el año 1996 resolvió 386 expedientes. Sin embargo, únicamente se adoptaron 21 decisiones formales, que relacionamos más adelante. El resto, siguiendo la práctica habitual de la Comisión, fueron culminados mediante pro-

<sup>1</sup> Datos, básicamente, extraídos del XVI Informe sobre la política de la competencia.

cedimiento informal. Esta forma de conclusión incluye cartas administrativas de compatibilidad y de incompatibilidad, desestimaciones de denuncias sin decisión y cierre administrativo del expediente (éste puede derivar de que los acuerdos no estaban ya en vigor, su escasa incidencia no justificaba que prosiguiera la investigación, las quejas se habían retirado o las indagaciones no habían puesto de manifiesto ninguna práctica contraria a la competencia).

La cifra de 386 expedientes concluidos continúa una cierta tendencia al descenso en el número de expedientes resueltos por la Comisión en cada ejercicio.

Año	Decisiones formales	Procedimiento informal	Total
1996	21	365	386
1995	14	419	433
1994	33	525	558
1993	14	734	748
1992	34	1.090	1.124

### 3. DECISIONES ADOPTADAS

En el año 1996, la Comisión adoptó 21 decisiones formales. De forma sintética se puede resumir su contenido en el siguiente gráfico con indicación del número de las mismas:

Contenido de la decisión	Número
Infracción art. 85 con sanción	4
Exención con condiciones y obligaciones	3
No oposición, Reg. 870/95	4
Desestimación de denuncia	5
Exención	1
Exención art. 12 Reg. 4056/86	2
Comunicación art. 15.6 Reg. 17/62	1
Decisión negativa art. 85.1	1

Las decisiones adoptadas, con indicación de su fecha; de su publicación en su caso en el *DOCE*; del número de expediente; de las partes; y del contenido son las siguientes:

Fecha	Publicación	Expediente	Partes	Contenido
10.01.1996	DOCE L201, 9.8.1996	IV/34279	ADALAT	Infracción art. 85 con sanción
16.01.1996	DOCE L54, 5.3.1996	IV/35545	Lufthansa+SAS	Exención con condiciones y obligaciones



<i>Fecha</i>	<i>Publicación</i>	<i>Expediente</i>	<i>Partes</i>	<i>Contenido</i>
27.03.1996		IV/35754	EACS	No oposición, Reg. 870/95
27.03.1996		IV/35750	SLCS	No oposición, Reg. 870/95
28.03.1996		IV/34193	Kish Glass	Desestimación de una denuncia
01.04.1996		IV/35768	A. Weir Shipping + Euro Africa Shipping Line	No oposición, Reg. 870/95
02.04.1996		IV/35762	JMCS	No oposición, Reg. 870/95
05.06.1996	DOCE L181, 20.7.1996	IV/34983	Fenex	Infracción art. 85 con sanción
05.06.1996		IV/35171	PSA (1)	Desestimación de una denuncia
24.06.1996	DOCE L188, 27.7.1996	IV/34607	Banque Nationale de Paris/ Dresdner Bank	Exención
01.07.1996		IV/35488	Hansa Ferry	Exención art. 12 Reg. 4056/86
17.07.1996	DOCE L239, 19.9.1996	IV/35337	Atlas	Exención con condiciones y obligaciones
17.07.1996	DOCE L239, 19.9.1996	IV/35617	Phoenix/Global One	Exención con condiciones y obligaciones
23.09.1996		IV/33714	VAG France	Desestimación de una denuncia
09.10.1996		IV/35133	PSA (2)	Desestimación de una denuncia
15.10.1996		IV/35481	Stena Tor Line	Exención art. 12 Reg. 4056/86
30.10.1996	DOCE L26, 19.1.1997	IV/35403	Ferry Operators	Infracción art. 85 con sanción
08.11.1996		IV/35151	IPS/Pechiney	Desestimación de una denuncia
26.11.1996		IV/35134	TACA	Comunicación art. 15.6 Reg. 17/62
04.12.1996	DOCE L47, 18.2.1997	IV/35679	Novalliance / Systemform	Infracción art. 85 con sanción
18.12.1996	DOCE L16, 18.1.1997	IV/35518	Iridium	Decisión negativa art. 85.1

## II. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

### 1. UNIÓN EUROPEA

Los expedientes iniciados en el año 1996 por la Comisión fueron 644<sup>2</sup>. Esta cifra supone una reducción notoria respecto al ejercicio anterior en que los expedientes analizados fueron 803. Con esta reducción el volumen de expedientes iniciados se aproximó, con un ligero incremento, al de los ejercicios de 1994, en que se iniciaron 594 expedientes, y de 1993, en el que el número fue de 561.

La inmensa mayor parte de los 644, en concreto 550, deriva de ayudas notificadas por los Estados miembros. Los expedientes relativos a ayudas sin notificar fueron 91. Finalmente, se tramitaron 3 expedientes relativos a reexámenes de regímenes de ayudas.

En el ejercicio de 1996 las decisiones adoptadas por la Comisión distribuidas en función de su contenido son:

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Núm.</i>
Casos en los que la Comisión europea no planteó objeción, sin iniciar el procedimiento de examen	375
Casos en los que la Comisión europea decidió incoar el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE o amplió un procedimiento ya iniciado	37
Casos en los que la Comisión decidió incoar el procedimiento de conformidad con el artículo 6, párrafo 4, de la decisión 3855/91 del Tratado CECA o amplió un procedimiento ya iniciado	6
Casos en los que la Comisión europea archivó el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE	13
Casos en los que la Comisión europea archivó el procedimiento de conformidad con el artículo 6, párrafo 4, de la decisión 3855/91 del Tratado CECA	1
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión condicional de conformidad con el artículo 93.2 TCE	3
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 93.2 TCE	12

<sup>2</sup> Datos extraídos del XVI Informe sobre la política de la competencia. Estas cifras no cubren las ayudas en los sectores de la agricultura, la pesca, los transportes y el carbón.



<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Núm.</i>
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91 del Tratado CECA	11
Casos en los que la Comisión propuso medidas apropiadas de conformidad con el artículo 93, párrafo 1 TCE	4
Casos en los que la Comisión archivó el procedimiento de conformidad con el artículo 93, párrafo 1 TCE	2
Casos en los que la Comisión adoptó una decisión tras del dictamen conforme del Consejo, de conformidad con el artículo 95 TCECA	1
Otras decisiones	9

La distribución por Estados miembros de estas decisiones, destacando especialmente el alto número correspondiente a Alemania, es la siguiente:

<i>Estado miembro</i>	<i>Núm.</i>
Austria	48
Bélgica	14
Dinamarca	12
Alemania	143
Grecia	3
España	62
Finlandia	14
Francia	48
Irlanda	2
Italia	64
Luxemburgo	3
Países Bajos	37
Portugal	10
Suecia	7
Reino Unido	7
UNIÓN EUROPEA	474

## 2. ESPAÑA

La Comisión durante el año 1996 ha adoptado 62 decisiones en relación a regímenes de ayudas públicas en España. En función de su contenido se distribuyen en los siguientes términos:

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Núm.</i>
Casos en los que la Comisión europea no planteó objeción, sin iniciar el procedimiento de examen	54
Casos en los que la Comisión europea decidió incoar el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE o amplió un procedimiento ya iniciado	2
Casos en los que la Comisión europea archivó el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE	1
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión condicional de conformidad con el artículo 93.2 TCE	1
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 93.2 TCE	1
Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91 del Tratado CECA	1
Otras decisiones	2

Por su interés, a continuación se ofrece referencia de todas estas decisiones, agrupadas en función de su contenido. Para cada decisión se indica el número de notificación que origina el expediente, la fecha en que se adopta, la materia a la que se refiere, y, cuando es posible, su publicación en el *DOCE*.

*A. Casos en los que la Comisión europea no planteó objeción, sin iniciar el procedimiento de examen*

<i>Núm. Not.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 965/95	09.01.96	Ayudas al desarrollo de las zonas rurales	<i>DOCE</i> C55, 24.02.96
N 1012/95	09.01.96	Ayuda a la innovación y al desarrollo tecnológico en aplicación del plan de reindustrialización de las Islas Baleares (PRIB)	<i>DOCE</i> C63, 02.03.96
N 1026/95	11.01.96	Ayuda en el sector del turismo a favor de las pymes (Cataluña)	<i>DOCE</i> C70, 08.03.96
N 847/95	19.01.96	Subvenciones de proyectos de innovación tecnológica	<i>DOCE</i> C114, 19.04.96
N 840/95	31.01.96	Medidas a favor de los mataderos (Cataluña)	<i>DOCE</i> C188, 28.06.96
N 862/95	31.01.96	Medidas a favor del tratamiento de residuos industriales (Cataluña)	<i>DOCE</i> C114, 19.04.96



<i>Núm. Not.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 479/95	07.02.96	Ayudas al programa FONNER II (Islas Baleares)	DOCE C102, 04.04.96
NN 15/94	07.02.96	Ayuda regional a de Outokumpu Copper SA (País Vasco)	DOCE C150, 24.05.96
N 930/95	21.02.96	Ayuda al desarrollo, Factorías Volcano (Artículo 4(7) de la 7ª Directiva de ayudas a la construcción naval) a favor de Filipinas	DOCE C168, 12.06.96
N 725/95	29.02.96	Ayuda a las empresas para la realización de proyectos de I+D en cooperación con universidades y centros de investigación	DOCE C102, 04.04.96
N 97/96	06.03.96	Modificación del régimen de ayudas en el sector del gas natural: segunda fase de la extensión del gaseoducto Valencia-Orihuela	DOCE C102, 04.04.96
N 93/96	06.03.96	Ayudas al turismo (País Vasco)	DOCE C222, 31.07.96
N 8/96	13.03.96	Ayudas al desarrollo, Gondan (Artículo 4(7) de la 7ª Directiva de ayudas a la construcción naval) a favor de Filipinas	DOCE C168, 12.06.96
N 426/94	20.03.96	Ayuda regional a Suzuki Manufacturing SA (Castilla-La Mancha)	DOCE C150, 24.05.96
N 94/96	21.03.96	Medidas a favor del turismo (Valencia)	DOCE C222, 31.07.96
N 956/95	21.03.96	Medidas de ayudas a las pymes (Aragón)	DOCE C157, 01.06.96
N 953/95	02.04.96	Medidas de eliminación de aguas residuales (Cataluña)	DOCE C157, 01.06.96
N 859/95	17.04.96	Modificación del régimen de ayudas regionales del IFA: N462/94 (Andalucía)	DOCE C150, 24.05.96
N 96/96	18.04.96	Modificación del régimen de ayudas regionales a la inversión: n 72/95 (comunidad valenciana)	DOCE C150, 24.05.96
N 482/95	30.04.96	Ayuda al desarrollo Unión Naval de Levante SA (Artículo 4(7) de la 7ª Directiva de ayudas a la construcción naval) a favor de Marruecos	DOCE C227, 06.08.96
N 426/95	30.04.96	Programas de promoción de la economía social y de la formación profesional (Andalucía)	DOCE C168, 12.06.96
N 185/96	30.04.96	Medidas a favor del desarrollo del sector del turismo (Andalucía)	DOCE C168, 12.06.96
N 109/96	08.05.96	Proyectos relativos a la investigación y el desarrollo	DOCE C194, 05.07.96
N 11/96	15.05.96	Modificación del régimen (N 264/94) de ayudas regionales a la inversión y a las empresas en dificultades y del régimen (N 267/94) de ayudas regionales a las inversiones para la creación y la mejora de los equipamientos económicos (Murcia)	DOCE C188, 28.06.96

<i>Núm. Not.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 281/96	15.05.96	Prórroga del Real Decreto 442/94 en su versión modificada relativa a las primas y a la financiación en el sector de la construcción naval	DOCE C227, 06.08.96
N 252/96	29.05.96	Régimen de ayudas regionales para la formación (Castilla y León)	DOCE C188, 28.06.96
N 851/95	12.06.96	Ayuda en el sector de los vehículos de motor a favor de Mercedes Benz España SA	DOCE C276, 21.09.96
N 99/96	14.06.96	Modificación del régimen de ayudas regionales al ahorro de energía y del desarrollo de energías renovables	DOCE C225, 02.08.96
N 266/96	24.06.96	Ayuda en el sector de la minería a la empresa Mineras (Extremadura)	DOCE C227, 06.08.96
N 222/96	24.06.96	Medidas de ayudas a las pymes a la realización de proyectos de I+D (Madrid)	DOCE C300, 10.10.96
N 282/96	24.06.96	Medidas a favor de la formación profesional (Aragón)	DOCE C227, 06.08.96
N 351/96	24.06.96	Fomento de la mejora de la competitividad de conformidad con el programa FUTURES	DOCE C230, 09.08.96
N 244/96	01.07.96	Ayudas en el sector de los componentes de automóviles a Delphi Automotive System España SA	DOCE C235, 13.08.96
N 200a/96	03.07.96	Modificación del régimen de ayudas a las pymes (Asturias)	DOCE C230, 09.08.96
N 230/96	03.07.96	Régimen de ayudas a la refinanciación de empresas (Asturias)	DOCE C291, 04.10.96
NN 36/95	03.07.96	Ayudas en el sector de los vehículos de motor a Terabusi SA (País Vasco)	
N 229/96	03.07.96	Régimen de ayudas a la inversión (Asturias)	DOCE C291, 04.10.96
N 231/96	03.07.96	Régimen de ayudas al desarrollo de las empresas (Asturias)	DOCE C291, 04.10.96
N 374/96	17.07.96	Régimen de ayudas a la creación de empleos estables (Extremadura)	DOCE C291, 04.10.96
N 199/96	30.07.96	Medidas de ayudas para el desarrollo industrial y la modernización tecnológica (Islas Canarias)	DOCE C291, 04.10.96
N 513/95	30.07.96	Ayuda en el sector de los vehículos de motor a favor de Nissan SA	DOCE C391, 28.12.96
N0 406/96	18.09.96	Ayuda al desarrollo, Astilleros Zamacona o Astilleros Armon (Artículo 4(7) de la 7ª Directiva de ayudas a la construcción naval) a favor de Vietnam	DOCE C1, 03.01.97
N 458/96	18.09.96	Regímenes de ayuda a la creación de puestos de trabajo estables mediante la transformación de contratos temporales a contratos indefinidos (Castilla y León)	DOCE C25, 20.01.97



<i>Núm. Not.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 456/96	18.09.96	Régimen de ayudas para la ocupación de las mujeres mediante la creación por ellas mismas de actividades independientes o su integración en empresas de economía social (Castilla y León)	DOCE C25, 20.01.97
N 457/96	18.09.96	Régimen de ayudas a la creación neta de empleos (Castilla y León)	DOCE C25, 20.01.97
N 459/96	18.09.96	Régimen de ayudas a la ocupación de parados mediante la creación por ellos mismos de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada o de su integración en estas sociedades (Castilla y León)	DOCE C25, 20.01.97
N 206/96	09.10.96	Ayuda en el sector aeronáutico a Gamesa Aeronautica SA (País Vasco)	DOCE C378, 13.12.96
NN 42/95	22.10.96	Ayuda a la reestructuración a Danona sociedad cooperativa (País Vasco)	DOCE C378, 11.02.97
NN 118/95	22.10.96	Ayuda en el sector de los vehículos de motor a Opel España (Aragón)	DOCE C359, 28.11.96
N 791/96	26.11.96	Prórroga del programa español de la I+D, la protección del medio ambiente y la inversión en el sector no energético	
N 724/96	04.12.96	Ayuda al desarrollo, Astilleros Zamacona (Artículo 4(7) de la 7ª Directiva de ayudas a la construcción naval) a favor de Túnez	DOCE C141, 08.05.97
N 529/96	12.12.96	Régimen de ayudas regionales a la inversión (País Vasco)	DOCE C189, 20.06.97
N 776/96	12.12.96	Ayuda a la ocupación a la empresa Jesusmans SA (Islas Canarias)	DOCE C51, 21.2.97
N 98/96	18.12.96	Modificación del régimen (N 92/95) de ayudas regionales al medio ambiente (Comunidad Valenciana)	DOCE C189, 20.06.97

**B. Casos en los que la Comisión europea decidió incoar el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE o amplió un procedimiento ya iniciado**

<i>Núm. Not.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
NN 43/95 NN 44/95	09.10.95	Ayuda a la reestructuración de la empresa Fabricantes Vasco de Herramientas, S.A. Fahavé, SA y sus derechos (País Vasco)	DOCE C71, 07.03.97
N 239/95	20.11.96	Solicitud de ampliación del límite de entrega fijado en el artículo 4.3. de la Directiva de ayudas a la construcción naval en relación a cinco remolcadores construidos por Astilleros Zamacona, SA	DOE, C58 25.02.96

**C. Casos en los que la Comisión europea archivó el procedimiento de conformidad con el artículo 93.2 TCE**

Núm. Not.	Fecha	Materia	Publicación
C 1/95	30.07.96	Ayuda en el sector del automóvil a Suzuki-Santana Motor SA	DOCE L6, 10.01.97

**D. Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión condicional de conformidad con el artículo 93.2 TCE**

Núm. Not.	Fecha	Materia	Publicación
C 56/94	30.04.96	Ayuda en el sector de las fibras sintéticas a La Seda de Barcelona SA (Cataluña y Comunidad de Madrid)	DOCE L298, 22.11.96

**E. Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 93.2 TCE**

Núm. Not.	Fecha	Materia	Publicación
C 22/90	18.09.96	Ayuda a Hiladuras y Tejidos Andaluces SA (HYTASA), actualmente denominada Mediterráneo Técnica Textil SA, y su adquirente	DOCE L96, 11.04.97

**F. Casos en los que la Comisión europea adoptó una decisión negativa o parcialmente negativa de conformidad con el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91 del Tratado CECA**

Núm. Not.	Fecha	Materia	Publicación
C 9/95	30.07.96	Ayuda a la siderurgia a Tubacex	DOCE L8, 11.01.97

**G. Otras decisiones**

Núm. Not.	Fecha	Materia	Publicación
NN 188/95	30.04.96	Ayuda a Porcelanas del Norte Sal (PONSAL) (Navarra)	DOCE L246, 27.09.96 decisión provisional
N 359/96	17.07.96	Medidas a favor de la recogida y el tratamiento de residuos domésticos tóxicos y peligrosos (Comunidad Valenciana)	DOCE c291, 04.10.96 artículo 92.1 no aplicable



### III. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

El año 1996 confirmó el paulatino, pero constante, incremento de la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, del Consejo, sobre el control de concentración entre empresas. Normativa, cuya revisión analizó la Comisión en un Libro Verde en enero de 1996 y que ha sido modificada por el Reglamento (CE) núm. 1310/97, de 30 de junio de 1997<sup>3</sup>

El referido incremento, fruto seguramente de una tendencia progresiva hacia una mayor integración de las empresas y los mercados europeos, se desprende nítidamente de las estadísticas de la aplicación del Reglamento que siguen más adelante<sup>4</sup>.

