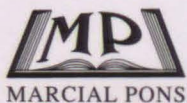


ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA
1997



Fundación



COMPETENCIA

1997

Fundación



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 1997**, de igual modo que se hizo en el precedente, de **1996**, recopila de forma ordenada y sistemática todos los datos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia. Para ello 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.

Asimismo, el **Anuario de la Competencia 1997**, como el anterior, el correspondiente a **1996**, 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, además, las concretas resoluciones o sentencias dictadas en el ejercicio.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

Colaboran en el Anuario de la Competencia 1997

Cristina Alcaide Guindo
*Subdirectora General sobre Conductas
Restrictivas de la Competencia.
Servicio de Defensa de la Competencia*

Manuel Ballbé Mallol
*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Autónoma de Barcelona*

Luis Berenguer Fuster
*Vicepresidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia*

Andrés Betancor
*Director Master en Política y Gestión
Medioambiental.
Universidad Carlos III de Madrid*

Hendrik Bourgeois
*Advocaat. Member of the Brussels Bar.
Member of the New York Bar*

Francisco Cabrillo
Catedrático de la Universidad Complutense

Miguel Corsini Freese
*Presidente de RENFE y de la Sección
Española del CEEP*

Juan Manuel Fernández López
*Presidente de la Agencia de Protección
de Datos. Magistrado. Ex Vocal
y Ex Vicepresidente del TDC*

Catalina Martínez
Economista. Lexecon Ltd

Concepción Mónica Montero Elena
*Magistrada. Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional*

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

Carlos Padrós Reig
*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho
Administrativo. Universidad Autónoma de Barcelona*

Carlos Pascual Pons
*Técnico Comercial y Economista del Estado.
Servicio de Defensa de la Competencia*

Mercedes Pedraz Calvo
*Magistrada. Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional*

Alberto Pera
*Secretario Generale dell' Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato*

Amadeo Petitbò Juan
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Xavier Ruiz Calzado
*Letrado en el Tribunal de Primera Instancia de las
Comunidades Europeas*

Pilar Sánchez Núñez
Asesora. Tribunal de Defensa de la Competencia

Isabel Sánchez García
*Subdirectora de Precios Regulados. Comisión
Nacional del Sistema Eléctrico*

Inmaculada Sanz Sanz
Servicio de Defensa de la Competencia

Dieter Wolf
Presidente del Bundeskartellamt

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

1997

PRESENTACIÓN (Prólogo) 11

Las competencias en España (Introducción) 12

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS

Las competencias en materia de la competencia (Luis Ferraz Muñoz) 13

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

La competencia en materia de la competencia (Mariano Marín) 110

La aplicación de las normas de derecho de la competencia al comercio de las
profesiones reguladas (Francisco Cases) 121

Determinación de la competencia en las de Derecho de la competencia (Francisco
Cases) 129

La competencia en materia de la competencia (Mariano Marín) 130

Competencia y medio ambiente (Francisco Cases) 131

Aplicación práctica de las normas de la competencia y de la competencia
en materia de competencia (Francisco Cases) 132

SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Fundación ICO

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

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
1997

Edición de la Asociación de Consumidores 1997

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
1997

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
Tel.: 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-624-9
Depósito legal: M. 47.719 -1998

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO
Fotocomposición: INFORTEX, S. L.
Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 1998

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Fernando BECKER ZUAZUA)	11
La libre competencia en España 1997 (Lluís CASES).....	13
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Las restricciones verticales de la competencia (Amadeo PETITBÖ JUAN)	27
La competencia en los servicios públicos de transporte y el papel del ferrocarril (Miguel CORSINI FREESE).....	67
Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado (Cristina ALCAIDE GUINDO).....	81
La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista (Manuel BALLBÉ MALLOL)	107
La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas (Francisco CABRILLO).....	125
Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Luis BERENGUER FUSTER)	139
La confidencialidad del expediente administrativo (Mercedes PEDRAZ CALVO).....	173
Competencia y medio ambiente (Andrés BETANCOR)	183
Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	215
SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS	
Los derechos de los denunciantes y otros terceros en materia de competencia. Comentario de las principales sentencias dictadas en 1997 por el TJCE y el TPI (Xavier RUIZ CALZADO).....	243

La fijación en origen de los precios al detall desde el punto de vista de la competencia. El caso del mercado del libro (Vicente José MONTES GAN)	277
Ámbito subjetivo de las potestades sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia. Análisis de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la materia (Concepción Mónica MONTERO ELENA)	299
Posición de dominio y precios discriminatorios en materia de inspección y control técnico de industrias (Carlos PADRÓS REIG)	311
The 1997 European Court of Justice judgements regarding exclusive import and export rights in the energy sector (Hendrik BOURGEOIS)	327
Duelo de titanes: Boeing/McDonnell Douglas <i>versus</i> Airbus (Catalina MARTÍNEZ)	341
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección tercera) de 28 de julio de 1997 (Inmaculada SANZ SANZ)	349
Desmotadoras de algodón. Funcionamiento y efectos de un cártel «de libro» (Carlos PASCUAL PONS)	371
Liderazgo en precios en la industria láctea (Pilar SÁNCHEZ NÚÑEZ e Isabel SÁNCHEZ GARCÍA)	387

TERCERA PARTE. CRÓNICAS

Aktuelle Entwicklungen in der Deutschen Wettbewerbspolitik (Dieter WOLF)	401
Politica della concorrenza e normativa <i>antitrust</i> in Italia (Alberto PERA)	423

CUARTA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia	447
Tribunal de Defensa de la Competencia	453
Audiencia Nacional	479
Tribunal Supremo	483
Comisión europea	485
Tribunal de Primera Instancia	497
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	503

QUINTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

España	509
Unión Europea	511

SEXTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Segundo Plan de liberalización y reactivación económica	519
The OECD Report on Regulatory Reform. Summary	525
La Conférence Intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence (Karel VAN MIERT)	537
Europe 2000, the challenge of market and competition policy (Karel VAN MIERT)	545
La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea (Juan Antonio RIVIÈRE MARTI).....	555
Innovation and competition: a view from the European Commission (Jean-François PONS)	565
Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission (Karel VAN MIERT).....	573

SÉPTIMA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España	591
Unión Europea	594

de la Comisión (CEC) y del Tribunal (TDC) se han incrementado considerablemente en los últimos años.

La acción de la competencia continúa siendo una fuerza primordial para la modernización y buena funcionamiento de la economía europea. Con palabras del Dr. Schömann, Director General de la Comisión en la Comisión Europea, «El objetivo principal de la competencia es promover el crecimiento y el empleo». Todo indica que España no va a ser una excepción. Esperamos que este segundo número de la publicación JCO respalde, entre otras cosas, el trabajo que se está realizando en este campo.

Fernando BUSTOS

PRESENTACIÓN

Durante la última década hemos asistido a cambios fundamentales en la organización de la economía internacional que inciden directamente en las condiciones de la competencia en los mercados. El avance en el proceso de globalización y los cambios tecnológicos, especialmente en la informatización de los procesos productivos y la distribución, son también factores que inciden directamente en el ámbito de la competencia y exigen un continuo cambio de la nueva normativa.

El Mercado Único y la Unión Monetaria introducen modificaciones importantes en la organización económica. El euro como moneda única desde enero de 1999, permitirá una mayor transparencia de los precios, lo que va a influir positivamente en el aumento de la competencia dentro de la Unión Europea. En principio, la tendencia hacia una mayor concentración de empresas no tiene por qué ser perjudicial para la competencia, pero sí requiere un esfuerzo de definición y observación de los mercados que permita un funcionamiento adecuado en condiciones de perfecta competencia.

La legislación europea en el «Libro Verde» de enero de 1997 cambia la concepción de la política comunitaria en materia de competencia en relación con las restricciones «verticales», como consecuencia de posibles acuerdos de colusión entre fabricantes y distribuidores. También se observan otras legislaciones comunitarias en las que se produce una revisión de la política de la Comisión respecto a los acuerdos «horizontales» entre empresas situadas en el mismo nivel del mercado. El debate actual más llamativo está centrado sobre el grado de competencia en el sector de la alta tecnología.

Por su parte, en España, en febrero de 1997, el Consejo de Ministros aprobó el «Plan de liberalización y de impulso de la actividad económica» con el objetivo de impulsar la capacidad competitiva del aparato productivo. Asimismo, en diciembre del mismo año, se introducen modificaciones importantes sobre la legislación y procedimientos en la defensa de la competencia. La tramitación y resolución de expedientes concretos, en materia de competencia a través del Servicio de Defensa

de la Competencia (SDC) y del Tribunal (TDC), se han incrementado notablemente en los últimos años.

La defensa de la competencia continúa siendo una materia prioritaria para la modernización y buen funcionamiento de la economía europea. Con palabras del Dr. Schamb, Director General de la Competencia en la Comisión Europea, «los próximos años serán un período especialmente intenso, difícil y excitante en materia de política europea de la competencia». Todo indica que España no va a ser una excepción. Esperamos que este segundo anuario que la Fundación ICO respalda, sirva para reflexionar y aportar luz sobre este importantísimo tema.

Fernando BECKER

Presidente de la Fundación ICO

LA LIBRE COMPETENCIA EN ESPAÑA 1997

Lluís CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Director del Anuario de la Competencia

I. LA LIBRE COMPETENCIA ES UN GRAN MARCO ABIERTO

La libre competencia tiene en nuestro país una escasa tradición, aunque en la década de los noventa ha adquirido de forma rápida una creciente relevancia. Seguramente por la carencia de una suficiente tradición en distintos ámbitos, políticos, económicos, jurídicos, etc., puede apreciarse una evidente tendencia en España a reducir en demasía el debate sobre la misma.

La libre competencia es un inmenso marco, necesariamente siempre abierto y no cerrado, siempre dinámico y no estático. Desde una perspectiva estructural, como la planteada por Ballbé en este Anuario, preside nuestro sistema constitucional y va extendiendo paulatinamente su operatividad. La extraordinaria amplitud de la libre competencia puede observarse desde varias perspectivas.

En primer lugar, el debate sobre la libre competencia se está produciendo en sectores donde hasta ahora ésta estaba marginada o era un elemento completamente desconocido, especialmente por la tradicional forma de operar en distintos sectores económicos. Una cuestión primaria es la profusión del debate sobre la libre competencia en los distintos sectores económicos. Preguntas sencillas, pero que esconden una complejidad evidente, se están generalizando y formulando en distintos sectores hasta ahora ajenos a la libre competencia: ¿Por qué introducir competencia? ¿Qué beneficios puede generar la introducción de competencia? ¿Qué perjuicios puede causar la introducción de competencia? ¿Cómo introducir competencia? ¿Cómo atender a la situación de transitoriedad hacia un marco de libre competencia? ¿Qué margen de decisión debe quedar en los poderes públicos? ¿A quién beneficia la no introducción de competencia? ¿A quién beneficia la competencia? ¿Cuáles son los costes de la no introducción de competencia? Las preguntas, de distinta entidad y

naturaleza, ciertamente no tienen siempre una fácil respuesta. Sin embargo, su formulación ya es, en nuestra opinión, determinante. Los economistas, juristas y otros profesionales se lanzan ahora a reflexiones sobre la operatividad de la libre competencia en distintos sectores que hubiesen sido impensables hace unos escasos años.

El Anuario de la Competencia recoge tres reflexiones en esta línea de desarrollo. El Presidente de Renfe, Miguel Corsini, analiza con detalle dichas cuestiones en relación con los servicios públicos del transporte y en concreto la problemática que plantea la competencia en el ámbito del ferrocarril. Francisco Cabrillo analiza la aplicación de las normas de competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas que ha generado una discusión generalizada en los últimos años. Finalmente, Andrés Betancor profundiza sobre las relaciones entre competencia y medio ambiente, y constituye una reflexión muy sugerente sobre ambos conceptos, que hasta ahora no había sido prácticamente efectuada en nuestro país.

En segundo lugar, la extensión de la competencia puede apreciarse desde una perspectiva que podemos calificar de interna. Es decir, no en función de cómo opera en los específicos sectores, sino atender a la misma desde una perspectiva general. Aquí las aportaciones doctrinales van incrementándose cada año desde 1990. En tanto que política de carácter horizontal su dimensión es muy notable. Un buen ejemplo de ello es el debate sobre las restricciones verticales de la competencia y la definición del mercado relevante. Ambas son cuestiones profundamente debatidas y analizadas en el año 1997. En torno a las mismas se plantea un abierto debate en el que este Anuario participa con dos colaboraciones de importancia, la del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Amadeo Petitbò, y la de la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia del Servicio de Defensa de la Competencia, Cristina Alcáide. Las dos cuestiones no son nada pacíficas y la polémica está servida.

Igualmente, otras significadas colaboraciones de este Anuario constituyen un claro ejemplo de la extensión que paulatinamente va alcanzado la libre competencia, en tanto que acción horizontal de los poderes públicos. La interpretación del artículo 2 de la Ley en orden a delimitar la aplicación de ésta a la administración pública ha planteado no pocos problemas, que en parte motivaron la primera modificación de la Ley de 1989. El vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, Luis Berenguer, analiza con detalle y de forma exhaustiva esta problemática. Asimismo, a medida que se incrementa la aplicación del Derecho de la competencia se suscita la controversia sobre la confidencialidad de los expedientes, por cuanto las empresas, denunciadas o denunciantes, pueden requerir que no se hagan públicos concretos aspectos de su actividad negocial. La controversia que plantea esta demanda es analizada por la Magistrada de la Audiencia Nacional, Mercedes Pedraz. También, la aplicación en España del Derecho comunitario de la competencia es origen de dudas de distinto calibre. En nuestra opinión, como ya se indicó,

la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1993 puede acarrear serias dudas acerca del correcto cumplimiento por parte de España de las obligaciones que derivan del derecho comunitario, por cuanto implica poner en entredicho el efecto directo de concretos preceptos comunitarios, reiteradamente establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, 1995). El Presidente de la Agencia de Protección de Datos y ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia analiza con detalle la aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 del Tratado y de las normas internas de competencia.

Y finalmente, en tercer lugar, no se puede obviar que en el seno de la competencia se pueden apreciar y tienen cabida matices conceptuales e ideológicos notables. En función de los mismos, en función del criterio de cada analista se tenderá a poner el acento en unas problemáticas o a formular precisas interpretaciones. La libre competencia no es en ningún caso unidireccional. La libre competencia no es una vía de acción de los poderes públicos que pueda ser calificada de estrecha. Al contrario, es amplia y puede dar cabida a distintas posiciones conceptuales sobre el papel del mercado, de las empresas, de los ciudadanos consumidores y usuarios, de los poderes públicos, de los servicios públicos. Esta afirmación nos parece relevante y no puede obviarse. A medida que en España vayamos profundizando en la reflexión, en la aplicación del Derecho de la libre competencia, podremos ir percibiendo matices que, sin duda, enriquecerán el desarrollo futuro.

II. LA PREVISTA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Plan de liberalización y de impulso de la actividad económica, aprobado por el Consejo de Ministros en febrero de 1997, señalaba como uno de los objetivos a perseguir el de reforzar el sistema de Defensa de la Competencia y dotarlo de instrumentos eficaces para su actuación. Para ello se hacía especial referencia a la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, que fue aprobada el 16 de julio de 1989.

Esta previsión todavía no ha sido realizada, aunque la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha introducido algunas puntuales modificaciones en la Ley de Defensa de la Competencia, que va a ser objeto de análisis en el epígrafe siguiente. No se ha elaborado ningún proyecto de ley de modificación de dicha Ley, que haya sido aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales para su aprobación posterior como Ley. No obstante, sí se han elaborado algunos borradores que han sido expuestos por altos representantes del Ministerio de Economía en distintos foros públicos.

Las consideraciones a formular sobre la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia han de ser de corte general, de enfoque, más que entrar a analizar cuestiones concretas o de detalle. De entrada, aunque pueda parecer obvio, debe señalarse que la modificación de la Ley no ha de percibirse en un sentido negativo. Como relata el Presidente del Bundeskartellamt en este Anuario, la Ley contra las restricciones de la competencia alemana ha sido objeto de una muy reciente modificación, que se añade a la lista de sucesivas practicadas al texto legal original. No procede, por tanto, un rechazo de plano a la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, sino incluso al contrario.

El entorno económico y social del Derecho de la competencia del año 1989 en que se aprobó la Ley de Defensa de la Competencia ha variado notablemente en la actualidad. Un simple examen de los datos de aplicación en España del Derecho de la competencia, recogidos en este Anuario, lo pone de relieve de forma nítida. No se debe olvidar que el Derecho de la competencia, si bien era vigente desde el año 1963 (Ley de prácticas restrictivas de la competencia), nunca fue de aplicación en España, de modo que en estos años se ha realizado una tarea en nuestro país, que puede ser calificada de desconocida. Asimismo, estos años han servido para que los ciudadanos reclamen, cada vez en mayor número, la aplicación del Derecho de la competencia, como lo demuestra el incesante aumento de las denuncias formuladas ante los órganos de competencia, pese a que buena parte de ellas luego no son estimadas. Con las peculiaridades propias de nuestro sistema, radicalmente diferente desde la perspectiva institucional al sistema norteamericano de protección de la libre competencia, se está produciendo el fenómeno presente en el sistema *antitrust* de los Estados Unidos, consistente en que los ciudadanos se convierten en los principales instigadores de la aplicación del Derecho de la competencia.

En estos años la libre competencia se ha convertido en una cuestión de abierta polémica en nuestra sociedad. El debate parece no tener márgenes materiales y alcanza ya, o va a alcanzar en un futuro inmediato, a todos los sectores, muchos de ellos en los que hace unos años era impensable que se pudiera producir una controversia de esta naturaleza.

En la década de los noventa se lleva a cabo en España un proceso de liberalización, que implica la remoción de variados obstáculos a las decisiones de los operadores económicos con el ánimo de flexibilizar la vida económica. No puede dejar de referirse el papel desarrollado por los sucesivos informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre distintos sectores de regulación pública y donde se proponen concretas medidas para introducir competencia, en los mismos. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia ello supone un incremento muy notable de su ámbito material de aplicación. En la medida en que la regulación pública de intervención se retira y permite un mayor margen a la decisión empresarial aumenta el ámbito material de aplicación del Dere-

cho de la competencia. Ello genera que el Derecho de la competencia esté siendo aplicado en la actualidad a sectores económicos y a conductas que en el año 1989 quedaban fuera de su ámbito de aplicación.

También el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de la competencia se percibe de forma distinta que en el momento inicial de entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia. En especial, cabe referir, entre otras cuestiones, la controvertida aplicación del Derecho de la competencia a las administraciones públicas. El debate ha alcanzado niveles seguramente impensables en el año 1989. Así, han existido problemas con la aplicación del artículo 2 de la LDC, que motivaron su reforma y que Berenguer expone con gran acierto en este Anuario.

En relativa conexión con lo anterior es evidente que la regulación sobre la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas puede afrontarse hoy desde una perspectiva distinta a la del año 1989, cuyo resultado, como se expuso en la discusión parlamentaria por el representante de la mayoría, fue calificado de tímido. No se puede olvidar, como apuntó Rosignoli Just ya en 1987, que «el tema de las ayudas públicas no puede ser ajeno a una consideración desde el punto de vista de la competencia». Asimismo, el Consejo de Estado en su informe al anteproyecto que luego devino la Ley de Defensa de la Competencia puso de relieve «una materia compleja como es la de las ayudas públicas, aún desde los principios de libertad de mercado y defensa de la competencia, reclamaría una regulación más completa que la brindada» en el mismo. En la actualidad puede ser oportuno que el insignificante papel que la Ley atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas sea objeto de revisión con el objetivo de incrementarlo.

Evidentemente las mismas consideraciones pueden extrapolarse en materia de control de las operaciones de concentración empresarial. Las previsiones legales, en este aspecto objeto de abierta crítica por nuestra parte en distintas ocasiones (*Derecho administrativo de la defensa de la competencia*), junto a su efectivo desarrollo (al respecto son ilustrativos los datos aportados en el Anuario de la Competencia de 1996 y los recogidos en el presente Anuario), han conllevado una tendencia al alejamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de los expedientes, ya no de las decisiones, en materia de control de concentraciones. Es procedente también sobre esta materia una reflexión general sobre el papel que ha de corresponder desarrollar al Tribunal o más en general a la incorporación efectiva de la perspectiva de la libre competencia.

Existe ya en España un cierto grado de experiencia en la aplicación del Derecho de la competencia. Son numerosos los expedientes que ha tramitado el Servicio de Defensa de la Competencia, las resoluciones que ha dictado del Tribunal de Defensa de la Competencia y los recursos resueltos por las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. La doctrina económica y jurídica ha prestado también espe-

cialmente en los últimos años una atención especial a la libre competencia, desde muy variadas perspectivas, como acredita singularmente este Anuario de la Competencia. Se dispone de una reflexión que, aunque quizá no suficiente, permite afrontar el análisis de la Ley de Defensa de la Competencia desde una rica perspectiva, que seguramente no existía en el año 1989.

No puede haber ninguna duda, pues, de que el actual entorno de la política de la competencia ha variado notablemente desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia. Por ello no es de extrañar que el Gobierno pretenda su modificación.

En este punto, la principal cuestión a dilucidar cuando se determinen los problemas que se perciben en la aplicación del Derecho de la competencia en España son cuales derivan propiamente de las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia y cuáles de su aplicación, de su *enforcement*. Esta distinción nos parece esencial y crucial. En caso de que no la atendamos corremos el riesgo de no solventar efectivamente los problemas planteados. No nos parece de recibo pretender que una simple y exclusiva modificación de la Ley pueda solucionar la compleja problemática de la aplicación del Derecho de la competencia en España.

Y ello se afirma al advertir que el que podemos considerar como el problema más grave de la aplicación del Derecho de la competencia en España, la excesiva duración de los procedimientos administrativos y judiciales hasta disponer de una decisión firme, no es en ningún caso un problema que pueda solventarse únicamente con una modificación de la Ley de Defensa de la Competencia.

En las cuestiones que se refieran a la Ley, la reforma debe partir de una amplia reflexión en el seno del Gobierno, con intervención de los órganos a los que la propia Ley encomienda su aplicación, de los operadores económicos, de las distintas opciones políticas y de, en la medida de lo posible, toda la sociedad. Hay no pocas cuestiones a discutir.

Al respecto puede ser un simple ejemplo, aunque muy relevante, la reflexión del Presidente del Bundeskartellamt recogida en este Anuario sobre la necesidad de que el Derecho de la competencia alemán se aparte en algunas cuestiones del Derecho comunitario, como consecuencia de las específicas condiciones económicas de ese país. Es indudable, en cambio, que en la elaboración de la Ley de Defensa de la Competencia en el año 1989 se siguieron en su práctica totalidad las previsiones del Derecho comunitario de la competencia, criterio que ahora podría ser revisado en aras a dar una mejor respuesta a las peculiaridades de la economía española.

El debate abierto, la controversia, incluso la polémica es buena. Es consustancial a nuestro modelo político y social y ha de valorarse siempre en positivo. Además, en el caso del Derecho de la competencia es una demostración nítida y evidente de la importancia que ha adquirido en nuestro país la acción en defensa de la libre competencia en el mercado.

III. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA LEY 66/1997

De nuevo en el año 1997, igual que sucediera en 1996, se han introducido ligeras modificaciones en la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora ha sido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la más conocida como ley de acompañamiento de los presupuestos generales, donde se recogen una serie de medidas de distinta entidad y referidas a diferentes sectores.

En primer lugar, se establece la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a los procedimientos administrativos de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en todo lo no previsto en la misma. Esta aplicación supletoria de las normas reguladoras del procedimiento administrativo común la habíamos sostenido con anterioridad, aun sin previsión normativa expresa al respecto (*Derecho administrativo de la defensa de la Competencia, 1995*).

En segundo lugar, y con mayor importancia, se ha añadido un nuevo artículo a la Ley para, de forma resumida, establecer un plazo máximo de duración del procedimiento administrativo sancionador. En concreto, se ha fijado un plazo de 18 meses en sede del Servicio de Defensa de la Competencia y de 12 meses en sede del Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta previsión va acompañada de un régimen transitorio para los expedientes que estén en curso a la entrada en vigor de la modificación.

Esta modificación trae a colación la duración del procedimiento administrativo de aplicación del Derecho de la competencia. Además, no puede obviarse que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia pueden ser objeto de un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional y que la sentencia de ésta puede ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. Aunque se trata, evidentemente, de instancias distintas, el análisis ha de ser necesariamente global, para poder afrontar medidas que en verdad tiendan a solventar la crucial problemática planteada. Todo ello genera que en muchas ocasiones la duración del procedimiento de aplicación del derecho de la competencia ofrezca a los operadores económicos serias dudas sobre su plena virtualidad.

Conviene ahora insistir en la medida incorporada en la Ley 66/1997. El nuevo artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia establece unos plazos máximos de duración del procedimiento sancionador, que pueden ser objeto de interrupción por variados motivos, tanto en sede del Servicio de Defensa de la Competencia como en sede del Tribunal. La duración, claramente alejada de los procedimientos administrativos que la administración pública instruye en aplicación de otras normas sectoriales, del procedimiento puede ser necesaria en ocasiones para reunir las pruebas suficientes que acrediten la existencia de las restricciones a la

competencia. Pocas veces la prueba de la infracción cometida será sencilla. No se puede olvidar que a medida que progresa la aplicación del Derecho de la competencia en España, los infractores cuidan más sus comportamientos en orden a no dejar rastro de sus actuaciones ilícitas, lo que obliga a la administración pública a mayores esfuerzos para acreditar su existencia.

Los plazos establecidos, 18 meses ante el Servicio y 12 ante el Tribunal, delatan ciertas disfunciones en la estructura organizativa de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Desde una perspectiva conceptual y teórica parece difícil de justificar que la resolución del expediente sancionador precise de dos tercios del plazo que requiere su instrucción, que constituye, sin ningún género de duda, la fase crucial para el devenir del expediente. La extensión temporal de la fase de resolución del expediente establecida parece indicar que el Tribunal de Defensa de la Competencia cumple una función más amplia que la de simple resolución del expediente sancionador, que es la prevista teóricamente en la Ley de Defensa de la Competencia.

En todo caso, conviene dotar de medios suficientes al Servicio y al Tribunal para intentar reducir esos plazos en la medida de lo posible. E igualmente, en el camino de la reforma de la Ley, reflexionar sobre la necesidad de reformar la estructura organizativa dispuesta para su aplicación en búsqueda de una mayor operatividad del Derecho de la competencia en España.

IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA EN 1997

Los datos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia del año 1997 no difieren significativamente de los acontecidos en los ejercicios anteriores y que fueron analizados en el Anuario de la Competencia 1996. No obstante, algunas reflexiones sobre la operatividad del Derecho español de la competencia son oportunas.

La primera ha de ir referida a la labor del Servicio de Defensa de la Competencia. Un dato positivo es que desde el año 1989, el Servicio ha sido capaz de resolver un mayor número de expedientes. En el año 1997 (196) se ha aumentado ligeramente la cifra del ejercicio anterior (182) que había representado un salto cuantitativo muy importante respecto a los ejercicios anteriores (139 en el año 1995). Este aumento es paralelo al incremento del número de expedientes que tienen entrada en el Servicio. Sin embargo, este incremento es cuantitativamente más elevado que la capacidad del Servicio de resolver los procedimientos. En especial en el año 1997, a menos que el Servicio disponga de los efectivos necesarios, se puede generar un preocupante aumento del saldo de expedientes que obren en sede administrativa a final de año.

Esta constatación nos conduce a pensar que en ocasiones la labor de *enforcement* no es suficientemente atendida. Tendemos a discusiones teóricas o conceptuales, sin insistir suficientemente en que lo decisivo para el Derecho de la competencia en España es que haya una decidida labor de *enforcement* por parte de los órganos competentes, lo que, evidentemente, supone atribuirles los medios humanos y materiales necesarios para ello. Ello no supone que no deba reflexionarse o discutirse acerca de nuevas formas organizativas, como puede ser atribuir funciones instructoras en materia de Derecho de la competencia a los entes, externos a las organizaciones ministeriales, que desarrollan funciones clave en distintos sectores, como la Comisión Nacional del Sector Eléctrico, o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones u otros sistemas de distribución de dichas funciones.

La actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia, en segundo lugar, se caracteriza por la continuidad en la línea de incremento progresivo. En cada ejercicio, el Tribunal adopta un mayor número de resoluciones. Sin embargo, no se producen incrementos cualitativos significativos. En el año 1997 únicamente se produce un aumento notable en las resoluciones que resuelven recursos interpuestos contra acuerdos de archivo de las actuaciones adoptados por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En este marco, no puede dejar de referirse que la cifra de 175 resoluciones dictadas en el año 1997 puede resultar relativamente engañosa en caso de no conocer su procedencia. Las relativas a expedientes sancionadores representan menos del 10% de dicho montante. Además, en 5 resoluciones de las 16 que culminan expedientes sancionadores se declara la inexistencia de conducta infractora de la Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, el Tribunal ha adoptado 48 resoluciones relativas a autorizaciones singulares, de las cuales 39 resuelven una primera solicitud. De estas 39 resoluciones, 28 se refieren a la misma materia, registros de morosos, lo que en cierto modo desvirtúa su trascendencia desde una óptica cualitativa. El Tribunal dedica prácticamente la mitad de sus resoluciones a resolver recursos contra acuerdos del Servicio, que en su inmensa mayoría desestima confirmando la labor del órgano ministerial.

La cifra global implica una capacidad del Tribunal para atender y resolver un número importante de resoluciones. La tendencia, entonces, ha de ser reconducir los porcentajes de los distintos tipos de resoluciones (no necesariamente las cantidades de cada una de ellas) en orden a incrementar los relativos a expedientes sancionadores. Evidentemente, como es conocido, ello no depende de la labor del Tribunal.

Finalmente, es oportuno referir que la labor de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia es confirmada de forma reiterada por la Audiencia Nacional, en su función jurisdiccional de control de la acción administrativa. Los

datos relativos al año 1997 son evidentes. De las 23 sentencias dictadas, únicamente en un caso se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. En el resto de sentencias se confirma plenamente la resolución administrativa.

Este dato, en muchas ocasiones poco conocido, es, en nuestra opinión, de gran relevancia. La acción administrativa en defensa de la libre competencia es confirmada de forma reiterada por los Tribunales contencioso-administrativos. Lo contrario generaría una duda generalizada acerca de dicha acción.

La conclusión general de la actuación es que en España se está produciendo un progresivo incremento de la aplicación del Derecho de la competencia. Sin embargo, al mismo tiempo, aunque quizá sin datos económicos suficientes para ello, se advierte que aún queda un largo camino por recorrer. Por ello, debemos insistir de nuevo en esta presentación, como ya se efectuó en la correspondiente al ejercicio de 1996, que lo decisivo es progresar hacia una mayor aplicación del Derecho de la competencia. La preocupación que ha de presidir las reflexiones de los órganos competentes ha de ser cómo extender la aplicación del Derecho de la competencia y convertirla efectivamente en un factor determinante del comportamiento de los operadores económicos.

V. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

La edición del Anuario de la Competencia 1997 supone la consolidación de un proyecto iniciado en 1996, que la Fundación ICO acogió y promovió con entusiasmo. El objetivo nuclear era promover el debate y la reflexión sobre la política de la competencia. Asimismo, el Anuario también pretendía servir de instrumento útil de trabajo a todos los que deban aproximarse al Derecho de la competencia o al análisis económico de la competencia. Los objetivos perseguidos en el Anuario de 1997 son lógicamente los mismos y creemos sinceramente que se han logrado, como aconteció ya en el año 1996.

La consolidación de este proyecto es un dato relevante. A medida que se sucedan sus ediciones el Anuario de la Competencia irá adquiriendo mayor significación e interés. Además, el Anuario no pretende ser una aportación pasajera, fruto de unas circunstancias peculiares de un momento determinado. El Anuario es la expresión de la firme voluntad de profundizar en el debate sobre la libre competencia en nuestro país. Debate que por nuestras circunstancias históricas acabamos prácticamente de iniciar.

La estructura del Anuario de 1997 mantiene la establecida en el primer ejercicio con una ligera modificación. Únicamente se ha introducido un nuevo bloque destinado a incorporar reflexiones de lo que está

aconteciendo en la política de la competencia en países de nuestro entorno. El Anuario recoge dos importantes aportaciones. Por un lado, las valoraciones del Presidente del Bundeskartellamt alemán y, por otro, las del Secretario General de la Alta Autorita garante della Concorrenza e del Mercato italiana. La elección de estas dos aportaciones en este primer año de incorporación de estas crónicas no es casual. Por un lado, Alemania constituye un punto de referencia permanente en política de la competencia, tanto a nivel nacional como por su influencia a nivel comunitario. La larga experiencia de la política de la competencia alemana, con innumerables matices y peculiaridades es siempre punto de referencia ineludible. Por ello, contar con la valoración del Presidente del Bundeskartellamt constituye una aportación muy importante de este Anuario de la Competencia.

Buena prueba de ello son, a título de ejemplo, las consideraciones de Dieter Wolf acerca de mantener una especificidad nacional propia y diferenciada de la perspectiva comunitaria en materia de Derecho de la competencia no pueden desconocerse. Se formula una apuesta decidida por la existencia de diferencias entre el derecho nacional y el comunitario, como acontece en el sistema *antitrust* de los Estados Unidos, donde los Estados mantienen normas y criterios en materia *antitrust* no coincidentes con el derecho federal, con la Sherman Act a la cabeza.

Por otro lado, se ha elegido Italia por cuanto es un Estado que ha permanecido durante décadas completamente alejado de la política de la competencia, como ha sucedido aunque con particularidades propias también en España. Ello hace especialmente interesante conocer de primera mano las principales cuestiones que está planteando la introducción de la política de la competencia en ese país.

El Anuario de 1997, en sus dos primeros capítulos, cuenta con una numerosa participación de destacados especialistas, a los que quería expresar mi agradecimiento por su colaboración en este proyecto. Evidentemente el principal valor del Anuario son sus reflexiones, que profundizan con rigor sobre distintos temas cuyo nexo de unión es la competencia.

Asimismo, se han mantenido los capítulos relativos a resoluciones y sentencias dictadas que recopilan, de forma ordenada, lo acontecido en la aplicación del Derecho de la competencia español y comunitario; a novedades normativas, tanto españolas como comunitarias; a documentación donde se han recogido en este Anuario distintos documentos de gran relevancia; y a bibliografía tanto nacional como comunitaria.

Finalmente, expresar mi agradecimiento a la Fundación ICO por haber hecho posible de nuevo la edición del Anuario de la Competencia y por haberme confiado su dirección, que constituye un gran honor.

LAS RESTRICCIONES FORTICIALES DE LA COMPETENCIA*

Enrique Fernández Rodríguez

Universidad Complutense de Madrid

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

I. INTRODUCCIÓN

La competencia efectiva de un Estado en el campo de las empresas es un asunto formal. Pero no se trata de una competencia en sentido estricto porque se refiere a la competencia. También se requiere además, necesariamente y conjuntamente, la existencia efectiva de empresas. Y esas empresas, por ser empresas, no se refieren a empresas y actividad, sino a la existencia misma, independiente del incremento del poder de mercado alcanzado por el conjunto de ellas. En las grandes zonas más de desarrollo las actividades de producción y distribución se desplazan. A medida que desaparecen las empresas independientes a un ritmo rápido, se produce un tipo de actividad que se refiere a la producción de servicios. Por eso, con los fenómenos pueden ocurrir tanto a las empresas de producción como a las empresas de servicios. Así, la actividad se refiere a la actividad y al fenómeno por el que se refiere a la actividad.

Las restricciones forticias se refieren a la actividad y al fenómeno en las relaciones entre un fenómeno y los fenómenos que se refieren a la actividad. Se trata de restricciones que son reglas formales en un determinado punto de la cadena de relaciones entre fenómenos, que se refieren a una actividad. En toda regla, la actividad se refiere a la actividad y al fenómeno que se refieren a la actividad. Así, la actividad se refiere a la actividad y al fenómeno que se refieren a la actividad.

El estudio de la actividad económica se refieren a la actividad de las empresas que se refieren a la actividad y al fenómeno que se refieren a la actividad.

* Agradecemos al profesor de la Universidad Complutense de Madrid, don Juan Carlos Rodríguez Cordero, sus comentarios y sugerencias.

LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA*

Amadeo PETITBÒ JUAN
Presidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La integración vertical de actividades en el interior de las empresas es una actividad habitual¹. Pero no se trata de una conducta que se limita a la estructura interna de las empresas. También se registran acuerdos (concentrativos y cooperativos) de integración vertical entre empresas. Y tales conductas pueden entrañar efectos sobre la eficiencia y, también, sobre la competencia como consecuencia del incremento del poder de mercado alcanzado tras el oportuno acuerdo. En las modernas economías de mercado las actividades de producción y distribución son complejas. A menudo las decisiones relevantes correspondientes a un determinado producto se toman cuando el mismo ha salido de los almacenes del fabricante. Ello supone que tales decisiones pueden afectar tanto a los resultados del distribuidor como a los propios resultados del fabricante. Este hecho ofrece incentivos al fabricante para intervenir en la esfera de la distribución.

Las restricciones verticales constituyen una conducta frecuente en las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores (mayoristas o minoristas). Se trata de restricciones que una empresa situada en un determinado punto de la cadena de relaciones interempresariales impone a otra empresa. Por regla general, la evidencia empírica revela que se trata de restricciones impuestas por la empresa vendedora a la empresa compradora.

El análisis de la literatura económica relacionada con la economía de los mercados (de la industria) pone de relieve que las restricciones ver-

* Agradezco los comentarios y las sugerencias del profesor Alonso Soto y la ayuda de Clara Guzmán.

¹ ADELMAN, M. A., 1949.

ticales han sido interpretadas como un instrumento destinado al ejercicio del poder de mercado o para corregir determinados fallos en el mercado de la distribución de bienes y servicios.

Las conductas empresariales susceptibles de ser calificadas como verticalmente restrictivas pueden ser detectadas en una amplia variedad de mercados, sectores, empresas, bienes y servicios. También son diversas las empresas responsables de tales conductas: empresas consolidadas o nuevas empresas; empresas con un fuerte poder de mercado y con conductas *cuasi* monopolistas o empresas que pertenecen a estructuras oligopolísticas con cuotas de mercado intermedias que no pueden ser calificadas como inequívocamente dominantes.

En cualquier caso, las restricciones verticales son habituales en mercados específicos, caracterizados por la complejidad de los productos, la sofisticación del proceso productivo o sus características como bienes de lujo, por citar algunas referencias: libros, medicamentos, automóviles, carburantes, relojes-joya, zapatos de lujo, moda, productos cosméticos, cerveza o carburantes², por ejemplo. En dichos mercados, con frecuencia, las empresas llevan a cabo conductas cuyo análisis por las autoridades de defensa de la competencia también es frecuente: fijación de los precios de reventa, distribución exclusiva o selectiva, contratos anudados o restricciones territoriales, por citar tan sólo unos ejemplos.

Las tradiciones norteamericana y europea en relación con el análisis de las restricciones verticales por las autoridades de defensa de la competencia han sido distintas. En Estados Unidos las conductas son analizadas e interpretadas desde la perspectiva de los posibles efectos reales sobre la competencia. La Autoridad de defensa de la competencia de Estados Unidos, de acuerdo con la línea marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo persigue aquellas conductas cuyos efectos negativos sobre la competencia superen los límites de aquello que se considera «razonable» (la firma de acuerdos que incluyan la fijación de precios, por ejemplo). Sin embargo, la tradición europea comunitaria revela que la actitud de los responsables de la defensa de la competencia ha sido más rígida y restrictiva. El Tribunal de Justicia Europeo ha adoptado decisiones sobre casos de restricciones vertical tras analizar la estructura del mercado y hacer el oportuno balance sobre los efectos globales de la operación (caso *Delimitis*, por ejemplo. St. del Tribunal de Justicia, As. C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu A.G.*, Rep. I-935 y ss.). Sin embargo, en general, la Comisión Europea ha sostenido que las restricciones verticales son contrarias a la competencia *per se* y, por lo tanto, susceptibles de ser analizadas desde la óptica del artículo 85.1 del Tratado de Roma. Pero, dadas las características de de-

² En este trabajo no se hace referencia a las especificidades de los sectores y mercados de la cerveza, los carburantes y los automóviles, que disfrutan de una regulación específica en el Derecho de la competencia. Tampoco se hace referencia a las operaciones de concentración.

terminados acuerdos verticales, la Comisión ha adoptado un conjunto de reglamentos que dispensen a ciertas categorías de acuerdos de la prohibición del citado artículo 85.1.

El análisis histórico de las sentencias y resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia revela que la doctrina sobre estas cuestiones no ha sido homogénea a lo largo del tiempo y que la tendencia apunta hacia una flexibilización de los criterios del pasado. Resulta sostenible que, en una primera etapa, el objetivo fundamental fuera la integración económica y ello se tradujera en análisis estrictos de las restricciones verticales y, en una etapa posterior, alcanzado el mercado único, tenga lugar una revisión de las normas relacionadas con las restricciones verticales. Pero no debe olvidarse que la elaboración teórica de los economistas tampoco ha sido homogénea. Ha habido diferencias entre escuelas y dentro de una misma escuela con el paso del tiempo. Esto es lógico en un contexto en el que las estructuras y las conductas correspondientes a la distribución de bienes y servicios ha sido objeto de cambios relevantes. Los análisis concretos y las elaboraciones teóricas han sido objeto de un desarrollo retroalimentado que ha dado lugar a un debate relevante que ha contribuido a que el conocimiento y el análisis de las restricciones verticales hayan mejorado considerablemente.

Dos cuestiones deben ser destacadas: en primer lugar, la política europea relacionada con las restricciones verticales cuenta con más de treinta años de historia. Dicha edad resulta excesiva para una cuestión que ha sido objeto de cambios significativos en los últimos años y que está siendo objeto de cambios relevantes.

La Comisión Europea, desde la perspectiva de sus competencias, ha reflexionado acerca de la importancia de las restricciones verticales sobre el proceso de integración económica. Por ello ha considerado oportuno proceder a la revisión de dicha política por las siguientes razones: *a)* la legislación para el libre movimiento de mercancías en el mercado único ha sido aprobada en su mayor parte; *b)* los reglamentos que regulan las restricciones verticales están a punto de finalizar su período de vigencia; *c)* el sector de la distribución ha registrado cambios significativos en los últimos años con evidentes efectos sobre la competencia efectiva; *d)* la opinión de los operadores económicos en favor del cambio de la regulación de los acuerdos verticales, y *e)* el balance positivo, en algunos casos, del análisis de las restricciones verticales.

Estas y otras razones han aconsejado la redacción de un Libro Verde³ por la Comisión, preámbulo de un proceso de consultas dirigidas a conocer la opinión de un amplio número de instituciones y agentes económicos, necesario para responder «al reto que supone hacer avanzar este sec-

³ Comisión de las Comunidades Europeas, 1997. El análisis económico empleado en la redacción del Libro Verde se encuentra magníficamente resumido en REY, CABALLERO-SANZ, 1996.

tor clave de la política de la competencia hacia el tercer milenio». Y, en segundo lugar, las modificaciones registradas en las estructuras y las conductas empresariales obligan a una reconsideración de los criterios empleados en el pasado⁴. Y ello sin olvidar que, como ha señalado L. Fuentes (1998) «El enfoque de la Comisión ha llevado en ocasiones a situaciones ciertamente paradójicas. En algunos casos, la conclusión de acuerdos que no sólo no obstaculizan la libre competencia sino que, por el contrario, resultan pro-competencia en virtud de sus efectos en la práctica, se encuentran obstaculizados y retrasados al no cumplir dichos acuerdos con las condiciones establecidas en un Reglamento de exención».

La conducta de los mercados es demasiado compleja como para dejar su interpretación a la aplicación automática de una reglamentación que forzosamente debe ser el reflejo de la estilización de los casos. Dado que la naturaleza de las normas de la competencia es esencialmente económica, los análisis correspondientes deben ser de naturaleza esencialmente económica, debiendo atender simultáneamente a las condiciones de eficiencia productiva y a los efectos de las restricciones verticales sobre la competencia en el contexto de un marco jurídico determinado. En otras palabras, debe combinarse la adecuada seguridad jurídica de los operadores económicos con la oportuna protección de la competencia en los distintos mercados, sectores y actividades. Los argumentos económicos acreditados no deben resultar ensombrecidos por el velo de las discusiones estrictamente formales. Por estas razones, lo más deseable sería la articulación entre las enseñanzas procedentes del análisis económico y un sistema normativo simple que combinase la seguridad jurídica de las empresas con unos costes de gestión de la defensa de la competencia reducidos —tanto para las autoridades responsables de la defensa de la competencia como para las empresas.

Sobre la base de estos elementos de referencia, este capítulo se dividirá en dos partes principales: en primer lugar, se resumirán las razones de la reforma de la política relacionada con las restricciones verticales en Europa; y, en segundo lugar, se resumirán algunas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal, TDC) con el fin de poner de manifiesto cuáles han sido su doctrina y sus criterios.

⁴ Como ha señalado GINER PARREÑO (en prensa), «La Historia de las *vertical restrictions* en el derecho antitrust de los Estados Unidos puede resumirse indicando que se trata, inicialmente, de un conflicto entre los dos grandes métodos de aplicación de la Sección Primera de la Sherman Act: la *per se condemnation* y la *rule of reason*. Más adelante, a partir de la década de los ochenta, el apuntado conflicto adquiere un nuevo matiz en el contexto de la persecución pública de las restricciones verticales, con notable influencia en los Tribunales inferiores de los Estados Unidos: la discusión se traslada al interior de la *rule of reason*, con la finalidad de proceder a su reestructuración mediante una simplificación analítica del supuesto de hecho fundamentado en la consagración de una presunción *iuris tantum* de licitud de las *vertical restrictions*. Finalmente, el cambio de orientación de la política antitrust de los Estados Unidos en la década de los noventa implica el regreso a la dicotomía inicialmente expuesta en este aludido contexto de la persecución pública de las restricciones verticales».

II. RAZONES DE LA REFORMA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA RELACIONADA CON LAS RESTRICCIONES VERTICALES

El análisis de los casos y las reflexiones en relación con las restricciones verticales al amparo de los nuevos desarrollos de la teoría económica de los mercados y del actual proceso de integración económica han fomentado el desarrollo de un núcleo de opinión en el seno de las autoridades nacionales y comunitarias de defensa de la competencia partidario de modificar las viejas ideas y reglamentos.

El cambio, en cualquier caso, no ha sido súbito. La teoría económica se ha ido modificando progresivamente. Entre las obras de Scherer (1970) y Tirole (1988) hay un largo y profundo proceso creador de nuevas ideas cada vez más próximas a los casos concretos característicos de las modernas economías de mercado. Por su parte, la Comisión Europea también ha evolucionado desde la publicación del veterano Reglamento 17/62. En efecto, el elevado número de notificaciones de distribución exclusiva aconsejó a la Comisión a solicitar al Consejo la delegación oportuna⁵ para la adopción de un reglamento de exención por categorías, publicado en el año 1965 y prorrogado dos veces hasta que se derogó en el año 1983 por los nuevos reglamentos de distribución exclusiva⁶ y de compra exclusiva⁷. En el año 1988 se aprobó el reglamento referido a los acuerdos de franquicia⁸.

Tras considerar sintéticamente los principales acuerdos de distribución se hará referencia a tres grupos de consideraciones que justifican la reforma de la regulación de los acuerdos verticales. En primer lugar, la existencia de diferencias relevantes de precios entre los países comunitarios; en segundo lugar, las nuevas interpretaciones de los efectos de los acuerdos verticales recogidas en la moderna teoría económica de los mercados, y, por último, la constatación de un conjunto de hechos relevantes.

1. UN ELEMENTO DE REFERENCIA: LOS PRINCIPALES ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN

De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión pueden distinguirse cuatro tipos principales de acuerdos verticales restrictivos, a saber: en

⁵ Reglamento n.º 19/65 CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas. El tercer considerando decía que «dado el gran número de notificaciones presentadas en aplicación del Reglamento n.º 17, parece oportuno, al objeto de facilitar la tarea de la Comisión, que ésta sea facultada para declarar, por vía de reglamento, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables a determinadas categorías y prácticas concertadas».

⁶ Reglamento 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva.

⁷ Reglamento 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

⁸ Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

primer lugar, los acuerdos de distribución exclusiva; en segundo lugar, los acuerdos de compra exclusiva; en tercer lugar, los acuerdos de distribución selectiva, y, por último, los acuerdos de franquicia.

A) *Acuerdos de distribución exclusiva*⁹

El Reglamento 1983/83 se refiere a los acuerdos de reventa «en los que sólo participen dos empresas, y en los cuales una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte definida del territorio del mercado común»¹⁰. Dicho Reglamento incluye todos los acuerdos de distribución exclusiva bilaterales relativos a productos terminados cuyo comercio tenga efectos transfronterizos. Sin embargo, aquellos acuerdos en los cuales el fabricante designe más de un concesionario en el mercado geográfico de referencia, los acuerdos relacionados con la prestación de servicio, o aquellos —recíprocos o no— celebrados entre empresas competidoras¹¹ no se incluyen en el ámbito de aplicación del reglamento y, en consecuencia, no pueden beneficiarse de la exención por categorías y deben someterse a un análisis individualizado.

Al aprobar el reglamento se supuso que los contratos de distribución exclusiva susceptibles de autorización automática contribuían a mejorar las condiciones de distribución y a estimular las condiciones de competencia entre los bienes de distintos fabricantes. Y se ha sostenido que tales contratos constituían el medio más eficaz para que las empresas de pequeña y mediana dimensión pudieran entrar más fácilmente en los mercados, y los consumidores pudieran acceder más fácilmente a los bienes procedentes de los Estados Miembros. Pero también contribuyen a que los precios finales de los bienes y servicios se aproximen a aquellos que corresponderían a los correspondientes a la maximización conjunta de los beneficios.

La protección territorial que se concede al distribuidor debe asegurar que los ciudadanos puedan aprovecharse de las ventajas de la distribución exclusiva. Ello exige garantizar la posibilidad de importaciones paralelas. No debe haber abuso de los derechos de propiedad industrial o de otros derechos susceptibles de crear barreras territoriales. Y la competencia en el territorio de referencia debe estar garantizada. No cabe, pues, la negativa injustificada de venta y la discriminación de precios o condiciones de venta ni tampoco la aplicación de precios excesivos. Tales restricciones caen en el ámbito del artículo 85.1, sin que quepa la posibilidad de una exención individual. El proveedor sólo puede limitar las

⁹ Incluyen la asignación exclusiva de clientes, el suministro en exclusiva, la distribución selectiva (cualitativa y cuantitativa), la imposición de cantidades, y los requerimientos del servicio.

¹⁰ La exención por categorías se aplica si el compromiso no supera el período contemplado en el acuerdo.

¹¹ Excepto aquéllos en que las dos partes o una de ellas constituya una cifra de negocios inferior a los 100 millones de Ecus.

ventas internas de sus concesionarios fuera de sus territorios, pero no puede prohibir las ventas pasivas, amparadas por el reglamento.

B) *Acuerdos de compra exclusiva*¹²

El Reglamento 1984/83 se refiere a los acuerdos de compra exclusiva entre dos empresas¹³ con fines de reventa. Tales acuerdos, según el Considerando sexto del reglamento citado, facilitan la promoción de la venta de un producto debido a los compromisos adquiridos por el revendedor para mejorar la red de distribución. En consecuencia, fomentan la competencia entre los productos de distintos fabricantes. En ocasiones la técnica de la compra exclusiva es el único medio de penetrar en un mercado, especialmente en el caso de las empresas de pequeña y mediana dimensión, y afrontar la competencia de otros comerciantes.

El revendedor se compromete a no adquirir bienes sustitutivos de los que han sido objeto del contrato a otros proveedores. Si el proveedor impone el precio de venta (fijo, máximo o mínimo) al distribuidor o acuerda aplicar precios diferenciados a determinadas categorías de clientes, dichas conductas infringen el artículo 85.1. Tan sólo son aceptables las recomendaciones de precios si no van acompañadas de otras recomendaciones vinculantes. Por su parte, el proveedor puede distribuir sus productos a través de otros revendedores del mismo nivel de distribución en la misma zona geográfica objeto del contrato. El revendedor no está sujeto a restricciones territoriales en relación con sus ventas, pudiendo actuar activamente fuera de su territorio principal para captar nuevos clientes. Es frecuente que los acuerdos de compra exclusiva vayan acompañados de pactos de no competencia.

Por su parte, el tercer Considerando del reglamento indica que «los acuerdos de compra exclusiva de las categorías definidas en el presente Reglamento pueden quedar comprendidos en el ámbito del apartado 1 del artículo 85 del Tratado» lo que «ocurre cuando forman parte de un conjunto de acuerdos similares que, conjuntamente, pueden afectar al comercio entre los Estados Miembros». En efecto, los acuerdos de compra exclusiva vinculan al distribuidor a un único fabricante o proveedor pudiendo dificultar el acceso de terceros al mercado con los consiguientes efectos sobre la competencia efectiva.

Ahora bien, si dichos acuerdos cumplen las condiciones recogidas en el reglamento pueden contribuir a mejorar las condiciones de producción y distribución de los bienes dado que contribuyen a reducir los costes y

¹² Los acuerdos de compra exclusiva de cerveza y gasolina están sometidos a disposiciones específicas.

¹³ Las dos partes o una de ellas debe tener un volumen de negocios igual o inferior a los 100 millones de Ecus. Con el fin de garantizar el acceso de terceros al mercado la exención sólo se aplica si la duración del contrato no excede los cinco años.

la incertidumbre. Incluso pueden ser el único camino de entrada en los mercados para las empresas de pequeña y mediana dimensión. En definitiva, al facilitar la entrada y reducir los costes pueden estimular las condiciones de la competencia en beneficio de las empresas y de los consumidores. Opinión distinta merecerían tales acuerdos si se emplean para erigir barreras de entrada.

De acuerdo con el artículo 3 del reglamento, la exención por categorías no se aplica cuando, en primer lugar, fabricantes de productos sustitutivos celebren acuerdos recíprocos o no recíprocos de compra exclusiva sobre dichos productos¹⁴; en segundo lugar, «el compromiso de compra exclusiva se refiera a varios productos que no tengan vinculación entre sí, ni por su naturaleza ni por los usos comerciales». Y, por último, la exención no se aplicará en aquellos casos en que el contrato se establezca con una duración indeterminada o superior a los cinco años.

C) Acuerdos de distribución selectiva

Los acuerdos de distribución selectiva, a diferencia de los acuerdos de distribución y compra exclusiva, no disponen del correspondiente Reglamento de exención. Tales acuerdos se refieren a contratos que, en general, incluyen un compromiso recíproco de las partes firmantes mediante el cual el fabricante se compromete a distribuir sus bienes exclusivamente a través de aquellos revendedores que cumplan un conjunto de requisitos profesionales, técnicos o comerciales. Por su parte, el distribuidor autorizado se compromete a no adquirir o vender los bienes objeto de contrato a distribuidores (mayoristas o minoristas) ajenos a la red oficial.

El proveedor no puede fijar el precio final (fijo, máximo o mínimo), y el distribuidor dispone de libertad para aplicar descuentos. La recomendación de precios, sin sugerencias adicionales, es admitida. Los compromisos de carácter promocional (volumen de negocios mínimo pero razonable, garantizar cierta rotación anual de las existencias, por ejemplo) son compatibles con el artículo 85.3 del Tratado.

En el Libro Verde, sobre la base de la experiencia administrativa de la Comisión y de la Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia Europeos, se distinguen tres tipos de distribución selectiva, a saber: en primer lugar, las redes basadas únicamente en criterios cualitativos; en segundo lugar, las redes a las que sólo pueden acceder aquellos revendedores que, además de cumplir determinados criterios cuantitativos, estén dispuestos a cumplir ciertos compromisos de carácter promocional; y, por último, las redes en las que el fabricante limita el número de revendedores en función de criterios puramente cuantitativos.

En primer lugar, las redes basadas en criterios cualitativos. En este sistema se definen las características técnicas, profesionales y funcionales del

¹⁴ Excepto si las dos partes, o una de ellas, realizan un volumen de negocios anual total inferior a los 100 millones de Ecus.

agente distribuidor en cada punto de venta. La Comisión, en este caso, ha aplicado la regla de razón de acuerdo con la cual las prohibiciones del artículo 85.1 no se aplican a dicho sistema de distribución si cumplen tres principios: el principio de necesidad, según el cual los criterios objetivos de carácter cualitativo deben ser adecuados al tipo de bien objeto del contrato; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, según el cual no deben imponerse condiciones desproporcionadas en relación con el objetivo de garantizar la distribución del bien o bienes objeto de contrato en condiciones óptimas, y, por último, el principio de no discriminación, según el cual los criterios de elección cualitativos han de ser iguales para todos los distribuidores y aplicarse sin discriminación alguna.

En segundo lugar, las redes a las que sólo pueden acceder aquellos revendedores que, además de cumplir determinados criterios cuantitativos, aceptan el cumplimiento de ciertos compromisos de carácter promocional.

De acuerdo con los criterios de la Comisión, aquellas redes que sólo aceptan revendedores que además de cumplir determinados criterios cuantitativos adquieren compromisos adicionales de carácter promocional, eluden la regla de la razón y están sometidos al artículo 85.1.

Sin embargo, dado que la localización de dichas redes puede realizarse de acuerdo con criterios de maximización de su eficiencia pueden beneficiarse de una exención amparada por el artículo 85.3.

En tercer lugar, las redes sometidas a la limitación del número de los revendedores de acuerdo con criterios cuantitativos.

En los casos en que el fabricante ha limitado el número de revendedores en función de criterios cuantitativos (el nivel de renta y, por lo tanto, la capacidad de demanda del territorio de referencia, por ejemplo) ha sido de aplicación, con pocas excepciones, el artículo 85.1 del Tratado.

D) Acuerdos de franquicia

El Reglamento 4087/88 regula los acuerdos de franquicia comercial mediante los cuales una empresa (franquiciadora o cedente) concede a otra (franquiciada o concesionaria) el derecho a explotar una franquicia, mediante la oportuna compensación económica, con la finalidad de comercializar determinados bienes (y/o servicios). En los contratos de franquicia se incluyen los derechos de propiedad (industrial o intelectual) «relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, derechos de autor, *know how* o patentes» necesarios para llevar a cabo el proceso de distribución de los bienes (y/o servicios) objeto del contrato. Se excluyen la compra en exclusiva y la fijación de precios por el franquiciador¹⁵.

¹⁵ Las recomendaciones de precios están prohibidas. Pero el franquiciador puede recomendar precios si no existe la oportuna prohibición por las legislaciones nacionales y si dicha recomendación no da lugar a prácticas concertadas.

De acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento 4087/88, las cláusulas esenciales para el desarrollo de la actividad y la protección de los derechos del franquiciador no están contempladas por el artículo 85.1, excepto si incluyen una protección territorial absoluta, pudiendo el franquiciador conceder al franquiciado un territorio exclusivo. Tampoco pueden prohibirse las entregas cruzadas entre los miembros de la red o entre éstos y los miembros de otras redes creadas paralelamente por el franquiciador.

Sin embargo, la particular naturaleza de los contratos de franquicia exige un análisis pormenorizado de su contenido dado que pueden incluir cláusulas restrictivas de la competencia, como territorios exclusivos o prohibiciones de reventa, susceptibles de incurrir en las prohibiciones del artículo 85.1. En cualquier caso, dicho análisis permite considerar simultáneamente sus ventajas y problemas, de forma que, en determinadas circunstancias, pueden ser objeto de exención.

El Reglamento admite, en su Considerando número 7, que los contratos de franquicia pueden mejorar las condiciones de distribución «puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador. Por tanto, tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución». Y en su Considerando número 8 sostiene que los consumidores pueden beneficiarse de las ventajas de la franquicia dado que combinan las ventajas de una red de distribución eficiente con la existencia de comerciantes autónomos interesados personalmente por el funcionamiento eficaz de su empresa: «El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado en la red de distribución garantizan que una parte razonable de los beneficios resultantes sean transmitidos a los consumidores».

Es relevante el hecho que el artículo 2.e) del Reglamento declare que la exención se aplicará a «la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del competidor que sean objeto de la franquicia», pero no hace extensiva la exención a aquellas restricciones referidas a las piezas de repuestos y accesorios fabricados por los competidores del franquiciador. En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 3.1.a) del Reglamento, su artículo 1¹⁶ se aplicará en la medida en que sea necesario para la

¹⁶ «De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, y con arreglo a las disposiciones del presente Reglamento, el apartado 1 del artículo 85 no se aplicará a los acuerdos de franquicia en los que sólo participen dos empresas y que incluyan una o más de las restricciones enumeradas en el artículo 2.»

protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial del franquiciador o para mantener la identidad o reputación de la red franquiciada a la obligación del franquiciado de «vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador». Inclusive, de acuerdo con el artículo 3.1.b) del Reglamento, el franquiciador puede imponer limitaciones a la capacidad de elección del franquiciado a los productos fabricados por el franquiciador o por terceros designados por él «cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia».

2. DIFERENCIAS DE PRECIOS DE LOS BIENES Y SERVICIOS EN LOS PAÍSES COMUNITARIOS

La Comisión Europea reconoció, de acuerdo con el conocido como Informe Cecchini (1988), que a mediados de la década de los años ochenta no se habían aprovechado los resultados potenciales de la integración económica de los Estados miembros de la Unión Europea. Y reconoce actualmente que todavía no se ha recorrido todo el camino. En este contexto se atribuye una importancia especial a la competencia, condición necesaria para el desarrollo de la eficiencia (estática y dinámica).

Aun aceptando que algunos servicios resultan fácilmente protegidos de la competencia internacional (profesiones liberales, por ejemplo) o nacional (farmacias, por ejemplo), las autoridades comunitarias basaron su estrategia dirigida a la consolidación del mercado único en la hipótesis de que la supresión de las barreras no arancelarias favorecería la competencia y, en consecuencia, las diferencias de precios entre países tenderían a reducirse, eliminando progresivamente los beneficios extraordinarios procedentes del ejercicio del poder de mercado o de la protección del mismo.

La Comisión reconoce que actualmente todavía se constatan diferencias de precios excesivas. Pero, apoyándose en los datos de un estudio reciente (DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados, 1996) sostiene que existe una tendencia hacia la convergencia de precios.

Para la Comisión, el análisis de los datos contenidos en el cuadro 1 muestra que cuando el mercado único ha tenido un impacto real, las diferencias entre los precios se han reducido. Cuando no ha existido dicho impacto (sectores de la construcción o energía, por ejemplo) la reducción del indicador de dispersión de los precios no ha tenido lugar.

Dejando aparte la tautología contenida en el razonamiento, el análisis de los datos ofrecidos por la Comisión sugiere dos comentarios.