#### 1. DECISIONES FINALES

La Comisión en el año 1996 ha adoptado 125 decisiones finales en materia de concentraciones. Número que confirma el referido incremento en la aplicación del Reglamento. Destaca en especial, que únicamente 3 decisiones constituyen prohibiciones de la operación de concentración. Se indica el artículo del Reglamento 4064/89 de aplicación y el contenido de la decisión

Reg.4064/89	Contenido de la decisión	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
6.1.a	Fuera del ámbito de aplicación	2	5	9	4	5	9	6
6.1.b	Compatible con el mercado común	5	47	42	49	77	90	109
6.1.b	Compatible con condiciones		3	4		2	3	
6.1.b	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros			1		1		
9.3.b	Remisión a los Estados miembros				1			3
8.2	Autorización con condiciones		3	3	2	2	3	3
8.2	Autorización sin condiciones		1	1	1	2	2	1
8.3	Prohibiciones		1			1	2	3
	Total decisiones finales	7	60	60	57	90	109	125

#### 2. OTRAS DECISIONES

Reg. 064/89	Contenido de la decisión	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
7.2	Orden de suspensión		4	3	3	12	12	17
7.4	Dispensa de la suspensión	1	1	2	3	1	2	3
6.1.c	Incoación de expediente		6	4	4	6	7	6

<sup>3</sup> DOCE L 180/1, de 9 de septiembre de 1997. Esta modificación entrará en vigor el 1 de marzo de 1998.

<sup>4</sup> Obtenidas en la DGIV, estadísticas de concentraciones.





## TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

### I. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA DIRIGIDAS A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año 1996 en aplicación de las normas de la competencia dirigidas esencialmente a las empresas. Se indica su fecha; el número de asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y la publicación en la Recopilación.

#### 1. SENTENCIAS DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
09.01.1996	T-575/93	Casper Koelman c. Comisión europea	Desestimación de una denuncia. Motivación. Juez nacional	II-1
11.07.1996	T-528, 542, 543 y 546/93	Métropole télévision SA y otros c. Comisión europea	Decisiones de asociaciones de empresas. Acuerdos entre empresas. Decisión de exención	II-649
18.09.1996	T-353/94	Postbank NV c. Comisión europea	Procedimiento administrativo. Pliego de cargos y acta de la audiencia. Decisión mediante la que la Comisión permite utilizar, en procedimientos judiciales nacionales, determinados documentos extraídos del procedimiento en materia de competencia. Secreto profesional y comercial	II-921
18.09.1996	T-387/94	Asia Motor France SA y otros c. Comisión europea	Obligaciones en materia de investigación sobre el objeto de las denuncias. Conformidad a Derecho de los fundamentos de la decisión desestimatoria. Error manifiesto de apreciación	II-961
24.09.1996	T-57/91	National Association of Licensed Opencast Operators c. Comisión europea	Tratado CECA. Empresa nacional propietaria de las reservas de carbón y titular del monopolio legal de concesión de licencias de extracción. Derechos de los denunciantes	II-1019

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
08.10.1996	T-24, 25, 26 y 28/93	Compagnie maritime belge transports SA and Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co and Nedlloyd Lijnen BV c. Comisión europea	Transporte marítimo internacional. Reglamento CEE 4056/86. Posición de dominio colectiva. Aplicación de un acuerdo que prevé un derecho exclusivo	II-1201
22.10.1996	T-79/85 T-80/95	Société nationale des chemins de fer français and British Railways Board c. Comisión europea	Túnel bajo el Canal de la Mancha. Reserva del 50 por ciento de la capacidad del túnel a dos compañías. Exención. Acceso de terceros	II-1419
11.12.1996	T-49/95	Van Megen Sports Group BV c. Comisión europea	Art. 85 TCE. Prueba de la infracción. Motivación	II-1799
12.12.1996	T-16/91	Rendo NV y otros c. Comisión europea	Desestimación presunta de una denuncia. Motivación. Recurso de casación. Devolución del asunto por el Tribunal de Justicia. Continuación del procedimiento	II-1827
12.12.1996	T-19/92	Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Comisión europea	Sistemas de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo	II-1851
12.12.1996	T-87/92	BVBA Kruidvat c. Comisión europea	Sistemas de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo	II-1931
12.12.1996	T-88/92	Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Comisión europea	Sistemas de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo	II-1961

## 2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
27.02.1996	T-235/95	Goldstein c. Comisión europea	Medidas cautelares	
11.03.1996	T-195/95	Guérin automobiles c. Comisión europea	Recurso por omisión y de indemnización. Excepción de inadmisibilidad	II-171
17.04.1996	T-2/93	Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c. Comisión europea	Tasación de costas	II-235
03.06.1996	T-41/96	Bayer Ag C. Comisión europea	Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución	II-381
04.06.1996	T-18/96	Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf y Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven c. Comisión europea	Pago de multa. Garantía bancaria. Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución	II-407



<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
19.06.1996	T-134, 136, 137, 138, 141, 145, 147, 148, 151, 156, 157/94	NMH Stahlwerke GmbH y otros c. Comisión europea	Art. 23 Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia. Documentos relativos al asunto. Carácter confidencial	II-537
12.07.1996	T-52/96	Sogecable SA c. Comisión europea	Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución	II-797

## II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año 1996 en aplicación de las normas de la competencia relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha; su asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y, en su caso, la publicación en la Recopilación.

### 1. SENTENCIAS DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
22.05.1996	T-277/94	Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) c. Comisión europea	Decisión por la que se declara la ilegalidad de ayudas de Estado. Solicitud de iniciación de un procedimiento por incumplimiento. Denegación. Recurso de anulación. Inadmisibilidad. Recurso por omisión. Inadmisibilidad	II-351
05.06.1996	T-398/94	Khan Scheepvaart BV c. Comisión europea	Construcción naval. Régimen general de ayudas	II-477
22.10.1996	T-154/94	Comité des salines de France y Compagnie des salins du Midi et des salines de l'Est SA c. Comisión europea	Ayuda con finalidad regional. Escrito de la Comisión relativo a una ayuda. Recurso de anulación. Inadmisibilidad	II-1377
22.10.1996	T-266/94	Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsvaerftsforeningen y otros c. Comisión europea	Construcción naval. Régimen por el que se establecen excepciones	II-1399
22.10.1996	T-330/94	Salt Union Ltd c. Comisión europea	Negativa de la Comisión a adoptar medidas apropiadas en el sentido del art. 93.1 TCE. Recurso de anulación. Inadmisibilidad	II-1475
12.12.1996	T-358/94	Compagnie nationale Air France c. Comisión europea	Transporte aéreo. Compañía aérea en situación de crisis económica	II-2112

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
12.12.1996	T-380/94	Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soi naturelle (AUIFFASS) y otros c. Comisión europea	Sector textil. Asociación profesional. Admisibilidad. Error manifiesto de apreciación. Exceso de capacidad	II-2169

## I. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
26.06.1996	T-11/95	BP Chemicals Ltd c. Comisión europea	Régimen lingüístico. Documentos que se acompañan en una lengua distinta de la lengua de procedimiento. Petición que se acuerde una excepción a la obligación de traducción	II-599
21.10.1996	T-107/96	Pantochim SA c. Comisión europea	Requerimiento a la Comisión para obligar a un estado a modificar las condiciones de otorgamiento de una ayuda.	II-1361
06.12.1996	T-155/96	Ciudad de Maguncia c. Comisión europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Suspensión de la ejecución. Urgencia.	II-1655
17.12.1996	T-164/96	Moccia Irme Spa c. Comisión europea	Tratado CECA. Ayuda de estado	II-2261



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### I. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA DIRIGIDAS A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TJCE durante el año 1996 en aplicación de las normas de la competencia dirigidas esencialmente a las empresas. Se indica su fecha; su asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y la publicación en la Recopilación.

#### 1. SENTENCIAS DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
15.02.1996	C-226/94	Grand garage albigeois SA y otros c. Garage Massol SARL	Distribución de vehículos automóviles. Reglamento CEE 123/85. Oponibilidad frente a terceros. Revendedor independiente	I-651
15.02.1996	C-309/94	Nissan France y otros c. Jean-Luc Dupasquier de Garage Sport Auto y otros	Distribución de vehículos automóviles. Reglamento CEE 123/85. Oponibilidad frente a terceros. Importador paralelo. Simultaneidad de las actividades de mandatario y revendedor independiente	I-667
02.05.1996	C-18/94	Barbara Hopkins y otros c. National Power plc y PowerGen plc	Discriminación entre productores. Aplicación arts. 4 y 63 TCECA. Abuso de posición dominante. Reparación de los perjuicios derivados de la infracción. Competencias respectivas de la Comisión y del Juez nacional	I-2281
24.10.1996	C-91/95	Roger Tremblay y otros c. Comisión europea	Desestimación de una denuncia. Falta de interés comunitario	I-5547
24.10.1996	C-73/95	Viho Europe BV c. Comisión europea	Grupos de sociedades. Acuerdos entre sociedad matriz y filiales sin autonomía. Exclusión. Aplicación eventual art. 86 TCE	I-5457
14.11.1996	C-333/94	Tetra Pak International SA c. Comisión europea	Posición dominante. Aplicación del art. 86 TCE a prácticas seguidas por una empresa dominante en un mercado distinto del mercado dominado. Precios predatorios	I-5951

## 2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
20.03.1996	C-2/96	Proceso penal c. Carlo Sunino y Giancarlo Data	Admisibilidad. Petición de decisión prejudicial que no proporciona ninguna precisión sobre el contexto fáctico y el régimen normativo y no expone las razones en que se funda la remisión al TJCE	I-1543
25.03.1996	C-137/95	Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid y otros c. Comisión europea	Motivo articulado contra un fundamento jurídico de la sentencia no necesario para fundamentar el fallo. Presupuestos para la imposición de multas por la Comisión	I-1611
24.04.1996	C-19/93	Rendo NV y otros c. Comisión europea	Rectificación sentencia	I-1998
14.10.1996	C-268/96	Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c. Comisión europea	Motivos recurso de casación en el caso de los autos sobre medidas provisionales. Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución. Acceso al expediente	I-4971

## II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TJCE durante el año 1996 en aplicación de las normas relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha; su asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y la publicación en la Recopilación.

## 1. SENTENCIAS DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
29.02.1996	C-56/93	Bélgica c. Comisión europea	Sistema de tarifas preferencial para los suministros de gas natural a los productores neerlandeses de abonos nitrogenados	I-723
29.02.1996	C-122/94	Comisión europea c. Consejo de la UE	Política Agrícola Comuna. Sector vitivinícola. Facultad del Consejo de autorizar una ayuda con carácter excepcional	I-881
11.07.1996	C-39/94	Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros c. La Poste y otros	Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de que paralelamente se haya presentado una denuncia ante la Comisión. Consecuencias infracción última frase art 93.3 TCE	I-3547



<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
26.09.1996	C-241/94	Francia c. Comisión europea	Intervención del Estado con un carácter social. Confinanciación mediante un Fondo público, que dispone de una facultad discrecional, de medidas de acompañamiento de planes sociales elaborados por empresas afectadas por problemas de empleo	I-4551
15.10.1996	C-311/94	Ijssel-Vliet Combinatie bv c. Minister van economische Zaken	Ayuda a la construcción de un barco de pesca. Normas aplicables al sector pesquero	I-5023
24.10.1996	C-329/93 C-62/95 C-63/95	Alemania y otros c. Comisión europea	Garantía concedida por las autoridades públicas a favor, indirectamente de una empresa de otro sector. Diversificación de las actividades de la empresa beneficiaria. Recuperación	I-5151

## 2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
13.03.1996	C-326/95	Banco de Formento e Exterior SA c. Amancio Maurício Martins Pechim y otros	Cuestión prejudicial. Inadmisibilidad	I-1385
03.05.1996	C-399/95	Alemania c. Comisión europea	Medidas cautelares. Suspensión de la ejecución. Tratado CECA	I-2441
11.07.1996	C-325/94	An Taisce -The National Trust for Ireland y World Wide Fund for Nature UK (WWF) c. Comisión europea	Recurso de casación manifiestamente infundado	I-3727

## III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

### 1. SENTENCIA DICTADA

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 1996 en aplicación de las normas relativas a concentraciones de empresas. Se indica su fecha; su asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y su publicación en la Recopilación.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
11.01.1996	C-480/93	Zunis Holding SA y otros c. Comisión europea	Control de las operaciones de concentración. Admisibilidad del recurso de anulación interpuesto contra una decisión por la que se deniega proceder a la reapertura del procedimiento	I-1





## 1. INTRODUCCIÓN

Real Decreto Ley 2779/85 de 7 de Julio de medidas urgentes de carácter fiscal y del comercio exterior, y Real Decreto Ley 2779/85 de 7 de Julio de medidas urgentes de carácter fiscal y del comercio exterior.

El Real Decreto Ley 2779/85 forma parte de las medidas de carácter urgente adoptadas por el Gobierno con el Partido Demócrata y las pocas semanas de gobierno. En la misma fecha de 7 de Julio de 1985 se promulga el Real Decreto Ley 2779/85 de medidas urgentes de carácter fiscal y del comercio exterior, y el Real Decreto Ley 2779/85 de medidas urgentes de carácter fiscal y del comercio exterior, y el Real Decreto Ley 2779/85 de medidas urgentes de carácter fiscal y del comercio exterior.

### CUARTA PARTE

## NOVEDADES NORMATIVAS

Además, el Real Decreto Ley 2779/85 (1985) págs. 139, de 7 de Julio de 1985, modifica de forma expresa, 147, de 10 en punto de 1985, en favor de un sistema de que puede considerarse de transición, en que se exceptúan los casos relativos a determinados asuntos. Dicho sistema modifica, entre otros, el sistema de financiación de las empresas de carácter industrial y de carácter público, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas.

Este mismo sistema modifica en el artículo 12 del Real Decreto Ley 2779/85 (1985) págs. 139, de 7 de Julio de 1985, en favor de un sistema de que puede considerarse de transición, en que se exceptúan los casos relativos a determinados asuntos. Dicho sistema modifica, entre otros, el sistema de financiación de las empresas de carácter industrial y de carácter público, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas.

El artículo 15 del Real Decreto Ley 2779/85 (1985) págs. 139, de 7 de Julio de 1985, modifica de forma expresa, 147, de 10 en punto de 1985, en favor de un sistema de que puede considerarse de transición, en que se exceptúan los casos relativos a determinados asuntos. Dicho sistema modifica, entre otros, el sistema de financiación de las empresas de carácter industrial y de carácter público, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas.

La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 2779/85 (1985) págs. 139, de 7 de Julio de 1985, modifica de forma expresa, 147, de 10 en punto de 1985, en favor de un sistema de que puede considerarse de transición, en que se exceptúan los casos relativos a determinados asuntos. Dicho sistema modifica, entre otros, el sistema de financiación de las empresas de carácter industrial y de carácter público, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas, mediante un sistema de financiación de las empresas con pago de un porcentaje sobre del 10 por 100 sobre las actividades de las empresas.





## I. ESPAÑA

### *Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*

El Real Decreto Ley 7/1996 forma parte de un conjunto de medidas adoptadas con carácter urgente por el nuevo gobierno del Partido Popular a las pocas semanas de su configuración. En la misma fecha de 7 de junio se adoptaron diversas disposiciones con incidencia en la liberalización de distintos sectores y en el ámbito fiscal. En concreto, se adoptó el Real Decreto-Ley 5/1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales; el Real Decreto-Ley 6/1996, de liberalización de las telecomunicaciones; y el Real Decreto-Ley 8/1996, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.

Asimismo, el Real Decreto-Ley 7/1996 (BOE núm. 139, de 8 de junio de 1996, corrección de errores BOE núm. 147, de 18 de junio de 1996) no tiene un contenido que pueda calificarse de homogéneo, ya que incorpora medidas relativas a distintos ámbitos. Dispone medidas sobre fomento del empleo y beneficios fiscales en la sucesión de empresas familiares y vivienda habitual; medidas sobre actualización de balances de las empresas con pago de un gravamen único del 3 por 100 sobre las revalorizaciones de activos; medidas fiscales urgentes sobre tributación del ahorro en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y distintas medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía.

Entre estas últimas medidas se dispone en el artículo 15 del Real Decreto-Ley la modificación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. También se prevé la supresión de la Junta Superior de Precios; se modifican distintas normas relativas al sistema financiero; se modifica la Ley reguladora de las bases de régimen local en cuanto a los servicios funerarios y de matadero; y se regulan aspectos de la distribución de carburantes.

El artículo 15 del Real Decreto-Ley constituye la primera modificación de la LDC. Sin embargo, esta alteración no es estructural. Su objetivo consiste en clarificar aspectos, en algunos casos controvertidos, que la práctica de la aplicación de la ley había puesto de relieve.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley justifica en estos términos la modificación:

«El segundo gran grupo de medidas tiene como objetivo el fomento y la liberalización de la actividad económica.

Así, en materia de defensa de la competencia, resulta preciso dotar de mayor transparencia y agilidad al tratamiento de las conductas y prácticas restrictivas, modificándose a tal efecto la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, clarificando algunos aspectos de la misma.»

La modificación afecta a los artículos 1, 2 y 15 LDC.

Al artículo 1, se añade un nuevo apartado con la siguiente redacción:

«3. Los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir no perseguir las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En tales casos, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá inadmitir las denuncias y el Tribunal de Defensa de la Competencia sobreseer los expedientes.»

Al artículo 2, se añade un nuevo párrafo al apartado 1 con la siguiente redacción:

«Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

Al artículo 15, se añade un nuevo apartado 5 con la siguiente redacción:

«5. Cuando el Servicio de Defensa de la Competencia considere que una notificación voluntaria de operación de acuerdos, pactos u operaciones de alianza entre empresas no responde a una operación de concentración económica, resolverá en el plazo de un mes que sea tratada como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas con arreglo a lo previsto en el artículo 3 y que no goce del beneficio de la autorización tácita.