En primer lugar, es evidente que, en general, puede sostenerse que la dispersión de los precios se ha reducido por la incorporación de nuevos países. En efecto, cuando se compara lo ocurrido en EC-6 y EC-12 se ob-

CUADRO 1. COEFICIENTES DE VARIACIÓN DE PRECIOS ENTRE PAÍSES EN DETERMINADOS GRUPOS DE BIENES SELECCIONADOS. 1980-1993

	1980		1993		Diferencias 1980-1993	
	Imp. inclu.	Imp. exclu.	Imp. inclu.	Imp. exclu.	Imp. inclu.	Imp. exclu.
<i>EC-6</i>						
Bienes de consumo	15,9	15,7	12,4	12,6	-3,5	-3,1
Servicios	22,7	23,1	21,3	21,7	-1,4	-1,4
Energía	18,4	17,2	24,3	23,4	+5,9	+6,2
Bienes de equipo	10,5	10,5	12,5	12,5	+2,0	+2,0
Construcción	15,7	15,7	19,1	19,1	+3,4	+3,0
<i>EC-9</i>						
Bienes de consumo	19,9	18,8	18,0	16,6	-1,9	-2,2
Servicios	25,2	25,7	23,4	23,3	-1,8	-2,4
Energía	22,1	20,5	30,6	27,4	+8,5	+6,9
Bienes de equipo	13,1	13,1	12,9	12,9	-0,2	-0,2
Construcción	20,1	20,1	22,4	22,4	+2,3	+2,3
<i>EC-12</i>						
Bienes de consumo	26,0	24,2	19,6	18,4	-6,4	-5,8
Servicios	33,0	31,9	28,6	28,3	-4,4	-3,6
Energía	30,8	28,0	31,7	29,7	+0,9	+1,7
Bienes de equipo	18,0	18,0	14,5	14,5	-3,5	-3,5
Construcción	24,4	24,4	27,4	27,4	+3,0	+3,0

Fuente: DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados (1996), citado por la Comisión.

serva que en el caso de EC-6 la magnitud del coeficiente de variación de precios se ha incrementado para tres grandes sectores (energía, construcción y bienes de equipo), reduciéndose en los otros dos sectores (bienes de consumo y servicios). Pero si los datos se refieren a EC-12 su análisis revela que el valor de los coeficientes de variación tan sólo ha aumentado en dos grandes sectores (energía y construcción) y lo ha hecho en menor cuantía, acaso por la mayor magnitud de los datos de partida.

En segundo lugar, conviene analizar qué ha ocurrido en el período más reciente de los analizados. El análisis de lo sucedido entre 1990-1993 puede resultar significativo (cuadro 2).

La comparación de los datos correspondientes a los años 1990 y 1993 revela una tendencia al incremento de los coeficientes de variación de precios en todos los grupos y, en especial, en el EC-6. Este hecho pone de relieve que las condiciones de los mercados no se han comportado totalmente según las hipótesis de partida y que es necesario una mayor atención de las autoridades de defensa de la competencia sobre dicho comportamiento. En cualquier caso, el optimismo de la Comisión no está justificado. El problema de la dispersión de los precios parece más serio que el planteado por la Comisión que lo reduce a la afirmación de

CUADRO 2. COEFICIENTES DE VARIACIÓN DE PRECIOS ENTRE PAÍSES EN DETERMINADOS GRUPOS DE BIENES SELECCIONADOS. 1990-1993

	1990		1993		Diferencias 1990-1993	
	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>
<i>EC-6</i>						
Bienes de consumo	13,5	13,4	12,4	12,6	-1,1	-0,8
Servicios	20,0	20,2	21,3	21,7	+1,3	+1,5
Energía	19,4	18,8	24,3	23,4	+4,9	+4,6
Bienes de equipo	11,6	11,6	12,5	12,5	+0,9	+0,9
Construcción	14,0	14,0	19,1	19,1	+5,1	+5,1
<i>EC-9</i>						
Bienes de consumo	20,3	18,5	18,0	16,6	-2,3	-1,9
Servicios	24,6	23,7	23,4	23,3	-1,2	-0,4
Energía	24,7	22,6	30,6	27,4	+5,9	+4,8
Bienes de equipo	12,2	12,2	12,9	12,9	+0,7	+0,7
Construcción	16,5	16,5	22,4	22,4	+5,9	+5,9
<i>EC-12</i>						
Bienes de consumo	22,8	21,5	19,6	18,4	-3,2	-3,1
Servicios	31,8	30,4	28,6	28,3	-3,2	-2,1
Energía	28,0	26,0	31,7	29,7	+3,7	+3,7
Bienes de equipo	13,1	13,1	14,5	14,5	+1,4	+1,4
Construcción	23,5	23,5	27,4	27,4	+3,9	+3,9

Fuente: DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados (1996), citado por la Comisión.

que todavía subsisten algunos obstáculos de tipo reglamentario o administrativo, y existen otros factores «naturales» (como el idioma, las preferencias o las costumbres locales) que seguirán generando costes (y, por tanto, barreras) a la integración del mercado, así como otros factores menos naturales (como las monedas diferentes y fluctuantes). Un análisis más riguroso revela que el núcleo del problema está en el comportamiento de los mercados y en el ejercicio del poder de dominio en los mismos ¹⁷. Resulta comprensible —y así lo revela el análisis empírico

¹⁷ La Comisión, en el Libro Verde, se da cuenta de este hecho pero no lo analiza, pese a su importancia: «La Comisión carece de datos que le permitan determinar la forma en que el proceso de integración se ve obstaculizado por el hecho de que existen muy pocos distribuidores de envergadura europea que se hayan expandido fuera de su propio territorio en comparación con el número de productores que venden regular y significativamente fuera de sus mercados «nacionales». Incluso en los casos en que los distribuidores se han expandido hacia otros mercados, lo han hecho absorbiendo a los distribuidores locales existentes (manteniendo su nombre inicial, su estilo, etc.). Además, en conjunto, dichos distribuidores parecen abastecerse localmente, bien debido a las eficiencias inherentes de la cadena de suministro logístico local, bien por la insistencia de los fabricantes en realizar el suministro sólo a través de su filial o distribuidora local en ese Estado miembro. En apariencia, la discriminación de precios por parte de los productores entre diversos Estados miembros sería más difícil si tuvieran que enfrentarse a distribuidores de alcance europeo».

correspondiente a mercados históricamente integrados— la existencia de diferencias de precios entre territorios. Pero lo que debe ser objeto de atención especial es que dichas diferencias se incrementen.

3. LA NUEVA TEORÍA ECONÓMICA DE LOS MERCADOS

De acuerdo con la nueva teoría económica de los mercados, desde la perspectiva de las autoridades de defensa de la competencia, los problemas derivados de las restricciones verticales devienen importantes cuando en los mercados relevantes se registran situaciones de poder de mercado¹⁸. Este hecho revela que el *hard core* de la cuestión es de naturaleza esencialmente económica. En efecto, el elemento de referencia fundamental en el análisis de las restricciones verticales es el grado de competencia entre las diferentes marcas. La competencia entre marcas es secundaria. El análisis de la competencia en el mercado relevante es el punto de partida necesario para conocer el efecto neto de las restricciones verticales sobre la competencia. Y este hecho, resultado de un intenso debate durante muchos años —con el telón de fondo de las intensas modificaciones registradas en el sector de la distribución—, ha conducido a la Comisión a plantear el «desarrollo de una política coherente con el análisis económico que tenga en cuenta el equilibrio entre el análisis del mercado total de cada caso particular y los costes de tal mecanismo de supervisión».

Este planteamiento supone que cuanto mayor sea la competencia entre marcas es menos probable que las restricciones verticales tengan un efecto negativo sobre la competencia. Alternativamente, cuanto más débil sea la competencia entre marcas será más probable que las restricciones verticales afecten negativamente a la competencia y que los precios se sitúen por encima de los costes marginales, proporcionando a las empresas beneficios extraordinarios en perjuicio de los consumidores.

Con este enfoque parece que se ha alcanzado un acuerdo o, al menos, un cierto consenso¹⁹ entre los economistas. Ahora, las restricciones ver-

¹⁸ Capacidad de las empresas de fijar el precio por encima de los costes marginales.

¹⁹ Como se indica en el Libro Verde: «En el pasado, el análisis económico de las restricciones verticales ha sido objeto de un apasionado debate entre economistas. A principios de los años 80, se pasó de considerarlas una amenaza para la competencia a la opinión generalizada de que eran inocuas (Escuela de Chicago). En la actualidad, se está llegando a un nuevo consenso, y los economistas son más cautos al valorar el efecto de las restricciones verticales sobre la competencia y más reacios a generalizar, ya que no se puede considerar que estas restricciones sean, por naturaleza, beneficiosas para la competencia. Sin embargo, hay un elemento que merece destacarse: el pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura de mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso».

ticales ya no son consideradas conductas universalmente contrarias o favorables a la competencia. El análisis de los casos concretos es necesario. Y en este análisis la consideración de la estructura de los mercados constituye un elemento de referencia fundamental. Como se indica en el Libro Verde: «Los efectos anticompetitivos sólo se producirán cuando la competencia entre marcas sea débil y existan barreras de acceso en los sectores de la producción o la distribución. Además, se sabe que los acuerdos en la cadena de distribución reducen los costes de las operaciones, pudiendo materializar la eficiencia potencial existente en el sector de la distribución. En contraste, en algunos casos, las restricciones verticales crean barreras de acceso u obstaculizan la competencia horizontal en mercados oligopolísticos».

Como ha resumido E. Huerta (en prensa), las restricciones verticales tienen efectos positivos o negativos sobre la eficiencia y el bienestar en función del contexto en que se llevan a cabo y de los objetivos perseguidos. Entre los efectos positivos cita los siguientes: en primer lugar, la reducción del conflicto de objetivos entre los fabricantes y los distribuidores; en segundo lugar, la garantía de los derechos de propiedad; en tercer lugar, la reducción de los costes de distribución y marketing; en cuarto lugar, la reducción de los costes de transacción; y, por último, la disminución de las distorsiones derivadas de la existencia de poder de monopolio sucesivo. Por el contrario, en determinadas circunstancias las restricciones verticales pueden generar efectos horizontales y reducir la competencia. Entre las consecuencias negativas para la competencia pueden citarse las siguientes: en primer lugar, el hecho de que facilitan la colusión; en segundo lugar, el riesgo de reforzamiento de las barreras de entrada; y, en tercer lugar, la posible exclusión de competidores. Como subraya E. Huerta, «de la estimación de los beneficios y costes que los acuerdos verticales imponen a la competencia se podrá deducir el efecto neto sobre el bienestar, de la utilización por las empresas de estos contratos para organizar las transacciones y distribuir los productos de los consumidores».

La interpretación de los economistas parte de un supuesto muy simple: la regularidad de las relaciones económicas entre los fabricantes y los distribuidores abre la posibilidad de establecer contratos y restricciones verticales entre ellos que contribuyan a reducir sus costes medios y, en consecuencia, a mejorar su posición competitiva en sus mercados respectivos, sus resultados, y, como consecuencia del oportuno efecto sobre los precios, pueden tener efectos positivos para los consumidores.

La Comisión, en el Libro Verde, adopta una clasificación operativa de las restricciones verticales distinguiendo entre aquellas que contribuyen a mejorar la eficiencia económica mediante una mayor coordinación entre fabricantes y distribuidores, y las que suponen un perjuicio para la competencia. Es justamente la coordinación mediante restricciones verticales el instrumento que a menudo contribuye a mejorar la eficiencia y

los resultados empresariales, y, si se dan determinadas circunstancias en el mercado, dicha mejora puede repercutir positivamente sobre los consumidores.

A) *Restricciones verticales con efectos positivos absolutos*

En este apartado pueden distinguirse dos casos: la coordinación vertical en la fijación de precios y la coordinación vertical en la prestación de servicios.

a) La coordinación vertical en la fijación de precios

La coordinación vertical puede contribuir a reducir los costes empresariales y, en consecuencia, los precios de los bienes intermedios y de los bienes finales. La existencia de poder de mercado supone que los fabricantes y los distribuidores pueden aplicar márgenes adicionales a sus costes respectivos con el correspondiente efecto sobre los precios. Este fenómeno de doble marginalización²⁰ tiene su origen en el hecho de que las distintas empresas dentro de la cadena de valor adoptan sus decisiones sobre precios independientemente, sin que exista una estrategia global dirigida a maximizar los beneficios totales. Este hecho puede suponer precios más elevados en relación con los que corresponderían a una estrategia global de maximización de beneficios o de otras variables. El problema puede resolverse mediante la fijación del precio máximo por parte de los productores, por ejemplo.

b) La coordinación vertical en la prestación de servicios

El desarrollo de las modernas formas comerciales introduce un cierto dualismo en el sector: junto a establecimientos que ofrecen los oportunos servicios preventa y postventa conviven establecimientos que careciendo de tales servicios pueden ofrecer sus bienes a precios inferiores como consecuencia de los menores costes que tienen que soportar. Este hecho permite plantear dos escenarios distintos. En el primer escenario puede suponerse el caso de un distribuidor que informa a sus clientes y/o que dispone de un establecimiento adecuado que contribuye a incrementar sus ventas. No cabe duda de que la mejora de las condiciones de la oferta se traduce en mayores expectativas de ventas y, por tanto, de beneficios. Pero dicha estrategia, además de beneficiar al distribuidor tam-

²⁰ La doble marginalización fue el primer problema de consideración relacionado con las restricciones verticales que atrajo el interés de los economistas (SPENGLER, 1950). La cuestión se refiere a una situación en la que el fabricante y el distribuidor disponen de poder de mercado. Cada uno de los agentes incrementa sus costes con el correspondiente *mark-up*. El resultado es la suma de un doble *mark-up* y, en consecuencia, mayores precios. Desde la perspectiva de los efectos de dicha conducta sobre los resultados empresariales el problema surge porque cada uno de los agentes toma sus decisiones sobre precios y rentabilidad independientemente de los del otro agente, de forma que el precio final puede ser distinto del precio que maximiza los beneficios conjuntos. La integración vertical (a través del mantenimiento del precio de reventa, por ejemplo) puede, bajo determinadas condiciones, permitir dicha maximización.

bién beneficia al fabricante. Probablemente el esfuerzo de ventas del distribuidor se incrementaría si pudiera apropiarse de los beneficios adicionales apropiados por el fabricante.

Bajo estas condiciones es posible articular las conductas de fabricantes y distribuidores de modo que permitan optimizar los resultados dentro de la estructura vertical. Además, si el mercado es testigo de una intensa competencia entre marcas, los resultados de las restricciones verticales redundarán en su beneficio.

En el segundo escenario puede incluirse la figura del gorrón (*free rider*). El gorrón refleja un tipo de fallo del mercado en el proceso de distribución. El tema cuenta con una dilatada historia en el área de la economía de los mercados desde que Telser (1960) analizara las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores en relación con la determinación de los precios al detall. El planteamiento de Telser puede resumirse como sigue: en primer lugar, la demanda final de un bien está correlacionada positivamente con los servicios ofrecidos por el detallista; en segundo lugar, tales servicios son específicos y diferenciables de los correspondientes a otros bienes; en tercer lugar, dichos servicios tienen un coste, y, por último, la compra de un bien y el uso de los servicios ofrecidos por el detallista son perfectamente separables.

Supóngase el caso de un empresario fabricante que ofrece sus bienes a los consumidores finales a través de los distribuidores minoristas. Supóngase también, que, como en el supuesto anterior, el bien en cuestión, para llegar al consumidor final, depende de los servicios de publicidad e información que puedan realizar los distribuidores minoristas²¹.

Lógicamente, si el distribuidor minorista emplea sus recursos en una campaña de publicidad y/o en personal cualificado, por ejemplo, con el objetivo de proporcionar un adecuado servicio de información a sus eventuales clientes, con toda probabilidad incrementará sus ventas y, con ello, sus ingresos.

En este momento se plantea una cuestión relevante: el esfuerzo inversor llevado a cabo por el minorista puede contribuir a mejorar los resultados de otros minoristas que no han realizado inversión alguna y que, por tanto, pueden ofrecer los bienes de referencia a menores precios. Surge, pues, el problema del gorrón. Se trata de posibles distribuidores minoristas que elaboran su estrategia comercial sobre la base del aprovechamiento indirecto de las inversiones o gastos realizados por otros minoristas. El análisis económico revela que, en este caso²², el bien considerado se situará por debajo del nivel óptimo²³. En este contexto, la in-

²¹ Caso frecuente cuando se trata de bienes o servicios nuevos o de alta tecnología.

²² Ver, por ejemplo, PERRY, 1989.

²³ A modo de ejemplo ilustrativo y con el riesgo de trivializar la cuestión, supóngase el caso de un consumidor que obtiene toda la información relevante necesaria para tomar su decisión de compra de un equipo de alta fidelidad en una tienda especializada y dotada de vendedores expertos, y que adquiere, posteriormente, dicho equipo en una tienda de barrio, no especializada y sin personal cualificado, a un precio notablemente inferior.

tegración vertical de la producción y la distribución permitiría alcanzar efectos positivos en términos de eficiencia²⁴.

Pero el análisis no es concluyente. Es cierto que si la estructura vertical registra ganancias en eficiencia el consumidor podrá beneficiarse de las mismas, contrarrestando los efectos potencialmente negativos sobre la competencia promovidos por las restricciones verticales. Pero no es menos cierto que si la estructura vertical dispone de poder en el mercado relevante puede hacer uso del mismo con el fin de apropiarse de cualquier ganancia de eficiencia incrementando sus beneficios y dejando al margen de los mismos a los consumidores.

B) Restricciones verticales con efectos negativos

Un análisis riguroso de los efectos de las restricciones verticales sobre la competencia en las actividades de distribución exige la consideración de la competencia dentro de la misma marca y de la competencia entre marcas de fabricantes distintos. Como indica el Libro Verde «La introducción de restricciones verticales puede ser una forma de diluir la competencia ascendente entre fabricantes que no compiten directamente entre sí, sino a través de sus minoristas. En este caso, se puede hablar de competencia entre «estructuras verticales».

De acuerdo con los criterios del Libro Verde, las restricciones verticales pueden atenuar la competencia de tres formas distintas, como mínimo: *a)* cárteles de fabricación o distribución; *b)* restricciones verticales dirigidas a cerrar mercados, y *c)* restricciones verticales utilizadas para reducir la competencia entre fabricantes.

a) Cárteles de fabricación o distribución

En relación con los cárteles de fabricación o distribución puede sostenerse que, en ocasiones, tienen como objetivo y efecto la restricción o eliminación de la competencia dentro de la misma marca. Ejemplos destacados de dicha estrategia son los acuerdos de distribución territorial exclusiva o la fijación en origen de los precios al detall (o estrategias de mantenimiento del precio de reventa).

Ante estas circunstancias los distribuidores pueden mejorar sus resultados si alcanzan acuerdos con sus proveedores fabricantes consistentes en reducir la competencia en la etapa de la distribución minorista. Acaso lo más destacado de esta estrategia sea el hecho de que permite detectar con facilidad la ruptura de los acuerdos colusorios y, en consecuencia, la respuesta de los otros miembros del cártel.

²⁴ Otra posibilidad sería la celebración de contratos entre fabricantes y distribuidores en los que el fabricante mediante la inclusión de determinadas condiciones o restricciones (verticales) en la redacción de los mismos, pudiera incidir en un cambio sobre el desarrollo de las actividades de distribución.

b) Restricciones verticales dirigidas a cerrar mercados

Los acuerdos en exclusiva entre fabricantes y distribuidores minoristas que contribuyen a reducir el número de éstos en un determinado territorio suponen la erección de barreras de entrada que impiden el acceso al mercado de otros fabricantes. Si las economías de escala o de gama en el sector de la distribución minorista son significativas en el mercado relevante, la celebración de acuerdos en exclusiva con los distribuidores minoristas consolidados supone el establecimiento de una barrera de entrada para todos aquellos que quieran acceder al mercado en cuestión.

Sin embargo, también puede tener lugar el proceso contrario. La obtención de beneficios extraordinarios derivados de las estructuras verticales puede fomentar el acceso de nuevos operadores, cuya capacidad de competir puede traducirse en ganancias de eficiencia.

c) Restricciones verticales utilizadas para reducir la competencia entre fabricantes

Se trata de conductas que tienen lugar cuando el número de operadores económicos en el mercado relevante es reducido y los empresarios oligopolistas establecen restricciones dentro de las estructuras verticales que contribuyen aún más a reducir la competencia intermarcas. El ejemplo del Libro Verde es ilustrativo: si en un contexto de distribución exclusiva los fabricantes incrementan sus precios al por mayor con el objetivo de aumentar sus márgenes, y el comercio minorista se caracteriza por la ausencia de competencia y la presencia de barreras de entrada, la reacción de los minoristas se traducirá en un incremento de los precios aplicados a los consumidores finales. La asignación de territorios exclusivos, aplicada por diversos fabricantes, además de reducir la competencia intramarca contribuye a reducir la competencia intermarcas si los fabricantes no tienen incentivos para reducir los precios en relación con sus competidores.

4. HECHOS RELEVANTES

El trabajo de los economistas y las conductas planteadas ante las autoridades nacionales y comunitarias de defensa de la competencia han contribuido a plantear la necesidad de una reforma de la política aplicada a las restricciones verticales. De acuerdo con M.A. Peña Castellot (1998), los elementos de referencia de la reforma se han apoyado en las siguientes constataciones:

En primer lugar, la adopción y, en muchos casos, la aplicación de buena parte de la legislación referida a la libre circulación de bienes y servicios en el interior del mercado único.

En segundo lugar, la aceptación de la corriente moderna de la economía de los mercados que ha puesto el acento en el análisis conjunto de

las restricciones verticales y las estructuras de los mercados. Sólo la existencia de poder de mercado (del lado del fabricante o del distribuidor —mayorista o minorista—) o la existencia de una red de acuerdos que afecte a un número significativo de productos en el mercado relevante puede provocar restricciones significativas a la competencia. Este planteamiento ha desplazado el centro de interés desde la competencia intramarca a la competencia intermarcas²⁵.

En tercer lugar, el proceso de cambio registrado en los sistemas de distribución practicados por las empresas europeas. Tales cambios exigen la revisión de los históricos reglamentos de exención por categorías que al referirse exclusivamente a los acuerdos entre dos empresas, se alejan de sistemas de distribución reales pero más complejos²⁶ como los referidos a los bienes intermedios y a los servicios.

En cuarto lugar, de acuerdo con el análisis económico, el hecho de que los reglamentos de exención por categorías vigentes se basen, esencialmente, en la forma de los acuerdos y no en sus efectos sobre la competencia, plantea problemas fundamentales desde la perspectiva de la defensa de la competencia. En efecto, al amparo de la normativa actual ciertos acuerdos entre empresas con poder de mercado pueden ser tratados de la misma forma que otros acuerdos formalmente idénticos suscritos entre empresas sin poder de mercado. Lógicamente, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, tal simetría es de difícil justificación. Pero, por otra parte, con el sistema actual, se excluyen de la exención acuerdos entre empresas cuyo impacto sobre la competencia es nulo o sin importancia.

III. ALGUNAS REFERENCIAS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En reiteradas ocasiones el Tribunal ha debido pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los efectos sobre la competencia de determinadas

²⁵ GINER PARREÑO (en prensa) recuerda que el análisis de los efectos de las restricciones verticales tiene puntos en común con el análisis de los efectos de las operaciones de concentración. Sobre la base de los análisis basados en la lógica de la *rule of reason* —tantas veces criticada— sostiene que dicho elemento de referencia contiene elementos que «resultan extraordinariamente reducidos con el propósito de favorecer la presencia en el mercado de los contratos de distribución restringida (*restricted distribution*). La simplificación del supuesto de hecho tradicional de la *rule of reason* se aprecia en las siguientes circunstancias: a) las restricciones verticales sólo pueden ser anticompetitivas si al menos el suministrador posee *market power*; b) las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas si el *vertical restraints index* arroja una cifra de 1.200 —el método de cálculo de este índice es idéntico al conocido como HHI—; c) las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas si el *coverage ratio* de las restricciones verticales supera el 60%, y d) para valorar los datos económicos recogidos en las anteriores letras no es preciso una compleja y detallada labor de delimitación del mercado relevante. Antes al contrario, basta con contemplar someramente el mercado —*quick look rule of reason*— para comprobar los hechos anteriormente mencionados».

²⁶ Como los que afectan a toda la cadena de valor: fabricante, distribuidor mayorista, distribuidor minorista.

conductas incluidas en el epígrafe genérico de restricciones verticales. Los elementos de referencia han sido la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la citada Ley, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. En dicho Real Decreto, que sigue la legislación comunitaria, se establece la autorización de los siguientes acuerdos en los que participan únicamente dos empresas, que afecta exclusivamente al mercado nacional y que cumplen los requisitos establecidos en cada caso²⁷:

a) Acuerdos de distribución exclusiva, cuya referencia es el Reglamento CEE 1983/83.

b) Acuerdos de compra exclusiva, cuya referencia es el Reglamento CEE 1984/83.

c) Acuerdos de licencia de patentes y acuerdos mixtos de licencia, de patente y comunicación de *know how*, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 2349/84.

d) Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 123/85.

e) Acuerdos de franquicia, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 4087/88.

f) Acuerdos de licencia de *know how* y acuerdos mixtos de licencia de *know how* y licencia de patente no declarados exentos en la letra c), así como aquellos acuerdos de licencia de *know how* que contengan cláusulas accesorias sobre marcas comerciales y otros derechos de propiedad industrial siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el reglamento CEE 556/89.

A continuación se comentan algunas Resoluciones e Informes de mercados emitidos por el Tribunal relacionados con conductas verticales restrictivas de la competencia.

1. ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN EXTENSIVA²⁸

En el presente apartado se comenta el Informe del TDC sobre el precio de los libros y la doble marginalización y tres casos de fijación vertical de precios que se refieren, además, a las ventas pasivas y las importaciones paralelas.

²⁷ Los Reglamentos 2349/84, 123/85 y 556/89 no están en vigor en el ámbito comunitario. La referencia a los Reglamentos CEE derogados plantea un problema resuelto en la Resolución del Tribunal del día 23 de mayo de 1996 (La Casera) en el sentido de conceder exenciones individuales de acuerdo con el nuevo reglamento.

²⁸ El Tribunal también ha examinado el sector de la comercialización minorista de productos farmacéuticos que supone otro ejemplo de fijación en origen de los precios al detall.

En el mes de septiembre de 1997 el Tribunal remitió al Gobierno un Informe sobre el precio fijo de los libros. En la síntesis del Informe el Tribunal sostuvo que «la fijación de precios de un bien o servicio, tanto si es de carácter horizontal, por acuerdo entre competidores, como si es de carácter vertical, por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia. Salvo en casos excepcionales el Tribunal ha señalado que la fijación vertical de precios supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. No obstante, esta Ley establece en su artículo 2 que sus criterios no serán de aplicación cuando la restricción vertical cuente con amparo legal como ocurre en el caso del libro. En ausencia de precio fijo, la competencia en precios entre los librereros se traduciría en una diversidad de precios, clara expresión de la competencia, que contribuiría a la racionalización del sector y favorecería a los consumidores».

La prohibición de aplicar descuentos sobre el precio fijo del libro, determinado por el editor, se ampara en la Ley 9/75, de 12 de mayo, de Régimen especial para la promoción, producción y distribución del libro, cuyo artículo 37 indica que «el precio de venta al por menor de libros al público se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar». El Real Decreto 484/90 que desarrolla la citada Ley indica en su artículo 1 que «el precio de venta al público al contado podrá oscilar entre el 95% y el 100% del precio fijo».

No deja de sorprender la relación causal establecida en su día por el legislador entre el mantenimiento del precio de reventa y la defensa de la cultura y la lectura. Máxime cuando, como ha señalado el Tribunal, «el mercado del libro constituye un caso específico de mercado que se comporta como un cártel». En cualquier caso, a los efectos del presente trabajo interesa subrayar que en la regulación del sector destacan dos conductas que constituyen ejemplos ya clásicos en el análisis de las restricciones verticales de la competencia.

En primer lugar, el mantenimiento del precio de reventa²⁹. La legislación española permite que en la relación vertical entre la empresa editora y las empresas distribuidoras minoristas de libros, la primera fije los precios de reventa y la segunda respete el precio fijado por las empresas editoras. Como señaló el Tribunal dicha conducta supone, en primer lugar, que todos los librereros venden los libros al mismo precio³⁰, y, en se-

²⁹ La interpretación tradicional de dicha conducta puede verse en YAMEY, 1966a y su aplicación al mercado de los libros en YAMEY, 1966b. En el primer trabajo escribió que «La fijación en origen de los precios al detall (f.o.p.a.d.) es una práctica restrictiva: limita o elimina la competencia de precios en los canales distributivos afectados. En una situación típica aumenta los precios al detall y restringe la elección de los consumidores y, al ampliar los márgenes brutos de los minoristas sin eliminar al mismo tiempo las demás formas de comportamiento competitivo, incorpora más trabajo y otros recursos a la distribución». Por su interés véase la correspondencia Marshall-MacMillan en *The Economic Journal*, 1985.

³⁰ Con un margen de diferencia máximo de 5 puntos porcentuales.

gundo lugar, que no puedan discriminar a sus clientes mediante la aplicación de descuentos a los precios fijados por el editor.

El asunto resulta más complejo si se considera que en el proceso participan los distribuidores mayoristas cuya actividad —en muchas ocasiones prescindible— va acompañada del correspondiente margen comercial. Este hecho conlleva los correspondientes efectos sobre los márgenes de los editores y/o de los distribuidores minoristas y de los lectores. En consecuencia, además de la fijación del precio de reventa por el editor tiene lugar la doble marginalización de los precios consistente, según el Tribunal, en que «cada una de las empresas, editorial y distribuidora mayorista, fija un precio ignorando la pérdida de beneficios que origina a la otra o el incremento de precios resultante», además de ignorar los correspondientes efectos sobre la demanda.

Por todo ello, el Tribunal recomendó al Gobierno ³¹:

«1. La supresión de la actual regulación que ampara la fijación en origen del precio de los libros y el paso a una situación de libertad de precios. Para ello, propone la modificación del artículo 33 de la Ley 9/75 y de los artículos uno a ocho del Real Decreto 484/90 en cuanto a la obligación del editor y del importador de libros a fijar un precio de venta al público en tapa para los libros y la restricción a la práctica de descuentos en el comercio al detall.

2. El proceso debería iniciarse mediante la sustitución de la regulación actual por un sistema de precios establecidos por el editor sobre los que se puedan practicar descuentos progresivamente crecientes por parte de los detallistas durante un período transitorio de tres años. Tras otro período caracterizado por la libertad de descuentos, debería procederse a la liberalización total, dejando que los mecanismos del mercado determinen los precios de venta al público de los libros. En todo caso, la aplicación de descuentos deberá respetar las prescripciones normativas en materia de venta a pérdida, así como cuanto está previsto en la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia.»

A continuación se examinan tres casos de fijación vertical de precios. En el primero el fabricante determinaba tanto el precio correspondiente al mayorista como el precio de venta al público. En el segundo, entre otras cuestiones, se hacía referencia a la prohibición de ventas pasivas. El tercero se refiere a una conducta empresarial que combinaba la fijación vertical de los precios con la prohibición de las importaciones paralelas.

³¹ Recuérdese que en su Informe sobre las oficinas de farmacia, el Tribunal recomendó al Gobierno: «1. Suprimir cualquier prohibición establecida por los Colegios de Farmacéuticos o su Consejo de realizar descuentos por las Oficinas de Farmacia. Para ello es necesario modificar sus Estatutos Generales de Acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Medicamento y en el artículo 18 del Decreto 2695/77 que considera que los márgenes tienen el carácter de máximos. 2. Establecer la obligación de inscribir en los envases de los medicamentos cuyo precio haya sido regulado —y sólo en ellos— la mención “precio máximo de venta al público, impuestos incluidos”».

En el primer caso, como resultado de la denuncia de un Ayuntamiento contra determinados fabricantes de lencería y corsetería por presunta fijación de precios a los mayoristas, el Tribunal dictó la Resolución correspondiente al expediente 383/96 (Fabricantes de lencería) de 12.02.97.

Se probaron los siguientes hechos: en primer lugar, la adhesión por los fabricantes de etiquetas en las que constaba el precio de venta al público; en segundo lugar, la remisión de listas de precios a los clientes en las que se combinaba el precio de venta al comerciante con el precio de venta al público; y, por último, el envío de cartas en las que se especificaba la fecha de entrada en vigor de la tarifa.

Ante tales hechos el Tribunal afirmó que «La fijación de precios, tanto horizontal —por acuerdo entre competidores— como vertical —por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores— constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia. Cualquiera que sea el sistema por el que se impida, o al menos se dificulte, que las ofertas a los consumidores puedan consistir en los mismos productos con precios diferentes porque algunos comerciantes se conformen con ganancias más reducidas, es contrario a la libre competencia no sólo porque la altera, sino que impide que los consumidores puedan disponer de productos a precios más bajos».

Sostuvo el Tribunal que debe continuarse con la tesis de que la determinación, por cualquier medio, de los precios de venta al público por los fabricantes supone uno de los medios más frecuentes de fijar verticalmente los precios y, por tanto, una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Admitió el Tribunal la posibilidad de autorizaciones en casos distintos al examinado y en función del impacto de la conducta sobre la competencia. Pero ninguna de las hipotéticas razones que pudieran conducir a la autorización por el Tribunal concurrían en el caso analizado. Y el Tribunal fue contundente al afirmar que la uniformidad de los precios de venta «produce efectos anticompetitivos y la única ventaja que se obtiene radica en que los comerciantes se evitan calcular sus cuantiosos márgenes en estos productos (que llegan al cien por cien) y además constituye una barrera para la generalización de los descuentos, circunstancias todas ellas que, lejos de suponer un contrapeso para los efectos anticompetitivos del precio único de reventa, aumentan tales efectos.

La unificación de los precios de reventa, fuera de algunas circunstancias excepcionales que no se presentan en este caso, supone una disfunción económica, ya que, como quiera que los comerciantes tienen costes fijos diferentes, el supuesto de unos costes más reducidos, en lugar de beneficiar a los consumidores con precios más bajos, repercute en el mejor resultado de la cuenta de beneficios, lo cual significa un objetivo que no resulta digno de protección. Por otra parte la ausencia de la batalla de precios tampoco incentiva una reducción de costes que redundaría en la eficiencia de las empresas.»

En el segundo caso, mediante la Resolución de 31.01.91 (expediente 18/90) el Tribunal resolvió una solicitud de autorización singular para un contrato tipo de distribución exclusiva de muebles de alta calidad y diseño.

El Tribunal empezó su análisis examinando la importancia de la solicitante en el mercado pertinente que podía calificarse de reducido en un contexto caracterizado por una elevada competitividad.

Entre las restricciones para la competencia que contenía el contrato, había dos que eran particularmente relevantes a los efectos de su autorización por el Tribunal: en primer lugar, la combinación de la exclusividad territorial del distribuidor con la prohibición impuesta de vender a revendedores dentro de su propia zona; y, en segundo lugar, la fijación por el fabricante de los precios máximo y mínimo de venta al público. Decía el Tribunal que «es cierto que el contrato no impide a los distribuidores comercializar otras marcas de la competencia; pero existe una cláusula de vinculación para las ofertas mixtas —las que comprenden conjuntamente productos (del fabricante) y de otros fabricantes— que por su ambigua redacción pueden servir de base para nuevas restricciones que afecten a los fabricantes competidores. En todo caso, los revendedores quedan excluidos y los consumidores ven limitadas sus posibilidades de elección de vendedor y de discusión sobre el precio como consecuencia de las exclusivas antes reseñadas». Por otro lado, el acuerdo propuesto por el fabricante serviría de pilar para la creación de una red de distribuidores que cubriese todo el territorio nacional. El plazo del pacto tenía un límite temporal de 3 años con prórroga indefinida por la tácita reconducción, comprendiendo cada prórroga un año más.

El TDC consideró que el contrato no era intrascendente o de escasa importancia —como alegaban los solicitantes— desde la perspectiva de la competencia, «autorizable tal cual justamente por esta única razón. Lo que no excluye que, corregidos sus aspectos más atentatorios a la competencia, el contrato pueda merecer una consideración positiva». A pesar de ello, una vez modificado, resultaba autorizable al amparo del artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sostuvo el Tribunal que la competencia entre marcas en el mercado considerado era aceptable. El contrato no impedía a los distribuidores vender simultáneamente los mismos productos de otras marcas sin ninguna limitación o condición. La restricción impuesta a los distribuidores de no realizar ventas activas fuera de su territorio estaba justificada porque al mantener una competencia intramarca, permitía las ventas pasivas. De otra manera, el distribuidor que asume las obligaciones que le impone el contrato, especialmente las de publicidad y atención postventa al cliente, no podría soportarlo.

La prohibición de vender a revendedores también contaba con la adecuada justificación por tratarse de un producto de alta calidad o, al menos,

de alto precio, amparado por una marca conocida en el mercado y que no es de consumo masivo ni de adquisición diaria. La fijación del precio de venta por el distribuidor había desaparecido en la nueva versión.

El contrato imponía al distribuidor otras obligaciones como la promoción de ventas y el mantenimiento de una exposición permanente de los productos, la especialización del personal y la asunción del servicio postventa. Todas estas obligaciones complementarias se consideraron necesarias para el equilibrio de las prestaciones propias de un contrato sinalagmático.

El Tribunal estimó que resultaban «cumplidos los requisitos negativos que establecen las letras *b)* y *c)* del artículo 3.1. de la Ley 16/1989. También encuentran satisfacción las exigencias positivas: mejora de la distribución y beneficio para los consumidores». En consecuencia, consideró que el contrato podía ser autorizado por cinco años. El Tribunal, de acuerdo con sus argumentos sugirió la redacción de determinadas condiciones, a saber:

En primer lugar, «el distribuidor podrá aceptar y atender pedidos fuera del territorio contractual, siendo de cuenta del usuario final los correspondientes gastos de transporte. Sin perjuicio de lo anterior, el distribuidor no podrá realizar actividades de promoción o de cualquier otro tipo que tengan como objetivo promover y efectuar ventas de los productos contractuales fuera del territorio contractual».

En segundo lugar, «en caso de operaciones de especial importancia, el fabricante, tras una negociación a tres bandas entre el usuario final, el distribuidor y el fabricante, podrá mejorar el margen comercial del distribuidor para que éste pueda ofrecer al usuario final unas condiciones más favorables» (en la venta de los productos del fabricante).

En tercer lugar, «el Distribuidor no está autorizado a vender a Revendedores, cualquiera que fuera su condición (arquitectos, decoradores, minoristas con o sin tienda, consultorías, constructoras, *general contractors*, etc.). Caso de ofertar y vender un distribuidor a un usuario recomendado por un intermediario (entendiéndose este término en el sentido expresado en la anterior enumeración) o por un prescriptor, la comisión a abonarles no deberá exceder en ningún caso del ...».

En cuarto lugar, el fabricante «facilita al Distribuidor dos “Listas de Precios para Distribuidores” en las que figuran con carácter orientativo los precios de venta al público de los productos contractuales».

Por último, el fabricante «concede al Distribuidor descuentos en concepto de margen de compra sobre los precios de venta al público vigentes en cada momento. Estas condiciones seguirán siendo válidas si no son revocadas o modificadas 90 días antes del final de cada año. Podrán acordarse condiciones especiales para determinadas operaciones de excepción».

En el tercer caso, en la tramitación del expediente de autorización singular A 118/95, del día 26 de diciembre de 1995 (Zapatos Sebago), para un contrato de distribución exclusiva de calzado de lujo mediante venta, el Tribunal de Defensa de la Competencia requirió a la solicitante que presentase un nuevo modelo de contrato en el que se eliminaran las posiciones relativas a la fijación vertical de precios y a la prohibición de importaciones paralelas. Y ello, porque el acuerdo notificado inicialmente no podía beneficiarse de la exención por categorías prevista en el Reglamento (CEE) 1983/83 al no existir fuentes alternativas de suministro, al impedirse las importaciones paralelas, y al restringir la libertad de fijación de precios. Además, el contrato, en los términos en que se había notificado, no podía beneficiarse de una autorización individual, por no existir compensaciones bastantes en términos de eficiencia y de beneficios para los consumidores, que contrarrestasen las eventuales restricciones de la competencia derivadas de la aplicación del contrato.

Modificado el contrato en el sentido de admitir la flexibilidad de precios y no impedir las importaciones paralelas de los zapatos Sebago en el territorio de referencia se concedió la correspondiente autorización singular.

2. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

En este apartado se hace referencia a determinados contratos de distribución exclusiva relacionados con el mercado de las máquinas fotocopadoras y los productos cosméticos.

El Servicio de Defensa de la Competencia ordenó, de oficio, la incoación de un expediente sancionador por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia (artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia) contenidos en determinados contratos de distribución de máquinas fotocopadoras.

En la Resolución del día 25 de octubre de 1996 (Expediente 55/94, Máquinas fotocopadoras) el Tribunal, tras analizar el contenido de un conjunto de contratos suscrito entre diversas empresas operadoras en el sector y el mercado de máquinas fotocopadoras declaró probados diversos acuerdos entre los que destacan los siguientes. En primer lugar, en relación con un contrato de distribución no exclusiva, la exigencia de compras mínimas y el compromiso de no vender productos de los competidores. En segundo lugar, en relación con tres contratos de distribución exclusiva destacan las cláusulas relacionadas con la prohibición de compra de productos iguales o similares a personas distintas del fabricante, la prohibición de ventas pasivas, la exigencia de adquisición exclusiva al fabricante de los accesorios y consumibles así como de no vender otros accesorios y consumibles, el respeto de los precios y plazos de los listados del proveedor, la prestación por el proveedor de los servicios de asisten-

cia técnica y mantenimiento, la obligación de suministrar información relacionada con los clientes, y comprometerse «a prestar la asistencia técnica a los productos mediante la firma de su contrato de mantenimiento, que otorga adicionalmente al cliente final del concesionario una garantía de satisfacción total por un plazo de tres años en los productos en que esté vigente este sistema, facultando al cliente para solicitar la sustitución del producto por uno de iguales o similares características, si dicho producto y, al solo juicio del cliente, no cumple sus expectativas».

Como elemento de referencia general el Tribunal sostuvo que no había sido demostrado que las distintas cláusulas restrictivas de la competencia incluidas en los oportunos acuerdos verticales tenían conexión entre sí, no detectándose, por tanto, la existencia de acuerdos horizontales. En consecuencia, examinó los distintos acuerdos como acuerdos verticales.

El Tribunal sostuvo que la prohibición de que el distribuidor vendiera otros productos distintos de los suministrados por el proveedor tiene el mismo significado que el de una exclusiva de compra a favor del proveedor y si, interpretando la cláusula en sentido literal, se entendiera que queda abierta la posibilidad de que el distribuidor obtenga los productos, tanto del proveedor como de proveedores distintos, ésta sería una limitación de la libertad empresarial del distribuidor de la misma naturaleza, pero de menor intensidad, que la prevista y autorizada por el Reglamento CEE 1984/83. «Y como en su artículo 2.3.a) considera este Reglamento que la cláusula de comprar cantidades mínimas de los productos objeto del contrato queda incluida en la excepción, procede declarar que el contrato en cuestión está cubierto por el citado Reglamento y no precisa de autorización individual alguna.»

En relación con las recomendaciones de precios de reventa, cuyo objetivo es la limitación de la competencia entre revendedores, entendió el Tribunal que dicha conducta reviste la máxima gravedad, dado que el precio es «el primer elemento de la oferta en que se manifiesta la competencia y el más perceptible por el comprador».

Respecto de la prohibición de las ventas pasivas, el Tribunal manifestó que refuerzan la exclusiva de cada distribuidor y el correspondiente reparto de mercado.

Por último, el Tribunal afirmó que la prohibición de vender consumibles distintos de los del proveedor limita la libertad del distribuidor.

En síntesis, el Tribunal sostuvo que «la fijación de precios y la prohibición de ventas pasivas, que impiden la competencia entre distribuidores, afectan también a los compradores, que no se benefician de los precios más bajos que resultarían de la competencia intramarca; y la prohibición de vender otros consumibles afecta a los distribuidores, quienes podrían vender, más provechosamente para ellos, los de otros fabricantes; a los consumidores, que no pueden elegir otros distintos, y a los demás fabricantes que quedan excluidos del canal de distribución...».

Con referencia a la obligación contractual impuesta por el proveedor al concesionario de gestionar de sus compradores la firma de un contrato de asistencia técnica, así como la subordinación de la venta a la aceptación simultánea por parte del comprador de un contrato de asistencia técnica con el proveedor consideró el Tribunal que están incursas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. También sostuvo el Tribunal que el vendedor no puede añadir indisolublemente a la prestación principal, objeto del contrato, otras prestaciones no necesarias no requeridas por el distribuidor (el cual se ve obligado a aceptarlas si quiere ejercer la prestación principal). Y ello con independencia de la posición de dominio del vendedor.

Afirmó, además, el Tribunal que «el artículo 1.1.e) debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones suplementarias que pueden unirse al objeto del contrato de compraventa de la máquina serán todas aquellas necesarias o convenientes, atendiendo a su naturaleza y a los usos de comercio, para que se alcance la finalidad que persigue el contrato, esto es, transmitir al adquirente la propiedad de una máquina en condiciones adecuadas de funcionamiento; a partir de este momento el adquirente ha de tener libertad de contratar o no, y con quien quiera, el aseguramiento para el futuro de las eventuales incidencias que puedan afectar al funcionamiento posterior de la máquina, acudiendo para ello al mercado de los servicios de reparación. Lo que normalmente no hará el distribuidor porque adquiere la máquina sólo para revenderla. También los consumibles que la fotocopiadora precisa para su funcionamiento guardan relación con la máquina; pero lo mismo que no sería admisible que la compra de la fotocopiadora se subordinase a la aceptación de un contrato de suministro exclusivo por el vendedor de estos productos, de los que existe un mercado en el que se ofrecen productos similares equivalentes, tampoco lo es que se subordine a un contrato de mantenimiento».

En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que recayó en el expediente 363/95 de 31 de julio de 1996 (Cosméticos Farmacia), éste consideró como hechos probados, entre otros, los siguientes: en primer lugar, los señalamientos de precios de venta al público de los cosméticos que algunos laboratorios entregaban a los distribuidores para su reventa; y, en segundo lugar, la distribución de productos cosméticos exclusivamente a través del circuito farmacéutico, imponiendo los laboratorios a los distribuidores la obligación de no vender —salvo al consumidor final— a quienes no fueran farmacéuticos con farmacia, y comprometiéndose ellos mismos a no vender a quienes no acepten dicha obligación.

En su análisis el Tribunal examinó tales conductas desde la perspectiva de la especificidad del sector de distribución de productos farmacéuticos. En dicho sector, generalmente, no tiene lugar la competencia intramarca, dado que la competencia en precios está prohibida «bien directamente —descuentos, publicidad— bien por aplicación del principio de solidaridad y dignidad profesionales que imperan en este gremio».

Los comerciantes farmacéuticos y los empresarios del sector ensayaron la extensión del comportamiento no competitivo del negocio farmacéutico a otras mercaderías distintas de los medicamentos, como los cosméticos. Indica la Resolución que los farmacéuticos tienen «un interés específico en que el fabricante señale el precio de venta al público para evitar que, en su defecto, se pueda desatar entre ellos una competencia no deseada. El interés de la otra parte en el mantenimiento del precio fijado garantiza al fabricante que los vendedores lo observarán con carácter general, sin necesidad de ulteriores inquisiciones o apremios».

En definitiva, el precio recomendado opera como un precio fijo, que, al ser seguido por todos los farmacéuticos les permite aplicar los mismos márgenes, coadyuvando de este modo al funcionamiento no competitivo del mercado. Se trata de una conducta prohibida por los artículos 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia y 85.1.a) del Tratado de la Unión Europea en el supuesto de que la práctica afectara al comercio intracomunitario, lo que no se daba en este caso, salvo para una empresa.

El Tribunal (1995) se pronunció sobre las restricciones a la competencia en el sector farmacéutico y propuso, en consecuencia, modificaciones normativas dirigidas a iniciar el proceso de apertura a la competencia del sector. El Tribunal, en coherencia con lo dicho en el apartado anterior, en su Informe, y en anteriores Resoluciones, sostuvo que la fijación de precios es la conducta posiblemente más grave de las infracciones contenidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia porque el precio es el elemento «en que primero y más visiblemente se establece la competencia entre los operadores del mercado». Y en relación con la mencionada especificidad del sector en que tiene lugar la conducta concluyó que «la práctica viene a reforzar la falta de competencia de que adolece en general el circuito farmacéutico, impidiendo que ésta se inicie en productos que no son medicamentos, privando de este modo a los consumidores de la posibilidad de pagar los menores precios a que, si hubiera competencia, permitiría llegar el amplio margen con que los cosméticos se venden; es una práctica que se ha extendido en el tiempo, al menos hasta el momento en que se formaliza el pliego de concreción de hechos; y no es de apreciar la reiteración porque estas empresas no habían sido condenadas por esta práctica con anterioridad».

En relación con la distribución exclusiva de los productos cosméticos en oficinas de farmacia, el Tribunal aceptó la interpretación del Tribunal de Justicia y de la Comisión Europea que considera dicha conducta incurso en el artículo 85.1 y que no puede ser objeto de autorización de acuerdo con el artículo 85.3. En síntesis, en opinión del Tribunal, la citada exclusiva está prohibida y no es susceptible de autorización. Y el Tribunal quiso dejar clara la cuestión advirtiendo «que no se está prohibiendo a [...] la utilización del canal farmacéutico para sus cosméticos, ni tampoco se le está imponiendo que realice una política de ventas activas fuera de este canal; lo que se le prohíbe es cerrarlo por medio de acuer-

dos que impiden al distribuidor salirse de él y [...] vender a personas ajenas, asegurando de este modo la estanqueidad del circuito que beneficia a fabricantes y farmacéuticos y perjudica a los demás: vendedores y clientes. Lo que se hace con estos pactos es extender el monopolio de los medicamentos, que la Ley concede a las farmacias, a productos distintos, obteniéndose con ello unos beneficios monopolísticos que carecen de justificación. En suma, lo que no permite la Ley es la creación de un monopolio por convenio entre los interesados en explotarlo». En consecuencia, el Tribunal ordenó la eliminación de la expresión «sólo en farmacias» de la publicidad de los productos cosméticos.

3. COMPRA EXCLUSIVA

En el expediente 19/90, de 12 de julio de 1991, el Tribunal resolvió una solicitud de autorización singular de un contrato tipo de compra exclusiva y de un contrato tipo de distribuidor autorizado, que fueron examinados de forma separada.

En relación con el contrato de compra exclusiva el Tribunal valoró, desde la perspectiva de la competencia, los inconvenientes (relacionados con la capacidad de elección del distribuidor y las posibilidades de competencia de los proveedores) y las ventajas (mejoras de la comercialización) derivados de la aplicación del contrato.

Después de referirse a la legislación comunitaria, el Tribunal analizó la posible incidencia sobre el mercado del producto sometido a compra exclusiva, concluyendo que, por muy intenso que fuera el desarrollo de la empresa solicitante, no se plantearían problemas de saturación del mercado que se tradujeran en barreras de entrada difícilmente accesibles a otros competidores. Tampoco la dimensión temporal de los contratos (un año, prorrogable hasta cinco años) planteaba problemas en relación con la competencia.

Una vez fue constatado que los efectos del contrato en cuestión no afectarían al comercio intracomunitario, el Tribunal concluyó que dos cláusulas del mismo suponían restricciones a la competencia que iban más allá de las consideradas admisibles por el Reglamento 1984/83. En primer lugar, la que establecía que «el distribuidor se compromete a utilizar exclusivamente las piezas de repuesto y materiales consumibles necesarios para el mantenimiento, reparación y buen funcionamiento de dichos productos, importados a tal efecto por [...]». En segundo lugar, el Tribunal consideró que el supuesto que señalaba como circunstancia de no aplicación de la exención general que el compromiso de compra exclusiva se refiera a varios productos no vinculados entre sí, pretendía excluir la posibilidad de que una exención pueda cubrir de forma genérica tales productos. Y como señala la Resolución, el alcance de la vinculación puede plantear cuestiones de interés: «Por una parte, no debe entenderse de una forma tan estrecha que la vacíe prácticamente de contenido,

pero, por otra, una interpretación demasiado amplia del término vinculación, no sólo respecto a las partes y piezas, sino respecto a los materiales utilizados en relación con el funcionamiento del producto principal, podría plantear dificultades indeseables en materias tales como la necesaria libertad de acción de los distribuidores y el desarrollo del mercado de piezas y materiales, suministrados tanto por fabricantes que lo sean también del producto principal como por fabricantes independientes.

Por ello, sin prescindir de los criterios generales, han de tenerse muy en cuenta las características específicas de los productos de que se trate y de las circunstancias y situación concreta de los mercados de tales productos».

Por otra parte, el Tribunal consideró que el prestigio de la marca y la atención al cliente pueden garantizarse sin necesidad de limitar el empleo de productos de otras marcas. Y resulta oportuno considerar separadamente las piezas de repuesto y los materiales consumibles. Para los primeros se consideró aceptable el uso exclusivo por los distribuidores de piezas de repuesto de la marca en cuestión. Y ello teniendo en cuenta el contenido de los Reglamentos 1984/83, 1983/83 y 407/55 y que la empresa solicitante estaba lejos de detentar una posición de dominio en los mercados pertinentes. Y sin que ello suponga que los clientes no puedan utilizar piezas de repuesto de otras marcas y que los distribuidores de [...] puedan suministrar los de su proveedor principal a quienes los demanden, aunque no sean usuarios finales, «con lo cual se coadyuva a no limitar las posibilidades de desarrollo del mercado de piezas y mantenimiento y el uso alternativo de los correspondientes a marcas diferentes».

No parecía admisible al Tribunal aceptar la propuesta de la solicitante en relación con la obligación de compra exclusiva de piezas de repuesto y consumibles. Y ello en consideración a la extensión y desarrollo del mercado y a la competencia entre fabricantes, que se vería reducida por la distribución exclusiva de los de la marca principal por sus distribuidores.

Tras las objeciones del Tribunal, la solicitante introdujo modificaciones en sus pretensiones, a saber: la exclusividad en relación con las piezas y los consumibles se limitaba al período de garantía, pudiendo emplearse fuera de dicho período los de otras marcas con la única condición de que su calidad fuera idéntica. Y ello con dos particularidades adicionales. La primera, que el consumidor debería ser informado por el distribuidor del posible empleo de repuestos y consumibles de otras marcas. Y la segunda, que la responsabilidad por los posibles daños y desperfectos que ocasionare el empleo de otras marcas distintas debería ser asumido por el distribuidor. Aceptó el Tribunal el carácter de meramente recomendados de los precios de la lista oficial sobre los que se establecen los márgenes comerciales, pudiendo el distribuidor fijar libremente sus precios de reventa.

En síntesis, el Tribunal otorgó la oportuna autorización, por las siguientes razones. En primer lugar, el acuerdo de compra exclusiva contribuye a mejorar las condiciones de distribución en beneficio de los pro-

veedores y los consumidores. En segundo lugar, en relación con los proveedores, el contrato facilita la consolidación de una red adecuada de distribuidores con la oportuna garantía postventa, reduciendo la necesidad de recursos para la creación de una red propia. También contribuye a la reducción de los costes de distribución y a la prestación de la asistencia técnica al distribuidor. Y asegura a los clientes la regularidad del suministro y una atención postventa desde el punto de vista técnico, de forma que éstos se benefician de los resultados del acuerdo.

Y en cuanto a la competencia, «la situación del mercado en que va a operar el contrato permite esperar que contribuya al aumento de la competencia intermarcas, al apoyar la penetración de la marca del proveedor, a partir de unas cuotas de mercado reducidas, en un mercado competitivo, en el que operan un significativo número de otras marcas».

El Tribunal empezó su análisis del contrato tipo de distribución selectiva considerando la situación del mercado, alegando que se trataba de un mercado en el que la competencia era fuerte, y que la cuota correspondiente al solicitante era reducida (menos del 5%). En consecuencia, el establecimiento de una red difícilmente afectaría de forma sensible al comercio entre los Estados Miembros.

En relación con el mercado nacional, el Tribunal consideró que las condiciones impuestas en relación con los trabajadores a contratar por el distribuidor y con el esfuerzo de ventas del mismo podría traducirse en una desincentivación del distribuidor en relación con la venta de productos competidores. Sin embargo, por razones similares a las expuestas en el análisis del contrato de compra exclusiva, el Tribunal estimó que era merecedor de la correspondiente autorización por una duración de cinco años.

4. FRANQUICIAS

La Resolución de 23 de mayo de 1996 (Expediente A 177/96, La Casera) trae causa de una solicitud de autorización singular para dos contratos: uno de franquicia industrial y distribución exclusiva, y otro de distribución exclusiva. Todo ello en aplicación del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en su caso, del artículo 1 del Real Decreto 157/1992, y de los Reglamentos 240/96 y 1983/83.

El Tribunal consideró que aunque el citado Reglamento 240/96 no estaba incluido entre los enumerados en el artículo 1.1 del Real Decreto 157/1992, el contrato tipo de franquicia sometido a la consideración del Tribunal cumplía todos los requisitos del Reglamento CEE 240/96. En primer lugar, no se trataba de un acuerdo celebrado exclusivamente con fines de venta; en segundo lugar, la obligación de confidencialidad exigida al licenciario no es restrictiva de la competencia; en tercer lugar, la imposición al distribuidor de comunicar al franquiciador los datos de las ventas pasivas no contraviene lo previsto en el artículo 3.3.a) del Regla-

mento; y, por último, la comunicación anticipada por parte del licenciante al licenciario de las modificaciones de los precios recomendados aplicables por el distribuidor al detallista, consecuencia de una modificación de los precios aplicados por la concedente al distribuidor, permite a éste tomar decisiones permitiendo una mayor transparencia del mercado.

El Tribunal, no obstante, se pronunció sobre los contratos que cumplían las condiciones previstas en los reglamentos de exención por categorías comunitarios que sustituían a los incluidos en el articulado del Real Decreto aprobado. La razón era la posibilidad de beneficiarse de la exención por categorías garantizada por los reglamentos anteriormente vigentes.

El Tribunal sostuvo que «Como los reglamentos comunitarios han de tener, necesariamente, una validez temporal limitada, a la hora de establecer que los contratos lícitos en Europa con arreglo a la normativa comunitaria de competencia fueran declarados lícitos también en España con arreglo a la normativa nacional debía utilizarse la técnica de la remisión a la normativa comunitaria vigente en cada momento sobre cada materia concreta en lugar de proceder a una recepción de normas temporales. Esta era una circunstancia sobradamente conocida en el momento de la aprobación por el Gobierno del Real Decreto. Sin embargo, no se decidió proceder a una remisión a las exenciones por categorías comunitarias, sino a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del Real Decreto y tampoco se dictó ninguna previsión para el régimen aplicable a partir del momento en que los reglamentos comunitarios perdieran su vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias».

Se analizó si alguna de las exenciones por categorías previstas en el artículo 1.4 del Real Decreto 157/1992 era de aplicación a los contratos de transferencia de tecnología y de franquicia industrial y distribución exclusiva en los que se daban las siguientes circunstancias: *a)* que en el contrato participaran únicamente dos empresas; *b)* que el contrato afectase solamente al mercado nacional; y *c)* que el contrato cumpliera las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 240/96 de la Comisión, de 1 de enero de 1996.

Se recordó a la interesada que la obligación de notificar las ventas pasivas por los distribuidores a la concedente no puede ser utilizada para obstaculizarlas o impedir las. También se recordó que era admisible la comunicación por la concedente al distribuidor de los precios recomendados aplicables por los minoristas, pero no lo era la posibilidad de que la concedente concertara la política comercial practicada por los distribuidores.

Y concluía la Resolución señalando que «Las consecuencias negativas que se derivan de la situación planteada por la pérdida de vigencia de los reglamentos comunitarios de exención por categorías objeto de recepción nacional en el Real Decreto deben ser urgentemente corregidas mediante la aprobación por el Gobierno de un Real Decreto que modifi-

que lo establecido por el Real Decreto 157/1992, pero, en tanto no se produce la modificación normativa necesaria, el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos afectados por esta circunstancia y a anunciar que, para dicha autorización, normalmente aplicará los criterios contenidos en los reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá multas a los operadores que suscriban acuerdos sin dimensión comunitaria que cumplan el resto de los requisitos contenidos en los Reglamentos que sustituyan a los enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992».

Mediante la Resolución de 17 de abril de 1996 (expediente A 145/95, Franquicia Dado) el TDC autorizó un contrato tipo de franquicia por el que el franquiciador cedía al franquiciado el conocimiento y la utilización de un sistema de paneles eléctricos programables emisores de información y publicidad mediante imágenes y textos.

El contrato tipo se separaba de lo establecido en el Reglamento 4087/1998, lo que dio lugar a la solicitud citada. En el proceso de discusión con la solicitante el Tribunal consideró que la posibilidad que se brindaba al franquiciado de abastecerse de terceras personas distintas al franquiciador resultaba desvirtuada si el franquiciador fijaba los precios y las condiciones. Tal restricción de la competencia no era admisible por no ser imprescindible para alcanzar los objetivos que pretendía la franquicia. La cláusula correspondiente fue suprimida y, en consecuencia, el contrato fue autorizado.

En el expediente A 128/95 (Franquicia Pascal), de 9 de junio de 1995, el Tribunal puso en conocimiento de la solicitante de la autorización la pertinencia de modificar su propuesta inicial en relación con las siguientes cuestiones: en primer lugar, el pacto de no competencia, una vez finalizado el contrato, debía limitarse al territorio objeto de franquicia; en segundo lugar, el franquiciado puede utilizar el *know-how* si ha dejado de ser secreto por causas ajenas al mismo; en tercer lugar, el franquiciado puede proveerse de productos procedentes de la red de franquiciados o de redes alternativas que suministren los mismos productos objeto de la franquicia; y, por último, el franquiciador podrá recomendar, pero no imponer, los precios de venta al público.

5. LOS ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN

Al igual que ha ocurrido en otros países, el TDC ha modificado sus interpretaciones tradicionales cuando ha analizado las relaciones entre los sistemas de distribución selectiva y la competencia. El elemento más significativo de dicho cambio ha sido la progresiva adaptación a los criterios del análisis teórico de los mercados —viva expresión de los cambios en los sistemas de distribución— por las autoridades comunitarias.

En la Resolución del Tribunal fechada el día 13 de mayo de 1998 (expediente 379/96, Relojes joya) se hace un breve repaso de la trayectoria seguida por el Tribunal en esta cuestión, que se resume en sus líneas principales en este apartado.

En la Resolución del día 30 de marzo de 1974 (expediente 104/73, asunto Rochas) el Tribunal admitió que la limitación del número de puntos de venta es un derecho de los titulares de la marca registrada para cuidar la imagen del producto. También consideró justificada la obligación de no revender (en España o en el extranjero) porque sin la misma quedaría inoperante el derecho a seleccionar puntos de venta.

Posteriormente, un conjunto de Resoluciones consideraron que los sistemas de distribución selectiva eran contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia³², pero podrían ser autorizables si los efectos positivos sobre el mercado compensaban suficientemente los efectos negativos. En efecto, un grupo de Resoluciones³³ consideraron que los contratos de distribución selectiva constituían una conducta colusoria que restringe la competencia. Sin embargo, si el bien objeto de contrato reúne determinadas características singulares (marca, calidad, lujo, por ejemplo) y cuando el necesario análisis del mercado pertinente ponga de manifiesto que la competencia (intermarcas e intramarca) es suficiente, compensando los efectos positivos a los negativos, la autorización puede concederse, aunque, en algunos casos, con las oportunas modificaciones en las cláusulas de los contratos.