Cuando una notificación voluntaria de operación de concentración se presente con posterioridad a una denuncia de prácticas restrictivas de la competencia por hechos similares, el Servicio de Defensa de la Competencia procederá en el plazo de un mes a acumular los dos expedientes y a pronunciarse sobre si la operación debe ser tramitada como un acuerdo del artículo 1 o como una concentración económica.

Dichos acuerdos adoptados por el Servicios de Defensa de la Competencia serán recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en los términos previstos en el artículo 47.»



## II. UNIÓN EUROPEA

Se indican a continuación las novedades acontecidas en la Unión Europea. Para ello distinguimos tres grandes bloques: las disposiciones relativas a los artículos 85 y 86 TCE; las referidas a ayudas públicas; y las que se enmarcan en una acción liberalizadora.

Para efectuar esta relación no hemos seguido un criterio jurídico-formal estricto. Por ello, se incorporan comunicaciones que no tienen valor jurídico. No obstante, son esenciales para la aplicación de la política de la competencia en la Unión europea.

### 1. ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

#### A. *En general*

Comunicación de la Comisión, de 10 de julio de 1996, relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (*DOCE C207*, 18.07.1996).

Proyecto de comunicación relativa a la cooperación de la Comisión con las autoridades de competencia de los Estados miembros para la tramitación de los asuntos relacionados con los artículos 85 y 86 (*DOCE C262*, 10.09.1996).

#### B. *Exenciones por categorías*

Reglamento (CE) n.º 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE L31*, 09.02.1996).

#### C. *Transportes*

Reglamento (CE) n.º 1523/96, de 24 de julio de 1996, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1617/93 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos (*DOCE L190*, de 31.07.1996).

### 2. AYUDAS PÚBLICAS

#### A. *Procedimiento de notificación*

Procedimiento acelerado para la tramitación de las notificaciones de ayudas al empleo Formulario-tipo de notificación (*DOCE C218*, 27.07.1996).

Comunicación de la Comisión sobre la exclusión de las ayudas de *minimis* a sectores cubiertos por el Tratado CECA, la construcción naval, los transportes, la agricultura y la pesca (DOCE C68, 06.03.1996).

### B. Ayudas horizontales

Encuadramiento comunitario sobre ayudas de estado de investigación y desarrollo (96/C 45/06), (DOCE C45, 17.02.1996).

Directrices comunitarias sobre ayudas de estado a las pequeñas y medianas empresas (DOCE C213, 23.07.1996).

Recomendación de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de las pequeñas y medianas empresas (Texto pertinente a los fines del EEE) (96/280/CE) (DOCE L107, 30.04.1996).

### C. Ayudas regionales

Comunicación de la Comisión relativa al método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DOCE C232, 10.08.1996).

Comunicación de la Comisión sobre el método de aplicación de la letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE a las ayudas regionales (DOCE C186, 26.06.1996).

### D. Ayudas sectoriales

Directrices aplicables a las ayudas al sector de las fibras sintéticas (DOCE C94, 30.03.1996).

Reglamento (CE) n.º 1904/96 del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 3094/95 sobre ayudas a la construcción naval (DOCE L251, 03.10.1996).

Comunicación de la Comisión relativa a la construcción naval: Límite máximo de ayudas a la producción (96/C 364/03) (DOCE C364, 04.12.1996).

Decisión n.º 2496/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas estatales en favor de la siderurgia (Texto pertinente a los fines del EEE) (DOCE L338, 28.12.1996).

Reglamento (CE) n.º 2255/96 del Consejo, de 19 de noviembre de 1996, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1107/70 relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DOCE L304, 27.11.1996).

Comunicación de la Comisión sobre las ayudas de Estado en forma de préstamos a corto plazo con bonificaciones de intereses en el sector agrario (96/C 44/02) (DOCE C44, 16.02.1996).



### 3. LIBERALIZACIÓN

#### A. *En general*

Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de 11 de septiembre de 1996 (COM (96) 443 final, OPOCE 1996).

#### B. *Telecomunicaciones*

Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales (DOCE L20, de 26.01.96).

Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388//CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (DOCE L74, de 22.03.96).

#### C. *Energía*

Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOCE L27, de 30.01.1997, p. 20).





# INTERVENCIÓN DE DON JOSÉ MARÍA AZNAR EN EL DEBATE SOBRE LA INVESTIDURA DEL CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

## QUINTA PARTE

En el presente del Congreso de Diputados se celebró el debate,  
El día 20 de Mayo de 1906.

## DOCUMENTACIÓN

El debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana. En las sesiones que han sido de la tarde de la mañana se celebró el debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana. En las sesiones que han sido de la tarde de la mañana se celebró el debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana.

El debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana. En las sesiones que han sido de la tarde de la mañana se celebró el debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana. En las sesiones que han sido de la tarde de la mañana se celebró el debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana.

El debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana. En las sesiones que han sido de la tarde de la mañana se celebró el debate y el discurso de don José María Aznar, en el Congreso de Diputados, a 20 de Mayo de 1906, se celebró en el salón de sesiones de la Cámara, parte de las sesiones de la tarde de la mañana.





## INTERVENCIÓN DE DON JOSÉ MARÍA AZNAR EN EL DEBATE SOBRE LA INVESTIDURA DEL CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el viernes, 3 de mayo de 1996 <sup>1</sup>.

Señoras y señores Diputados, el programa económico que abordará el Gobierno a lo largo de la legislatura, si obtengo la confianza de la Cámara, parte de un análisis riguroso de la realidad. Es un programa que está dirigido a modernizar nuestro sistema económico y a superar los desequilibrios y anomalías que actualmente padece. Quiere dar respuesta a las verdaderas preocupaciones de los españoles: la falta de empleo, la situación de los jóvenes, el paro femenino, las deficiencias de nuestros servicios públicos y de nuestras infraestructuras, las causas por las cuales no hay suficientes empresas en España.

El paro sigue siendo el principal problema de la economía española. Y no se trata simplemente de un problema económico o social, el paro es, sobre todo, un drama personal y familiar. Son muchos los españoles que ven comprometido su proyecto vital al no tener expectativas de encontrar un empleo estable para proyectar con confianza su futuro. Nuestra baja ocupación distorsiona gravemente el funcionamiento de la economía. El escaso empleo reduce los ingresos fiscales y ocasiona mayores gastos en subsidios y transferencias, necesarios para mantener el nivel de renta de quienes, desgraciadamente, no encuentran trabajo y de sus familias. La creación de empleo estable en una economía mundial cada vez más abierta sólo se puede lograr con un sistema productivo eficaz y competitivo, capaz de adaptarse a las exigencias de los mercados y de las nuevas tecnologías. Pero la competitividad y la eficacia exigen un marco de confianza; confianza en nosotros mismos, en nuestras posibilidades, confianza para ahorrar, para invertir, para emprender nuevos proyectos. Y es preciso también que la sociedad prime valores como el esfuerzo individual, la iniciativa y la cooperación.

---

<sup>1</sup> Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1996, VI Legislatura, núm. 2. Se reproduce a continuación la parte de la intervención de don José María Aznar López referida, especialmente, a política económica.

Aprovechar todo nuestro potencial de crecimiento, que permita crear empleo y garantizar el bienestar social, exige llevar a cabo un conjunto ordenado y coherente de acciones de política económica y social que han de perseguir tres grandes objetivos. En primer lugar, cumplir estrictamente los criterios de convergencia establecidos en el Tratado de Maastricht; en segundo lugar, realizar las reformas estructurales que permitan mejorar el funcionamiento de los mercados y del sistema productivo y, en tercer lugar, perfeccionar los sistemas de empleo y de protección social.

Preparar la economía española para que pueda incorporarse en buenas condiciones a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria en 1999 es un objetivo nacional cuya consecución orientará toda la acción del Gobierno. Los criterios de convergencia establecidos en el Tratado de Maastricht van dirigidos a consolidar una economía sana y equilibrada; son requisitos imprescindibles para lograr un crecimiento sólido y crear empleo. España, lamentablemente, no cumple en estos momentos ninguno de los criterios de convergencia. Ésta es la dura realidad de la que partimos, y por mucho que se pretenda lo contrario, es preciso reconocer esta situación, una situación que nos va a obligar a un gran esfuerzo para recuperar el tiempo perdido y cumplir los requisitos de convergencia en el breve plazo de 18 meses.

Quiero dejar bien claro que los objetivos de convergencia son irrenunciables y, entre ellos, la reducción del déficit es el más importante porque resulta esencial para el cumplimiento de los demás. Por esta razón, el nuevo Gobierno mantendrá para el presente y el próximo año el compromiso de cumplir el objetivo de déficit para el conjunto de las administraciones públicas, establecido en el Programa de Convergencia actualizado, que debe quedar en el 4,4 por ciento de producto interior bruto en 1996 y situarse en el 3 por ciento en 1997.

Tras la verificación del estado de las finanzas públicas, el Gobierno adoptará las medidas conducentes al logro del mencionado objetivo y confío contar con el respaldo de la Cámara, que ya asumió aquel compromiso, cuando haya de plasmarse en medidas concretas.

Es evidente que no es posible contener el gasto y controlar el déficit sin la efectiva colaboración de todos los agentes públicos. En la actualidad más de una tercera parte del gasto público está administrado por las comunidades autónomas y las corporaciones locales, por lo que el cumplimiento de los criterios de convergencia económica es una responsabilidad de todos. Por ello, el Gobierno impulsará un compromiso de austeridad entre el Estado, las comunidades autónomas y los ayuntamientos que permita alcanzar con éxito, de manera coordinada y solidaria, los objetivos propuestos. Por su parte, el Gobierno asume el compromiso de que el conjunto del gasto público en 1996 y 1997 no crezca en ningún caso por encima de la inflación.



Para dar cumplimiento a este exigente propósito se iniciará con carácter inmediato un conjunto de reformas legales y administrativas. Me propongo impulsar la reforma de la Ley General Presupuestaria para introducir mayor racionalidad en la elaboración de los presupuestos, reducir la discrecionalidad en su ejecución, aumentar la transparencia en todos los organismos públicos, controlar mejor las subvenciones y reducir la morosidad de las administraciones públicas. Por otro lado, con objeto de garantizar la eficacia del control del gasto público, se reforzarán las funciones de la Intervención General del Estado, se reformará la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y se establecerá una oficina presupuestaria en la Presidencia del Gobierno, como expresión de un compromiso directo con este objetivo. Pero la mejora de los mecanismos de control interno y externo sería estéril sin una política decidida de austeridad en la Administración que permita reducir sus gastos de funcionamiento. Con carácter inmediato se acometerá un conjunto de actuaciones con tal finalidad.

La reducción del déficit público contribuirá a la bajada de los tipos de interés y facilitará el cumplimiento de los objetivos de inflación previstos en el Tratado. Ambos factores son necesarios para proporcionar a las empresas españolas un marco estable y para reducir sus costes financieros.

Señor Presidente, el segundo objetivo de nuestro programa económico persigue realizar las reformas estructurales que permitan mejorar el funcionamiento de los mercados y nuestro sistema productivo y alcanzar así una economía más eficiente y competitiva.

La política económica del Gobierno que aspiro a presidir parte del convencimiento de que la empresa es el verdadero motor de la economía. España necesita más y mejores empresas, son ellas las que crean empleo. La nuestra será una política a favor de la empresa, dirigida a crear un marco en el que pueda cumplir su papel. En particular, se orientará a estimular la inversión y el ahorro energético y a incrementar los recursos destinados a la formación y a la investigación y desarrollo.

Para que nuestras empresas sean competitivas es también necesario un marco jurídico estable. La inseguridad del tráfico mercantil afecta cada vez más a la actividad económica. Las pequeñas y medianas empresas y los trabajadores autónomos necesitan un respaldo especial, porque del éxito de su actividad depende, en gran medida, la generación de empleo. Con tal finalidad, se promoverán medidas específicas orientadas a mejorar el entorno administrativo, financiero y fiscal en el que estos empresarios desarrollen su actividad. En esa dirección nos proponemos simplificar sus relaciones con la Administración, mejorar los cauces de financiación y simplificar su fiscalidad para que no sea un obstáculo a la inversión y a la creación de empleo.

La necesaria reordenación del sector público empresarial ocupa también un lugar destacado en el programa económico que me pro-

pongo abordar. Con la finalidad de contribuir a una mejora de la eficiencia general de la economía española, es preciso continuar e impulsar el camino de la desregulación y privatización emprendido desde nuestro ingreso en la Comunidad Europea. En este sentido, el Gobierno elaborará un plan estratégico de privatizaciones, presidido por criterios de máxima transparencia, incremento de la eficacia de las empresas y mayor competencia en los sectores en que operan, teniendo siempre presente la consideración de los intereses nacionales. La privatización producirá, además, otros efectos beneficiosos como la ampliación de los mercados de capitales españoles y la difusión de la propiedad.

Por otra parte, existen razones económicas y sociales que aconsejan la presencia del Estado en determinados sectores económicos. El futuro del sector público empresarial exige, en todo caso, una política de saneamiento, así como la mejora de su gestión.

Modernizar nuestra economía hace necesaria también una profunda reforma del sistema tributario. Los continuos cambios y retoques de estos últimos años ni han logrado la creación del marco fiscal adecuado al nuevo entorno económico ni han corregido su falta de equidad. La reforma debe proponerse tres objetivos básicos: apoyar el ahorro y la inversión productiva, proporcionar recursos suficientes para financiar las tareas del Estado social de Derecho y garantizar un reparto solidario y justo de las cargas tributarias. En cualquier caso, el proceso de reforma tendrá en cuenta el elevado esfuerzo fiscal que ya hacen los contribuyentes españoles.

En coherencia con estos objetivos, la reforma fiscal se construirá sobre los siguientes pilares: un nuevo marco de relaciones entre la administración tributaria y los contribuyentes; el impulso en la lucha contra el fraude fiscal y una nueva configuración de los principales impuestos. El nuevo marco de relaciones tributarias perseguirá el logro de una mayor igualdad de las partes en el proceso tributario y la introducción de unos mayores niveles de seguridad jurídica, para lo cual se elaborará un estatuto del contribuyente que delimite los derechos y garantías de los ciudadanos ante la administración tributaria y simplifique el cumplimiento de sus obligaciones.

El fraude fiscal actualmente existente en España es incompatible con una sociedad moderna y solidaria y atenta claramente al valor de la justicia. Es indispensable combatirlo con mayor eficacia. A tal fin, el Gobierno encomendará, con carácter inmediato, a la administración tributaria la elaboración y ejecución de planes efectivos de lucha contra el fraude fiscal. Por último, el Gobierno propondrá la reforma de los principales impuestos que integran nuestro sistema fiscal. Desarrollaremos esta reforma a lo largo de la legislatura, de manera acompañada con la reducción del déficit y haciéndola compatible, en todo caso, con el cumplimiento de los objetivos de convergencia europea.



El Impuesto sobre la Renta necesita una profunda revisión orientada a hacerlo más justo, a convertirlo en un instrumento eficaz para el fomento del ahorro y a simplificarlo. En este sentido, se reformará la tarifa del impuesto y se la modulará, de modo que refleje fielmente la capacidad económica del contribuyente en función de sus circunstancias personales y familiares.

Asimismo, la fiscalidad empresarial, singularmente la de los pequeños empresarios y la de los autónomos, ha de ser netamente mejorada para eliminar de nuestro ordenamiento todas las normas fiscales que están penalizando la generación de empleo y que están dificultando la competitividad e internacionalización de las empresas españolas.

Con la misma finalidad de conseguir una economía más flexible, dinámica y competitiva, el Gobierno emprenderá un conjunto de reformas estructurales en los sectores y mercados donde sobran rigidices, intervencionismos y restricciones artificiales de oferta. Me refiero, en especial, al suelo, las telecomunicaciones, el transporte y la energía.

La reforma de la legislación sobre el suelo, además de una exigencia de racionalidad económica, es hoy ineludible para resolver uno de los problemas más graves que tiene la sociedad española: el acceso a la vivienda, sobre todo de los más jóvenes. El suelo se ha convertido en un recurso artificialmente escaso en un país en el que la densidad media de población es de las más bajas de Europa.

Otro sector clave para el futuro es el de las telecomunicaciones. Para su desarrollo es necesario adecuar la legislación al nuevo marco de liberalización plena que prevé la Unión Europea. El impulso de las redes de cable y las comunicaciones por satélite será decisivo para convertir este sector en uno de los motores de nuestro crecimiento. El Gobierno se propone crear un consejo regulador de las telecomunicaciones, que será un organismo independiente para garantizar las reglas de competencia en este sector.

Por último, la introducción de un mayor grado de competencia en los sectores del transporte y la energía servirá para proporcionar un mejor servicio a los consumidores y para la reducción de los costes de las empresas.

Señor Presidente, con la aplicación de las reformas económicas esbozadas se relanzarán las oportunidades de empleo estable y se favorecerá la consolidación de sistemas de protección social. Éste debe ser el gran objetivo de toda la sociedad española. Porque, señoras y señores Diputados, es dolorosamente obligado recordar que España sufre hoy la mayor tasa de paro de la Unión Europea y, a la vez, el mayor porcentaje de empleo precario.

Es ésta una situación que produce cotidianamente una doble injusticia: el agravio entre quienes tienen trabajo y quienes carecen de él y la

dualidad en el mercado laboral entre quienes gozan de un puesto protegido y quienes están sujetos a la precariedad.

Este drama, que afecta a toda la sociedad española, reclama a su vez de toda ella el mayor sentido de la responsabilidad para afrontarlo. Nadie puede negarse a arrimar el hombro para contribuir a la resolución de lo que constituye nuestro gran problema nacional.

Por esta razón, en la elaboración, desarrollo y ejecución de las políticas a favor del empleo que el Gobierno se propone emprender, mantendremos el diálogo social como un instrumento básico al servicio de este objetivo. Confío en la fecundidad del diálogo con los agentes económicos y sociales. Lo iniciaré con carácter inmediato y estoy persuadido de que, con el concurso de todos, alcanzaremos acuerdos operativos en este ámbito.

Los jóvenes y los trabajadores españoles no cuentan hoy con los instrumentos necesarios para afrontar los cambios que la evolución económica necesariamente demanda. Para ello es preciso aplicar, actualizándolo, el Programa Nacional de Formación Profesional y posibilitar el reconocimiento de los títulos y certificados obtenidos por nuestros trabajadores en toda Europa.

Resulta también necesario acercar la Universidad y los centros de formación al mundo productivo para ampliar así la formación y conseguir la necesaria adaptación tecnológica.