La publicación del Libro Verde —como no podía ser de otra manera— fue motivo de análisis y reflexión, reflejados en posteriores Resoluciones del Tribunal. El punto de inflexión se encuentra en la Resolución de 14 de octubre de 1997 (expediente 380/96, Perfumería). En la misma no se afirma genéricamente que los contratos de distribución selectiva constituyen acuerdos anticompetitivos. Analizadas las distintas cláusulas se concluye que los sistemas de distribución selectiva no constituyen una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia «si cumplen los principios de necesidad (los criterios para proceder a la selección de los distribuidores han de ser de tipo cualitativo), proporcionalidad (las exigencias deben guardar una adecuada proporción con el objetivo perseguido) y no discriminación en la relación de revendedores (los criterios deben aplicarse sin discriminaciones entre los revendedores), y si no se incluyen otras restricciones a la competencia».

Sin embargo, las cláusulas no contenidas en los principios citados deben ser objeto de análisis por si son contrarias al artículo 1 LDC y, en su caso, objeto de autorización. Tales cláusulas se refieren normalmente al

³² O, en su caso, el artículo 1 de la anterior Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

³³ Ver el detalle en la Resolución del día 13 de mayo de 1998.

volumen de compras mínimas, a la participación en determinados gastos o al suministro de determinada información.

La citada Resolución de 13 de mayo de 1998 se apoya en los nuevos criterios, más adaptados a las características actuales del sector de la distribución que ha registrado modificaciones significativas en los últimos años. En la misma se afirma rotundamente que el análisis del caso debe iniciarse con el estudio del mercado pertinente, en perfecta armonía con la idea de que los efectos de los acuerdos de distribución selectiva no son independientes de la estructura del mercado. Y, posteriormente, debe analizarse el propio sistema de distribución selectiva. En otras palabras, es necesario proceder, desde el principio, a la necesaria articulación entre el análisis económico y jurídico. Y se dice en la Resolución que «Para calibrar la importancia de una conducta colusoria o bien para conceder una autorización singular hay que tener en cuenta la cuota que a los intervinientes corresponde en un mercado determinado, ya que para realizar el correspondiente juicio concurrencial resulta necesario conocer cuál es el poder de mercado de la empresa que ha introducido o pretende introducir determinadas restricciones verticales, pues los efectos anticompetitivos serán diferentes según cuál sea el poder de mercado. También hay que analizar cuáles son las características de ese mercado».

Debe destacarse que en el contrato tipo se hacía referencia a la obligación del distribuidor de no realizar ventas activas de un artículo durante un año. Analizada la cláusula desde la óptica del Derecho español el Tribunal concluyó que dicha limitación temporal en relación con un producto nuevo no restringe innecesariamente la competencia.

En relación con los precios de mantenimiento sugeridos el Tribunal procedió, en primer lugar, a su análisis desde la perspectiva de la competencia; es decir, analizó la eventual existencia de posición de dominio por parte del fabricante. Al tratarse de productos cuya competencia entre ellos es muy reducida y que, en realidad, se traducen en precios máximos si son conocidos por el consumidor y susceptibles de reducción por la presión del cliente, el Tribunal consideró que no imponían restricciones necesarias a la competencia.

En síntesis, en relación con el servicio de asistencia técnica de uno de los casos examinados, el Tribunal concluyó que no existía infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia dado que «No se impide la existencia de talleres independientes, a los que se les puede vender las piezas de repuesto, los efectos de la utilización de los talleres oficiales solamente se extienden al período de garantía, el número de talleres es adecuado y la presencia de unos precios sugeridos tiene efectos positivos por cuanto que puede facilitar determinada información al usuario, y la cuota de mercado de [...] es muy reducida. Con tales características, se puede afirmar que el acuerdo para el que se solicita autorización, no la precisa».

IV. CONCLUSIONES

La progresiva complejidad de los procesos de producción y distribución ha alterado la tradicional articulación entre los intereses de los fabricantes y los distribuidores. El fabricante no asiste pasivamente a cuanto ocurre en el proceso de distribución y el distribuidor refuerza sus estructuras para disponer de un mayor poder de negociación con el fabricante. Todo ello ha modificado tanto el contenido y el alcance de los análisis teóricos como las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia, norteamericanas, europeas y nacionales.

Una consecuencia de tales cambios ha sido la publicación por la Comisión de un Libro Verde dedicado a la política comunitaria en materia de competencia y restricciones verticales. Su objetivo intermedio era el fomento de un debate en el que participaran todos aquellos interesados en el mismo. El objetivo final era la adaptación, en su caso, de la actual legislación relacionada con las restricciones verticales. No cabe otra posibilidad que manifestar la adhesión a la iniciativa emprendida. Sin embargo, más que un debate súbito y apresurado hubiera sido deseable un debate más prolongado, sosegado y detallado —posiblemente iniciado mucho tiempo antes— iluminado por la luz de la ya extensa experiencia de unos y otros: autoridades, operadores económicos, académicos, juristas, por ejemplo.

Dicho deseo se ampara en el hecho de que un análisis de la documentación emanada de las autoridades de defensa de la competencia revela, en muchos casos, la existencia de una actitud zigzagueante en sus decisiones y, en ocasiones, incluso incoherencias que no resistirían el examen del análisis económico. Un exceso de formalismo y una insuficiencia de análisis económico de las situaciones concretas, necesario para enmarcar las conductas examinadas, han sido una de las características observables en el contexto de la aplicación del derecho de la competencia a las conductas verticales.

En consecuencia, hay que ser realistas y rigurosos. Un cierto alejamiento de las preocupaciones meramente formales —en cualquier caso necesarias— y una mayor aplicación del moderno análisis económico de los mercados al estudio de casos concretos parece absolutamente necesario. El presente no es el pasado, pero es el preludio del futuro. La dimensión de los mercados y la creciente fuerza competitiva de las empresas exige rapidez, economía y lógica en la toma de decisiones. No sólo por parte de las empresas sino, también, por las autoridades de defensa de la competencia.

Por estas razones, el camino emprendido es el adecuado. Ahora se trata de andar a un buen ritmo, no perderse entre la multitud de senderos que se entrecruzan con el camino principal, no tropezar con los obstáculos formales, y no distraerse con argumentaciones y discusiones accidentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADELMAN, M. A., «Integration and Antitrust Policy», *Harvard Law Review*, vol. 27, 1949.
- CECCHINI, P., CATINAT, M., JACQUEMIN, A., *The Europe Challenge 1992. The Benefits of a Single market*, Wildwood House, 1988.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria*, 22 de enero de 1997. COM (96) 721.
- DRI, E. DE GHELLINCK y HORACK, Adler y asociados, «Study on the Emergence of Pan European Markets», *Proyecto de Informe definitivo*, 1996.
- FUENTES NÚÑEZ, L., «El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre Restricciones Verticales y el nuevo enfoque de la Comisión», *Derecho de los negocios*, n.º 79, 1998.
- GINER PARREÑO, C., *Las restricciones verticales de la competencia en los Estados Unidos: un breve repaso histórico*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- HUERTA, E., *Análisis económico de los acuerdos verticales*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- PEÑA CASTELLOT, M. A., *La reforma de la política comunitaria de competencia en lo referente a las restricciones verticales de competencia: el Libro Verde y después*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- PERRY, M. K., «Vertical Integration: Determinants and Effects», en SCHMALENSSEE, R. y WILLIG, R. D., 1989.
- REY, P., CABALLERO, SANZ, F. «The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints», *Economic Papers*, n.º 119, 1996.
- SCHERER, F. M., *Industrial Market, Structure and Economic Performance*, Rand McNally, 1970.
- SCHMALENSSEE, R. Y, WILLIG, R. D., *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, 1989.
- SPENGLER, J. J., «Vertical Integration an Antitrust Policy», *Journal of Political Economy*, vol. 58, 1950.
- The Economic Journal, «The Marshall-MacMillan correspondence over the Net Book System», *The Economic Journal*, vol. 75, 1985.
- TELSEER, L. G., «Why should Manufacturers want Fair Trade?», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988.

Tribunal de Defensa de la Competencia, *La competencia en España, Balance y nuevas propuestas, 1995*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1995.

YAMEY, B. S., «Fijación en origen de los precios al detall» (1966a), en B. S. YAMEY, 1987.

YAMEY, B. S., «La competencia en precios al detall y los orígenes del acuerdo sobre las notas de libros» (1966b), en B. S. YAMEY, 1987.

YAMEY, B. S., *Análisis económico de los mercados*, Vicens Vives, 1987.

LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE Y EL PAPEL DEL FERROCARRIL

Miguel CORSINI FREESE

Presidente de RENFE

Presidente de la Sección Española del CEEP

I. LA ESTRATEGIA COMPETITIVA COMO FACTOR DE PROGRESO

La estrategia de competitividad es un factor esencial de crecimiento económico y modernización social a la que no debiéramos sustraernos, si de verdad queremos responder a los retos que plantea la defensa de nuestro modelo de sociedad.

Para cualquiera de nosotros un mercado competitivo es una garantía, no necesariamente la única, para dotar de una mayor eficiencia económica a todo nuestro sistema productivo. Esta consideración no tendría que presentar particulares restricciones para el sector de transportes.

La competencia dinamiza los mercados y sólo un enfoque destructivo en la lucha entre competidores, o procesos bruscos en las transformaciones económicas que conlleva, podría arrojar peligros de pérdidas económicas, desgarros sociales o reducciones de empleo.

Ahora bien, estas consecuencias negativas siendo teóricamente posibles, al mismo tiempo podemos razonablemente descartarlas en la Unión Europea, donde la institucionalización de los mercados acompaña y completa las iniciativas de liberalización y donde la conducción de los procesos tiene siempre bien presente la gestión de la transición para amortiguar los efectos sociales en todos sus ámbitos, ya sean comunitarios, nacionales o regionales.

Así, en todas las opciones y planos, por ejemplo desde el libro blanco de Jacques Delors *Crecimiento, competitividad y empleo* hasta el actual impulso gubernamental de José María Aznar en el segundo objetivo de su programa económico, se persigue la mejora de la competencia unida a las

reformas estructurales necesarias para mejorar el funcionamiento del mercado y el sistema productivo en aras del crecimiento y el empleo.

En este sentido, merecen una especial atención los efectos que en los servicios públicos, a escala europea, tienen las mejoras de la competitividad, pues en nuestro caso, la liberalización opera sobre derechos de servicios que deben garantizarse en los procesos de desregulación, lo que supone una mayor complejidad en términos de articulación y desarrollo temporal.

II. LA COMPETENCIA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTES

Las políticas comunitarias han tratado de armonizar la lógica del mercado con las garantías sociales de los servicios públicos. Una preocupación sobre la que igualmente ha profundizado el Comité Europeo de Empresa Pública, con sus enriquecedoras aportaciones hechas desde posiciones de equilibrio, como obliga la propia naturaleza del órgano.

Podríamos decir que, en el pasado, la única garantía en los servicios que parecía dar confianza a los ciudadanos era la naturaleza pública del proveedor de transportes.

La experiencia nos indica que, lamentablemente, ese respaldo no ha sido sólido a la hora de preservar la calidad de los servicios, que no está a salvo por la propiedad pública y menos aún por la existencia de monopolios públicos.

Es cierto que las clásicas obligaciones de explotar, de servicios y las tarifarias pueden asociarse a los proveedores públicos de transporte con mecanismos más sencillos y automáticos. Pero al mismo tiempo, la protección de una parcela de mercado frente a otros potenciales competidores produce otras tantas disfunciones sobre el ciudadano que en algunos supuestos extremos se acercan al atropello.

En este panorama, la alternativa más progresiva era situar al ciudadano en el centro de las garantías ofrecidas, recurriendo a un mecanismo, la *libertad de elección*, que a la vez es la más potente manifestación de un derecho. Pasando el ciudadano de la resignada posición de usuario a otra mucho más valorada, la que corresponde a la de un cliente del servicio.

Todas estas transformaciones suponen la pervivencia y mejora de los servicios públicos, sin recurrir al monopolio, abiertos a la competencia de proveedores públicos y privados y sujetos todos a la tutela pública en las obligaciones de transporte.

Hay un giro copernicano, cuando se pone en marcha una concepción de los servicios públicos en una economía donde los consumidores pueden comparar cada día los diferentes bienes y servicios ofrecidos y donde adquiere carta de naturaleza la libertad de elección.

Ahora bien, tampoco sería ajustado un enfoque de cliente excesivamente mercantilizado, puesto que la demanda de servicios de transporte también constituye un derecho socioeconómico de los ciudadanos que fortalece el estado del bienestar y que en el futuro, posiblemente permitirá formular una nueva concepción de la ciudadanía social, de la que ya se habla hoy en la Unión Europea.

Por eso, las prestaciones de transportes así entendidas deberían analizarse en su doble naturaleza:

— Una *extrínseca*, de carácter comercial y sujeta a la lógica del mercado donde los clientes ejercitan su libertad de elección.

— Otra *intrínseca*, de valor cívico entendida como derecho, en una sociedad del bienestar, garantizada por la tutela pública.

En los servicios de transportes resultará difícil encontrar los que carecen completamente de uno u otro sentido y la caracterización de los mismos se establece fundamentalmente por el predominio de uno u otro aspecto de su naturaleza.

Quizás esa mixtura sea una pauta diferenciadora de los servicios públicos de transportes frente a otras prestaciones sociales más nítidamente públicas, vinculadas a derechos fundamentales de especial protección, como podrían ser la sanidad o la educación.

Por eso, aunque un sistema eficaz de transporte resulta esencial para la vida de los ciudadanos, no ha llegado a constitucionalizarse, al menos en nuestro país, como un derecho particularmente protegido. No obstante, la legislación posterior a la Constitución ha ido estableciendo un reconocimiento genérico del papel cívico-social de los transportes como recoge el artículo 4.1. de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de 1987:

«Los poderes públicos promoverán la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte de los ciudadanos, en el conjunto del territorio nacional y en condiciones de seguridad».

A este tímido bosquejo de hace más de una década, se han ido añadiendo nuevos impulsos europeos en el camino de perfilar un auténtico derecho de transportes, con una relativamente próxima formulación dirigida por el Comisario Neil Kinnock, plasmada en el conocido objetivo de una *red de ciudadanos*, para poder garantizar:

— La libertad de opción para todos, en diferentes circunstancias.

— El derecho efectivo al transporte para las familias sin vehículo o sin posibilidad personal de acceso al automóvil.

— La seguridad de circulación y el respeto al medio ambiente.

Ese nuevo concepto del transporte a escala humana, que tanto renueva y perfecciona el viejo concepto de servicio público, se formula sobre la base de la libertad de opción y la apertura del mercado de transporte

a las reglas de la competencia, aunque con los límites a la concurrencia que el propio artículo 90 del Tratado de la Unión establece.

En fin, desde la perspectiva de la centralidad en las necesidades del ciudadano en su vida cotidiana, en buena medida consideradas como derechos, se han encontrado fórmulas eficientes que permiten introducir la competencia en los servicios públicos de transportes, en un marco de actuación liberalizado y de progreso social.

III. LOS SERVICIOS FERROVIARIOS Y LA DOBLE COMPETENCIA

Hay grandes prestadores de servicios que han venido operando hasta muy recientemente en mercados prácticamente monopolísticos (como, por ejemplo, las telecomunicaciones) en los que los usuarios carecían de toda oportunidad de elegir sus prestaciones entre diferentes empresas.

Tales restricciones se pretendían compensar con la defensa del ciudadano a través de una notable intervención pública reguladora de los productos, inclusive con la presencia de la propiedad pública de los prestadores, pero con resultados bastantes pobres en la calidad y el precio de los servicios. Pero el problema básico no era la protección normativa del usuario, sino su libertad de elección.

Por eso, el impulso europeo de liberalización en esos grandes (muchas veces pujantes) mercados está cambiando radicalmente las pautas sectoriales de conducta y sitúa a los consumidores ante una efectiva libertad de elección, basada en la competencia entre empresas operadoras, con notorias ventajas de una mayor variedad de la oferta y unos precios más reducidos.

Con estos sustanciales logros en la mano, era lógico que la aproximación a los problemas ferroviarios quisiera abordarse con soluciones basadas en las citadas coordenadas de *competencia* y *libertad de elección*.

Ahora bien, un propósito excesivamente mimético a la hora de plantear la liberalización del sector ferroviario descubre una realidad muy distinta a la de otros ámbitos, puesto que el ferrocarril lleva décadas sujeto a una dura competencia con otros modos de transportes, frente a la imagen más o menos interesada del ferrocarril como monopolio de servicios que poco se compadece con la realidad.

La posible confusión estaría en la incorrecta identificación del ferrocarril con un sector omnicomprensivo, con un mercado propio en el que pudiera imponer sin alternativas, sus condiciones en las prestaciones que se ofrecen, dentro de un sistema universal y único de transporte que en todo caso y tendencialmente cabría considerar que existía en un pasado lejano.

Nada más lejos de la realidad, puesto que los servicios ferroviarios ya compiten con los de carretera y aviación, día a día, contribuyendo a

la multiplicación de la oferta de servicios y garantizando la libre elección a los viajeros.

Al menos desde la segunda mitad del siglo, existe una *competencia externa al ferrocarril* dentro de un mercado prácticamente único de transportes, donde se mide el valor comparativo de los servicios ferroviarios y se ejercita cotidianamente la libertad del usuario.

En ese plano, socialmente hoy no se reclama exacerbar la competencia intermodal sino equilibrar sus condiciones para seguir haciéndola posible en beneficio de los usuarios, pues la pérdida de peso del ferrocarril en los transportes terrestres empobrece la oferta de servicios y condena a los viajeros (y a las mercancías de las empresas) a disponer de menos opciones e incluso de una sola opción.

Por tanto, el problema del ferrocarril no es que no compita, sino que lo hace en condiciones desiguales, hasta el punto que si éstas se perpetuaran terminaría reduciendo su actividad hacia posiciones marginales.

Éste ha sido el centro del debate del transporte durante las últimas décadas: un mercado liberalizado tiene que asegurar la igualdad de trato entre los diferentes modos. Un aserto muy simple, que quizás hoy se comprende mejor a la luz de la experiencia, cuando se han abordado reformas en otros importantes mercados, como el antes citado de las telecomunicaciones.

Claro está que se trata de un principio muy fácil de enunciar, pero muy difícil de instrumentar, cuando existen disparidades estructurales cuya eliminación obligaría a realizar conflictivas reformas y a aportar ingentes recursos públicos.

Pero dentro de la Unión Europea se quiere dar un paso más en la liberalización en el transporte, que ya no se limitaría a la competencia externa intermodal. Se trataría de profundizar en el proceso interno de *introducción de las fuerzas de mercado* dentro de cada modo, estableciendo un principio de competencia interna como ya existía en el transporte por carretera.

Esto era particularmente oportuno en la aviación (en otro sentido en la marina mercante), puesto que, en el mundo actual, en las conexiones de larga distancia no se puede plantear seriamente la existencia de alternativas a los servicios aéreos. Por eso, había que liberalizar un sector que se comportaba como un submercado de transportes, relativamente cerrado.

Cuando se trata ahora de trasladar esa experiencia al caso del ferrocarril, se puede afirmar que no existe una cautividad tan marcada como en el transporte aéreo que aconseje desarrollar el mismo principio de la competencia interna dentro del modo ferroviario. Tampoco nos encontramos en el ferrocarril con un deslinde tan claro entre el operador y la infraestructura, como existe en la aviación, que permita el acceso fácilmente de nuevas empresas ferroviarias sobre un viario común.

En definitiva, la liberalización de los transportes que en un primer estadio abrió el ferrocarril a la competencia de los otros modos, puede avanzar ahora (con especificidades todavía no muy logradas) introduciendo las fuerzas del mercado dentro del propio sector ferroviario, dando especificidad (seguramente limitativa) y carta de naturaleza a su *competencia interna*.

Resumiendo, se pretende someter los servicios ferroviarios a una doble competencia, la externa y la interna. La primera todavía desequilibrada y la segunda apenas diseñada. Todo un reto para el ferrocarril de los años venideros.

IV. LA COMPETENCIA EXTERNA AL FERROCARRIL Y LOS OTROS MODOS DE TRANSPORTES

Es verdad que el binomio «ferrocarril y competencia» tradicionalmente se había presentado como esencialmente antitético. En no pocas ocasiones, se llegó a teorizar sobre la particular naturaleza intrínseca del modo ferroviario que exigía la reserva de un mercado específico, además de la necesidad de importantes recursos públicos, para el desarrollo de sus específicos requerimientos funcionales.

Los trazos de este escenario institucional, esbozados aquí tan esquemáticamente, han guiado un largo período en la posguerra mundial, del que sólo en las últimas décadas se ha podido salir para vislumbrar un nuevo marco de actuación ferroviaria.

Aun más, a la hora de definir el papel del ferrocarril desde la lógica de sus propios intereses y el alcance de los servicios públicos que tiene que ofrecer, toda la reflexión doctrinal durante las décadas pasadas ha encontrado su punto de partida en ese escenario.

También la posición de otros modos de transporte incorporaba, como premisa crítica, la protección pública a la que estaba sometida la empresa ferroviaria que, a diferencia de otros medios de transporte, no necesitaba contrastar su eficiencia económica en el mercado, recurriendo, *ex post*, a la compensación de su déficit.

Sin embargo, el curso histórico del ferrocarril y todavía más en el momento presente, no han sido ajenos a la competencia, que inexorablemente se ha abierto paso en nuestra sociedad, apoyada sobre una economía de mercado. Fenómeno que ha estado patente en los diferentes períodos ferroviarios con una mayor o menor intensidad, aunque, la mayoría de las veces, con una escasa clarificación.

De hecho, la irrupción del ferrocarril en el primer tercio del pasado siglo respondió en su día a la materialización de una alternativa técnico-competitiva, frente a la ineficiencia del transporte carretero y en algunos

casos a la navegación interior, en un período de modernización económica, caracterizado por la industrialización y la integración de los mercados nacionales.

La aparición del transporte mecánico por carretera y su consolidación en las primeras décadas del siglo xx, apenas complementó los servicios ferroviarios existentes, sin que llegara a ser una alternativa de transporte troncal que, como pieza vertebradora, asumía entonces el propio ferrocarril en su vocación de sistema universal.

Posteriormente, en el largo período de prosperidad económica tras la Segunda Guerra Mundial, el escenario de protección ferroviaria descrito anteriormente seguía manteniendo toda su virtualidad. Esto es, el ferrocarril gozó de una forzada consideración como sistema universal, o al menos vertebrador del transporte, en un mercado abierto donde otros modos ya jugaban un papel central, bien dominante como la carretera o con un espectacular potencial como la aviación.

En esa etapa se acuña la cultura ferroviaria de los servicios públicos, con el doble propósito de ordenar la respuesta del ferrocarril a las obligaciones de servicio público que se le imponían y teorizar sobre sus necesidades diferenciales de ayuda pública, como forma recurrente de reequilibrio económico a posteriori justificada por la desigualdad de trato intermodal.

Pero toda esta espuma doctrinal, que ha estado presente en la estrategia defensiva del ferrocarril, no podía ocultar las circunstancias de una incisiva presencia de sus competidores que habían conseguido cambiar el reparto intermodal del transporte, con la clara hegemonía de la carretera y la generalización de los servicios aéreos.

A partir de los años setenta, la competencia de la carretera y la aviación frente al ferrocarril, trastoca definitivamente las viejas pautas del mercado, agudizando el desequilibrio económico de las empresas ferroviarias por su progresiva debilidad competencial y auspiciando una nueva regulación a nivel europeo que reordena el juego del mercado de transportes.

El proceso de búsqueda de ese nuevo marco institucional tuvo como objetivo compatibilizar la libertad en el mercado de transporte, con mecanismos correctores para compensar la desigualdad de trato entre los modos, derivada de sus distintas condiciones de partida.

Un marco así inevitablemente redujo el papel del ferrocarril, que debía limitar sus actividades a las que, de una parte, pudieran resultar rentables en un ámbito competitivo y, de otra parte, a las que por consideraciones sociales o ambientales, el Estado pudiera demandarle.

Se estableció así un modelo consagrado hasta muy recientemente en toda Europa, basado en la *competencia externa* de la carretera y la aviación frente al ferrocarril, en un mercado fuertemente institucionalizado.

En ese esquema, los viejos sistemas ferroviarios nacionales se habían transformado en grandes empresas públicas, que unitariamente realizaban dos tipos de prestaciones:

— *Servicios comerciales*, cuya oferta ajusta libremente la empresa para obtener la necesaria rentabilidad en la explotación. Normalmente corresponden a los transportes de mercancías o a una parte de los servicios interurbanos de viajeros.

— *Servicios públicos*, cuya oferta determinan los órganos de tutela con el propósito de responder a las obligaciones de servicio público, mediante subvenciones que compensen su falta de rentabilidad directa. Normalmente corresponden a los transportes de cercanías o a los servicios regionales de integración territorial.

V. LA CLARIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA

Cuando se analizan las condiciones de competencia en el transporte se concluye con una realidad acuñada: los diferentes modos tienen una *desigualdad de trato*. Por eso, la actuación de los poderes públicos resulta necesaria para equiparar las posiciones de partida de cada medio de transporte.

Ahora bien, no se trata de restablecer una igualdad de trato existente en el pasado y actualmente perdida, sino de crear un nuevo escenario donde esa equivalencia sea posible.

Por tanto, tal equiparación en el sector no puede entenderse como una restitución a un supuesto origen de competencia abierta en el inicio del desarrollo de los diferentes modos, distorsionado de base por una acción pública de muy distinto calado. Muy al contrario, se trata de buscar un equilibrio novedoso para abrir los servicios a la plena competencia, eso sí, amparado en el juego limpio del mercado.

La distorsión de la competencia entre los diferentes operadores se produce no tanto por las distintas características técnicas de los modos de transportes en sí misma considerados, como por el diferente grado de integración de la explotación de servicios con su infraestructura soporte.

Los diferentes niveles de internalización de los gastos de infraestructura marcan los sucesivos escalones de costes de la producción, con reflejo en precios finales muy distantes en los servicios ofrecidos por uno u otro modo de transporte.

El caso económicamente más favorable para el operador es aquél en que la provisión de la infraestructura sea ofrecida gratuitamente y de modo independiente a la gestión de la empresa, que sólo responde de sus costes directos de operación. Básicamente el transporte por carretera.

El caso más desfavorable es el del ferrocarril, que con su tradicional sistema de explotación unitario, integra verticalmente en la misma empresa la infraestructura y la operación. Esto es, ha construido el sistema más acabado de internalización completa de todos sus costes que, en un régimen comercial de servicios, imposibilita el equilibrio de su cuenta de resultados.

Como queda patente, los dos modelos más extremos antes descritos son: el transporte por carretera ajeno a su infraestructura a la que accede gratuitamente y el ferrocarril que gestiona su infraestructura como coste de su propia explotación.

En esta dualidad ferrocarril/carretera se han ensayado, en el plano teórico, un buen número de propuestas que acerquen sus condiciones de competencia.

La fórmula más uniformizadora, pero posiblemente menos realista, consiste en establecer de un modo general una tasa de infraestructura por el uso de sus respectivos viarios, a soportar por los operadores correspondientes en cada caso.

Con esa formulación, fijar unas tasas que produzcan una situación equivalente ferrocarril/carretera, para los transportes públicos de uno y otro, es prácticamente un imposible.

De entrada, en la gestión de la infraestructura de carretera sus costes están dispersos en diferentes responsabilidades de construcción, mantenimiento, circulación, seguridad y vigilancia que no admiten un fácil sumatorio.

Pero además, la utilización masiva de las carreteras por los vehículos privados distorsionaría completamente las obligaciones financieras del transporte público una vez establecida la tasa (sobre todo de viajeros) que haría realidad, conforme señalaba el conocido informe Bouladon para la OCDE, la eventualidad de una subvención cruzada: los automovilistas pagarían la carretera y los transportistas del sector (viajeros y mercancías) la utilizarían con un reducido coste operativo.

De ahí el recurso a otra vía para la homogeneización que en vez de cargar el coste de infraestructura a la carretera tratara de eliminarlo para la empresa ferroviaria.

Implícitamente, esa inversión del propósito puede sustentarse en la clarificación de las cuentas ferroviarias que se plantea con la aparición de la Directiva Comunitaria 91/440, cuya transposición por los Estados Miembros ha marcado la segunda mitad de los años noventa.

Se pretende que los ferrocarriles clarifiquen su específica posición de empresa de transporte, al menos en su cuenta de resultados, con la separación contable de los gastos de infraestructura de los correspondientes a la operación de transporte.

Con esta clarificación de las cuentas ferroviarias se dota a los gobiernos de un instrumento cuantitativo de evaluación del coste de infraestructura ferroviaria, que directamente refleja la desigualdad de trato respecto a otros medios de transporte y particularmente con la carretera.

Renfe, consciente de su valor instrumental, se adelantó en la aplicación de la Directiva, con una gestión diferenciada de la infraestructura y su correlativa plasmación orgánica así como su separación contable, utilizada como base para el establecimiento del Contrato-Programa 1994-1998.

En España, el Estado sabe qué le cuesta la infraestructura ferroviaria: 125.789 millones de ptas. en 1997. La transferencia presupuestaria correspondiente recogida en los compromisos del Contrato-Programa, instituyen, con cierta aproximación, unas primeras condiciones económicas relativamente equivalentes entre ferrocarril y carretera.

Sin embargo, como la cuantía total de las transferencias en 1997 ascendió a 257.797 millones de ptas., cabría preguntar por la justificación de la diferencia. Pues bien, esa otra mitad de las compensaciones públicas se explica por la atención de obligaciones de servicio público impuestas al ferrocarril y por las subvenciones decrecientes al plan de viabilidad que tiene que establecer el equilibrio económico de la empresa.

Aunque este conjunto de compromisos presupuestarios debieran garantizar el *statu quo* de la igualdad de trato, todavía se observa que una parte de la oferta ferroviaria (desde luego no las cercanías, la alta velocidad o el transporte combinado entre otros servicios) sigue teniendo un atractivo reducido y un difícil equilibrio económico.

Tales circunstancias derivan de la dificultad de establecer condiciones equivalentes que anteriormente no existían y la complejidad de poner el contador a cero en la igualdad competitiva. En definitiva, la desigualdad de trato arrastrada con carácter acumulativo dificulta la competencia de algunos servicios.

La explicación básica está en la carencia de un equipamiento ferroviario de equivalente modernidad a la de la carretera, el déficit arrastrado de una infraestructura de altas prestaciones. Se trata más de una necesidad cualitativa que de otra cuantitativa, una mejor infraestructura antes que una mayor extensión.

En el futuro, y en eso consiste la política de transportes, los poderes públicos con sus planes de inversión decidirán la dotación de infraestructuras en los segmentos de actividad con mayores carencias de viario. Con ello, quedará determinado (en buena medida) el papel del ferrocarril en la formación de una variada oferta competitiva para esos servicios de transportes.

VI. LA COMPETENCIA INTERNA Y LAS INICIATIVAS DE LIBERALIZACIÓN

La citada Directiva 91/440 también sentó las bases para una futura liberalización interna del ferrocarril, formulando una propuesta rupturista: abrir el acceso de la infraestructura ferroviaria a otros operadores distintos de las empresas nacionales.

Aunque este propósito no fue planteado de un modo general, sino de manera muy limitada y con un holgado calendario, su propia conceptualización ha revolucionado un principio hasta entonces con valor axiomático: infraestructura y operación son partes de una misma empresa integrada.

Desde esa tradicional posición, la competencia frente al ferrocarril se limitaba a la que externamente desarrollaran otros modos de transporte. Si además se pretendía establecer otra oferta competidora, de naturaleza igualmente ferroviaria, ésta solo se podía materializar con otra red alternativa, a todas luces impensable.

La Directiva rompe con esa concepción estanca y se pone manos a la obra enunciando en su artículo 10 dos servicios ferroviarios que serían liberalizados:

1. Las agrupaciones internacionales (formadas por las empresas ferroviarias) para prestaciones de servicios internacionales.
2. Las empresas ferroviarias para los servicios de transportes combinados de mercancías internacionales.

Para el desarrollo de este objetivo, el Consejo finalmente aprobó otras dos Directivas, tras un largo paréntesis en el que no todos los ferrocarriles reaccionaron del mismo modo. Las nuevas normas eran:

— *Directiva 95/18* que establece los criterios sobre la concesión de licencias a empresas ferroviarias para las actividades del artículo 10 antes citado.