Los Programas Anuales de Fomento del Empleo han de ser modificados, orientándolos hacia la contratación estable. En este sentido, el contrato de aprendizaje se transformará en una auténtica vía de formación dual que complementa trabajo y formación. Impulsaremos también el desarrollo y aplicación del acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales, recientemente adoptado por los interlocutores sociales.



## THE PROPOSAL FOR A EUROPEAN COMPETITION AGENCY

KAREL VAN MIERT

Commissioner responsible for  
Competition<sup>1</sup>

### Abstract

El Comisario Van Miert, responsable de la política comunitaria de la competencia, responde a la propuesta alemana de crear una agencia europea específica para la aplicación del derecho de la competencia aplicable a las empresas y de las normas relativas a concentraciones. Esta propuesta fue formulada en el marco de la Conferencia Intergubernamental. El Comisario pone de relieve que la política de la competencia se encuentra estrechamente relacionada con otras políticas comunitarias y que las normas de la competencia forman todas ellas una unidad difícilmente separable. Rechaza expresamente los argumentos esgrimidos para la creación de la agencia europea.

Community competition law comprises rules covering the activities of private enterprises, state monopolies, monopoly rights and state aid granted by Member States, some of which are not applied at national level. All these rules are currently applied and enforced by the Commission (Article 89 EC Treaty). However, at the Inter-governmental Conference, launched in Turin on 29 March 1996, the German government has put forward a proposal designed to change the current institutional order. They argue that a competition agency separate from the Commission should be created. This agency would be charged with the application of the competition rules vis-à-vis private enterprises (i.e. the prohibition of restrictive arrangements (Article 85 EC Treaty) and abuses of a dominant position (Article 86 EC Treaty) as well as EC merger control (Council Regulation (EEC) No 4064/89) ["antitrust rules"]), whereas the Commission would retain the responsibility for enforcing the remaining competition rules and, of course, for conducting competition policy. Both sets of rules are equally important even in quantitative terms. In 1995, there were:

— 668 "antitrust" cases (559 new cases of restrictive arrangements and abuse of dominant positions and 109 merger cases), and

---

<sup>1</sup> Publicado en *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2, n.º 2, 1996.

— approximately 685 state monopoly and monopoly rights as well as state aid cases.

In my view the proposal to add another agency to the already existing 12 is flawed for a number of reasons.

## COMPETITION POLICY IS CLOSELY LINKED TO OTHER COMMUNITY POLICIES

Community competition policy serves special objectives which are unique to a Union of 15 Member States. The Community was founded with the aim of establishing a common market and an economic and monetary union. In order to achieve these ambitious goals the Community has a number of common policies at its disposal. The common policies, of which competition policy forms a part, are closely inter-linked.

The classical example of the link between policies is the single market programme which aims at creating an internal market without frontiers. The Community applies these common policies hand in hand in order to abolish barriers for trade between Member States and to open up national markets for other European competitors. Competition policy plays an important rôle in this. Thus, whereas internal market policy introduces directives in order to open up public procurement markets and stimulates the establishment of European technical standards, competition policy ensures that these constraints are not replaced by new ones. Companies must not be allowed to thwart the emerging internal market through restrictive agreements, abuses or mergers which would allow them to keep markets partitioned, block exports and imports and impede new entrants. In the same way Member States must not be allowed to replace eliminated forms of protectionism by state aids or exclusive rights accorded to monopolies. More generally, competition policy ensures that the single market with its efficiency gains becomes a reality and not only a theoretical possibility.

The close link between common policies also means that the competition principle is already taken into account at a very early stage of the development of measures of the Community, for instance, in the areas of research & technical development, regional or environmental policy.

This link between policies is reflected in the institutional order of the Community. The mandate of a European competition authority has been given to the same institution which has been entrusted with the comprehensive task “[of ensuring] the proper functioning and development of the common market” (Article 155 EC Treaty) (the Commission). This enables the competition rules to be applied jointly, and more effectively, with other common policies. To take the enforcement of the competition



rules away from the Commission would render it more difficult to achieve the ambitious objectives of the Union.

## ALL COMMUNITY COMPETITION RULES FORM A UNITY

As I have already pointed out, there is a broad range of Community competition rules. These rules allow an effective competition policy. They form a unity which requires a uniform approach. This means, for instance, that the effects of a state aid on competition have to be assessed in the light of all other Community competition rules (see, for example, CFI 1995 ECR II, 1971 Aitec, British Cement Association, Blue Circle, Castle, Rugby and Titan v Commission. The antidumping rules are also a part of this unity, see ECJ 1992 ECR I, 3843 Extramet v Council). If applied coherently, the rules mutually reinforce each other. A uniform approach is particularly relevant for those cases where all the instruments have to be applied together.

The combined use of the rules has been essential in the past to make the single market programme a success. At present, the comprehensive application of the full range is crucial for the Community to liberalise the markets, amongst other, for telecommunications, postal services, energy and transport.

Take, for example, the sector of air transport. Cases of state aid to "flag carriers", and the formation of strategic alliances occurring in the industry (see, for instance, the alliance of Swissair/Sabena), are found together and have to be analysed together. The same applies to state aid for "national champions" as well as abuses of dominant position (see, for example, Air Lingus/Ryan Air case). Finally, cases of access to essential facilities such as ground-handling services at airports have to be dealt with (see the cases of Frankfurt/Main and Milan).

In future, the full range of Community competition rules will again be instrumental for integrating the national economies of new Member States into the existing single market in order to create an even larger single market. The same holds for the structural changes occurring as a consequence of the creation of the European Monetary Union.

The proposed creation of an agency would make it much more difficult to apply all the strands of Community competition law coherently. Thus, for example, the Commission would remain responsible for the control of state aid but the agency would control the transaction for which the state aid may have been granted. The agency in turn would be responsible for the prohibition of an abuse committed by a private enterprise in one Member State, whereas the Commission would have to deal with a similar abuse in another Member State where it has been com-

mitted by an undertaking to which a Member State granted monopoly rights (see, for instance, the Holyhead and R dby cases where ferry operators were refused access to these ports). Responsibilities would thus be split-up where they should not.

The dilution of enforcement of the Community competition rules would not be the only result of the split-up. It would also have negative repercussions for the further progress of the single market, liberalisation, enlargement and monetary union.

## THE COMMISSION IS THE APPROPRIATE COMPETITION AUTHORITY FOR THE COMMUNITY

The legislators of the Treaty of Rome entrusted the Commission with the responsibility of applying the Community competition rules (Article 89 EC Treaty). They believed rightly that only the Commission would possess the authority and legitimacy with the wider public necessary to reconcile possible conflicts between policies and to set priorities for the promotion of the principle of competition in view of the evolving Community. And, in fact, the Commission has developed competition policy and its instruments successfully on the basis of a consensus which it achieved throughout the Community in spite of the differences between Member State in terms of approaches, stages of development and weight attributed to competition policy.

The consensus at Community level has allowed the Commission to develop a fully-fledged system of legal instruments (including merger control since 1990) and to exercise an effective competition law enforcement. Outside observers acknowledge the control practice as competition-oriented and reasonably strict. The German government, for example, stated with regard to EC merger control that "all in all there exists no reason for substantial criticism of the decisional practice" (German government in an official publication of the German Bundestag on the Activities' Report of the Bundeskartellamt for 1995. The original German text reads: "In der Gesamtbewertung sieht sie keinen Anla? zu wesentlicher Kritik an den Ergebnissen der Entscheidungsfindung").

The Commission would not be able to fulfill its comprehensive task as effectively as at present, if it had to cede the application of the Community antitrust rules to an agency. The agency, on the other hand, would lack the authority and the flexibility to apply the competition rules successfully in the Community context. What is more, its democratic accountability is uncertain. The proposal would thus also impede the objectives of the Community through the weakening of an institution key to its success.



## ARGUMENTS GIVEN FOR THE CREATION OF A EUROPEAN COMPETITION AGENCY

### NOT JUST LAW ENFORCEMENT

One of the main arguments used to justify the creation of an agency is that decisions in individual competition cases should not be a task for a politically oriented decision-making body.

However, it is a strength of Community competition policy and law that is not to be developed and applied in isolation but as an integral part of other Community policies and by the Commission. It is due to these factors that competition policy has been a success in the past and that a comprehensive and effective body of case law and practice has been developed. The Community finds itself in a unique situation which requires policies, legal instruments and an institutional order for which there is no parallel in the Member States.

It is unlikely that "pure" and dogmatic law enforcement through an agency could have been equally successful in the Community context. The pursuance of the Community objectives requires political judgement. Certainly, the Commission must only consider competition criteria and apply the rule-of-law. However, to the extent that the competition rules leave room for assessment and discretion, it can use this room to apply the rules in an evolutionary manner and in view of other Community policies. The application of any rules can only be delegated to an agency once the development of the Community has reached a certain maturity and there exists a widely shared consensus on the policy and its rules. This is not the case for Community competition policy at the moment. There is a wide range of views between Member States on the emphasis to be given when applying this policy but, more importantly, the rules themselves are still evolving to adapt to radical changes of the economic and political environment because of liberalisation, enlargement and monetary union.

Whilst policy and application of the rules must evolve to meet these challenges, it is noteworthy that Community procedures provide a system of legal "checks and balances". The College of Commissioners has to take account of proceedings which include oral hearings of the parties and the deliberations of an Advisory Committee of Member States' competition experts. All decisions are subject to close scrutiny of the European Courts which look remorselessly into all the procedural and substantive issues a case raises. Of the many decisions taken in the last 40 years, none has ever been annulled because it had been motivated by other than competition considerations.

Moreover, the proposal for an agency would, contrary to its objective, increase the risk of decisions in individual cases being taken on political considerations. It is more than likely that the creation of the agency

could only become acceptable by the parallel establishment of a new level of political control. A public interest test exists in one form or other in almost all Member States, including notably Germany (In Germany the Minister of Economics can overrule a prohibition decision of the Bundeskartellamt in a merger case on request of the parties. Of the 108 prohibition decisions of the Bundeskartellamt 6 have been overturned on political grounds by the Minister in 1973-1994). It would allow the Commission to override the competition based decisions of the agency on political grounds. Obviously, that power would have to be exercised when the parties or individual Member States raise arguments of political or industrial opportunity in favour of the merger.

The above described two step-decision-making could also introduce an undesirable element of conflict between Member States. It could trigger the reappraisal of agency decisions, and the Commission, which would have to overrule the agency by putting competition considerations aside.

#### EFFICIENCY

It is also alleged that an agency would be more efficient than the Commission dealing with the constant increase in the number of cases. In view of the future enlargement of the Community the Commission should, it is argued, therefore be relieved of the burden of decisions on individual competition cases.

It is difficult to imagine how the creation of an *additional* enforcement entity could render the application of the competition rules more efficient. Whereas the agency would apply the antitrust rules, the Commission would continue to enforce the other competition rules. Since the legal procedures, consultation mechanisms with Member States and multi-linguistic regime would remain unchanged, the growing number of cases would pose the same difficulties to an agency as it would to the Commission.

It is likely, however, that the split-up would render law enforcement less efficient than it is at present. The need for close cooperation between the two authorities in order to ensure coherent application of all Community competition rules would most probably prolong proceedings in individual cases and would certainly require more resources to accomplish the task. Also, the introduction of a two-stage procedure for mergers, which would allow parties to request a review by the Commission or the Council on non-competition grounds, would certainly prolong the decision-making process.

Contrary to what is alleged, the proposed agency would render competition law enforcement less efficient and, thus, less effective than at present.



## ENABLING PROVISION

In the absence of consensus on the implementation of the suggestion, it has been proposed to add only an enabling provision to the Treaty in order to allow the creation of a competition agency in the future. However, this proposal would not only meet the same objections as the creation of the agency itself but would further aggravate the concerns. This is because existing deep divergences of opinion on the future institutional structure would only have been papered over.

The result would be that the Commission would find it more difficult to conduct an independent competition policy and apply the competition rules autonomously. Any Member State not satisfied with a decision of the Commission in an individual case, could at any time call or threaten to call for the transfer of the Commission's competences to an agency by application of the suggested enabling provision. This would not only destabilise the Commission in developing competition policy and law but also have the perverse effect of "politicising" the decision-making process in individual cases.

## CONCLUSION

The proposed creation of an agency, which would enforce the Community antitrust rules separately from the Commission, would cut important links between competition policy and other Community policies. It would endanger the current comprehensive and uniform application of all competition rules and weaken the Commission as the promotor of the Community. The agency would, thus, have a negative impact not only on the effectiveness of the competition rules but also on the future progress of the common market and the economic and monetary union. The proposal would therefore cause a big reorganisation and involve many risks for the small result of removing a theoretical concern.

## L'EUROPE, VECTEUR DE LA LIBÉRALISATION

KAREL VAN MIERT

Commissaire responsable de la politique de concurrence

### Abstract

El Sr. Van Miert, comisario de la política comunitaria de defensa de la competencia, expone el sentido de la actuación comunitaria en relación a los servicios públicos. Concretamente, afirma que la finalidad principal de esta actuación no es eliminar las reglamentaciones nacionales, sino velar porque las mismas sean compatibles con la integración económica y los intereses de los consumidores. Por tanto, considera que se trata de la necesaria prolongación de la realización del mercado interior. El objetivo de la Comisión es establecer una regla común que permita definir un equilibrio entre la consecución de los objetivos legítimos de los servicios públicos, responsabilidad de los Estados miembros, y la consecución del mercado común.

### Mesdames, Messieurs,

Notre réunion d'aujourd'hui se tient alors que se cristallisent les tensions et qu'éclatent les oppositions, autour des notions de Libéralisme économique et de Service Public. Ces oppositions, qui me paraissent pour ma part en partie artificielles, sont fréquemment assimilées à une opposition entre la Commission européenne, d'une part, et les Etats membres dans lesquels la tradition du Service Public est forte, d'autre part. Au premier rang de ces pays on trouve naturellement la France.

Le débat est passionné - probablement trop passionné - allant parfois jusqu'à la caricature. Certains, parmi les tenants du Service Public n'hésitent pas à dépeindre la Commission comme une "machine à libéraliser", "ultra-libérale" et dogmatique. D'autres, inconditionnels du tout-marché, dépeignent volontiers le Service Public comme un concept vieillot, un système d'interventionnisme étatique, inefficace et sclérosé, incompatible avec les défis économiques auxquels nous sommes confrontés.

Pour ma part, je me méfie par nature des dogmes et des intégrismes quels qu'ils soient. A l'approche dogmatique, la Commission préfère les démarches pragmatiques. Elles me paraissent être seules de nature à permettre, par le débat et la concertation, de dégager les équilibres nécessaires, plutôt que de s'engager dans de stériles guerres de religion. J'ai souvent eu l'occasion de le dire par le passé : la politique de concurren-



ce n'est pas un but en soi et encore moins une religion. D'autre part, il convient d'aborder avec la même attitude pragmatique et ouverte, les concepts de Service Public et de Monopole Public.

D'un point de vue pratique, que l'on soit plutôt un tenant de l'économie libérale ou un partisan de ce que l'on appelle en France l'économie mixte, nos choix doivent être largement guidés par l'intérêt du consommateur. C'est lui le juge suprême. Or, de ce point de vue, deux faits frappent l'observateur objectif. Tout d'abord, la qualité inégale des Services Publics sous monopole au sein de l'Union Européenne. Ensuite, la bonne qualité de certains Services Publics ouverts à la concurrence. Je pense ici notamment au courrier rapide ou au téléphone mobile où les monopolistes d'hier ont fait la preuve de leur capacité à se réorganiser et à soutenir l'épreuve de la concurrence au bénéfice des consommateurs.

Il me semble que si le débat entre Service Public et libéralisme économique a émergé dernièrement avec force, c'est que notre environnement économique et social a subi une mutation rapide au cours des quinze dernières années. Cette mutation présente un défi stimulant à la notion de Service Public en même temps qu'elle remet en question la trilogie traditionnelle Service Public/Entreprises Publiques/Monopoles Publics.

Face à cette problématique, les dispositions du Traité de Rome posent les principes d'un équilibre évolutif entre Service Public et concurrence, ainsi que la Commission l'a expliqué dans sa communication du 11 septembre 1996 sur "les services d'intérêt général en Europe". C'est cet équilibre que la Commission doit faire respecter de sorte que les différentes conceptions du Service Public qui existent au sein de l'Union soient compatibles entre elles, dans le cadre du marché unique.

C'est autour de ces axes que je voudrais, si vous le voulez bien, organiser mon propos. Avant de commencer je voudrais quand même faire une remarque préliminaire. Vous m'avez invité à parler sur le sujet "L'Europe, vecteur de la déréglementation", mais je me suis permis de modifier légèrement le sujet de mon intervention: je vais plutôt parler de l'Europe comme vecteur de la libéralisation. On confond très souvent ces deux termes, qui sont devenus presque synonymes dans le langage courant, mais il y a une différence importante. La finalité principale des politiques communautaires n'est pas d'éliminer des réglementations, même si cela peut être justifié dans certains cas, mais plutôt de s'assurer que les régulations en place sont compatibles avec l'intégration économique et avec les intérêts des consommateurs. Très souvent cela exigera non seulement l'introduction de la concurrence par l'élimination des monopoles, mais aussi la mise en place d'un autre type de réglementation, visant à garantir la poursuite des objectifs d'intérêt public dans un cadre concurrentiel. Je préfère donc parler de libéralisation plutôt que de déréglementation.

Les pressions qui pèsent sur le Service Public aujourd'hui, sont réelles. Elles sont fortes. Elles ne sont pas, comme je l'entend trop souvent, le fruit d'une volonté dogmatique et délibérée de la Commission de libéraliser à tout prix. La vérité est que même si elle en avait la volonté, la Commission n'en aurait pas le pouvoir. En réalité, la remise en cause, partout en Europe, mais aussi ailleurs dans le monde, de l'axe Service Public/Entreprises Publiques/Monopoles Publics, répond à une problématique complexe et trouve sa source dans de nombreux facteurs largement indépendants de la construction communautaire. Je voudrais, de façon non-exhaustive, en énumérer quelques-uns :

— tout d'abord, la naissance des Services Publics a le plus souvent été marquée par la nécessité d'allouer des ressources rares. Pour cette raison, ils revêtent souvent le caractère de Monopoles Publics. En France notamment, c'est souvent cette situation de rareté, pour ne pas dire de pénurie, et les exigences de la reconstruction qui ont motivé, immédiatement après guerre, la constitution des grands services publics.

Or, les conditions économiques qui prévalent aujourd'hui sont sans aucun rapport avec ces situations. Les Services publics doivent s'adapter à une économie où des consommateurs avertis peuvent comparer, au jour le jour, les biens et les services offerts, dans un monde qui s'est rétréci à ce que l'on a coutume d'appeler le "village mondial";

— en second lieu, l'internationalisation des échanges et l'intégration des économies, impliquent nécessairement la suppression de certaines protections juridiques nationales qui ne correspondent plus, ni à l'état de l'économie, ni aux stratégies d'acteurs qui, dans maints domaines, sont devenues internationales. Je pense en particulier à l'exemple d'Atlas, la filiale entre France Télécom et Bundestelekom ;

— enfin, les révolutions techniques et technologiques qui se succèdent modifient, elles aussi, la donne traditionnelle des économies de monopole. Je pense en particulier à l'exemple des télécommunications.

C'est donc faire à la Commission un honneur excessif que de lui attribuer la paternité des pressions qui pèsent sur les Services Publics et du mouvement de libéralisation qui en est le reflet. En réalité, la réalisation, puis le fonctionnement du Marché Unique, ont servi de révélateur à ces tendances lourdes. La dynamique du marché unique, a stimulé l'activité des entrepreneurs et a donc certainement contribué à faire peser sur l'ensemble des acteurs économiques un impératif de performance plus fort encore que par le passé. Ce faisant, le Marché Unique a participé à l'ouverture naturelle à la concurrence et aux échanges transfrontaliers de biens, mais surtout de services marchands, qui en étaient jusqu'à présent abrités. Les exemples sont nombreux dans les banques, les assurances, les transports, les télécommunications ou même la Poste.



La politique dite de "libéralisation" menée par la Commission n'est donc que la traduction des réalités économiques sous jacentes et le nécessaire prolongement de la réalisation du Marché Unique.

Cet environnement plus ouvert et par voie de conséquence plus concurrentiel, a ébranlé les conceptions traditionnelles - je dirais presque traditionalistes - du Service Public, qui souvent associent indissolublement Service Public, Monopole Public et propriété publique des moyens de production. De telles conceptions entrent aujourd'hui en conflit, parfois frontal, avec les réalités de l'interdépendance croissante des économies, mais aussi avec la logique même de l'intégration européenne.

En effet, la logique du marché Unique rend plus difficile la coexistence en son sein d'espaces libéralisés et de territoires protégés par des droits spéciaux où de monopoles. De telles situations débouchent naturellement sur des entraves à la libre circulation et sur des distorsions du jeu de la concurrence. Il faut donc qu'il existe une règle du jeu commune qui permette de définir un équilibre entre la poursuite d'objectifs légitimes de Services Publics qui sont du ressort des Etats membres, et les principes fondamentaux du marché commun.

L'analyse montre que Service Public, Entreprises Publiques et Monopoles Publics sont trois notions en réalité largement indépendantes les unes des autres. Il n'est pas nécessairement indispensable d'être une Entreprise Publique ou de disposer d'un Monopole Public, pour s'acquitter d'une mission de Service Public dans le secteur marchand. Le débat souffre de la confusion qui est entretenue autour de cette trilogie traditionnelle.

Certes, le monopole peut être indispensable à la poursuite des objectifs de Service Public. Souvent pourtant le monopole est plus un pré-supposé idéologique qu'une réelle nécessité économique. Différents pays au sein de l'Union Européenne, dont certains ont une forte culture de Service Public, se sont d'ailleurs livrés à une analyse critique de l'équation : Services Publics, Entreprises Publiques et Monopoles.

Les autorités Suédoises ont ainsi abrogé le monopole de la Poste, que la Commission pourtant a reconnu comme étant nécessaire à l'exercice des missions de Service Public. Le courrier ne semble pas être plus mal acheminé, ni le Service Public de la Poste plus mal rempli depuis lors, malgré les difficultés que l'on peut imaginer.

La Finlande et la Suède ont démonopolisé la téléphonie vocale. Plus loin de nous, l'Australie et la Nouvelle Zélande où existent des traditions fortes de Service Public ont démonopolisé de nombreux secteurs, y compris dans le domaine de l'énergie.

Dans aucun de ces cas l'universalité et la qualité du service rendu au consommateur n'ont eu à en souffrir, tout au contraire.

Tous ces exemples le montrent, dans bien des cas on peut préserver le Service Public sans recourir au monopole ou à d'autres restrictions de la concurrence.

En réalité, dans un certain nombre de cas, les conditions mêmes dans lesquels des monopoles ont été historiquement établis ont peu de rapport avec les impératifs économiques. Par exemple, le monopole des courses de chevaux en France, semble avoir été originellement institué dans le souci d'améliorer la race chevaline pour les besoins de l'armée, je ne sais pas si c'est vrai, mes amis français assurent que si.

Le maintien du système de monopole relève donc parfois d'une forme de conformisme plus que d'une analyse en profondeur des objectifs du service public et des moyens nécessaires pour atteindre ces objectifs de manière optimale.

Quoi qu'il en soit, face aux mutations de l'économie, il faudra bien, à la lumière d'une analyse rigoureuse, redéfinir, sur la base du Traité de Rome, un équilibre entre la logique du Marché et les objectifs de Service Public.

Quels sont donc les rôles respectifs des Etats membres et de la Commission dans la recherche de cet équilibre?

Parce que la définition et la mise en oeuvre des missions de Service Public est du ressort des Etats Membres, ceux-ci sont le lieu naturel où doit se tenir une réflexion approfondie, secteur par secteur, sur les fondements, les objectifs et les moyens du Service Public.

La Commission quant à elle, a pour mission essentielle de veiller à ce que les différentes conceptions nationales: Service Public en France, Public Utilities en Grande Bretagne, d'autres concepts encore dans d'autres Etats membres.... soient compatibles les unes avec les autres dans le cadre de l'Union Européenne. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la notion communautaire de "services d'intérêt économique général". C'est une notion large qui couvre un ensemble d'objectifs légitimes. Elle peut correspondre tout autant aux notions latines de "service public" qu'au concept anglo-saxon de "services d'utilité publique". Elle exprime ainsi le "rôle fédérateur" dévolu à la Commission qui est de veiller à ce que soit respecté l'équilibre entre la liberté légitime des Etats Membres de définir des missions de Service Public et d'en organiser l'exercice d'une part et les principes fondateurs du Traité d'autre part.

En termes plus pratiques, je vous propose de dresser un récapitulatif des règles du Traité actuellement applicables aux Services Publics et de vous donner un aperçu de leurs applications pratiques.

Le point de départ est, bien entendu, le principe de libre circulation au sein d'un marché intérieur. Comme dans les systèmes nationaux - notamment le système français - la liberté économique est la règle et les interventions publiques sur le marché restent l'exception. Les dispositions du droit communautaire de la concurrence qui touchent particulièrement les Services Publics sont articulées autour de cette distinction



entre le principe et l'exception. C'est notamment l'architecture des articles 90 et 92 du Traité.

Le Traité, contrairement à ce que j'entend ici et là, ne s'oppose donc en rien à ce que l'objectif légitime d'accroissement du bien être des citoyens qui caractérise toute politique publique, soit poursuivis par le biais de Services Publics. Au contraire, le Traité reconnaît que les règles de concurrence peuvent, dans de tels cas, faire l'objet de limitations.

Le fameux article 90 sur ce point est très clair. Il pose les bases fondamentales de l'équilibre voulu par le Traité entre Service Public et concurrence. Il n'édicte pas d'interdiction absolue des monopoles légaux, mais il organise un régime dérogatoire au principe de concurrence, lorsque l'exception est justifiée par l'exercice d'une mission d'intérêt économique général et que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

L'article 92 édicte, quant à lui, une interdiction de principe des aides d'Etat qui faussent ou menacent de fausser la concurrence, pour autant qu'elles affectent le commerce entre Etats membres. Mais là aussi, il existe un régime d'exception, sous réserve d'un contrôle de proportionnalité par la Commission.

Pour être tout à fait complet, je mentionnerai pour conclure sur ce point, l'article 222 du Traité qui affirme la neutralité à l'égard du régime de propriété des entreprises. En d'autres termes, il n'appartient pas à la Commission de dire si une entreprise doit être publique, mixte ou privée. Contrairement à ce qui a parfois été affirmé le droit communautaire n'exige donc en rien, la privatisation des entreprises publiques.

L'ensemble de ces règles me semble répondre assez bien à l'exigence de conciliation entre les objectifs de service public et le respect des libertés fondamentales inscrites dans le Traité. Je suis d'ailleurs conscient qu'une bonne partie des critiques qui leurs sont faites ne sont pas, en réalité, dirigées contre ces règles elles mêmes, mais plutôt contre la façon dont elles seraient appliquées par la Commission.

La question qui se pose finalement, est de savoir comment la Commission garantit cet équilibre, comment est défini le compromis lorsque la logique des libertés économiques fondamentales entre en contradiction avec l'octroi de droits exclusifs ou de monopoles, à des entreprises chargées d'un Service Public.

Pour ce qui concerne l'utilisation de l'Article 90, d'une manière générale, la Commission a fait preuve de prudence, certains diront de trop de prudence.

Il est d'ailleurs intéressant de souligner que la plupart des récents arrêts de la Cour de Justice concernant les monopoles ont pour origine des actions privées devant les juridictions nationales et non pas des initiatives de la Commission.

Dans toutes les affaires qu'elle a instruites, la Commission a été soucieuse de ne pas porter atteinte aux services publics. Au demeurant, lorsqu'il a fallu adopter des décisions individuelles, les Etats membres s'y sont le plus souvent conformés sans les attaquer devant la Cour. A titre d'exemple, la Commission a admis en 1989, bien avant l'arrêt Corbeau, que les droits exclusifs pour les services postaux de base étaient nécessaires pour empêcher l'écroulement des activités les plus rentables par des opérateurs privés et pour maintenir un service universel.

Cependant, il peut être nécessaire d'utiliser l'Article 90 pour mettre fin à des agissements discriminatoires émanant d'autorités publiques. Ainsi, la Commission a adopté récemment une décision au titre de l'article 90(3) à l'encontre du système de rabais sur les taxes d'atterrissage, mis en place à l'aéroport de Bruxelles-National. Ce système permettait à la compagnie aérienne belge, la Sabena, de bénéficier d'un rabais de 18% sur ses charges d'atterrissage alors qu'aucune autre compagnie aérienne n'était en mesure de bénéficier de ce rabais. Après instruction de la plainte, la Commission a considéré que ce système constituait une mesure étatique ayant pour effet d'infliger à l'égard des autres compagnies aériennes un désavantage dans la concurrence.

La Commission a adopté la même attitude, s'agissant des redevances imposées au second opérateur GSM, notamment en Italie.

L'affaire du Port de Gênes enfin, me semble tout à fait illustrative d'un monopole public séculaire qui ne trouve strictement aucune justification, ni sur le plan économique, ni pour ce qui concerne l'exercice de missions de Service Public.

L'Italie s'est d'ailleurs engagée dans un processus de réforme portuaire qui a conduit à l'adoption en 1994 de la Loi n° 84. Le principe de l'ouverture à la concurrence du marché des services portuaires y est clairement établi. Cependant, cet objectif n'a pas été suivi dans les faits parce que, dans un certain nombre de ports italiens, les autorités locales ont systématiquement refusé de délivrer des autorisations d'exercer nécessaires aux concurrents potentiels des anciennes compagnies de dockers. La Commission a mis en demeure, le 21 juin 1995, le Gouvernement italien de délivrer dans les dix jours une autorisation d'exploitation à une entreprise qui se voyait nier ce droit, de manière abusive, par l'autorité portuaire locale. Le 11 juillet 1995, les autorités italiennes ont communiqué à la Commission que l'autorisation en question avait été délivrée dans les délais impartis.

Au delà de ces quelques exemples, il me paraît nécessaire d'insister sur le fait que les gestionnaires de Services Publics doivent veiller à ne pas entretenir de confusion entre les activités qui bénéficient de droits spéciaux et d'autres services qui appartiennent pleinement au secteur concurrentiel.



Je pourrais prendre l'exemple de la poste en France qui s'est lancée dans les assurances. Cette activité est sujette à un régime commercial et concurrentiel normal. Dans de tels cas, un monopole ou une entreprise chargée d'une mission de service public ou universel, ne doit pas tirer parti de ses privilèges dans un secteur donné pour assurer son développement dans d'autres secteurs qui eux sont concurrentiels. Les entreprises publiques ou privées qui bénéficient de droits spéciaux voire de monopoles publics, doivent, lorsqu'elles se lancent dans d'autres activités sur un secteur concurrentiel, respecter la logique du marché et la transparence nécessaire entre leurs diverses activités. En particulier, elles ne doivent pas subventionner les activités soumises à concurrence par les bénéfices retirés de leurs activités sous monopole.

Une prudence encore plus extrême a été appliquée par la Commission dans les cas où elle a décidé de faire respecter les règles du Traité par voie de directive dans un secteur déterminé.

Je voudrais tout de suite dissiper un malentendu: les directives de l'article 90.3 ne présentent pas un caractère législatif. Elles ne servent pas à créer des nouvelles obligations. Elles ne sont que des actes d'application de normes déjà existantes, les normes du Traité. Il ne s'agit donc pas de légiférer, mais d'appliquer et de préciser le contenu des obligations inscrites dans le Traité. Les directives article 90.3 sont par ailleurs soumises au contrôle de légalité de la Cour de Justice. On ne peut donc pas parler de l'article 90 comme d'une sorte d'aberration institutionnelle.

Au delà des aspects institutionnels, les directives prises par la Commission en application de l'article 90 font l'objet de très larges consultations, tant avec les Etats membres qu'avec les milieux concernés. La Commission tient le plus grand compte de ces avis afin que les textes adoptés permettent d'atteindre les objectifs de Service Public tout en préservant, dans toute la mesure du possible, le principe de concurrence.

Là encore, je voudrais prendre quelques exemples:

Les premières directives en matière de services de télécommunications, avaient reconnu la nécessité pour les opérateurs de maintenir la téléphonie vocale sous monopole pendant une certaine période afin de permettre une évolution graduelle vers un régime de concurrence.

Les résultats des consultations entreprises dans ce cadre, par la Commission avec les différents acteurs du secteur ont montré de manière évidente que le maintien d'un service universel peut désormais être parfaitement assuré dans le domaine des télécommunications sans avoir besoin de droits exclusifs, ni pour les infrastructures, ni pour la téléphonie vocale. D'autres moyens, moins restrictifs de la concurrence, existent pour assurer le service universel. La récente directive sur la pleine concurrence prévoit ainsi que la double exigence: service universel et

concurrence, peut justifier la mise en place de systèmes équitables de partage du coût net de l'obligation de Service Public entre opérateurs.

En matière de services postaux comme en matière d'énergie, la Commission a adopté une démarche plus prudente et progressive et s'est attachée à éviter que ne se développent des stratégies "d'écrémage".

Je tiens à souligner que la Commission s'est toujours attachée à proposer des mesures d'harmonisation au Conseil et au Parlement sur la base de l'Article 100A en parallèle avec d'éventuelles directives fondées sur l'article 90.

En ce qui concerne le régime de contrôle des aides d'Etat prévu à l'article 92 du Traité, la Commission a déjà, à plusieurs reprises, considéré que les Etats membres peuvent subventionner la part de l'activité des entreprises qu'il considéraient comme relevant d'un Service Public.

Par exemple, dans le secteur aérien, il a été convenu que les autorités publiques pourraient continuer à aider des compagnies à assurer des liaisons qui ne sont pas rentables. Ce point nous différencie par exemple des Etats Unis, où la déréglementation génère l'abandon automatique de routes qui ne sont pas rentables. Dans la Communauté, un Etat membre ou une région peut décider qu'une liaison non rentable doit être maintenue grâce à des subventions. Simplement, ces subventions devront être attribuées de façon transparente et sans discrimination.

Permettez-moi d'illustrer mon propos par un autre exemple récent qui touche la France. Les assureurs français ont porté plainte auprès de mes services contre les aides d'Etat dont bénéficie la Poste laquelle, comme je l'ai déjà mentionné, exerce des activités dans le domaine de l'assurance. Mes services ont constaté que le surcoût que représente pour la Poste, les missions de Service Public qu'elle remplit en entretenant un réseau de distribution dense en milieu rural sont supérieurs aux aides perçues. Nous avons donc conclu que le droit communautaire de la concurrence ne trouvait pas à s'appliquer en l'occurrence. En d'autres termes, une telle subvention ne constitue pas une aide d'Etat faussant la concurrence au sens du Traité, le problème de son exemption ne se pose donc même pas.

Par ailleurs, notre système rend possible, d'ores et déjà, d'avancer vers une certaine convergence au niveau des objectifs nationaux et ceci grâce à la notion de service universel. Ainsi dans le cadre de leurs compétences en matière d'environnement, de consommateurs ou de réseaux trans-européens, les institutions communautaires contribuent d'une façon concrète à promouvoir les objectifs d'intérêt général.

Ces contributions positives à la promotion des services publics sont très importantes et doivent être renforcées. La Commission souhaite d'ailleurs que cette idée soit inscrite d'une façon explicite dans l'article 3 du Traité. Il n'en reste pas moins que la responsabilité essentielle en



matière de services publics continue d'appartenir aux Etats membres. Ceci est raisonnable et correspond parfaitement à la logique de subsidiarité - au sens propre du terme.

En conclusion, je vous dirais que la Commission s'est toujours attachée, et continuera de s'attacher, à défendre le service universel, c'est-à-dire la fourniture au plus grand nombre d'un service de qualité à un prix raisonnable. Ainsi qu'elle l'a exprimé dans sa récente communication sur les services d'intérêt général en Europe la Commission ne croit pas qu'il soit souhaitable de modifier - directement ou indirectement - l'article 90 du Traité, qui est la disposition qui permet d'établir la compatibilité entre fonctionnement concurrentiel des marchés et obligation de service public. En revanche, il me semble souhaitable d'encourager des actions positives de la part des instances communautaires dans le cadre de leurs compétence existantes visant à promouvoir - en parallèle avec les Etats membres - des objectifs de service public. Il s'agit d'une réalité dont la reconnaissance explicite dans l'article 3 du Traité est déjà proposée par la Commission dans sa récente communication sur les services d'intérêt générale en Europe.





Se analizan los datos de los estudios estadísticos de otras regiones, además de revisar, para el estudio de los aspectos de carácter político de la economía, la actividad agrícola y las publicaciones correspondientes en el año 1969. Se termina, en primer lugar, una relación de los libros referidos al estudio regional. A continuación se presenta la selección correspondiente a la Unión Europea. En esta última hay libros editados en castellano, pero también hay algunos que pertenecen

## SEXTA PARTE

# BIBLIOGRAFÍA

- Política de la zona.
- Aspectos de...
- Características...
- De las políticas...
- Composición y legislación regional.
- Complejidad y estructura política.