— *Directiva 95/19* que regula la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización.

En España, precisamente en el momento actual, está en proyecto un Real Decreto para ultimar la transposición de las Directivas 95/18 y 19 y completar su articulación. La filosofía que inspira este desarrollo reglamentario es de prudencia, sin apartarse de la orientación gradualista que guía toda la normativa comunitaria.

La nueva norma introducirá, sin duda, las reformas institucionales necesarias distinguiendo entre empresa ferroviaria, administrador de infraestructura y órgano regulador. Pero al mismo tiempo, trata de facilitar

las ventajas de la actual configuración ferroviaria, sin reestructuraciones bruscas y carentes de objetivos definidos, aunque estableciendo las nuevas reglas de juego.

Con ello, el ferrocarril español además de competir con otros modos, será un espacio económico para la competencia interna, abordada con un ritmo progresivo que permita replantear, en el futuro, el modelo ferroviario más conveniente ante la diferente posición de una infraestructura abierta a todos y la explotación de servicios sujetos a la presencia de nuevos operadores.

La irrupción de estos nuevos operadores genera expectativas muy diversas, pero en general, los pronósticos no vaticinan un vertiginoso crecimiento de los tráficos a corto plazo, sino un acicate más para una sustancial mejora de la calidad que, ésa sí, será una fortaleza estratégica del ferrocarril a medio y largo plazo.

Por eso, las empresas ferroviarias se han lanzado, por la vía de la cooperación, al desarrollo de iniciativas que integren el factor de calidad en los nuevos servicios y a la vez preparen las bases a la competencia interna tras la liberalización.

Como ha señalado recientemente el Presidente de la SNCF (Ferrocarriles Franceses) Louis Gallois a propósito de la apertura de la infraestructura ferroviaria a nuevos operadores «las empresas ferroviarias nos preparamos para la competencia, pero por el momento preferimos potenciar la cooperación».

La plasmación más acabada de esta colaboración entre empresas ferroviarias, dentro de un proceso liberalizador, ha sido la puesta en marcha en 1997 y a escala europea, de corredores transnacionales abiertos para el paso de mercancías.

Estas superpistas ferroviarias (conocidas como *freightways*) son el resultado de acuerdos entre los gestores de la infraestructura, para comercializar el uso de los corredores a cualquier empresa con licencia de explotación, concediendo, a través de una ventanilla única, las franjas horarias de utilización de vía y percibiendo los peajes correspondientes.

Así se alcanzó el Acuerdo Marco de París (26 de noviembre de 1997) al que Renfe se ha adherido para establecer un primer corredor europeo de mercancías que una Amberes con Valencia y Torino-Gioia (Italia), con la participación de los ferrocarriles de Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia y España.

En el futuro, los corredores ferroviarios serán un espacio de competencia pero, sobre todo, ayudarán a la rentabilización de una potencialidad hasta ahora perdida, amén de contribuir a superar los límites de los marcos nacionales del ferrocarril, en un espacio europeo común.

VII. COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE Y MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR SOCIAL

La liberalización completa del mercado de transportes no parece razonable que vaya acompañada de un abandono de sólidas políticas sectoriales, que redujeran la actuación del Estado al papel tutelar de un árbitro, con la simple creación de un órgano regulador.

La función ordenadora de los derechos sociales de transportes, obligará a los poderes públicos a impulsar el desarrollo de servicios y acometer planes de inversión en infraestructuras a todas luces decisivos.

Por otra parte, la seguridad en el transporte y el impacto ambiental requieren un activo papel de la Administración tutelar, puesto que los costes externos (ruidos, accidentes, contaminación) son muy desiguales para los distintos modos de transporte. Un estudio de 1997 de la Dirección General VII de la Comisión los evaluaba:

- Ferrocarril 7,3 Ecus por 1.000 t-km.
- Carretera 58,4 Ecus por 1.000 t-km.
- Aviación 93,2 Ecus por 1.000 t-km.

El actual reparto intermodal en modo alguno tiene en cuenta estas externalidades y, aún más, tradicionalmente ha perjudicado la posición competitiva del ferrocarril por la asunción del coste de infraestructura como antes analizábamos.

De ahí la inmensa tarea que ocupará a la Comisión para orientar una política de precios que tenga presente esa enorme disfunción de las externalidades. El Libro Verde *Hacia el establecimiento de precios justos y eficaces en el transporte* plantea el juego de opciones, todavía en debate, de la puesta en marcha de políticas para la internalización de los costes externos.

El mercado de transporte, una vez liberalizado, no admite las viejas políticas tarifarias de precios administrados con efectos asignativos sobre los distintos modos. Un resorte así, ni siquiera se ha utilizado en demasía antes de la liberalización. Por lo que se refiere a España, desde la segunda mitad de la década pasada, las políticas tarifarias se han limitado a contribuir a la contención de la tasa de inflación.

Sin embargo, con otras pautas más estructurales y menos administrativas, hoy sigue siendo necesario un régimen eficaz de precios en el transporte, como señala el Libro Verde, que opere en la regulación de la demanda para hacer frente a los crecientes costes sociales generados por la congestión y que se evalúan para Europa en un 2% del PIB.

Pero la política de precios en el futuro prácticamente sólo dispondrá del pilar de la infraestructura y del grado de libertad que ofrece la recuperación

parcial o total de sus costes, sabiendo que, en algunos supuestos, puede resultar socialmente inconveniente (para un mejor equilibrio en el transporte) intentar cubrir completamente los costes de la inversión ferroviaria.

En ese entendimiento y con un valor meramente orientativo, la CER (Comunidad de Ferrocarriles Europeos) junto a la UIC (Unión Internacional de Ferrocarriles) encargó un estudio a un grupo de expertos dirigido por el economista Rana Roy sobre la fijación de precios de infraestructura, cuyo informe se ha distribuido en febrero de 1998.

El estudio pretende ilustrar que los precios eficaces de la infraestructura en cada modo no serían aquellos que cubrieran totalmente sus costes sino los que se igualaran al coste marginal social. Con este precio equivalente al coste marginal social, en términos teóricos, se maximizaría el bienestar social proporcionado por el transporte.

Si planteáramos este criterio a los diferentes modos de transportes generaría dificultades para la recuperación del coste de infraestructura de cada uno de ellos. En particular conllevaría:

— Un defecto de cobertura en el ferrocarril, ya que su coste marginal social es del orden del 60/70% de su coste medio.

— Un exceso de cobertura en la carretera, pues su coste marginal social ampliamente supera su coste medio.

— Una recuperación global del coste de todas las infraestructuras, que en todo caso sí sería posible conseguir.

Esto es, según el razonamiento de este estudio, si se pretendiera corregir los costes de congestión y disminuir las externalidades negativas, la fijación del precio de la infraestructura tendría que ser desigual para el binomio ferrocarril/carretera:

— Menor que el coste medio para el ferrocarril.

— Mayor que el coste medio para la carretera.

Unas conclusiones que, no exentas de polémica, pueden ser relevantes y oportunas, ayudando a tener presente la conciencia socioambiental como un decisivo factor. En cualquier caso, el posible establecimiento de una tasa de infraestructura obligará a rigurosos cálculos sobre sus efectos, a través de muy diferentes simulaciones teóricas como la aquí formulada.

Pero todo ello no pone en cuestión la decidida apuesta por la competencia, sino su ordenado juego en un mercado institucionalizado de servicios públicos, como es nuestro caso el transporte y el ferrocarril.

El balance hasta la fecha resulta positivo, la liberalización del mercado de transporte ha dado buenos resultados no sólo por el propio objetivo sino también por los adecuados ritmos del curso de las reestructuraciones. En todo este proceso debiéramos siempre tener presente que la competencia cobra su sentido en la libertad de elección del usuario.

COMENTARIOS A LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO

Cristina ALCAIDE GUINDO

Subdirectora General sobre Conductas
Restrictivas de la Competencia.
Servicio de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

Al diseñar el programa de defensa de la competencia, al utilizar las herramientas que permite la ley y al actuar para la promoción de la competencia en los mercados, los órganos responsables de la competencia sencillamente deben tratar de evitar o de poner remedio a dos situaciones:

— La utilización por los operadores de su poder de mercado para alejarse de la situación que se lograría en un modelo de competencia perfecta.

— Que los operadores que independientemente no gozan de poder de mercado puedan llegar a una situación de identidad de intereses que facilite que la concertación entre ellos sustituya a la rivalidad.

El elemento clave en el análisis de competencia es la utilización del poder de mercado, individual o conjuntamente. Es preciso evaluar si la iniciativa empresarial que se somete a control favorece o restringe la competencia, si promueve una asignación eficiente de los recursos y si permite que los consumidores o usuarios pueden beneficiarse, al menos en parte, de las ventajas de eficiencia que eventualmente puedan derivarse de la iniciativa analizada.

Cuando la autoridad de competencia somete a control una iniciativa empresarial para determinar si con ella el o los participantes se están protegiendo de la rivalidad y/o se están alejando de las condiciones de competencia perfecta, es imprescindible que trate de colocarse en el lugar de las empresas con el fin de imaginar la estrategia que les induce a actuar como lo hacen.

La literatura económica ha puesto claramente de manifiesto que existe una gran variedad de definiciones de lo que constituye un mercado y una pluralidad de criterios empíricos más o menos válidos para identificar los contornos que en el mundo real permiten delimitar los mercados atendiendo a tales definiciones.

Unos autores ponen el acento en el mercado como lugar donde se establece un precio¹, mientras otros autores se refieren más específicamente al mercado desde la perspectiva de lo que las empresas consideran que constituye su competencia².

Aunque la diferencia es de matiz, sin embargo puede dar lugar a resultados distintos entre la delimitación del mercado desde la perspectiva de la economía industrial y la delimitación del mercado desde la perspectiva de la política de competencia (*antitrust*). La diferencia estriba en que no necesariamente coinciden el conjunto de empresas que determinan el precio que se practica en el mercado y el conjunto de empresas que están en condiciones de ejercer conjuntamente una influencia significativa en el precio³.

Ni siquiera en todos los casos *antitrust* el mercado relevante para una empresa se puede delimitar de la misma forma. Dependiendo de que se trate de un caso de control de concentraciones o de un abuso de posición de dominio, puede ser necesario delimitar el mercado de forma diferente⁴, no solamente porque en el primer caso es preciso hacer un estudio prospectivo y en el segundo es imprescindible también hacer un análisis retrospectivo, sino incluso porque en el control de concentraciones conviene analizar una pluralidad de mercados, para desechar un análisis profundo de aquéllos en los que la concentración no plantea problemas de competencia, mientras que en los casos de abuso, al margen de la discusión que pueda haber respecto a la delimitación del mercado relevante, los mercados a examinar pueden ser de uno a tres, dependiendo que los efectos de la conducta bajo control se hagan sentir en el mercado propio de la empresa considerada dominante, en el de sus proveedores o clientes y/o en algún mercado cercano al cual la empresa dominante trate de extender su posición de dominio.

Nadie mejor que cada empresa conoce el conjunto de fuerzas rivales que le impiden actuar de forma independiente en el mercado. Según el análisis ya clásico de Michael Porter, las empresas definen su mercado de actividad atendiendo a cinco fuerzas que rivalizan con la suya:

¹ STIGLER y SHERWIN, «The extent of the market», *Journal of Law & Economics*, oct. 1985, p. 555.: «the market is the area within which price is determined...».

² MARSHALL, *Principles of Economics*, ed. 1920, book 5, p. 324.

³ SCHEFFMAN y SPILLER, «Geographic Market Definition Under the U.S Department of Justice Merger Guidelines», *Journal of Law & Economics*, n.º 30, 1987, p. 123.

⁴ LANDES y POSNER, «Market Power in Antitrust Cases», *Harvard Law Review*, n.º 94, mar. 1981, p. 937: La definición del mercado puede variar dependiendo de la infracción que se alegue, puesto que el precio de referencia entre los casos de monopolización y de concentración puede ser diferente.

— Sus competidores directos.

— Los operadores que pueden ofrecer productos o servicios que satisfacen necesidades similares a los que la empresa oferta.

— La competencia potencial.

— Los proveedores.

— Los clientes.

El análisis de todos o de algunos de estos elementos puede resultar imprescindible para evaluar una iniciativa empresarial desde la perspectiva de la competencia y tratar de impedir el ejercicio del poder de mercado, en el caso de que se detecte. Para ello, es imprescindible proceder a la delimitación del mercado.

Un mercado es un área espacial, temporal y de tecnología en el que se sitúa un conjunto de empresas para la cobertura de una serie de necesidades específicas de la demanda.

Para la delimitación de un mercado a efectos de la aplicación de las normas de competencia («mercado *antitrust*») se requiere:

— La identificación de los productos o servicios que satisfacen una demanda específica.

— La identificación del espacio geográfico al que afectan las transacciones.

— El período de tiempo durante el cual se consideran invariables los comportamientos de los que compiten desde el lado de la oferta y los que lo hacen desde el lado de la demanda.

La necesidad de considerar simultáneamente las tres dimensiones es lo que hace especialmente compleja la delimitación del mercado relevante.

II. LOS ELEMENTOS DEL MERCADO *ANTITRUST*

1. GENERALIDADES

Como ya he puesto de manifiesto, el problema de la delimitación del mercado relevante para su utilización en casos *antitrust* se complica por el hecho de que tiene matices diferentes respecto a la delimitación normalmente realizada en la economía industrial, lo que ha de añadirse al problema inicial de la falta de atención que los economistas han dispensado a la determinación de los mercados⁵.

En múltiples ocasiones, el primer debate que se entabla entre las autoridades de competencia y los participantes en la iniciativa se produce en

⁵ STIGLER, G., «The Economists and the problem of Monopoly», *American Economic Review*, n.º 72, 1982, p. 1.

torno a cuál es el/los mercado/s relevante/s para la operación analizada, en sus dos componentes: mercado de producto y mercado geográfico.

El interés de las participantes será identificar el mercado de forma que se produzca la menor concentración de poder de mercado. Si su negocio está en un segmento muy concreto y/o en una zona muy definida, tratarán de persuadir a las autoridades de que, a pesar de ello, el mercado de producto es más amplio y que el mercado geográfico incluye zonas en que su presencia no es importante. La motivación de este interés es obvia: si se hace una delimitación muy amplia del mercado, se incorporarán más «competidores» y los posibles efectos de distorsión de la competencia que puedan derivarse de dicha iniciativa se diluirán, permaneciendo los efectos de eficiencia que puedan ponerse de manifiesto. Por el contrario, si los participantes en la iniciativa bajo control no son competidores directos en productos automáticamente sustituibles entre sí, tratarán de argumentar que los producidos por cada uno de ellos no forman parte del mismo mercado desde la perspectiva de los consumidores, con el fin de que se concluya la inexistencia de identidad de intereses o de poder de mercado si actúan coordinadamente.

Por su parte, las autoridades de competencia suelen plantearse el análisis desde la perspectiva inicial de que no puede permitirse una estructura del mercado o una conducta que favorezcan una disminución de la oferta y un incremento del precio, sea por la capacidad unilateral de una empresa, sea por la probabilidad de una actuación concertada explícita o tácita de varias empresas. Varias empresas no podrán conseguir reducir la oferta e incrementar el precio si una única empresa en el mercado no pudiera conseguirlo. Por ello, el camino más seguro es definir el mercado como el producto o grupo de productos y el área geográfica en que las empresas participantes y todos los vendedores reales o potenciales se fusionaran y pudieran lograr incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa⁶.

Por ello, las autoridades de competencia no deben atender, en mi opinión, a las críticas habituales de las empresas contra una delimitación estrecha del mercado relevante, puesto que es el método idóneo para asegurarse de que se detectan todas las posibilidades de crear poder de mercado, aunque posteriormente, a lo largo del procedimiento, pueda reconsiderarse la apreciación inicial derivada de las cuotas de mercado ostentadas en los mercados estrechamente definidos por la vía de la sustituibilidad de la demanda mediante criterios relativos a las condiciones de oferta.

Es curioso observar que, mientras la delimitación del mercado relevante en los casos de imputación de abuso de posición de dominio es objeto habitual de impugnación ante los órganos jurisdiccionales que controlan la legalidad de las resoluciones administrativas dictadas por las autoridades de competencia, las decisiones de control de concentración han sido, tradicio-

⁶ GREGORY WERDEN, «Market delineation and the Justice Departments Merger Guidelines», *Duke Law Journal* 1983. Reeditado en *The Journal Reprints for Antitrust Law and Economics. The DOJ Merger Guidelines (part I)*, 1991.

nalmente, escasamente recurridas, no porque las partes estuvieran de acuerdo con la decisión, sino fundamentalmente porque los costes asimilados a la litigación son superiores con frecuencia a los beneficios que pudieran obtenerse de su revocación. Por esta razón, en los casos de control de concentraciones, las autoridades responsables del dictamen de las operaciones han estado ejerciendo funciones cuasi reguladoras puesto que sus decisiones no han sido habitualmente objeto de control jurisdiccional⁷.

Por otra parte, incluso cuando los casos de concentración han sido objeto de apelación, es bastante habitual que la tesis de la autoridad de competencia haya prevalecido sobre la de las empresas participantes en la concentración. En el caso *Von's Grocery*, el juez Potter Stewart lo expresó claramente en su opinión disidente: «*La única consistencia que yo puedo encontrar es que en la litigación relativa a la Sección 7, el Gobierno siempre gana*»⁸. Ello no quiere decir que no existan casos famosos en que la autoridad de competencia ha perdido ante el Tribunal de apelación en cuestiones de delimitación del mercado relevante. *General Dynamics* supuso un cambio radical en la jurisprudencia americana en este sentido⁹. A partir de este caso, los economistas se han esforzado en combatir los postulados de las autoridades de competencia que perjudican a sus clientes y las autoridades han tenido que esmerarse y tratar de delimitar los mercados con criterios económicos sólidos.

La batalla legal por la delimitación del mercado relevante ha arreciado en los últimos tiempos ante todas las autoridades de competencia importantes y sus órganos de apelación. Es especialmente destacable la discusión que se ha llevado a cabo en los últimos casos de concentraciones económicas relacionadas con las aguas minerales y los refrescos sin alcohol. A esta discusión me referiré brevemente al final de este artículo y daré las referencias que he podido encontrar para un estudio comparativo de los criterios utilizados y las conclusiones alcanzadas en varios casos que han sido objeto de análisis por diferentes autoridades de competencia, por las enseñanzas que se derivan de su comparación y las enormes consecuencias que pueden tener tales enseñanzas para que en el futuro los economistas nos ocupemos más de esta materia.

Como primera conclusión puede afirmarse, por tanto, que una buena delimitación del mercado relevante es el punto más importante y más difícil que tienen que abordar las autoridades de control de concentraciones ante una operación concreta y que, en los casos de abuso de posición

⁷ COATE, Malcolm B., «Economics, the Guidelines and the Evolution of Merger Policy», *The Antitrust Bulletin*, n.º 37, 1992. Reeditado en *The Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics. The DOJ Merger Guidelines (parte II)*, 1992, p. 931.

⁸ U.S. véase *VON'S GROCERY CO. et al.*, 384 U.S. 270, 301 (1966), citado en SCHERER & ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª edición, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, p. 177.

⁹ U.S. véase *GENERAL DYNAMICS CORP. et al.*, 414 U.S. 486 (1974) y su comentario en SCHERER & ROSS, *op. cit.* en nota 8.

de dominio, las decisiones en este sentido tienen que estar muy sólidamente fundamentadas.

En esta fase del análisis *antitrust*, la perspectiva de la autoridad de control debe ser clara: lo que interesa es analizar el producto y la zona geográfica desde el punto de vista del consumidor o usuario: sus preferencias y sus hábitos son los que determinan qué productos y qué zonas están en competencia, porque son los que mandan sobre cuál sería su comportamiento ante un pequeño incremento de precio que no tuviera carácter esporádico: ¿le haría sustituir el producto por otro similar?, ¿le haría desplazarse a otro lugar para adquirirlo al precio antiguo?

El mercado más pequeño, desde el punto de vista del producto y geográfico, para el que si la *iniciativa que se analiza* hace aumentar el poder de mercado de alguna de las empresas, o bien le permite incrementar los precios y reducir la cantidad con aumento del beneficio, o bien hace posible una concertación expresa o tácita entre los operadores que conduce al mismo resultado de incremento de precio y reducción de la cantidad, es el mercado que debe estudiarse para permitir la evaluación de esa iniciativa, puesto que en un primer momento hay que tratar de detectar todos los mercados en los que la operación ha tenido o va a tener influencia previsiblemente.

Es preciso tener muy claro, a pesar de las equivocadas orientaciones que la jurisprudencia de todos los países da algunas veces, que la definición del mercado geográfico está íntimamente relacionada con el concepto de sustituibilidad, de modo que no es válida una aproximación consistente en tomar en consideración como mercado geográfico el territorio en que operan las partes de la operación, o aquél en que pueden moverse sus clientes o usuarios.

Para la delimitación del mercado relevante, algunas agencias utilizan protocolos que han sido diseñados para el control de concentraciones. Otras tienen una mayor libertad de actuación, que les permite la utilización de herramientas distintas dependiendo de las características de la iniciativa que se analiza y del mercado o mercados afectados. La desventaja de esta mayor capacidad discrecional se deriva de la menor garantía jurídica que se ofrece a las empresas afectadas y la dificultad de prever el razonamiento de las autoridades de competencia por parte de los asesores legales que supervisan la estrategia de las empresas.

Las Agencias *Antitrust* de Estados Unidos utilizan en sus *Guidelines conjuntas de concentraciones horizontales* de 2 de abril de 1992 el llamado *test del 5%*, que se explica en el punto 1.11 de las mismas ¹⁰.

¹⁰ Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, abril 2, 1992: «A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is not bigger than necessary to satisfy this test».

Constituyen un mercado el producto o productos y la zona geográfica en la que se producen o venden que, siendo los más pequeños de los posibles, harían que un monopolista hipotético, con afán de lucro y no sometido a regulación («el hipotético monopolista»), estuviera interesado en elevar el precio, de forma no esporádica, en un porcentaje pequeño pero significativo, si permanecieran constantes los demás precios relativos.

Este sistema de delimitación del mercado relevante nada tiene que ver con que las empresas involucradas tengan que defenderse de un hipotético cargo de monopolización con incremento de precio, ni tampoco el porcentaje de incremento de precio que se establezca para esta delimitación del mercado (por ejemplo, el test de un incremento no esporádico del precio del 5% aplicado habitualmente para estos fines por las Agencias *Antitrust* de los Estados Unidos) supone regla alguna «*de minimis*».

Se trata simplemente de una herramienta de trabajo que permite desechar delimitaciones de mercado con poco sentido económico, porque no se den condiciones de competencia similares, porque no se incluyan productos suficientemente sustitutivos, o porque se delimite el mercado más ampliamente de lo necesario.

Para una descripción de las distintas alternativas que plantea la literatura económica para la definición del mercado, es de consulta obligada el trabajo publicado por David L. Kaserman y Hans Zeisel en el *Antitrust Bulletin*¹¹. En el siguiente apartado me basaré en el contenido de dicho artículo, con las modificaciones que considero necesarias. De todos modos, aconsejo su atenta lectura a los interesados en los criterios económicos para la definición del mercado pertinente a efectos de aplicación de las reglas *antitrust* porque considero que se trata de una excelente visión general de la cuestión.

2. EL MERCADO DE PRODUCTO

Scheffman y Spiller definen el mercado relevante en materia *antitrust* como «el grupo relevante de productores más pequeño que potencialmente disfrute de poder de mercado». Este tipo de definición es compatible con la dada por Boyer, que considera el mercado relevante como «el grupo colusivo ideal»¹².

Los criterios empíricos propuestos por la literatura económica para la delimitación del mercado de producto adolecen de que han sido diseñados para una delimitación de economía industrial, no de economía *antitrust*.

¹¹ KASERMAN y ZEISEL, «Market definition: implementing the DOJ Merger Guidelines», *The Antitrust Bulletin*, n.º 3, 1996, p. 665.

¹² Referencias tomadas de KASERMAN & ZEISEL, *op. cit.* nota 11. A juicio de ellos, solamente la aproximación de la demanda residual se encamina a la delimitación de los mercados *antitrust*.

Los criterios tradicionales son dos: el de las elasticidades cruzadas del precio (de demanda o de oferta) y el de las correlaciones de precios, a los que se han añadido otros tres más o menos recientemente, a saber, el de ajuste parcial de Horowitz, el de causalidad de Slade y el de demanda residual de Scheffman y Spiller¹³.

A) *Elasticidades cruzadas de precio*

El concepto *antitrust* de mercado —el conjunto de empresas que pueden influir en el precio— exige que se incluyan en su definición todos los productos que se consideren sustitutos cercanos.

Si se parte de la hipótesis de que un conjunto de empresas tiene la capacidad de influir en el precio, resulta imprescindible que en ese conjunto se encuentren todos los productores de los bienes próximos, pues en caso contrario, las decisiones del conjunto seleccionado se verán contradichas por las decisiones de compra o de producción sobre los productos cercanos que hayan quedado excluidos.

El grado de sustituibilidad de la demanda (de la oferta) se mide habitualmente mediante la elasticidad-precio cruzada de demanda (de oferta), que cuantifica en qué medida el crecimiento del precio de un producto determina un desplazamiento de la demanda (de la oferta) del mismo hacia la demanda (la oferta) del otro producto. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o usuario, mayor será el desplazamiento de la demanda hacia el segundo como consecuencia de un pequeño aumento no esporádico del precio del primero sin que varíe lo demás. La elasticidad cruzada será positiva para los productos sustitutivos y tanto mayor cuanto mayor sea su sustituibilidad; será negativa para los productos complementarios y cercana a cero cuando sus demandas por el consumidor sean independientes, porque la variación del precio de uno de ellos solamente afectará a la demanda del otro por el efecto renta, pero no por el efecto sustitución.

Otro tanto ocurre con la sustituibilidad desde la perspectiva de los oferentes: cuanto mayor sea la elasticidad cruzada de oferta, más intercambiables son los productos desde la perspectiva de sus fabricantes.

Este método de evaluación de la sustituibilidad para la delimitación del mercado de producto plantea dos tipos de problemas:

— Requiere la especificación y estimación de un modelo de demanda (de oferta) y exige, para ello, una gran cantidad de información estadística fiable que no suele estar a disposición de las autoridades de competencia.

— Parte de la situación de precios vigente en el mercado, sin tener en cuenta que en el mismo se puede estar ejerciendo poder de mercado y aplicando precios monopolísticos que incrementan los valores de las

¹³ Referencias tomadas de KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* en nota 11, p. 669.

elasticidades cruzadas, hacen ampliar el mercado relevante y disminuyen la impresión de que la iniciativa bajo control puede tener efectos de distorsión de las condiciones de competencia.

Las consecuencias prácticas de la utilización de este método pueden ser muy graves, especialmente en los casos de análisis de abuso de posición de dominio. No obstante, esta objeción es especialmente digna de ser tenida en cuenta en los casos de control de una concentración entre dos o más empresas que hayan disfrutado de sendos monopolios territoriales y se encuentren en el proceso de desmantelamiento de los mismos; en tales casos, que se encuentran a la orden del día, el error de evaluación puede resultar gravísimo.

B) Correlación de precios

Algunos economistas propugnan el sistema de análisis a lo largo del tiempo de la correlación de los precios (o de la evolución de los precios) de los dos productos que se comparan, bajo la hipótesis de que, si los precios de dos productos que pueden ser sustitutivos evolucionan con una gran correlación en términos absolutos o relativos, se puede inferir que los dos productos forman parte del mismo mercado.

Sin embargo, múltiples autores (Slade, Stigler y Sherwin) han puesto de manifiesto que se pueden sacar conclusiones erróneas si la correlación detectada pudiera proceder de factores causales compartidos, que afecten igualmente a la evolución de los precios de ambos productos y cuyo efecto no haya sido previamente corregido. Pero la corrección de tales factores normalmente exige que se especifique un modelo estructural, lo que hemos argumentado que constituye la mayor pega encontrada a la utilización de las elasticidades cruzadas.

C) Ajuste parcial de Horowitz

Horowitz¹⁴ propone un análisis basado en la regresión, que intenta reflejar la posibilidad de que los ajustes de precio hacia el equilibrio en productos que forman parte del mismo mercado no se produzcan de forma instantánea. Aunque su razonamiento se refiere a la posibilidad de analizar si dos zonas forman o no un único mercado geográfico, es igualmente válido para construir un mercado *antitrust* de producto. Si dos productos forman parte del mismo mercado, con el tiempo el precio aplicado a uno de ellos no puede desmarcarse del que se aplica al otro. El modelo propuesto parte de la base de que existe una diferencia de precios de equilibrio entre los dos productos, que no es observable y al que se van aproximando con un lag. Utiliza un modelo de ajuste parcial para estimar tanto la diferencia de precios de equilibrio a largo plazo como la velocidad de ajuste a dicha diferencia.

¹⁴ HOROWITZ, «Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-Based Approach», *S. Economic Journal*, julio, 1981, p. 1.

También este planteamiento tiene sus puntos débiles: el modelo propuesto no tiene validez general respecto a la aproximación o a la desviación del punto de equilibrio y puede conducir a resultados erróneos en cuanto las series de precios estén autocorrelacionadas, o tienen movimientos estacionales similares o una tendencia común. Además, esta propuesta no ofrece ningún criterio claro para delimitar cuándo dos productos forman parte del mismo mercado y cuándo no.

D) *Análisis de causalidad de Slade*

Slade¹⁵ propone el uso del concepto de causalidad desarrollado por Granger para probar la hipótesis de que los movimientos de precios en un producto tienen efectos que pueden ser distinguidos en los movimientos de precios en otro producto.

El concepto de que la variable Y es causada por la variable X implica que, si se incluyen todas las demás variables relevantes, incluyendo la variable X como explicativa de Y se obtienen mejores resultados para la predicción de Y que excluyéndola.

Si X e Y son los precios de dos productos que pueden formar parte del mismo mercado, y se encontrara relación de causalidad entre ellos, ello podría ser prueba de que forman parte del mismo mercado. Para llevar a cabo el test de causalidad se estiman dos regresiones de Y, una incluyendo los valores de X con un lag y la otra excluyéndolos.

A esta propuesta se le han hecho las mismas objeciones que a la de la correlación de precios, con el agravante de que el resultado será enormemente sensible a las especificaciones elegidas, de modo que los resultados pueden ser completamente erróneos si, por falta de información suficiente, se excluye del análisis alguna variable relevante o si, en la estructura de error del modelo estimado, la covarianza intertemporal es diferente de cero.

E) *Test de la demanda residual de Sheffman y Spiller*

La primera aplicación directa de los criterios de delimitación del mercado relevante previstos en las antiguas «Merger Guidelines» del Departamento de Justicia de los Estados Unidos¹⁶ se ha llevado a cabo por Sheffman y Spiller¹⁷. El criterio de las Merger Guidelines es teóricamente equivalente al cartel hipotético más pequeño que sea lo suficientemente amplio como para que la curva de demanda residual a la que se enfrenta el cartel tenga una elasticidad que haga beneficioso un incremento de precio.

¹⁵ SLADE, «Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products», *Journal of Industrial Economics*, marzo, 1986, p. 291.

¹⁶ U.S Department of Justice Merger Guidelines, 4 de junio de 1984.

¹⁷ SHEFFMAN y SPILLER, *op. cit.* nota 3.