## 1. ESPAÑA

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.

AGUIRRE, FRANCISCO. *El problema de la autonomía regional en España*. Madrid: Ediciones de la Compañía, 1969. 200 p. (Colección de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). (Biblioteca de Estudios de Sociología Jurídica y Económica). Madrid, 1969, tomo 4, p. 402.





Se recoge en esta parte del Anuario una selección de obras, monografías, artículos de revista, tanto españoles como extranjeros, de interés para la política de la competencia. La selección se ciñe a las publicaciones aparecidas en el año 1996. Se presenta, en primer lugar, una selección de las obras referidas al Estado español. A continuación, se presenta la selección correspondiente a la Unión Europea. En esta última hemos ordenado las publicaciones en el siguiente orden sistemático:

- Política de la competencia. Orientaciones generales
- Artículos 85 y 86 del TCE
- Concentraciones
- Ayudas públicas
- Competencia y legislación sectorial
- Competencia y servicio público.

## I. ESPAÑA

- ALONSO SOTO, Ricardo, *Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, tomo 1, p. 653.
- ALONSO SOTO, Ricardo, «Competencia desleal y defensa de la competencia en España», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 9.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Antonio María y DÍAZ MIGUER, Miguel Ángel «La polémica del “dumping” social», *Boletín Económico del ICE*, 1996, 2517, p. 13.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Antonio María, «La política de la competencia en la competitividad de la economía española», *Actualidad Financiera*, número monográfico cuarto trimestre 1996, Política Empresarial, p. 65.
- BAÑO LEÓN, José María, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, 1996.
- CASES, Luis, «*Competition law and policy in Spain: implementation in an interventionist tradition*», en *Regulating Europe*, 1996.
- COURIVAUD, Henri y MONTAGUT, Géraud, «Concurrence: l’insertion du droit européen dans l’ordre juridique espagnol», *Revue des affaires européennes*, 1996, núm. 4, p. 361.
- COVACHO DE LA TORRE, Beatriz, «Vigilancia y Registro de defensa de la competencia», *Información comercial española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 17.
- CREUS CARRERAS, Antonio, «Derecho de la competencia. Su tratamiento en Derecho comparado a la luz de algunos asuntos interesantes», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 45.

- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, «Aplicación del derecho *antitrust* y técnicas de Derecho Internacional Privado», *Revista de Derecho Privado*, 1996, p. 815.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro, «Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre prácticas conscientemente paralelas de los bancos en materia de tipos de interés: una “reacción normal en el mercado”», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 64, 1996, p. 1199.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, «Algunas consideraciones sobre propiedad intelectual e industrial, derecho de la competencia y derecho mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, tomo 1, p. 731.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO, CLARO J., «Competencia: La libre Competencia en España: Derecho Europeo y economía de mercado», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 142, 1996, p. 87.
- GARCÍA CARRERO, Melitino, «Competencia: Libre competencia y sistema sancionador comunitario en la perspectiva constitucional», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 142, 1996, p. 93.
- GISPERT PASTOR, María Teresa de, «La Libertad de competencia en el sector de las telecomunicaciones (breves consideraciones sobre el estado de la cuestión)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, tomo 1, p. 749.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «El Ejemplo de las medidas cautelares positivas ordenadas por el Tribunal Español de Defensa de la Competencia», *Derecho de los negocios*, núm. 68, 1996, p. 28.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, «El control de la adjudicación de los contratos públicos de obras. Igualdad, libre competencia y no discriminación», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 157, Serie B-109, 1996, p. 5.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, «Los efectos de la liberalización del suelo sobre el texto refundido de la Ley del Suelo de 1992», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 1996, núm. 149, p. 709.
- LANZAS SÁNCHEZ DEL CORRAL, Fernando, «La cooperación internacional en defensa de la competencia: estado actual y perspectivas», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 61.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino, «El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo. Competencias municipales. Régimen transitorio», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 149, 1996 (número dedicado al Real Decreto-Ley 5/1996, sobre Medidas Liberalizadoras en la Materia del Suelo), p. 745.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La aplicación del Derecho de la competencia en un contexto “federal”», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 159, Serie B-111, 1996, p. 1.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando, «Distribución a través de agentes y derecho de defensa de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, 1996, p. 35.
- MASSAGUER FUENTES, José, «La confusión en el Derecho contra la competencia desleal», *Revista General de Derecho*, núm. 625-626, 1996, p. 11615.
- MATE, VIDAL, «Las estrategias de la leche», *Súper Aral Lineal*, 1996, núm. 29 (1279), 12.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El Derecho de la competencia y el ordenamiento jurídico español*, Seminari de Dret Local, 1996, Barcelona, p. 771.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe, «Los sondeos de opinión como instrumento probatorio del engaño en los procesos por competencia desleal», *Revista General de Derecho*, núm. 618, 1996, p. 2235.



- PEÑA, PEDRO J., «Desregulación y competencia en la Ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, p. 337.
- PÉREZ IBÁÑEZ, Celia, «Aplicación del Derecho nacional al control de las concentraciones económicas», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 27.
- PETITBÒ JUAN, AMADEO «Las relaciones entre competencia y Unión Económica y Monetaria», *Dirección y progreso*, 1996, núm. 147, p. 38.
- PETITBÒ JUAN, AMADEO, «La defensa de la competencia en España: situación y perspectivas», *Economistas*, 1996, núm. 14, (69), p. 482.
- PETITBÒ JUAN, AMADEO, «La liberalización de los servicios», *Dirección y progreso*, 1996, núm. 145, p. 73.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, *Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, tomo 1, p. 983.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)», *Estudios sobre Consumo. (Revista del Instituto Nacional de Consumo)*, núm. 39, 1996, p. 11.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Memoria 1995*.
- TRONCOSO Y REIGADA, Mauricio, *El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (reflexiones en torno al art. 7 LDC)*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, tomo 1, p. 1035.
- ZAMBRINI, Marco, «El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador: Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los sectores regulados», *Revista General de Derecho*, núm. 625-626, 1996, p. 11763.

## II. UNIÓN EUROPEA

### 1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- ABBAMONTE, Giuseppe B., «Market economy investor principle: a legal analysis of an economic problem», *ECLR*, núm. 4, 1996, p. 258.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Jorge, «Mercado interior, libre competencia e intervenciones públicas», *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, núm. 9, 1996, p. 11.
- ARQUIT, Kevin J., «Las Directrices estadounidenses del Derecho de la Competencia internacional de 1995: su auténtico significado para las sociedades extranjeras», *Derecho de los negocios*, núm. 68, 1996, p. 1.
- BAUDENBACHER, Carl, «Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz», *Aktuelle juristische Praxis*, núm. 7, 1996, p. 826.
- BAUDRY, Bernard, «Quasi-intégration industrielle: intégration verticale et droit de la concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 33.
- BEATER, Axel, «100 Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: eine Würdigung aus deutscher rechtsvergleichender und europäische Sicht», *Zeitschrift für europäische Privatrecht*, núm. 2, 1996, p. 200.
- BENICKE, Christoph, «Die Bedeutung des EG-Rechts für gemeinnützige Einrichtungen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 6, 1996, p. 165.
- BOCK, Matthias, «Entsorgung von Verkaufsverpackungen und Kartellrecht», *WuW*, núm. 3, 1996, p. 187.

- BONCOMPAGNI, Giuseppe, *Appalti pubblici e concorrenza, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 189.
- BOSSARD, Marc, «Vendita sotto costo e concorrenza sleale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n° 1, 1996, pt. I, p. 18.
- BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, «Competencia: El procedimiento negociado de adjudicación y las excepciones al campo de aplicación de las Directivas sobre contratación pública», *Noticias de la Unión Europea* n° 142, 1996, p. 65.
- BRIGHT, Christopher, «EU competition policy: rules, objectives and deregulation», *Oxford journal of legal studies*, 1996, n° 4, p. 535.
- BRINKER, Ingo, «Ansätze für eine EG-konforme Auslegung des nationalen Kartellrechtes», *WuW*, n° 7-8, 1996, p. 549.
- BROSS, Siegfried, «Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht: ausgewählte Probleme des Wettbewerbs der öffentlichen Hand», *Verwaltungsarchiv*, 1996, n° 4, p. 731.
- CAPELLI, Fausto, «Osservazioni sulla proposta tedesca di istituire un organo autonomo competente in materia di concorrenza all'interno della Comunità europea», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 1996, p. 213.
- CAPUTI JAMBRENGHI, M.T. Paola, «Creating a "level playing-field" in the Italian retail distribution market: the use of EC law and the role of the Italian anti-trust authority», *ECLR*, núm. 3, 1996, p. 189.
- CASES, Luis, «El Derecho Comunitario de la competencia y la organización administrativa de los Estados miembros. (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de 17 de octubre de 1995, Asunto C-140/94, C-141/94 y C-142/94)», *Revista General de Derecho*, núm. 625-626, 1996, p. 11731.
- COX, Helmut y ALTEHOEFER, Peter, *Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union*, Bd. 2 Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 37.
- CHARBONNIER, Volker, «Vertikale Absprachen im europäischen und internationalen Kartellrecht», *FIW-Schriftenreihe, EU-Regierungskonferenz'96*, Heft 169, 1996, p. 81.
- DE CARLI, Paolo, «Privatizzazioni e pubblici poteri», *Diritto e società*, 1996, núm. 3, p. 345.
- DEACON, David, *Vertical restraints under EC competition law: new directions*, en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 307.
- DUTOIT, Bernard, *Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale: mythe ou nécessité*, en *E pluribus unum: liber amicorum Georges A.L. Droz*, 1996, p. 51.
- FOX, Eleanor M., «Accesso ai mercati, antitrust e sistema commerciale mondiale: in cammino verso misure antitrust connesse agli scambi commerciali», en *Temi e problemi*, ed. *Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 125.
- FOX, Eleanor M., «Trade, competition, and intellectual property: TRIPS and its antitrust counterparts», *Vanderbilt journal of transnational law*, núm. 3, 1996, p. 481.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo, *Arbitrabilità delle controversie in materia antitrust*, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 171.
- FREY, Bruno S. y EICHENBERGER, Reiner, «FOCI: competitive governments for Europe», *International review of law and economics*, 1996, vol. 16, núm. 3, p. 315.
- FRIEL, Raymond J., «Extra-territorial application of competition law», *Commercial law practitioner*, núm. 5, 1996, p. 118.
- FRIGNANI, Aldo, «Proprietà intellettuale e regole di concorrenza nell'U.E.: recenti sviluppi», *Rivista di diritto industriale*, núm. 3, 1996, p. 151.



- FURSE, Mark, «The role of EC law in UK reform proposals», *ECLR*, núm. 2, 1996, p. 134.
- GARCÍA EGEA, Isidro José, «Recientes planteamientos jurisprudenciales en materia de competencia desleal y libre circulación de mercancías: la sentencia C-315/1992 “Clinique” y su doctrina», *Revista General de Derecho*, núm. 621, 1996, p. 7069.
- GHARAVI, Hamid G., «The proper scope of arbitration in European Community competition law», *The Tulane European and civil law forum*, 1996, vol. 11, p. 185.
- GIESEN, Richard, «Die konkurrenz von freiwilliger Sozialversicherung und Privatversicherung im europäischen Wettbewerbsrecht», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1996, núm. 4, p. 311.
- GLAIS, Michel, «Les incidences de l'intégration verticale sur la promotion de l'efficience économique et le fonctionnement concurrentiel des marchés», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 5.
- GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio, *Propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE)*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996.
- GÖTZ, Gero, *Strategische Allianzen: die Beurteilung einer modernen Form der Unternehmenskooperation nach deutschem und europäischen Kartellrecht*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 146.
- GOVAERE, Inge, *The use and abuse of intellectual property rights in E.C. law: including a case study of the E.C. spare parts debate*, Intellectual property in practice.
- GRIFFIN, Joseph P. y SHARP, Leeanne T., «Efficiency issues in competition analysis in Australia, the European Union, and the United States», *Antitrust Law Journal*, vol. 64, núm. 3, p. 649.
- GRINGAS, Clive, «Competition in Cyberspace», *ECLR*, núm. 2, 1996, p. 71.
- HANSEN, Kund, «Le problème de l'intégration verticale: la perspective allemande», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 68.
- HERMAN, Hans Peter, *Der ungelöste Gegensatz zwischen Wettbewerbs- und Gemeinwirtschaftsprinzip in Art. 90 EGV*, *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, p. 105.
- HOSSENFELDER, Silker, MÜLLER, Martina y PASLASCA, Susanne, «Das Kartellverbot und seine Ausnahmen: Unternehmenskooperation im Spannungsfeld zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 1, 1996, p. 1.
- JAKOB-SIEBERT, Thinam, *Informationsaustausch zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden von Drittländern, Schwerpunkte des Kartellrechts 1994/95*, 1996, p. 57.
- JUNGBLUTH, Armin, *Die Debatte um die Einrichtung eines Europäischen Kartellamtes, Integration Europas und Ordnung der Weltwirtschaft*, Bd 8, Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Grossbritannien, 1996.
- KIRCHNER, Christian, «Symbiotic arrangements as a challenge to antitrust», *Journal of institutional & theoretical economics*, núm. 1, 1996, p. 226.
- KOVAR, Robert, *Code européen de la concurrence*, 2.<sup>a</sup> éd., 1996.
- LAZARUS, Claude, «L'approche française et communautaire du progrès économique», *Revue de la concurrence et de la consommation*, 1996, núm. 94, p. 13.
- LUTZ, Helmuth, «Technologie-, Patent- und Know-how-Lizensverträge im EG-Recht», *Recht der internationale Wirtschaft*, núm. 4, 1996, p. 269.
- MALUGA, Gabriele, «Der 'Frequent-Flyer': 'Jäger und Sammler' im 20. Jahrhundert», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 3, 1996, p. 184.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, *State price control and EC competition law*, en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 161.

- MAZZONI, Alberto, «Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano», *Rivista delle società*, núm. 1, 1996, p. 34.
- MCKNIGHT, Elizabeth, «Trade mark agreements and EC law», *European intellectual property review*, núm. 5, 1996, p. 271.
- MELIADO, Giuseppe, *Concorrenza e politiche sociali*, en *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, 1996, p. 281.
- MICHALSKY, Udo, *Die Marke in der Wettbewerbsordnung nach dem Inkrafttreten des Markengesetzes*, Saarbrücker Studio zum internationalen Recht, Bd. 4.
- MINGARELLI, Alberto, «Il controllo pubblico sul processo di privatizzazione degli enti pubblici economici e sulle società di capitali derivanti: in particolare, quale controllo è esercitabile in materia dalla Corte dei conti», *Rivista della Corte dei conti*, 1996, núm. 3, pt. IV, p. 227 y núm. 4, pt. IV, p. 268.
- MINOZZI, Elisabetta, «Ambiente e concorrenza in un'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, núm. 4, p. 764.
- MÜNKER, Reiner, «Harmonisierung des Rechtsschutzes gegen unlauteren Wettbewerb in der Europäischen Union», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1996, núm. 19, p. 990.
- NICOLAIDES, Phedon y MATHIS, James, «European Community competition rules in the associated countries of Central and Eastern Europe: how to ensure effective enforcement», *Aussenwirtschaft*, 1996, núm. 4, p. 485.
- NICOLAIDES, Phedon, «Improving the interface between competition policy and trade policy», *Developments in European competition policy*, 1996, p. 99.
- ORMESSON, Olivier d', «L'appréhension juridique des phénomènes d'intégration verticale», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 45.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «Oligopolies and antitrust law», *Fordham international law journal*, vol. 19, núm. 3, 1996, p. 915.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, *Oligopolio e normativa antitrust, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 29.
- RASMUSSEN, Bo S., «Imperfectly competitive factor markets and price normalization», *Journal of Economics. Zeitschrift für Nationalökonomie*, 1996, vol. 63, núm. 2, p. 125.
- REES, Ray, «Competition policy and public enterprise in the European Community», *Developments in European competition policy*, 1996, p. 53.
- RITTNER, Fritz, «Das europäische Kartellrecht», *Juristenzeitung*, núm. 8, 1996, p. 377.
- RON MARTÍN, Fernando, «Conflicto de competencias entre la Comunidad Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del derecho de la competencia: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo SFEI c. La Poste de 11 de julio de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, 1996, Boletín-119, p. 5.
- SÁNCHEZ BLANCO, Angel, «Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión Europea. (Comunicación presentada a las XVIII Jornadas de Estado de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, noviembre de 1995)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 145, 1997, p. 47.
- SANTI, Giacomo, «Pubblico e privato nella disciplina antitrust», *Contratto e impresa*, 1996, núm. 3, p. 1029.
- SCHERRER, Heinz, «Zur gegenwärtigen Diskussion über eine unabhängige europäische Wettbewerbsbehörde», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 2, 1996, p. 45.



- SCHLECHT, Otto, *Europäische Wettbewerbspolitik im Widerstreit zwischen Harmonisierung und Subsidiarität*, en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, p. 747.
- SCHLUEP, Walter R., *Das Gatt und das übernationale Kartell- und Monopolrecht GATT 94 und die Welthandelsorganisation*, 1996, p. 93.
- SCHMIDT, Ingo, *EG-Integration: Industrie - versus Wettbewerbspolitik*, Schriften zur monetären Ökonomie, Bd. 40, 1996.
- SCHMIDT, Ingo, *Europäische Industriepolitik: ein Widerspruch zur Wettbewerbsordnung?*, Schriften zur monetären Ökonomie, Bd. 40, 1996.
- SCHMIDT, Ingo, *Wettbewerbspolitik im internationale Vergleich: die Erfassung wettbewerbsbeschränkender Strategien in Deutschland, England, Frankreich, den USA und der EG*, Schriftenreihe Recht der internationalen Wirtschaft, Bd. 51.
- SCHMIDT, Karsten, «Europäisches Kartellrecht und nationales Gesellschaftsrecht», 1996 *FIW-Schriftenreihe, EU-Regierungskonferenz '96*, Heft 169, p. 29.
- SIRAGUSA, Mario, «Privatization and EC competition law», *Fordham international law journal*, vol. 19, núm. 3, 1996, p. 999.
- SIRAGUSA, Mario, *Privatization and EU competition law*, en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 375.
- SORGER, Gerhard, «Imperfect competition and capital accumulation: the role of price normalization», *Journal of Economics. Zeitschrift für Nationalökonomie*, 1996, vol. 63, núm. 3, p. 279.
- SPILIOTOPOULOS, Epaminondas, «L'entreprise publique et l'intérêt général», *Revue européenne de droit public*, 1996, núm. 4, p. 1983.
- STAHN, Hubert, «A model of monopolistic competition: a general equilibrium approach», *Annales d'économie et de statistique*, 1996, núm. 43, p. 29.
- STARK, Charles S., «La aplicación internacional de la legislación antimonopolio de Estados Unidos», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 51.
- TESAURO, Giuseppe, «Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE», *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, núm. 3, p. 741.
- TORREMANS, Paul, «Extraterritorial application of EC and US competition law», *European law review*, núm. 4, 1996, p. 280.
- ULLRICH, Hanns, «Harmonisation within the European Union», *ECLR*, núm. 3, 1996, p. 178.
- VAN DER BERGH, Roger, «Economic criteria for applying the subsidiarity principle in the European Community: the case of competition policy», *International review of law and economics*, 1996, vol. 16, núm. 3, p. 363.
- VAN DER BERGH, Roger, «Modern industrial organisation versus old-fashioned European competition law», *ECLR*, núm. 2, p. 75.
- VAN MIERT, Karel, «Wettbewerbspolitik der Kommission vor der Refierierungskonferenz», *FIW-Schriftenreihe, EU-Regierungskonferenz '96*, Heft 169, 1996, p. 17.
- VAN MIERT, Karel, The proposal for an European competition agency, *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2, núm. 2, 1996.
- VERHOEVEN, Amaryllis, «Privatisation and EC law: is the European Commission 'neutral' with respect to public versus private ownership of companies?», *International and comparative law quarterly*, 1996, Part 4, p. 861.
- WILKS, Stephen, *Options for reform of European competition policy, Developments in European competition policy*, 1996, p. 153.

## 2. ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

- ADAVASTRO, Francesco, «Diritti soggettivi, interessi legittimi e posizioni soggettive di fronte all'esercizio dei poteri autoritativi dell'Autorità garante», en *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 255.
- AMADEO, Stefano, «La posizione del singolo controinteressato dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, núm. 2, p. 405.
- ANTONIOLI, Marco, «Procedimento, sanzioni pecuniarie e attività nella tutela della concorrenza e del mercato», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, núm. 2, p. 394.
- ART, Jean-Yves - LIEDEKERKE, Dirk van, «Developments in EC competition law in 1995: an overview», *CMLR*, núm. 4, 1996, p. 719.
- AUTERI, Paolo, «Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale», *Rivista de diritto industriale*, núm. 2, 1996, pt. I, p. 69.
- BARONE, Anselmo, «Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria», *Il foro italiano*, núm. 1, 1996, pt. I, col. 277-282.
- BASEDOW, Jürgen, «Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht: ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Licht der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1996, núm. 4, p. 570.
- BECHTOLD, Rainer, «Die Durchsetzung europäischen Kartellrechts durch die Zivilgerichte», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1996, núm. 6, p. 660.
- BEHRENS, Peter, *Haben sich die Paragr. 2-8 GWB im Vergleich zu Art. 85 Abs. 3 EGV bewährt?*, *Schwerpunkte des Kartellrechts 1994/95*, 1996, p. 1.
- BLAISE, Jean-Bernard - IDOT, Laurence, «Concurrence», *RTDE*, 1996, núm. 3, p. 567.
- BONET, Georges, «Le nouveau règlement d'exemption par catégorie d'accords de transfert de technologie: Règlement núm. 240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie», *RTDE*, núm. 2, 1996, p. 333.
- BRAAKMAN, August J., «Some observations on the block exemption for Consortia Agreements in light of Regulation núm. 4056/86», *Droit européen des transports*, núm. 2, 1996, p. 265.
- CARLIN, Fiona M., «Vertical restraints: time for change?», *ECLR*, núm. 5, 1996, p. 283.
- CLIMENT GUIMERA, Matilde, «Reglamentos de exención por categorías en la UE: automóviles y transferencia de tecnología», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 1996, núm. 750, p. 37.
- COLSON, M., «L'approche communautaire des opérations d'intégration verticale», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 64.
- COOK, John - KERSE, Christopher S., *E.C. merger control*, 2nd ed.
- COUMES, Jean-Michel, «Le nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de la distribution automobile», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 400, 1996, p. 493.
- COUMES, Jean-Michel, «The new block exemption on car distribution», *European business law review*, núm. 2, 1996, p. 31.
- COWEN, Timothy, «The essential facilities doctrine in EC competition law: towards a "matrix infrastructure"», en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 521.
- DI PIETRO, Alberto, «Acquisizione dell'unico concorrente ed abuso di posizione dominante», *Rivista di diritto industriale*, 1996, núm. 6, pt. II, p. 458.



- DI PIETRO, Alberto, «Prime considerazioni sulle nuove competenze dell'antitrust nazionale attribuite dalla legge comunitaria per il 1994», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, núm. 2, p. 496.
- DI VIA, Luciano, «Alcune riflessioni sulla Rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, 1996, núm. 2-3, p. 289.
- DI VIA, Luciano, «Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza», *Il foro italiano*, núm. 2, 1996, pt. IV, col. 67.
- DISSARS, Björn-Axel, *Das Negativtest nach europäischem Kartellrecht*, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, Bd. 4.
- DONATIVI, Vincenzo, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Collana di studi giuridici, Roma.
- DOTEVALL, Rolf, *Franchise and commercial agency agreements under Article 85 of the Treaty of Rome*, en *Essays in honour of Hugo Tibergh*, 1996, p. 193.
- EBEL, Hans-Rudolf, «EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen», *WuW*, 1996, núm. 10, p. 779.
- EBENROTH, Carsten Thomas, «Die Rechtsfolgen des Arts. 85 EG-Vertrag und ihre Anwendung durch die nationalen Gerichte», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 1996, Beilage 2 zu Heft 11, p. 18.
- EHLE, Dirk, *Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das europäische Kartellrecht: eine Untersuchung zu Art. 85 EGV unter besonderer Berücksichtigung kooperativer abfallrechtlicher Rücknahme- und Verwertungssysteme*, FIW-Schriftenreihe, Heft, 168.
- EHLERMANN, Claus-Dieter y DRUIBER, Berend Jan, «Legal protection of enterprises: administrative procedure, in particular access to files and confidentiality», *ECLR*, 1996, núm. 7, p. 375.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, «Il dibattito sulla sussidiarietà nel diritto della concorrenza», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 17.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, «Implementation of EC competition law by national anti-trust authorities», *ECLR*, núm. 2, 1996, p. 88.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, *The evolution in relations between the EC Commission and national antitrust authorities*, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 55.
- FRIDEN, Georges, «Les garanties procédurales en droit communautaire de la concurrence», en *La justice pénale et l'Europe*, 1996, p. 473.
- FRIGNANI, Algo - WAELEBROEK, Michael, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4ed, totalmente rinnovata, *Il diritto europeo* 5, 1996.
- FRITZSCHE, Jörg, «Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 1, 1996, p. 31.
- GHEZZI, Federico, *Le imprese comuni nel diritto della concorrenza*, 1996.
- GILLIAMS, Hans M. y MASELIS, Ignace «Le statut du plaignant en droit communautaire», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 26, 1996, p. 25.
- GIORDANO, Massimo, «Il "tying arrangements" nell'ultimo orientamento della Corte di giustizia: ritorno al futuro?», *Il foro italiano*, núm. 4, 1996, pt. IV, col. 215.
- GIORDANO, Massimo, «La distribuzione di autoveicoli tra "free rider rationale" e giurisprudenza dei luoghi comuni», *Il foro italiano*, núm. 3, 1996, pt. IV, col. 123.
- GIOVANNETTI, Carlo, «Natura del requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario nell'art. 85 del Trattato di Roma», *Giustizia civile*, núm. 5, 1996, pt. I, p. 1413.

- GIUFFRIDA, Roberto, «La tutela accordata ai singoli per la corretta applicazione del diritto comunitario e il potere di denuncia previsto dal regolamento n. 17/62 in materia di concorrenza», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, núm. 2, p. 229.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F. Enrique, «The notion of ancillary restraints under EC competition law», *Fordham international law journal*, vol. 19, núm. 3, 1996, p. 951.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F. Enrique, «Some reflections on the notion of ancillary restraints under EC competition law», en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 325.
- GOYER, R., «Distribution automobile et autres: les relations verticales entre règle de concurrence et règle de raison: libres propos-», *La semaine juridique. Édition entreprise*, núm. 10, 1996, supplément 1.
- GOYER, R., «Distribution automobile: le nouveau règlement (CE) 1475/95: éléments de présentation», *La semaine juridique. Édition entreprise*, núm. 10, 1996, supplément 1.
- GUDIN, Charles-Étienne, «Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire», *Revue des affaires européennes*, 1996, núm. 2, p. 117.
- HAWK, Barry E. - LAUDATI, Laraine, «Federalismo antitrust negli Stati Uniti e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza nell'Unione europea: un esame comparativo», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 25.
- HENNAU-HUBLET, Christiane, «Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste», en *La justice pénale et l'Europe*, 1996, p. 487.
- JEBSEN, Per - STEVENS, Robert, «Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under Article 86 of the European Union», *Antitrust Law Journal*, vol. 64, núm. 3, p. 443.
- JONES, A., «Recovery of benefits conferred under contractual obligations prohibited by article 85 or 86 of the Treaty of Rome», *The law quarterly review*, 1996, p. 606.
- JOSHUA, Julian Mathic, «Attitudes to antitrust enforcement in the EU and the United States: doping the traffic warden or respecting the law?», *International antitrust law & policy*, 1996, p. 101.
- KERSE, Christopher S., «Block exemptions under Article 85 (3): the technology transfer regulation: procedural issues», *ECLR*, 1996, núm. 6, p. 331.
- KINES, Stephen, «Confidentiality, conflicts and comity: problems and solutions in the new era of international co-operation for the purposes of enhancing competition law enforcement», *Netherlands international law review*, núm. 1, 1996, p. 19.
- KORAH, C. Valentine, «Sussidiarietà e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 51.
- KORAH, C. Valentine, *Technology transfer agreements and EC competition rules*, 1996.
- LANG, Alessandra, «Giudice nazionale e Commissione delle Comunità europee: coesistenza di competenze in materia di concorrenza e strumenti di coordinamento», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, núm. 2, p. 239.
- LEVI, Aldo, «Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'essential facility' e 'monopoly leveraging' nel diritto antitrust», *Rivista de diritto industriale*, núm. 2, 1996, pt. II, p. 189.
- LUGARD, H.H. Paul, «Vertical restraints under EC competition law: an horizontal approach?», *ECLR*, núm. 3, 1996, p. 166.
- MACCULLOCH, Angus D. - RODGER, BARRY J., «Wielding the blunt sword: interim relief for breaches of EC competition law before the UK courts», *ECLR*, 1996, núm. 7, p. 393.



- MEIER-SCHATZ, Christian J., «Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen», *Aktuelle juristische Praxis*, núm. 7, 1996, p. 811.
- MELI, Marisa, «Risarcimento del danno inibitoria per violazione di norme antitrust: nota di commento», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, núm. 6, pt. I, pl. 752.
- MONTAG, Frank, «The case for a radical reform of the infringement procedure under Regulation 17», *ECLR*, 1996, núm. 8, p. 428.
- MONTALCINO, Caroline, «L'application pratique de la contestabilité des marchés par les autorités de la concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, p. 36.
- MONTALCINO, Caroline, «Les autorités nationales de la concurrence face aux phénomènes d'intégration verticale», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, supplément, p. 72.
- NAFTEL, J. Mark, «Exclusive trade mark licensing, Article 85 and market definition», *European intellectual property review*, núm. 7, 1996, p. 406.
- ODERSKY, Walter, «Artikel 85/86 EG-Vertrag und die nationalen Gerichte: einige Bemerkungen aus der Sicht des Bundesgerichtshofes», en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, p. 699.
- ORTIZ-ARCE, Antonio, «La configuración de la responsabilidad civil en el ámbito comunitario europeo de la competencia entre empresas y de las ayudas de Estado», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, vol. 23, núm. 2, p. 397.
- POLLARI, Nicolo, «La legislazione antitrust nell'ordinamento comunitario e nazionale», *Problemi e analisi*, 1991, núm. 1.
- RATLIFF, John, «Major events in EC competition law 1995, Part I», *International company and commercial law review*, 1996, núm. 1, p. 6.
- RATLIFF, John, «Selective distribution: is there a case for a general block exemption or a 'guidelines' notice?», *ECLR*, núm. 5, 1996, p. 299.
- REHBINDER, Eckard, «Der Vorrang des EG-Kartellrechts vor nationalem Kartellrecht bei Freistellungen: dogmatische Konstruktion, Sachargumente und politische Interessen», en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, p. 711.
- REINERT, Peter, «Industrial Supply contracts under EC competition law», *ECLR*, núm. 1, 1996, p. 6.
- RIDYARD, Derek, «Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law», *ECLR*, 1996, núm. 8, p. 438.
- RIOU, Alain, «Le prix du livre et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Les petites affiches*, 1996, núm. 143, p. 19.
- ROBERTSON, Aidan, «Technology transfer agreements: an overview of how Regulation 240/96 changes the law», *ECLR*, núm. 3, 1996, p. 157.
- RODGER, Barry J., «The oligopoly problem and the concept of collective dominance: EC developments in the light of U.S. trends in antitrust law and policy», *The Columbia journal of European law*, 1995-1996, vol. 2, núm. 1, p. 25.
- ROSSI, Giuseppe, «Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e cliente: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"», *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 1996, pt. I, sez. II, col. 213.
- ROTH, Christian E., «La notion d'entreprise selon la jurisprudence récente relative à l'article 85 du Traité CEE», en *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 13.
- SANFILIPPO, Luca, «Preminenza di un'impresa e suoi abusi: si conferma la rilettura innovativa dell'intero art. 86 del Trattato di Roma», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, núm. 4, p. 741.

- SATZKY, Horts, «Does the imposition of a fine for concerted practices require a coordinated market behavior to have actually occurred?», *International antitrust law & policy*, 1996, p. 137.
- SCHMIDT, Karsten, *Europäisches Kartellverbot und «fehlerhafte Gesellschaft»*, en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1996, p. 763.
- SIRAGUSA, Mario, «Il ruolo delle autorità nazionali antitrust nel promuovere un'applicazione convergente delle norme sulla concorrenza in Europa: opportunità di un'applicazione decentrata della normativa dell'UE sulla concorrenza», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 61.
- SOAMES, Trevor, «An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?», *ECLR*, núm. 1, 1996, p. 24.
- SOTTILI, Valeria, «Partecipazione ai procedimenti comunitari di controllo nel settore della concorrenza», *Il foro amministrativo*, 1996, núm. 10, p. 2812.
- SPELMANN, Dean, «Deux conséquences du caractère pénal des amendes prononcées par la Commission des Communautés européennes dans le domaine du droit de la concurrence», en *La justice pénale et l'Europe*, 1996, p. 509.
- TAVASSI, Marina, *Il contributo dei giudici ordinari*, en *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 107.
- TIZZANO, Antonio, «L'applicazione decentrata degli articoli 85 et 86 del Trattato CE in Italia», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 95.
- TOFFOLETTO, Alberto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Studi di diritto privato, Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza, 78.
- TRIANAFYLLOU, Dimitris, «Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marches publics», *RTDE*, núm. 1, 1996, p. 57.
- TURNBULL, Sarah, «Barriers to entry, Article 86 EC and the abuse of a dominant position: an economic critique of European Community competition law», *ECLR*, núm. 2, 1996, p. 96.
- UITERMARK, Piet J., «The concept of competition underlying the Community's control of collusive practices», *Developments in European competition policy*, 1996, p. 5.
- VAN BAEL, Ivo, *Recent developments under Article 86*, en *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1996, p. 1.
- VAN GINDERACHTER, Eric y DURANDE, S., «EC Regulation 870/95: the consortia block exemption», *Droit européen des transports*, núm. 2, 1996, p. 241.
- VAN MIERT, Karel, «Sviluppi prospettive dell'applicazione decentrata del diritto della concorrenza europeo», en *Temi e problemi, ed. Speciale: la tutela de la concorrenza*, 1996, p. 113.
- VENIT, JAMES S., «EU competition law: enforcement and compliance: an overview», *Antitrust law journal*, 1996, núm. 1, p. 81.
- VETTER, Winfried, *Konzentrierte und kooperative Gemeinschaftsunternehmen nach EG-Kartellrecht*, Universität Konstanz, 1996.
- VEZZOSO, Simonetta, «Il nuovo Regolamento comunitario di esenzione per categoria in materia di distribuzione di autoveicoli», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 2, 1996, pt. I, p. 327.
- WAELEBROECK, Michael, «Price discrimination and rebate policies under EU competition law», *International antitrust law & policy*, 1996, p. 147.
- WALZ, Robert, «Rethinking Walt Wilhelm: or the supremacy of Community competition law over national law», *European law review*, 1996, núm. 6, p. 449.



- WALLER, Annika, «Decentralization of the enforcement process of EC competition law: the greater role of national courts», *Legal issues of European integration*, 1996, núm. 2, p. 1.
- WAMSER, Frank, «Die Rechte Dritter in behördlichen und gerichtlichen Kartellverfahren», *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995*, 1996, p. 179.
- WEATHERILL, Stephen, «Public interest litigation in EC competition law», en *Public interest litigation before European courts*, 1996, p. 169.
- WEISS, Wolfgang, «Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren: zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts», en *Ius Criminale*. Schriftenreihe zum europäischen Strafrecht, Bd. 3.
- WILS, Wouter P.J., «La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, 1996, núm. 3-4, p. 329.
- WOUDE, Marc H. Van der, «Hearing officers and EC antitrust procedures: the art of making subjective procedures more objective», *CMLR*, núm. 3, 1996, p. 531.
- ZONCA, Stefano, «Un nuovo progetto di comunicazione della Commissione sulla politica di imposizione delle ammende: le imprese divengono collaboratori di giustizia per le violazioni delle norme di concorrenza?», *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, núm. 2, p. 583.