Bajo las guidelines americanas, se comienza por identificar todos los productos afectados por la iniciativa porque son, o van a ser, fabricados o vendidos por las empresas que participan en ella y hacer el test del incremento del precio por el hipotético monopolista. Si, a raíz de un incremento de precio, pudiera preverse un desplazamiento de la demanda hacia otro u otros productos que hiciera fracasar el intento del teórico monopolista de incrementar sus beneficios, se concluiría que ese otro o esos otros productos también formarían parte del mismo mercado, y así se continuará hasta que la elasticidad de la demanda residual caiga a un nivel suficientemente bajo. Para evaluar la elasticidad de demanda probable que corresponde a diferentes alternativas de mercado relevante, las Guidelines prescriben una evaluación de la sustituibilidad tanto de la demanda como de la oferta. Cuando éstas sean suficientemente bajas, la elasticidad de demanda para el grupo de productos elegido será igualmente baja.

También esta forma de abordar la delimitación del mercado tiene sus problemas, el más importante de los cuales es precisamente que se parte de la existencia de un grupo de productores que constituyen la oferta del mercado de producto, lo cual no es siempre cierto. También es preciso tratar cuidadosamente las diferencias derivadas de las distintas localizaciones geográficas de los productores, que normalmente traerán consigo diferencias de precios en los factores de producción y factores exógenos distintos.

Naturalmente, es necesario poner unos umbrales cuantitativos, geográficos y de tiempo a la sustituibilidad, puesto que es preciso distinguir qué productos se consideran suficientemente sustitutivos y cuáles no los son. Las Agencias norteamericanas utilizan: *a)* un incremento del precio del 5%, *b)* para el futuro previsible, y *c)* en la zona definida como mercado geográfico, permaneciendo estables las condiciones de venta en cualquier otro lugar y de cualesquiera otros productos.

F) Análisis de la elasticidad de demanda mediante encuestas

En su artículo citado, Kaserman y Zeisel¹⁸ proponen un sistema más sencillo, válido en el mundo real cuando no es imprescindible delimitar estrictamente el mercado relevante, sino que basta con probar que un mercado de producto (o geográfico) más estrecho que el propuesto para el análisis *antitrust* cumple la condición (no necesaria, pero sí suficiente) de que la elasticidad-precio de la demanda sea en términos absolutos inferior a la unidad. En ese caso, cualquiera que sea el mercado relevante que resultara de la aplicación del criterio del hipotético monopolista, es indudable que al monopolista le convendría incrementar el precio porque obtendría mayores ingresos, quedando todo lo demás igual.

¹⁸ KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* nota 11, pp. 678 y ss.

Para la estimación de la elasticidad-precio de la demanda proponen la utilización de encuestas de consumidores especialmente diseñadas para cada caso.

3. DELIMITACIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

Tradicionalmente, la jurisprudencia sobre el mercado geográfico pertinente ha sido contradictoria, con grave perjuicio para las empresas.

En este contexto es interesante la propuesta de Elzinga y Hogarty¹⁹ que en sus artículos de 1973 y 1978 presentan la utilización de dos criterios y unos límites para medir el grado de integración de una zona geográfica en el mercado de un determinado producto y extraer conclusiones para la delimitación del mercado geográfico pertinente: LIFO («*little in from outside*») y LOFI («*little out from inside*»).

— LIFO: es la parte del consumo local que se satisface mediante oferta local.

— LOFI: es la parte de la producción local que se dedica a consumo local.

El nivel crítico propuesto por los autores en su primer artículo citado era del 75% para los dos coeficientes, de manera que un mercado se definiría por la zona geográfica más pequeña que lograra que tanto el LIFO como el LOFI alcanzaran un valor del 0,75. Sin embargo, en su último artículo aumentaron el ratio propuesto hasta una media de los dos del 90% puesto que consideraron que el mundo real se representa mejor con delimitaciones geográficas en las que se producen coincidencias entre dos mercados, que es lo que ocurre utilizando un criterio elevado del 90% y no con situaciones de «tierra de nadie» como ocurre a veces si se utilizan umbrales del orden del 75%. Además, en el primer artículo, en el que se referían solamente a la delimitación del mercado geográfico en casos de control de concentraciones, proponían que el inicio se hiciera partiendo de la localización de la empresa adquirente o de la de la adquirida.

Como Stigler y Sherwin ponen de manifiesto²⁰, la existencia o no de tráfico comercial significativo entre dos áreas no es condición necesaria ni suficiente para que se concluya si dichas áreas forman o no parte del mismo mercado. En el caso de que se trate de dos mercados geográficos separados en los que se practica la discriminación de precios (*dumping*) como consecuencia de que los productores aprovechen la diferencia de

¹⁹ ELZINGA y HOGARTY, «The problem of geographic market delineation in antimerger suits», *The Antitrust Bulletin*, n.º 1, 1973, p. 45 y «The problem of geographic market delineation revisited: the case of coal», n.º 1, 1978, p. 1.

²⁰ STIGLER y SHERWIN, *op. cit.* en nota 1.

elasticidades de demanda en los dos mercados, se puede demostrar la existencia de flujos importantes de comercio y que la diferencia de precios entre las dos áreas exceda con mucho el importe de los costes de transporte. De la misma forma cabe la posibilidad de que, perteneciendo dos áreas al mismo mercado geográfico, la simple amenaza de flujos de operaciones puede bastar para que los productores instalados en cada una de ellas tomen en consideración la competencia de los de la otra, sin que se lleguen a realizar transacciones entre las dos.

La jurisprudencia americana clásica demuestra los vaivenes que han existido hasta la formulación de las *Guidelines* por el Departamento de Justicia en su versión de 1982.

Anteriormente, los mercados geográficos solían definirse por referencia a dos principios contradictorios. En *Brown Shoe*²¹ «el mercado geográfico seleccionado debe... corresponder a las realidades comerciales de la industria y a la vez ser económicamente significativo». Por el contrario, en *Tampa Electric*²² el mercado geográfico definido debe cumplir el siguiente test: «el área de competencia efectiva en el comercio conocido debe ser delineada mediante una selección cuidadosa del área de mercado en que opera el vendedor, y al que el comprador puede tornarse en la práctica para su suministro». Este test indujo a los tribunales a enfocar la delimitación del mercado geográfico hacia los hábitos de entrega y suministro de las partes en la concentración, lo cual es claramente inconsistente con los conceptos de sustituibilidad y elasticidad cruzada que se utilizan para la delimitación del mercado de producto. Como la delimitación se compone tanto de un elemento material como de uno territorial, los resultados tenían que carecer de significado económico, pudiendo elegirse mercados geográficos sin ninguna relación con el poder económico de los participantes.

La delimitación del mercado geográfico supone hacer una doble predicción: cuál va a ser el comportamiento de los oferentes territorialmente próximos ante un hipotético incremento de los precios en el territorio de las empresas participantes en la iniciativa que se discute, por si, ante una subida de precios, deciden acceder a esa zona y cuál va a ser el comportamiento de los demandantes ante esa subida de precios por si deciden dirigirse a otra zona en la que el precio no ha subido para adquirir el producto. Ambas preguntas se responden en relación con cuál es el coste de adquirir o vender en el lugar analizado un producto existente en un mercado cercano.

Cabe, además, que los participantes en la iniciativa puedan limitar el poder de mercado de otros productores fuera de su área de actuación anterior, en cuyo caso será necesario tener en cuenta las modificaciones de las condiciones de competencia en ese segundo mercado de influencia.

²¹ *Brown Shoe Co.* véase United States 370 U.S 294-344, 1962.

²² *Tampa Elec. Co.* véase Nashville Coal Co., 365 U.S 320, 1961.

En todos estos casos, el mercado geográfico es más amplio que la zona tradicional de actuación de las partes y de sus clientes anteriores a la iniciativa que se discute.

Por ello, al margen de que la política de competencia haya sido en cada momento más o menos proclive a la concentración de empresas, encaminar la delimitación del mercado geográfico hacia los criterios del éxito de un hipotético monopolista en su intento de incrementar el precio fue un acierto de las Guidelines de 1982 que introdujo una buena dosis de criterio económico en las decisiones de control de concentraciones.

El criterio para delimitar el mercado geográfico en dicha versión de las Guidelines americanas se formuló como sigue:

«Tomando como punto de partida la localización de la empresa concentrada..., el Departamento ampliará los límites del mercado provisional para incluir las localizaciones de las empresas o plantas que pudieran hacer ventas significativas a los clientes de las empresas previamente incluidas... en respuesta a un aumento de precio pequeño pero significativo y no transitorio. Como una primera aproximación, el Departamento tomará como hipótesis un incremento del precio del 5% y preguntará cuántos vendedores venderían el producto a estos compradores en un año».

Los criterios de delimitación del mercado geográfico son, si cabe, más difíciles de establecer. En este sentido creo importante destacar que, en los casos «de futuro» (aplicación del artículo 85.3, control de concentraciones, ayudas públicas) la delimitación debe hacerse mediante un análisis prospectivo, mientras que en los casos «de pasado» (aplicación del artículo 85.1, del 86, del 90.2) deben hacerse mediante un análisis histórico, aunque sea necesario tomar en consideración las consecuencias futuras para diseñar los remedios apropiados.

III. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA A EFECTOS DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE COMPETENCIA ²³

Los servicios de la DGIV han preparado y la Comisión ha adoptado la Comunicación que contiene los criterios utilizados para la definición del mercado relevante al aplicar la normativa comunitaria de competencia, en particular los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Reglamento de control de concentraciones 4064/89, el Reglamento 17 de 1962 y las disposiciones equivalentes del Tratado CEEA y del Acuerdo del Espacio Económico Eu-

²³ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03) DOCE, 9 de diciembre de 97.

ropeo, incluso a los sectores con regulación de competencia especial. En la Comunicación expresamente se establece que no está destinada a la evaluación de ayudas públicas, aunque cuando sea necesario considerar la existencia de poder de mercado, algunos de los elementos de la Comunicación podrían servir de base.

Aunque la Comunicación no hace referencia a su aplicabilidad a los casos ex artículo 90 (monopolios y empresas con derechos exclusivos), toda la jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 90.2 parte de la base de que la empresa que disfruta de monopolio fiscal o de derechos exclusivos ostenta una posición de dominio en el mercado afectado por dichos derechos, con lo que se resuelve el problema especialmente grave que se plantea para la utilización de las herramientas económicas cuando se pretende delimitar el mercado relevante en casos de gran poder de mercado. Se trata, por tanto, de una empresa en posición de dominio «*per se*»²⁴. La posible extensión de dicha posición a otros mercados relacionados o cercanos se analizará con los criterios establecidos en la Comunicación, siempre que ello sea posible.

Para un comentario de la Comunicación desde un punto de vista jurídico-comunitario, el lector interesado puede consultar el trabajo de Bello Martín-Crespo²⁵.

1. OBJETO DE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El párrafo 2 pone de manifiesto que la delimitación del mercado permite definir los límites de la competencia entre empresas y establecer el marco en el que la Comisión aplica la política de competencia. Dicha definición debe permitir «*determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia*»²⁶.

La Comunicación de la Comisión establece que existen tres fuerzas que determinan el grado de competencia: sustituibilidad de la demanda, de la oferta y competencia potencial. Para la delimitación del mercado relevante la última no va a ser tenida en cuenta y las otras dos lo van a ser en diferente grado; la fundamental es la sustituibilidad de la demanda y la de la oferta solamente se tendrá en cuenta en las situaciones en que los efec-

²⁴ STJCE de 13 de diciembre de 1991, as. C-18/88 (RTT) y de 17 de noviembre de 1992, as. C-271/90 (Competencia en los mercados de telecomunicaciones).

²⁵ BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., «La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión», *Gaceta Jurídica de la CE y de Competencia*, B-129, diciembre de 1997.

²⁶ Párrafo 2 de la Comunicación. En la nota a pie de página (2) de dicho considerando se sostiene que las empresas afectadas serán, en el caso de una concentración, las partes en la misma; en las investigaciones ex art. 86, la empresa objeto de investigación o los denunciantes; y en las investigaciones ex art. 85, las partes en el acuerdo.

tos de la sustituibilidad de la oferta son equivalentes a los de sustituibilidad de la demanda en cuanto a su eficacia y su rapidez de reacción²⁷.

La Comunicación anuncia que la competencia potencial no se tiene en cuenta para la definición de los mercados. Cuando sea necesario, el análisis de los efectos de la competencia potencial se lleva a cabo una vez que, determinada la posición de las empresas en el mercado, se concluya que dicha posición plantea problemas de competencia²⁸.

Sorprendentemente, al no hacer mención alguna de los proveedores y al establecer explícitamente que la delimitación tendrá en consideración la sustituibilidad de la oferta en condiciones muy estrictas y que no tendrá en cuenta la competencia potencial, la Comisión ha ignorado de modo consciente una serie de elementos que pueden ser necesarios para una correcta delimitación del mercado relevante antitrust, relativos a las diferencias en el poder de negociación de los operadores afectados respecto a sus proveedores, competidores o clientes, tales como el poder de compra, el poder de marca, el poder de cartera y la existencia en la vida económica real de conjuntos «cluster»²⁹ de servicios que se ofrecen, a elección del usuario, por el mismo operador y de forma conjunta, aunque satisfacen necesidades diferentes del usuario.

Ello sin embargo no quiere decir que la Comisión ignore estos elementos cuando, para el tratamiento de un caso, considera que son sustanciales para un correcto análisis de las condiciones de competencia en el mercado³⁰.

Por otra parte, la Comunicación expone claramente que los criterios enumerados para la delimitación del mercado que se exponen en la misma no tienen que ser utilizados simultáneamente, ni en todos los casos, por lo que cabe concluir que la Comisión ha expuesto un muestrario de posibles criterios a tomar en cuenta para la delimitación de los mercados a efectos *antitrust*, pero ni la lista es exhaustiva ni se establece en ella ningún orden de prioridad.

²⁷ En el párrafo 20 de la Comunicación se expone que la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta cuando sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata, porque los proveedores puedan pasar a fabricar los productos y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos.

²⁸ En el párrafo 24 de la Comunicación se da una explicación poco solvente, basada en que la presión que pueda ejercer sobre la conservación de las condiciones de competencia dependerá de las condiciones específicas de acceso.

²⁹ KWAST, STARR-McCLUER & WOLKEN, «Market definition and the analysis of antitrust in banking», *The Antitrust Bulletin*, invierno, 1997, p. 988: «[s]mall businesses, as well as households, frequently tend to cluster their purchases of certain financial services at a local depository institution...».

³⁰ Por ejemplo, en Coca-Cola /Amalgamated Beverages. Asunto IV/M.794. Decisión de la Comisión de 22 enero 1997, DOCE L 218, 9 de agosto de 1997, la Comisión tiene en cuenta el poder de marca y, como consecuencia, que el producto de las empresas interesadas es «de stock obligatorio» (párrafos 137 a 141 de la Decisión) y el poder de cartera (párrafos 147 y 148), pero no lo hace antes, sino después de la delimitación del mercado.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO DE PRODUCTO

En la Comunicación no parece haber grandes novedades respecto *al conjunto de criterios que han sido utilizados alguna vez* por los servicios de la DGIV, aunque, por lo ya expresado, se le han quedado algunos en el tintero.

La Comunicación no establece un criterio único para la delimitación del mercado relevante, como hacen las guidelines americanas para el control de concentraciones horizontales, sino que ha utilizado —de acuerdo con la tradición comunitaria— una vía ecléctica. Por ello el contenido de la Comunicación tiene la ventaja de que va a poder ser útil para la delimitación del mercado relevante en los casos de aplicación de los artículos 85, 86 y 90 del TCE. Sin embargo, la ausencia de una mención explícita a los elementos relacionados con el poder de negociación de los participantes en el mercado augura que, en los casos de control de operaciones de concentración entre grupos que no supongan incremento de cuota en los mercados de producto concretos y en los casos de autorización de acuerdos y alianzas estratégicas cooperativas, la Comisión tendrá que hacer uso de criterios que no están reflejados en la Comunicación.

La Comunicación expone la forma de actuar de los servicios de la Comisión³¹: Partiendo de la información disponible, *«la Comisión suele estar en condiciones de determinar a grandes rasgos los posibles mercados de referencia [...] Se trata generalmente de definir unos cuantos mercados de referencia alternativos [...] de determinar si el producto A y el producto B pertenecen o no al mismo mercado [...] A menudo ocurre que la inclusión del producto B basta para hacer desaparecer los problemas que se plantean desde el punto de vista de la competencia»*³². En tales casos, no es preciso continuar investigando si el mercado relevante incluye también otros productos, ni llegar a una conclusión definitiva sobre la delimitación precisa del mercado.

Los criterios a utilizar por la Comisión para la definición del mercado de producto se recogen en el apartado de la Comunicación denominado *«Elementos de apreciación utilizados para definir los mercados. La dimensión del producto»*.

Su propio título hace sospechar de la falta de compromiso de la Comisión en cuanto a la utilización de las directrices en todos los casos en que sea necesario definir precisamente el mercado de producto.

³¹ Para una descripción gráfica de los pasos que sigue la Comisión en la delimitación del mercado de producto para el control de concentraciones, ver BRIONES ALONSO, J., «Market Definition in the Community's Merger Control Policy», *ECLR*, vol. 5, n.º 4, julio/agosto de 1994, p. 197. Se trata de un trabajo muy interesante también desde la perspectiva del análisis de las herramientas económicas para la delimitación del mercado, por ejemplo en relación con la discusión de si las modificaciones de demanda derivadas de una variación del precio relativo que deben tenerse en cuenta para dicha delimitación son las que se derivan del «efecto sustitución» o también del «efecto renta».

³² Párrafo 26 de la Comunicación.

De todas formas, la Comisión ha expresado explícitamente que «*los tipos de elementos que [...] considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda*»³³ son los siguientes:

- Prueba de una sustitución en un pasado reciente.
- Ensayos cuantitativos especialmente concebidos para delimitar los mercados:
 - Estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto.
 - Similitud de la evolución de precios.
 - Relación de causalidad entre series de precios.
 - Similitud o convergencia de precios.
- Opiniones de los clientes y competidores.
- Preferencias de los consumidores.
- Obstáculos y costes para el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos.
- Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

3. DELIMITACIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

Al igual que ocurre en cuanto a la delimitación del mercado de producto, la Comunicación no ofrece una orientación clara de la utilización de criterios económicos para la delimitación del mercado geográfico en las operaciones sometidas a las reglas de competencia comunitarias que son objeto de control por los servicios de la Comisión.

La Comisión inicia el trabajo partiendo de una idea preliminar de las dimensiones del mercado geográfico basada en indicaciones de la distribución de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, y de la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria o del Espacio Económico Europeo, y debe estudiar las razones que determinan una cierta estructura de precios y de cuotas de mercado. La hipótesis de trabajo inicial ha de contrastarse con un análisis de las características de la demanda, para responder a la pregunta crucial de si los clientes de las partes implicadas, como consecuencia de una modificación de los precios relativos, transferirían sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar, a corto plazo y con un coste insignificante. De ser necesario, se realizará un análisis de los factores de la oferta, para detectar si existen obstáculos para que los oferentes localizados en esas zonas encuentran algún obstáculo

³³ Párrafo 37 de la Comunicación.

para suministrar a los clientes de las partes, tales como requisitos de localización, problemas de acceso a los canales de distribución, regulaciones, normas técnicas, ambientales, envase y embalaje o regulación de precios.

La estructura y evolución de los flujos comerciales ofrecen indicaciones complementarias útiles para la evaluación de la importancia de las barreras que pueden dar lugar a la definición de uno o dos mercados geográficos. En este análisis se toman en consideración los costes de transporte en términos absolutos y relativos para evaluar el grado en que pueden afectar al comercio entre las dos zonas consideradas.

Este procedimiento se explica por el objetivo comunitario de creación del mercado único, del que se deriva un prejuicio inicial de que el mercado geográfico tradicional era el territorio de un país miembro, que se ha ido ampliando paulatinamente con la supresión de barreras de distinto tipo y que existen multitud de casos difíciles para los que, en el momento de análisis de una operación o conducta por empresas con actividad en varios países comunitarios, no es obvio si el mercado geográfico es el territorio comunitario, una parte del mismo que incluya varios países o subsisten los viejos mercados nacionales. En muchos casos, elegir una u otra opción dependerá del ámbito temporal del análisis, siendo más extenso el mercado relevante cuanto mayor sea el período de tiempo en que se haga prospectiva.

Los criterios a utilizar por la Comisión para la definición del mercado de producto se recogen en el apartado de la Comunicación denominado «*Elementos de apreciación utilizados para definir los mercados. La dimensión geográfica*»³⁴.

Los criterios que la Comisión manifiesta que resultan pertinentes para la definición de un mercado geográfico son los siguientes:

- Prueba de que en el pasado hubo desvío de pedidos a otras zonas.
- Los mismos ensayos cuantitativos que en el caso de la delimitación del producto.
- Características básicas diferenciales de la demanda.
- Opiniones de clientes y competidores.
- Localización geográfica de las compras.
- Flujos comerciales y estructura de compra.
- Barreras y costes asociados al desvío de pedidos.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA COMUNICACIÓN

La primera conclusión que se extrae de la lectura de la Comunicación es, en mi opinión, que se trata de una directriz bastante conservadora y

³⁴ Párrafos 44 a 52 de la Comunicación.

poco ambiciosa, que no contiene el conjunto de elementos de análisis en un caso complejo, ni tampoco todos los elementos que la Comisión ha utilizado en su práctica habitual en tales casos, ni establece un orden de prioridad de aplicación de los criterios expuestos como posibles, que son muchos.

La Comunicación de la Comisión ha simplificado el «test del 5%» sin referirse al hipotético monopolista³⁵, elemento que, a mi entender, es esencial desde el punto de vista filosófico, pues es el que da sentido a todo el ejercicio: el máximo poder de mercado es el que detenta un monopolista, de modo que, si se trata de identificar las fuerzas que se oponen al ejercicio del poder de mercado, es imprescindible ponerse en el lugar que se daría para un nuevo monopolista. Esta simplificación consistente en abandonar la hipótesis de partida del comportamiento de un monopolista supone un error añadido al problema que ya se encuentra en las *guidelines* americanas cuando, en una situación de gran poder de mercado, la mayor parte de la renta monopolística que puede extraerse gracias a ese poder de mercado ya se está obteniendo y, por tanto, no cabe encontrar ningún mercado con sentido económico en el que a un hipotético monopolista le compense *incrementar* el precio permanente o «no transitoriamente»³⁶, sino que se tenderá a delimitar el mercado más ampliamente de lo razonable desde la perspectiva de la sustituibilidad.

Como consecuencia de esta dificultad, la Comunicación de la Comisión establece que los precios de partida para realizar el análisis no siempre tienen que ser los precios vigentes en el mercado que se esté analizando. Ello complica muy seriamente el análisis basado en datos estadísticos o en encuestas, e introduce un considerable grado de discrecionalidad en la definición de las hipótesis de trabajo que se une a la falta de elección del orden de prioridad entre criterios alternativos.

La solución a este problema es difícil y las consecuencias de un error de partida son diversas dependiendo del tipo de iniciativa empresarial que se esté sometiendo a control. En el caso de operaciones de concentración, las consecuencias pueden no ser muy graves. Pero en el caso de análisis de conductas (artículos 85, 86 y 90.2) el resultado puede ser disparatado y su consecuencia una decisión equivocada de la Comisión.

Si el experimento se hiciera en el laboratorio partiendo de un mercado en competencia, definitivamente el criterio a utilizar sería el del hipotético monopolista, corrigiendo los participantes y las cuotas de mer-

³⁵ *Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines*, 2 de abril de 1992, en nota 10.

³⁶ POSNER, «The problem of market definition», *Economic Analysis and Antitrust Law*, y CALVANI, T. y SIEGFRIED, J. (eds.), 1979, p. 83. Referencia tomada de KASERMAN & ZEISEL, *op. cit.* nota 11. Cuanto mayor sea el poder de mercado que se está ejerciendo, mayores son las elasticidades cruzadas de precio y, por tanto, más amplio es el mercado relevante resultante. Cuanto mayor es el mercado relevante, mayor es la inclinación a determinar que no existe poder monopolístico.

cado para obtener un dibujo prospectivo de cómo se comportarían los operadores (oferentes y demandantes) en el caso de un cambio del precio relativo pequeño pero significativo y no transitorio. Pero es preciso reconocer que existen problemas difíciles de resolver para utilizar este criterio como único.

A mi juicio, la Comisión ha incurrido en un grave error al determinar que la competencia potencial no se va a tener en cuenta en la delimitación del mercado relevante.

En contra de esta elección, mi opinión personal es que, para los casos de abuso de posición de dominio y relacionados, el test debe hacerse de modo completo en la fase de delimitación del mercado relevante y, en el resto de los casos, las autoridades de competencia deberían abstenerse de hacer declaraciones generalizadas sobre la delimitación del mercado relevante a no ser que ello sea totalmente imprescindible.

En particular, en los casos de operaciones de concentración económica, y dado que una operación de concentración puede ser prohibida o condicionada, no solamente cuando vaya a crear o reforzar una posición de dominio sino también cuando refuerce una situación oligopolística³⁷, las autoridades competentes para su control deben limitar su actuación a aquello que constituye su competencia en el caso analizado y en sus circunstancias concretas, sin prejuzgar en absoluto los criterios de análisis *antitrust* futuros.

Cuando hay que delimitar el mercado se está tratando del mundo real y de los intereses en juego de las empresas y los consumidores, de modo que se tropieza con cinco tipos de problemas:

— La delimitación del mercado que corresponde depende del tipo de iniciativa empresarial que es preciso analizar.

— No se puede identificar una situación de competencia perfecta que sirva de referencia.

— La inexistencia de suficiente información real fidedigna recopilada de forma neutral.

— La urgencia de tomar decisiones para no perjudicar a los operadores inútilmente.

— El coste de la investigación.

Por estas cinco razones, las autoridades de competencia comunitarias no han podido comprometerse a definir los criterios que van a ser utilizados y el orden de prioridad de su utilización, porque verían dificultada su actuación en perjuicio del cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, unas directrices tan eclécticas tienen el inconveniente de que no

³⁷ STJCE de 31 de marzo de 1998, as. C-68/94, Kali + Salz/MDK/Treuhand.

generan gran seguridad jurídica para los operadores a quienes deben ser aplicadas.

Dada la variedad de casos, solamente pueden ofrecerse los criterios que permitan la defensa de los argumentos a favor y en contra de la delimitación realizada en un caso concreto. Establecidos los criterios, el debate entre lo que conviene a las empresas participantes, a los terceros interesados y lo que decide la autoridad competente podrá traer la luz para una mejor utilización de las herramientas de defensa de la competencia.

Para ello, la Comunicación supone un esfuerzo de sistematización que permite que se entable el debate, al poner en claro la interpretación que los servicios de la Comisión hacen respecto de la práctica comunitaria.

Es posible que la publicación de la Comunicación fuerce a los servicios de la Comisión a analizar el mercado de forma más sistemática en todos los casos, puesto que se está brindando un instrumento a los interesados para rebatir las hipótesis de partida de la Comisión. En este sentido, por un lado la Comunicación tiene un efecto «docente» y por otro lado permite que se discutan los tecnicismos sobre una base documental cierta.

Probablemente, la actuación futura de los servicios de la DG.IV dependerá de la importancia de los debates que tenga que mantener con los operadores y también del resultado de los recursos pendientes en el Tribunal de Primera Instancia³⁸ sobre la Decisión de la Comisión de 22 de abril de 1997 en la operación de concentración IV/M.794 *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*³⁹.

IV. LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS DE BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS

No ha sido objeto de este artículo la discusión, en mi opinión apasionante por otro lado, sobre cuál es la delimitación correcta del o de los mercados relevantes de bebidas no alcohólicas, porque ya he puesto de manifiesto que, en mi opinión, no hay una contestación única que sirva para todos los grupos de consumidores y de empresas competidoras, ni para todos los momentos temporales, ni siquiera para todas las circunstancias en las que una autoridad de competencia tenga que determinar cuál sería el mercado más pequeño, entre los de bebidas no alcohólicas, en el que a un hipotético monopolista le convendría incrementar el precio de forma pequeña pero significativa y no transitoria y, para llegar a esa conclusión, cuáles son los productos sustitutivos, desde la perspectiva del consumidor, en el entorno de las bebidas analcohólicas.

Sin embargo, no puedo resistirme a poner en conocimiento del lector las fuentes donde puede encontrar diferentes criterios, métodos y argu-

³⁸ T-125/97 y T-127/97 (97/C 199/79) y (97/C 199/81), DOCE C 28 de junio de 1997.

³⁹ *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*. Asunto IV/M.794, citada en nota 30.

mentos de defensa para la delimitación del o los mercados relevantes en casos en que se ha producido un gran debate sobre la delimitación del producto en este tipo de bienes de gran consumo, que en alguno de ellos todavía no se ha resuelto.

Presentaré los casos, desde el más antiguo hasta el más moderno.

En primer lugar, es interesante estudiar el caso de las propuestas fusiones en 1986 en Estados Unidos⁴⁰. Pepsi-Cola quería concentrarse con 7-Up; Coca-Cola quería, como reacción, concentrarse con Dr. Pepper, y Royal Crown Cola, con un 5% de cuota en el mercado de refrescos, se opuso a las operaciones argumentando que, si se producían tales fusiones, los costes de embotellado de los productores más pequeños se incrementarían por la pérdida de economías de escala, puesto que la red de embotellado de los terceros ya no atendería ni a 7-Up ni a Dr. Pepper. La discusión se centró en si el mercado relevante era el de refrescos con burbujas, como mantenía la denunciante o el de todos los tipos de líquidos (incluyendo leche, té y cerveza), como mantenían los denunciados, cuya defensa fue conocida como la del «*Lago Erie*». En este caso se utilizó la vía de la encuesta de consumidores para, tras la tabulación y análisis de las respuestas, hacer una estimación de la elasticidad precio de la demanda de refrescos. En este caso, la *Federal Trade Commission* (FTC) apoyó la tesis de Royal Crown. El caso terminó, después de litigación separada de la FTC y de Royal Crown, cuando primero Pepsi Cola y después Coca-Cola retiraron sus notificaciones de fusión⁴¹.

En segundo lugar, en 1991, la *Monopolies and Mergers Commission* del Reino Unido (MMC) elaboró un dictamen en el que puso de manifiesto que la mayoría de las empresas de refrescos carbónicos esperaban que incluso una pequeña disminución de sus precios haría perder ventas a otros fabricantes de refrescos carbónicos⁴². En su dictamen, la MMC analizó la posibilidad de sustituibilidad de los refrescos carbónicos incluso con las golosinas, y desechó tanto un mercado de producto tan amplio, como restringir los mercados de refrescos a sus diferentes sabores, concluyendo que el mercado relevante era el de los refrescos carbónicos.

En tercer lugar, en el caso *Nestlé/Perrier*⁴³, la Comisión consideró que para establecer la sustituibilidad en términos *antitrust* no basta con utilizar criterios de funcionalidad: si el único criterio fuera calmar la sed, muchos productos podrían satisfacer esta función y podrían considerarse que forman parte del mismo mercado (té, leche, cerveza, ciertas fru-

⁴⁰ KASERMAN y ZEISEL, *op. cit.* nota 11, pp. 678 y ss.

⁴¹ Ver, respecto a la fusión Coca-Cola/Dr. Pepper, también *The Coca-Cola Co.*, 5 Trade Reg. Rep. (CCH) # 23, 625, 13 de junio de 1994.

⁴² Informe de la MMC de 15 de agosto de 1991, «Carbonated Drinks, a Report on the Supply by Manufacturers of Carbonated Drinks in the U.K.», apartado 3.6. Como su título indica, se trata de un informe realizado desde la perspectiva de la oferta.

⁴³ *Nestlé/Perrier*, DOCE L 356 de 5 diciembre de 1992.

tas...). Sin embargo, concluyó que los embotelladores de aguas de manantial pueden actuar con una cierta independencia de las empresas que venden refrescos, en particular en cuanto a la fijación de precios. Como consecuencia de ello y de que los consumidores franceses demandan agua embotellada y refrescos por razones diferentes, según se ha observado en encuestas de consumidores encargadas por las empresas de agua mineral, y que la elasticidad de la demanda al propio precio y la elasticidad cruzada son bajas, no se puede concluir que el agua mineral y los refrescos formen parte del mismo mercado.