### 3. CONCENTRACIONES

- BECHTOLD, Rainer, «Abwägung zwischen wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses in der europäischen Fusionskontrolle: zur Auslegung des Art. 2 I Fusionskontroll -Verordnung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 1996, p. 389.
- BERLIN, Dominique; CALVET, Hughes y COULON, Emmanuel, «Concentrations (1er janvier 1993-31 décembre 1994)», *RTDE*, 1996, núm. 3, p. 535.
- BERLIN, Dominique - CALVET, Hugues, «Concentrations: (1er janvier 1993- 31 décembre 1994)», *RTDE*, núm. 2, 1996, p. 333.
- BROBERG, Morten P., «Geographic allocation of turnover under the EC merger regulation», *World competition*, 1996, vol. 20, núm. 2, p. 32.
- BROBERG, Morten P., «The Commission's jurisdiction over mergers in the financial sector», *Legal Issues of European integration*, 1996, núm. 2, p. 35.
- BROBERS, Morten O., «The EC Commission's Green Paper on the review of the merger regulation», *ECLR*, núm. 5, 1996, p. 289.
- BROWN, Adrian, «Distinguishing between concentrative and co-operative joint ventures: is it getting any easier?», *ECLR*, núm. 4, 1996, p. 240.
- CARSWELL PARMENTIER, Lucie - GRANT, Charles, «EC merger control regulation: from the notices to the Green Paper», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 4, 1996, p. 469.
- FIEBIG, André, «Outsourcing under the EC Merger Control Regulation», *ECLR*, núm. 2, 1996, p. 123.
- FUCHS, Andreas, «Widerruf der Genehmigung und nachträgliche Untersagungsmöglichkeit nach der Fusionskontroll Verordnung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1996, p. 263.
- FUCHS, Andreas, «Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle», *WuW*, núm. 4, 1996, p. 269.
- GAFFARD, Jean-Luc y KRAFFTY, Jackie, «Processus concurrentiel et politique communautaire en matière de concentration: introduction à une problématique», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, p. 16.

- HIRSBRUNNER, Simon, «Fusionskontrolle der Kommission im Jahre 1995», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 17, 1996, p. 517.
- JUHEL, Erwan, «Les engagements acceptés lors du contrôle des concentrations», *Revue des affaires européennes*, núm. 1, 1996, p. 39.
- KASSAMALI, Reyaz A., «From fiction to fallacy: reviewing the EC merger regulation's Community-dimension thresholds in the light of economics and experience in merger control», *European law review: competition law survey*, 1996, p. CC/89.
- KÖGEL, Rainer, *Die Angleichung der deutschen an die europäische Fusionskontrolle*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 145.
- KÖRBER, Torsten, «Konkurrentenklagen in der europäischen Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1996, p. 267.
- KÖRBER, Torsten, *Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 142.
- LA NOCE, Mauro y FERRERO, Massimo, «Controllo delle concentrazioni fra imprese e criteri di valutazione», en *Temi e problemi. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, 2.
- MORGAN, Eleanor J., «The treatment of oligopoly under the European merger control regulation», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 1996, p. 203.
- MOURIK, Aad van, «Five years of Community merger control», en *Developments in European competition policy*, 1996, p. 19.
- NORDEMANN, Jan Bernd, *Gegenmacht und Fusionskontrolle: Praxis und Relevanz im deutschen und europäischen Recht*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 140.
- PLATTEAU, Koen, «EC merger control in the banking and financial sector», *Revue de la banque*, núm. 4, 1996, p. 223.
- QUACK, Karlheinz, «Reform der Fusionskontrolle: einige unsystematische Anmerkungen zur Harmonisierung des nationalen mit dem Gemeinschaftsrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler Teil*, núm. 4, 1996, p. 549.
- SALQUE, Christine, «La situation oligopolistique des industries aéronautique et spatiale au regard du règlement communautaire sur les concentrations», *Revue du marché unique européen*, 1996, núm. 4, p. 107.
- SCHÜTZ, Jörg, «Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle: zum "Backofenmarkt"-Beschluss des BGH», *WuW*, núm. 4, 1996, p. 286.
- SNELDERS, Robbert, «Developments in EC merger control in 1995», *European law review: competition law survey*, 1996, p. CC/66.
- VAN SOLINGE, Gerard, «Cross-border mergers: a private international law approach», *Netherlands international law review*, 1996, vol. XLIII, núm. 2, p. 187.
- ZSCHOCKE, Christian Oscar, «Harmonisierung der Fusionskontrolle aus der Sicht des Praktikers», *WuW*, núm. 2, 1996, p. 85.

#### 4. AYUDAS PÚBLICAS

- ADOTTI, Alessandro, «Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.2 del Trattato CE in materia di aiuti statali alle imprese con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, núm. 4, p. 721.
- APPIANO, Ermenegildo Mario, «Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e regole comunitarie in materia di aiuti di Stato», *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, núm. 3, p. 751.



- BAUDUCCO, Sonia, «Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza», *I tribunali amministrativi regionali*, 1996, núm. 10, pt.II, p. 293.
- BUIGUES, Pierre-André y MEIKLEJOHN, Roderick, *Reconciling state aid policy with other community policies*, *Developments in European competition policy*, 1996, p. 67.
- CACCIATO, Giuseppe, «Subventions, législations et politiques en matière de concurrence: parallèle entre l'UE et les USA», *Revue du marché unique européen*, 1996, núm. 4, p. 81.
- CREMER, Wolfram, «Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäss Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit», *Europarecht*, 1996, núm. 2, p. 225.
- DONY-BARTHOLMÉ, Marianne, «Aides d'État: (Commission et Cour de Justice, année 1995)», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 29, 1996, p. 102.
- EHLERMANN, Claus-Dieter - SCHÜTTERLE, Peter, «Vollzugsdefizit der europäischen Beihilfenkontrollregeln?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 8, 1996, p. 234.
- EVANS, Andrew C., «Contextual problems of EU law: state aid control under the Europe Agreements», *European law review*, núm. 4, 1996, p. 263.
- FALKENKÖTTER, Thomas, «Des Streit um die sächsischen VW-Beihilfen - Anlass für grundsätzliche Klärung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, núm. 41, p. 2689.
- FRIGNANI, Aldo, «Gli aiuti alle imprese e le regole comunitarie in materia di interventi di supporto all'economia», en *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione*, 1996, p. 105.
- GORMLEY, Laurence William, *Public interest litigation and state subsidies*, en *Public interest litigation before European courts*, 1996, p. 159.
- HOLZER, Norbert, «Deutsche Rundfunkgebühr als unzulässige Beihilfe im Sinne des europäischen Rechts?», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 4, 1996, p. 274.
- JOUR-SCHRÖEDER, Alexandra, «The application of the EC-state aid rules in the Central and Eastern European countries», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, núm. 24, p. 741.
- LEHMAN, Hervé, «Les droits de la défense de l'entreprise bénéficiaire d'une aide d'État», *Gazette européenne*, 1996, núm. 13, p. 15.
- MANZELLA, Gian Paolo y NIZZO, Carlo, «Giudice nazionale ed aiuti di Stato non notificati: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, núm. 12, p. 1128.
- MODLICH, Joachim Johannes, *Nationale Infrastrukturmassnahmen und Artikel 92 Abs. 1 EGV: zur Vereinbarkeit nationaler Infrastrukturmassnahmen mit dem Beihilfeverbot des Artikel 92. Abs. 1 EGV*, *Völkerrecht - Europarecht - Staatsrecht*, Bd 17.
- MÜLLER-IBOLD, Till, «The AEA proposal for a regulation on State aid procedure», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, núm. 22, p. 683.
- PERNIN, Anne, «Des dysfonctionnements de la raison communautaire: une analyse à partir du controle des transferts états-entreprises», *Critique de la raison communautaire*, 1996, p. 203.
- POLLEY, Romina, «Die konkurrentenklage im europäischen Beihilferecht: Klagebefugnis und Rückforderung bei rechtswidrig gewährten Beihilfe», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1996, p. 300.
- PRIESS, Hans-Joachim, «Recovery of illegal state aid: an overview of recent developments in the case law», *CMLR*, núm. 1, 1996, p. 69.
- ROUSSEAU, Monique - FRANCE. ASSEMBLÉE NATIONALE. DÉLÉGATION POUR L'UNION EUROPÉENNE, *Les aides d'État: une politique communautaire efficace*, Documents d'information de l'Assemblée nationale, Dixième législature, núm. 3107.

- SCHNEIDER, Jens-Peter, «Konkurrentenklagen als Instrumente der europäischen Beihilfeaufsicht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1996, núm. 22, p. 1301.
- SCHROEDER, Werner, «Rechtsprobleme der Beihilfekontrolle durch die Eu-Kommission», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, núm. 50, p. 2097.
- STUART, E.G., «Recent developments in EU law and policy on state aids», *ECLR*, núm. 4, 1996, p. 226.
- WAREHEM, Philip, «State aids and the maritime sector», *Droit européen des transports*, núm. 2, 1996, p. 277.

## 5. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, «Derecho comunitario europeo y Derecho del deporte: efecto directo y Derecho de la competencia», *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, núm. 1, p. 1583.
- BELLIS, Jean-François, *La banque et le droit communautaire de la concurrence*, en *Mélanges Jean Pardon*, 1996, p. 1.
- CAMPOGRANDE, Gianluigi, «Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt Bosman», *Revue du marché unique européen*, núm. 1, 199, p. 45.
- CONFAVREUX, Régis, «Les transports maritimes dans le droit de la concurrence communautaire», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 398, 1996, p. 369.
- CRANS, Berend J.H., «Liberalization of airports», *Airs and space law*, núm. 1, 1996, p. 10.
- CROZET, Yves, «Transport ferroviaire et service public», en *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPSA, p. 265.
- DAUDRET, Frédérique, «1994: une politique européenne de concurrence active dans le secteur des transports», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 89, 1996, p. 49.
- DE BAUW, Robert, «Énergie et service public communautaire», en *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPSA, p. 287.
- FLEISCHER, Holger, «Absprachen im Profisport und Art. 85 EGV: eine kartellrechtliche Nachlese zum Bosman-Urteil des Europäischen Gerichtshofs» *WuW*, núm. 6, 1996, p. 473.
- FRARD, Loïc, «Le transport aérien communautaire, entre marché et service public», en *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPSA, p. 233.
- GENTILI, Aurelio, «La concorrenza nelle telecomunicazioni», *Il diritto dell'informazione e dell'informativa*, núm. 2, 1996, p. 207.
- GIOVANNETTI, Carlo, «Concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni tra disciplina comunitaria e normativa antitrust nazionale», *Giustizia civile*, núm. 6, 1996, pt I, p. 1789.
- GUGERBAUER, Norbert, «Telekommunikation und Kartellrecht im Licht der zum 1.1.1988 anstehenden Liberalisierung», *Recht der Wirtschaft*, 1996, núm. 10, p. 459.
- GUILLEN FERRER, María José, «Aplicación de los artículos 85 y 86 a las entidades financieras, en concreto, los sectores de seguros y de mercado de valores y la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 618, 1996, p. 2353.
- GUNDLACH, Hardi, *Die öffentlichen Fernsehunternehmen im europäischen Binnenmarkt zwischen öffentlichem Auftrag und marktwirtschaftlichem Wettbewerb*,



- Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Bd. 2, 1996, p. 143.
- HEY, Christian, «What is left of the telephone service monopoly in Europe?: a comparative approach to the situation in France, the Netherlands, Sweden and Germany», *Computer and telecommunications law review*, núm. 1, 1996, p. 5.
- INTEGRATION EUROPAS UND ORDNUNG DER WELTWIRTSCHAFT, Bd 8, Wettbewerbspolitik und die Ordnung der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland und Grossbritannien, 1996.
- LESQUILLONS, Henry M. y JALABERT, Nathalie, *Application des règles communautaires de concurrence au secteur financier: l'intervention d'entreprises disposant de prérogatives de service public relatives à l'épargne populaire dans le secteur bancaire et financier*, en *Mélanges Jean Pardon*, 1996, p. 361.
- LINDEN, Oliver, «Deregulation of the electricity sector in the UE: legal aspects», en *Publications by the Institute for European Law at Stockholm University*, núm. 36.
- MELIADÒ, Giuseppe, «Il monopolio pubblico del collocamento e il lvaore interinale in Italia innanzi ai giudici di Lussemburgo: mancate risposte e problemi aperti», *Il foro italiano*, núm. 2, 1996, pt. IV, col. 77.
- MEYER-HORN, Klaus, *Services bancaires et financiers publics à l'échelle européenne, en Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPESA, p. 415.
- NEITZEL, Jens, «Die Auslandstätigkeit der Deutschen Telekom: eine Untersuchung anhand des europäischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung strategischer Allianzen und Gemeinschaftsunternehmen», *Law and economics of international telecommunications*, vol. 26.
- OTERO GARCÍA-CASTELLÓN, Carmen, «La circulación intracomunitaria de los productos farmacéuticos. Aspectos concurrenciales ligados a la conclusión de los períodos transitorios del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas», *Boletín Económico de ICE*, 1996, 2519, p. 15.
- PATRONI GRIFFI, Antonio, «Antitrust e concentrazioni bancarie», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 3, 1996, pt. I, p. 395.
- PERSANO, Luca, «Le intese restrittive della concorrenza nel mercato assicurativo», *Giurisprudenza italiana*, núm. 5, 1996, pt. III, sez. I, col. 307.
- PONS, Jean-François, «La politique de concurrence européenne dans le domaine audiovisuel», *Competition policy newsletter*, 1996, núm. 3, p. 6.
- POULLET, Yves y MENSBRUGGHE, François van der, «Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications», en *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPESA, p. 333.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «La liberalizzazione delle telecomunicazioni in Italia: la decisione ex art. 90(3) del Trattato CE nel caso Omnitel», *Diritto del commercio internazionale*, 1996, núm. 1, p. 75.
- RAMSEY, Thomas J., «The EU Commission's use of the competition rules in the field of telecommunications: a delicate balancing act», *International antitrust law & policy*, 1996, p. 561.
- RICOLGI, Marco, «Liberalizzazione delle telecomunicazioni e diritto della concorrenza», *Giurisprudenza italiana*, núm. 2, 1996, pt. 1, sez. II, col. 95.
- RIESENKAMPFF, Alexander y LEHR, Stefan, «Membership of professional associations and Article 85 of the EC Treaty», *World competition*, vol. 19, núm. 4, 1996, p. 57.
- ROCHERON, Pierre, «L'application du droit communautaire de la concurrence dans le transport aérien», *Revue des affaires européennes*, 1996, núm. 2, p. 137.
- SCHIMKE, Martin, *Sportübertragungsrechte in der Europäischen Union aus kartellrechtlicher Sicht*, en *Sport in der Europäischen Union*, 1996, p. 31.

- SMORTO, Guido, «Questioni in tema di diritto della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni tra monopolio e liberalizzazione», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, núm. 5, pt. I., p. 607.
- STOCKMAN, Kurt, «Sportübertragnungsrechte und Kartellrecht am Beispiel der Europacup-Spiele», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1996, p. 411.
- UNGERER, Herbert, «EC competition law in the telecommunications, media, and information technology sectors», *Fordham international law journal*, vol. 19, núm. 3, 1996, p. 1111.
- UNGERER, Herbert, «EU competition law in the telecommunications, media and information technology sector», en *International antitrust law & policy*, 1996, p. 465.
- WERNER, Marcus y BRÜNING, Manfred, «Windows 95 und Microsoft Network Verstoss gegen das europäische Kartellrecht?», *Computer und Recht*, núm. 2, 1996, p. 65.
- WERTENBRUCH, Johannes, «Die zentrale Vermarktung von Fussball-Fernsehrechten als Kartell nach Paragr. 1 GWB und Art. 85 EGV», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 33, 1996, p. 1417.
- WILMS, Günter, *Das europäische Gemeinschaftsrechts und die öffentlichen Unternehmen: die Kompetenz der Kommission aus Art. 90 Abs. 3 EG-Vertrag und ihre Anwendung auf die Elektrizitätswirtschaft*, Schriften zum europäischen Recht, Bd. 28.

## 6. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- BUENDÍA SIERRA, José Luis, «Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence», *Competition policy newsletter*, 1996, núm. 3, p. 14.
- CARTELIER, Lusiane, «Les services publics européens entre théorie économique et droit communautaire», *Critique de la raison communautaire*, 1996, p. 71.
- DEBÈNE, Marc y RAYMUNDIE, Olivier, «Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?», *Critique de la raison communautaire*, 1996, p. 109.
- DECKLER, Heinrich, «Die CEEP-Vorstellungen über eine "Europäische Charta der öffentlichen Dientsleistungen"», en *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa*, 1996, p. 95.
- DELACOU, Éric, «Services publics et concurrence communautaire: aspects juridiques», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 400, 1996, p. 501.
- EDITORIAL COMMENTS, «Public service obligations: a blessing or a liability?», *CMLR*, 1996, núm. 3, p. 395.
- FESENMAIR, Joseph, *Öffentliche Dientsleistungsmonopole im europäischen Recht: eine juristisch-ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Theorie der natürlichen Monopole*, Berliner Juristische Universitätschriften. Reihe Zivilrecht, Bd. 4.
- FRUITHOF, Evanna, «Le service public et les nouvelles agences de l'Union européenne», en *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPESA, p. 573.
- GACHET, Bernard, «Le secteur associatif, complément des services publics dans l'Union européenne», *Critique de la raison communautaire*, 1996, p. 227.
- GHELARDUCCI, Franco, «Privatizzazione e servizi pubblici locali», *Il foro amministrativo*, 1996, núm. 5, p. 1741.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «Servicios públicos y el derecho comunitario de la competencia. Especialmente la limitación de los Estados Miembros de crear servicios públicos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 1777, 1 julio 1996, p. 2817.



- GRARD, Loïc; VANDAME, Jacques y MENSBRUGGHE, François van der, *Vers un service public européen*, 1996, Collection TEPSA.
- KOVAR, Robert, «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, núm. 2, 1996, p. 215.
- KOVAR, Robert, «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *RTDE*, 1996, núm. 3, p. 493.
- LOMBARDI, Roberta, «Prime osservazioni sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità», *Il diritto dell'economia*, 1996, núm. 2, p. 435.
- MODERNE, Frank, «Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen», *Droit et anthropologie de la complexité*, 1996, p. 239.
- RODRIGUES, Stéphane, «Service publics et CIG 96: certitudes, espoirs et illusions», *Revue des affaires européennes*, núm. 1, 1996, p. 25.
- SOTTILI, Valeria, «La liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia», en *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione*, 1996, p. 243











## **OTRAS OBRAS PUBLICADAS**

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA.**

**Lluís Cases**

**LA IMPLANTACIÓN DE GRANDES  
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.**

**Lluís Cases**

**Ferran Pons Cànovas**

Fundación