En cuarto lugar en el caso *Coca-Cola Bottling Company of the Southwest*⁴⁴, el juez administrativo concluyó que el mercado relevante incluía refrescos, mezcladores, seltzers, bebidas no carbónicas tales como Lipton Iced Tea, Country Time Lemonade, Hawaiian Punch, así como bebidas isotónicas.

En quinto lugar, en el caso *Coca-Cola Amalgamated Beverages GB*⁴⁵ la Comisión, tras un duro debate con Coca-Cola y la presentación por su defensa de una documentadísima alegación de que el mercado relevante de producto es tan amplio como para incorporar todas las bebidas comerciales sin alcohol e incluso bebidas calientes como el té y el café, pero cuya defensa⁴⁶ se insiste especialmente en que el mercado de producto es al menos el de los refrescos carbónicos, la Comisión concluyó que el mercado de producto es el de las bebidas refrescantes con gas y sabor a cola («colas»). El asunto concluyó con la presentación por Coca-Cola de ciertos compromisos, que dieron lugar a que la decisión declarara la operación de concentración compatible con el mercado común.

A pesar de tal conclusión, Coca-Cola Enterprises Inc. y The Coca-Cola Company han presentado sendos recursos ante el Tribunal de Primera Instancia⁴⁷ en los que, entre otros extremos, se pide al Tribunal que anule la Decisión impugnada en la medida en que contiene las siguientes afirmaciones:

⁴⁴ *Coca-Cola Bottling Southwest*. 5 Trade Reg. Rep. (CCH) # 23, 681, 31 de agosto de 1994.

⁴⁵ Ver nota 35. En la Decisión de la Comisión se hace referencia a un buen número de estudios relacionados con la delimitación del mercado de los refrescos y las colas desde diferentes perspectivas. Cabe destacar por su importancia el Beverage Conjoint Study France realizado en el mercado francés y los efectuados para el caso inglés en Gran Bretaña en 1995 por Sadek Wynberg Research y en marzo de 1996 por Audits and Surveys Worldwide, así como el Key competitive brand modules analysis. Ver el apartado 3 de la Decisión, párrafos 41 a 63.

⁴⁶ La defensa, en cuanto a la delimitación del mercado relevante, ha sido llevada por el Prof. Robert Willig, uno de los mayores expertos del mundo en este tema, que fue Deputy Assistant Attorney General y Economista Jefe de la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos mientras se preparaban las Merger Horizontal Guidelines vigentes. La defensa discute vehementemente la mala utilización que los servicios de la Comisión han hecho de la voluminosa aportación de información empírica para la delimitación del mercado de producto. Resultará muy interesante seguir el debate en el marco del recurso ante el Tribunal de Primera Instancia.

⁴⁷ Ver nota 34.

a) Que la oferta de refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña constituye un mercado de referencia.

b) Que Coca-Cola & Schweppes Beverages tiene una posición dominante en ese mercado.

V. CONSECUENCIAS PARA LAS EMPRESAS CON PODER DE MERCADO

El problema que se deriva de la publicación de una Comunicación sobre los criterios de delimitación del mercado relevante que pretende ser aplicable tanto a los casos de control de conductas como a los de control de estructuras es que se corre el riesgo de querer aplicar las rutinas establecidas para el control de concentraciones a problemas más complejos como son los casos de abuso de posición de dominio.

Por un lado, como ya hemos visto, en algunos casos de concentración no resulta imprescindible hacer una delimitación del mercado muy depurada, puesto que basta con demostrar que, si el mercado es al menos uno, no existen problemas de competencia, o, por el contrario que, aunque fuera posible una delimitación del mercado aún más restringida que la propuesta por las autoridades de control, con la delimitación propuesta ya se demuestra la incompatibilidad de la operación con la norma vigente. Por el contrario, en los casos en que se discute un posible abuso de posición de dominio, al menos en la formulación europea (y española) de la prohibición, resulta imprescindible una delimitación depurada del o de los mercados relevantes, puesto que ciertas conductas unilaterales que se permiten a una empresa con cierto poder de mercado, le están vedadas a las empresas que gozan de posición de dominio.

Por otro lado, la delimitación del mercado tiene consecuencias diferentes en los dos casos o, más concretamente, en los casos de abuso de posición de dominio y relacionados (artículo 90.2) y en el resto de los casos. A las empresas que se concentran o a las que son acusadas de concertación lo que les importa finalmente no es la delimitación del mercado relevante, sino que se llegue o no a la conclusión de que su actuación distorsiona o puede distorsionar las condiciones de competencia en el mercado, es decir la conclusión a la que lleguen las autoridades de competencia, a no ser que las declaraciones de la autoridad competente sean precedente para la evaluación futura de las conductas de esa empresa, como parece haber ocurrido en el caso británico de Coca-Cola.

A las empresas que son acusadas de violar el artículo 86 (y en menor medida el 90.2, puesto que si disfruta de un monopolio legal o de un derecho exclusivo goza *per se* de posición de dominio en el mercado de producto delimitado por dichos derechos), no solamente les importa la conclusión final de si han abusado de su situación privilegiada sino tam-

bién —e incluso más— si en el futuro van a poder ser acusadas de «abuso» cada vez que un proveedor (en ciertos casos), un cliente, un competidor o una asociación de cualesquiera de ellos se sienta perjudicado por su actuación. El caso Coca-Cola es un paradigma de los efectos perjudiciales que, para las empresas, puede tener una declaración de las autoridades de competencia que vaya más allá de lo necesario para remediar las distorsiones de la competencia.

No es lo mismo afirmar que «Coca-Cola ostenta una posición dominante en el segmento de los refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña» y que, a efectos de evaluar los efectos sobre la competencia de la operación notificada, dicho segmento puede constituir un mercado pertinente, que afirmar que «Coca-Cola ostenta una posición dominante en el mercado relevante de los refrescos a base de cola en Gran Bretaña».

Lo primero puede ser necesario para evaluar una operación de concentración pero lo segundo no.

Para el análisis de las operaciones de concentración es conveniente delimitar estrechamente los mercados con el fin de identificar aquellos segmentos en los que la concentración puede tener efectos perjudiciales en la competencia, e incluso analizar el grado de diferenciación en los productos, por ejemplo en el caso de Coca-Cola como consecuencia de su fuerte poder de marca que hace a su producto «de obligado stock». Corresponde después a las autoridades de control, en una fase posterior del análisis, determinar si dichos efectos perjudiciales son sustanciales, son o no indispensables y deben ser contrarrestados o no.

En cambio, no procede, en el marco de una operación de concentración, hacer declaraciones que puedan tener efectos automáticos futuros.

Si posteriormente a una operación de concentración existe una imputación de abuso de posición de dominio, la empresa debe tener la posibilidad de demostrar que el mercado relevante no está bien delimitado, sin que esté vinculada por una declaración de la Comisión que ha devenido firme cuando la empresa no haya impugnado la decisión relativa a la operación de concentración.

En mi opinión, en el caso británico de Coca-Cola, el Tribunal de Primera Instancia debería pronunciarse, al menos, en el sentido de que la Decisión impugnada no debía contener las afirmaciones de que la oferta de refrescos gaseosos de cola en Gran Bretaña constituye un mercado de referencia y que Coca-Cola tiene posición dominante en ese mercado.

LA COMPETENCIA COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR DEL SISTEMA PLURALISTA ¹

Manuel BALLBÉ MALLOL

Catedrático de Derecho Administrativo

La explicación de por qué la competencia ha sido uno de los principios más denostados y poco comprendidos de la Europa Occidental se halla en la visión limitada que se ha dado a la competencia como concepto puramente económico. Precisamente, el valor de la competencia, hoy tan en boga en la economía, proviene de un ámbito que sobrepasa a esta disciplina y que tiene su fundamento en la historia de la lucha por la democracia pluralista y el Estado de Derecho constitucional.

El principio de la competencia se ha ido gestando históricamente como un principio político, constitucional y jurídico, antes que económico. Su implantación en la economía ha sido el resultado de una previa lucha contra el monopolio en otros ámbitos no económicos del sistema social. Se trata, por tanto, de analizar la génesis tanto de la cultura de monopolio como de su antitética, la cultura en favor de la competencia. Veremos, pues, que la génesis en la lucha contra el monopolio tiene su embrión en la lucha contra el monopolio religioso, posteriormente contra el monopolio político (el absolutismo y el centralismo) y finalmente contra el monopolio económico.

Aunque es palmario que en la actualidad estamos totalmente dominados por el concepto económico de la competencia, se trata de recuperar también el valor político-jurídico que fue la antesala de ese concepto económico. En palabras de propio Stigler, premio Nobel de Economía: «aunque no hay duda de que la competencia, y de forma más general la rivalidad, tiene una historia enormemente más larga en la literatura política que en la económica, sin embargo ha sido objeto de un análisis teórico y empírico más extenso en la economía» ².

¹ Este artículo reflexiona sobre las ideas expuestas en el libro de BALLBÉ, M. y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997. Forma parte de la línea de investigación del PB 96-1204

² STIGLER, «Economic competition and political competition», *Public Choice*, Fall, 1972, p. 91.

La finalidad de estas breves páginas es pues recuperar el origen de la competencia como valor nuclear del sistema pluralista y exponer el sentido último del discurso antimonopolio y a favor de la competencia.

I. ORIGEN RELIGIOSO DE LA CULTURA DEL MONOPOLIO

Los Estados Nación europeos donde ha tenido un gran arraigo el *establishment* eclesiástico y la oficialización de una sola Iglesia, ha predeterminado también una asimilación de una cultura de monopolio político y de monopolio económico. En una primera época, tanto el catolicismo en la mayoría de Estados del sur de Europa, el protestantismo en Prusia así como el anglicanismo en Inglaterra —en una primera época— han extendido una cultura de monopolio político en la fórmula absolutista y también de monopolio económico. Sin embargo, donde subsistieron minorías religiosas, éstas fueron proyectando una cultura antimonopolio y a favor de una competencia de las diferentes creencias religiosas. En estos Estados de *establishment* eclesiástico se experimenta una fuerte ligazón entre ese poder y el poder económico (Las diversas Iglesias, en esa época, por ejemplo, ostentaban el 40% de la propiedad de la tierra.) Todo ello ha originado la instauración paralela de unos fuertes monopolios económicos.

Las revoluciones liberales y la lucha por el sistema constitucional han sido una lucha, aunque prácticamente desconocida, contra la concentración del poder en sus manifestaciones tanto religiosa, política y económica.

Si nos retrotraemos al origen del sistema organizativo cuyo valor es el monopolio, resulta claro que la organización más perfeccionada que existía ya en el siglo X era la Iglesia católica. Comprobaremos que todavía hoy no hemos alterado los esquemas básicos de este tipo de organización. La Iglesia católica —a través del Derecho Romano cristiano cuya expresión más completa y paradigmática es el Código de Justiniano del año 529— va a proclamar unos principios monopolistas y uniformizadores que se van a proyectar y perpetuar no sólo en el ámbito religioso sino también en el cultural, el político y el económico.

Una de las manifestaciones más indiscutibles de este paradigma lo hallamos en el principio del cesaropapismo en el que el Emperador monopoliza tanto el poder político como el religioso así como en la idea de religión «única y verdadera» y por tanto de monopolización y exclusión hasta el exterminio de cualquier otra idea alternativa en «competencia» con la única oficial y dominante. El origen divino del poder lleva aparejada la idea de la infalibilidad, de rechazo a la concurrencia de ideas y por tanto de monopolio.

Todo ello se ha traducido en la historia en una cultura dogmática, o lo que es lo mismo, como la existencia de una verdad única e indiscutible que no admite la concurrencia de ideas y visiones distintas. Al cir-

cunscribirse todo al dogma religioso, se impedía la innovación en cualquier campo, incluso el científico del que el caso de Galileo supone un ejemplo más. Se implanta pues una cultura política y administrativa, siguiendo el paralelismo de la Iglesia, orientada a una única solución correcta predeterminada por los expertos (la Iglesia o posteriormente la Administración Pública) que tienen el monopolio de la dirección correcta de la sociedad.

Este mismo sistema queda más consolidado a partir del año 1000 con el ascenso y reafirmación del papismo, que es en realidad la instauración de un sistema, no sólo dentro de la Iglesia sino para toda la sociedad europea occidental. En este sistema hay una máxima autoridad política y religiosa, el Papa, que monopoliza todos los poderes y que está por encima de los reyes. Así se instaura el papismo-cesarismo, es decir, un sistema teocrático donde el poder temporal y divino se concentra en unas mismas manos.

El sistema papista va a consolidar en la Europa occidental la cultura del monopolio y uniformización y va a proyectar lo que podríamos llamar la primera Unión Europea, a través del lema papal, de volver a una Europa imperial, a una Europa romana y de acabar con los pequeños poderes fragmentados que existían en Europa. Se trata en definitiva de una orientación de una Unión entendida como uniformización y exclusión. El proyecto canónico papal de las cruzadas va a lograr este objetivo de una Unión europea imperial, romana y cristiana.

La instauración del monopolio religioso en toda Europa mediante la expulsión de los judíos, la reconquista en España y su equivalente en el norte de Alemania consistente en la lucha contra los herejes por parte de la orden religioso-militar de los teutones, va a dejar muy arraigado en la cultura europea el objetivo de unión equivalente a uniformización a través de expresar como máximo valor el monopolio.

La estructura administrativa y política de la Iglesia católica a partir del siglo X va a presentar un sistema modélico de organización. Pensemos que en toda Europa no existía todavía ninguna red administrativa y funcional como la de la Iglesia que cada 20 kilómetros disponía de un convento, una abadía o una sede ocupada por unos “funcionarios” eclesiásticos que se extendía a lo largo y ancho de Europa. Los monarcas todavía tardarán un siglo en aprender de este sistema administrativo copiándolo a través de los Estados Nación y transformándolo en un sistema administrativo Real que iba a conformar las monarquías absolutas.

Pensemos, por ejemplo, en que el principio de jerarquía, todavía hoy principio informador de cualquier organización pública o privada, quiere decir —como el diccionario etimológico expresa— «orden entre los diversos grados eclesiásticos». Cuando, todavía hoy, aplicamos el sistema jerárquico, no importamos una mera palabra sino un concepto cargado de valores, de formas de gestión, de técnicas de organización que vienen condicionados por el sistema canónico. La idea de monopolio, por

todo ello, será uno de los valores en alza dentro de este sistema jerárquico, y la competencia, por contra, será anatemizada.

La Iglesia católica se caracteriza por ser una organización administrativa que se intermedia entre Dios y los individuos y que se arroga el monopolio de la interpretación del texto sagrado, la Biblia, y la implantación de unas verdades absolutas, el dogma; detendrá el monopolio de la divulgación y el monopolio de la información y por ende de la educación. La Biblia no se puede traducir a las lenguas populares, como el alemán o el francés, porque sólo puede estar en el idioma de la élite de expertos que es el latín. Hay aquí, también, un monopolio lingüístico para el *expertise* y para el conocimiento.

La instauración de esta élite de expertos diferenciada del resto de la sociedad —por encima de ella— y que va a dirigirla como un pastor para conducirla a la salvación dentro de este espíritu y método mesiánico, va a condicionar la cultura europea, tanto de derechas como de izquierdas puesto que todavía hoy subsisten algunas opciones radicales de una élite de cuadros que pretenden conducir la vida política y sustituir la participación del ciudadano.

El derecho canónico, a partir del siglo X, no va a pretender ser un derecho estatutario, es decir, sólo un derecho en materia religiosa, sino que va a intentar ser un derecho para la totalidad de los fenómenos sociales. Por tanto, ese principio de monopolio religioso va a ser un principio de monopolio jurídico donde se va a implantar un derecho penal en el que delitos como la usura van a frenar el sistema económico capitalista y donde va a intentar regularse desde el matrimonio hasta el comercio. «Las principales fuentes del derecho “central” —el Imperio y la Iglesia— estaban constantemente en conflicto, tanto entre ellas mismas como con los gobiernos locales para retener jurisdicción exclusiva, legislativa y judicial, en ciertas áreas»³. La Iglesia católica hizo continuos esfuerzos para extender el ámbito de su jurisdicción y la del derecho canónico a áreas cada vez más extensas, como el derecho de familia, sucesiones⁴, pasando incluso por el derecho penal, hasta las relaciones comerciales y los contratos, intentando suprimir las jurisdicciones que existían hasta aquel momento, como los tribunales locales que aplicaban el derecho municipal o la jurisdicción marítima (que era el germen del derecho comercial y mercantil)⁵.

Gaudemet ha señalado cómo la gran mayoría de las jurisdicciones se-

³ CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlín, 1986.

⁴ Gaudemet ha señalado cómo, a partir del siglo X, la gran mayoría de las jurisdicciones seculares dejan el campo libre a la Iglesia católica. GAUDEMET, *Eglise et Cité. Histoire du Droit Canonique*, París, 1994, p. 192.

⁵ CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlín, 1986.

culares dejan el campo libre a la jurisdicción católica: «De la supremacía se pasa a un cuasi monopolio, que, durante varios siglos dejará a la Iglesia como único juez»⁶.

La primera ruptura —y la más trascendental— contra la cultura de monopolio va a ser el cisma protestante. Ésta va a conseguir consolidar una alternativa a ese monopolio, con unos esquemas organizativos anti-téticos a éste, fundamentalmente basadas en la idea de Lutero de libre interpretación de la Biblia por el individuo y el rechazo total y absoluto a que exista una administración religiosa que se interponga entre Dios y el individuo y que pretenda monopolizar la dirección de la sociedad.

La idea individualista protestante va a implantar lenta y progresivamente una idea de unión en la pluralidad dentro de la misma organización a partir del hecho que cada individuo puede tener una opinión diversa y contrapuesta y, sin embargo, siguen perteneciendo a la misma organización protestante. El rechazo a una única verdad indiscutible y la elaboración concurrencial de ideas innovadoras a partir de una introspección analítico-interpretativa a través de la experimentación va a empezar a proyectar lentamente un sistema alternativo al principio y al valor del monopolio.

Sin embargo, las rupturas religiosas en Europa no van a suponer un cambio radical e inmediato puesto que van a reproducir el esquema administrativo e ideológico canónico. El ejemplo paradigmático es la reforma anglicana de Enrique VIII que va a implantar el modelo anglicano a través del cesaropapismo y del *establishment* anglicano en todos los ámbitos. Las revoluciones inglesas van a ser unas luchas contra el poder del rey, no sólo político sino también religioso y económico (y lo mismo va a pasar con los príncipes protestantes de Prusia).

II. LUCHA CONTRA EL MONOPOLIO COMO LUCHA POLÍTICA

Aunque el término monopolio se asocia ahora automáticamente a la economía, históricamente la lucha contra el monopolio ha tenido un componente político y cultural. El germen del sistema democrático reside en la lucha contra la concentración del poder. Es desde esta perspectiva histórica como se puede comprobar que la lucha por la democracia comienza por la lucha contra el monopolio en cualquiera de sus vertientes, aunque en ocasiones sólo se ha puesto énfasis en el monopolio político concretado en el Estado absolutista y la concentración de todos los poderes y funciones —ejecutivo, legislativo y judicial— en el monarca.

⁶ GAUDEMET, *op. cit.*, p. 192.

Sin embargo, el establecimiento de un sistema democrático no consistió únicamente en la fragmentación del poder político sino que estuvo precedido por la lucha contra el monopolio religioso y en defensa de la libertad de creencia. Su desmantelamiento ha sido una de las bases que ha conformado el régimen de libertades y el pluralismo. Uno de los primeros movimientos políticos democráticos, los denominados «levellers» (niveladores) en la primera revolución inglesa de 1644 ya se manifestaba en este sentido. Margaret James describe esta íntima relación entre las distintas esferas al analizar el pensamiento de John Liburne, uno de los integrantes del movimiento de los Levellers: «John Liburne estableció una conexión íntima entre el monopolio de la Iglesia y el monopolio de los concesionarios mercantiles y dijo creer que el clero y las empresas habían establecido un pacto oscuro viendo que quienes monopolizaban el comercio y otros que ostentaban prerrogativas en Londres junto con el clero (anglicano) se ayudaban mutuamente para esclavizar al pueblo»⁷.

También en aquella época se percibía que una determinada estructura económica condiciona el sistema político y que, en definitiva, un sistema económico de monopolios no sólo afectaba negativamente al funcionamiento del mercado sino que también tenía unas repercusiones autoritarias en el plan político. Harrington, en una obra clásica escrita en 1656 que tuvo una gran influencia en los fundadores del sistema constitucional pluralista y federal, introdujo el principio general del «equilibrio entre los poderes económicos —los propietarios— como elemento decisivo para impedir la concentración del poder político y como premisa para alcanzar el equilibrio de poderes»⁸.

Lo que se manifiesta diáfano en Harrington —que va a tener una influencia eminente en la Revolución americana— es la correlación que existe entre el poder económico y régimen autoritario, es decir, concentración del poder político.

Para Harrington, las formas de gobierno dependen de la distribución de la propiedad: «si un hombre es propietario único de un territorio, o sobrepasa al pueblo, por ejemplo en tres cuartas partes, su régimen es la monarquía absoluta. Si unos pocos o una nobleza con el clero son los dueños de la tierra, o sobrepasan al pueblo en igual proporción, surge el equilibrio gótico y el régimen es la monarquía mixta —como la de España—. Y si todo el pueblo es dueño de la tierra, o la tiene tan dividida entre los ciudadanos que ningún hombre o ningún grupo de hombres, dentro del círculo de los pocos deshacen tal equilibrio, entonces el régimen sin intervención de fuerza es una república o comunidad»⁹.

Unos años antes de la citada revolución inglesa (1621) se contabilizaban más de 700 monopolios que originaban una gran hostilidad y que

⁷ JAMES, Margaret, *Social Problems and Policy during the Puritan Revolution*, Londres, 1966, p. 145.

⁸ HARRINGTON, *La república Océana*, México, 1987.

⁹ HARRINGTON, *op. cit.*, p. 52.

eran una prerrogativa real. Cualquier crítica a la concentración del poder económico era una crítica a la concentración del poder político del monarca y sus privilegios¹⁰.

Por tanto, el movimiento antimonopolios no se circunscribía a un simple movimiento revolucionario-liberal sino que abarcaba corrientes más amplias, populares, expresada en lo que se ha considerado el primer movimiento democrático, los Levellers, que se opusieron a que el 10% de la población concentrara el 80% de la exportación. «Esto se desprende de la doctrina fundamental de los Levellers acerca de la soberanía del pueblo. Así se proclama en la segunda página de su libro: “todo el poder legítimo reside en el pueblo, y para su bienestar y riqueza se deben ordenar todas las políticas gubernamentales [...]”. La cura para las enfermedades económicas reside en la democracia política»¹¹.

Esta interrelación se plasma en la obra de las *Cato's Letters*. Gordon y Trenchard se pronunciaban de la siguiente forma: «los monopolios son igualmente peligrosos en el comercio, en la política y en la religión: un comercio libre, un gobierno libre y una conciencia libre son los derechos y la bendición de la humanidad»¹².

¹⁰ El historiador Christopher Hill describe la situación de una forma clarividente: «En 1601, al ser leída una lista de monopolios, preguntó un miembro del Parlamento: “No está el pan entre ellos?”, su ironía no era excesiva. Nos resulta difícil imaginar la vida de un hombre que vivía en una casa construida con ladrillos de monopolio, con ventana (si tenía alguna) de vidrio de monopolio, calentada por carbón de monopolio (en Irlanda con madera de monopolio), que encendía el fuego en una parrilla hecha de hierro de monopolio, sus paredes estaban revestidas con tapices de monopolio, dormía sobre plumas de monopolio, se arreglaba el pelo con cepillos y peines de monopolio, lavaba su cuerpo con jabón de monopolio y sus ropas con almidón de monopolio, se vestía con encajes de monopolio, hilo de monopolio, cintas de oro de monopolio, su sombrero era una chistera de monopolio que llevaba una banda de monopolio, sus opas se sostenían con cinturones, botones y alfileres de monopolio y estaban teñidas con tintes de monopolio, comía mantequilla, pasas, arenques rojos, salmón y langostas de monopolio, su comida estaba condimentada con sal, pimienta y vinagre de monopolio, en vasos de monopolio bebía vinos y licores de monopolio; en recipientes de peltro fabricados con estaño de monopolio, conservada en barriles o botellas de monopolio y vendida en tiendas con licencia de monopolio, fumaba tabaco de monopolio y tocaba cuerdas de laúd de monopolio, escribía con plumas de monopolio en papel de monopolio, leía libros impresos de monopolio (con gafas de monopolio a luz de velas de monopolio) entre ellos Biblias y gramáticas latinas de monopolio, impresas en papel fabricado con trapos cuya recolección era de monopolio, encuadernados en piel de oveja revestida con aluminio de monopolio, disparaba con pólvora de monopolio fabricado con salitre de monopolio, viajaba en sillas de mano o en coches de caballo de monopolio, arrastrados por caballos alimentados con heno de monopolio, daba propina con cuartos de penique de monopolio; en el mar se alumbraba con faros de monopolio; cuando quería hacer testamento acudía a un monopolista. En Irlanda, nadie podía nacer, casarse o morir sin dar seis peniques a un monopolista». HILL, C., *El siglo de la Revolución 1603-1714*, Madrid, 1972, p. 44.

¹¹ BRAISFORD, H., *The Levellers and the English Revolution 1603-1714*, Londres, 1983, 3.ª ed., p. 107.

¹² TRENCHARD y GORDON, *Cato's Letters: Or, Essays on Liberty, Civil and Religious, And other important Subjects*, 6.ª ed., vol. 3, Londres, 1755, p. 213. Citado por HOUSTON, «A Way of Settlement», *The Levellers, Monopolies and the Public Interest. History of Political Thought*, vol. XIV, n.º 3, otoño 1993, p. 419.

La ordenación de la economía a través de la competencia va a convertirse en uno de los objetivos del liberalismo político. Por tanto, es una premisa falsa defender que fue la autorregulación en el libre mercado la que estableció los principios de la libre competencia mercantil, puesto que fueron el Estado y algunas de las instituciones públicas como los tribunales y el Parlamento —en la primera fase pues no tanto la Administración Pública— los que intervinieron y regularon la ordenación del mercado y de la competencia económica en base a un concepto, primeramente de competencia política y no económica.

El principio competitivo fue desarrollado no sólo en la doctrina política sino también en la jurídica. Así, en el siglo XVII, el presidente del más alto tribunal inglés, Sir Edward Coke, un siglo antes de que Adam Smith expusiese sus famosas tesis económicas de la competencia, ya había formulado una elaborada teoría de la regulación y, en sus funciones como presidente del tribunal dictó resoluciones contra los monopolios, señalando en la famosa sentencia *Darcy v. Allien* (1602) que «todos los monopolios son contrarios a la Carta Magna porque están en contra de la libertad del individuo y del derecho de la comunidad». Este gran jurista fue también uno de los inspiradores de la Ley de Monopolios de 1624. Por tanto, insistimos, existe una interrelación entre cualquier tipo de monopolio (político, religioso o económico), que se proyecta sobre los demás.

No son, por tanto, los argumentos económicos o de eficiencia del mercado los que hacen surgir el concepto de competencia incluso en el ámbito de la competencia económica, sino argumentos y valores cívicos, políticos y jurídicos que conforman el armazón del pensamiento democrático. Como se ha señalado reiteradamente, a pesar de que los «modernos analistas basan sus argumentos en favor del libre mercado en términos de eficiencia, Coke invocó directamente los derechos fundamentales, la libertad y la supremacía del Common Law. El suyo fue un argumento constitucional»¹³.

Sin embargo, hay que destacar cómo incluso en la época de mayor apogeo de la lucha antimonopolio, no se dejó a las fuerzas del libre mercado que actuaran por sí solas. De nuevo, Margaret James demuestra cómo «había un intento generalizado de eliminar cualquier forma de monopolio, pero incluso los pensadores más progresistas nunca sugirieron que el Estado debía abandonar sus competencias de regulación y supervisión»¹⁴.

Es innegable, pues, que la regulación es necesaria para la competencia y que la competencia es necesaria para realizar una regulación no autoritaria.

¹³ YANDLE, «Sir Edward Coke and the Struggle for a New Constitutional Order», *Constitutional Political Economy*, vol. 4 n.º 2, 1993.

¹⁴ JAMES, Margaret, *Social Problems and Policy during the Puritan Revolution*, Londres, 1966, p. 158.

Por tanto, el esquema legal será, no tanto la tolerancia, sino una estructura jurídica de limitación, fragmentación y equilibrio entre instituciones sean religiosas, políticas, económicas. Se trata por tanto de la preservación de un derecho de «competencia» entre ellas que mantenga un equilibrio para que ninguna acabe dominando.

Como dice Christopher Hill, «los monopolios tienen implicaciones constitucionales y políticas. La iglesia (anglicana) es una organización tanto política como religiosa y una gran fuerza terrateniente... Esta imposibilidad de escindir las causas religiosas, de las constitucionales y de las religiosas de la guerra civil, coincide con la complejidad de la vida inglesa del siglo XVII».

En definitiva, la lucha antimonopolios no es una lucha neoliberal sino social. La principal finalidad del derecho de la competencia no es la eficiencia de las empresas sino la protección de los ciudadanos. Como ha señalado Garrigues, «la legislación antimonopolio refleja una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad»¹⁵.

III. EL EJEMPLO DEL MODELO POLÍTICO-ECONÓMICO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Donde estas doctrinas tuvieron una inmediata constitucionalización en el sistema institucional y jurídico fue en las colonias norteamericanas. Desde los primeros inmigrantes, los puritanos, en 1605 en Virginia y en 1620 en Massachusetts, se opusieron a cualquier tipo de *establishment* eclesiástico y en las posteriores inmigraciones, en la mayoría de los casos por motivo de persecución religiosa, llevaron a una realidad social, con la independencia de los EEUU (1766), de pluralidad de grupos religiosos ninguno de ellos mayoritario y con un relativo equilibrio y respeto mutuo, todos ellos partidarios de ese equilibrio y de mantener un sistema en que no prevaleciera una posición dominante de alguna de estas ideologías¹⁶. En palabras de Hunter, «dentro de este contexto de diversidad había también un equilibrio de intereses religiosos en competencia»¹⁷.

Los puritanos exportaron también la lucha contra la concentración del poder en todas sus manifestaciones —económico, político y religioso— y los compiladores del Código de Massachusetts de 1648 encarga-

¹⁵ GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964.

¹⁶ Tocqueville en 1830 describía cómo los católicos norteamericanos, al estar en minoría también habían cambiado su ideología monopolista y dominante y eran partidarios de establecer límites a un predominio religioso y de mantener un equilibrio entre las iglesias y entre el poder político. «Los católicos están en minoría y tienen necesidad de que se respeten todos los derechos para tener la garantía del libre ejercicio de los suyos. Estas dos causas les impulsan, sin darse cuenta, hacia doctrinas políticas que quizás adoptarían con menos ardor si fueran ricos y predominantes». TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, vol. I, Madrid, 1980, p. 273.

¹⁷ HUNTER, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, Nueva York, 1991.

ron ejemplares de las obras inglesas en las que se inspiraron. «Este Código eliminó todos los monopolios feudales [...] fue el primer Código moderno del mundo occidental y sus autores se inspiraron fundamentalmente en la obra de Coke y de los ingleses»¹⁸.

La guerra de independencia americana fue en parte una lucha contra los monopolios que detentaban los ingleses de la metrópolis. «En el siglo XVIII el monopolio significaba las concesiones económicas en exclusiva como la dominación que la Compañía del Este de India ejercía sobre el comercio del té. Esas concesiones reales de privilegios simbolizaron los poderes absolutos y corruptos contra los que lucharon los arquitectos del sistema constitucional americano en su revolución»¹⁹.

Más de un siglo después, estaba ya arraigada la cultura pluralista. Madison, uno de los artífices de la Constitución americana, expresó la proyección de este esquema pluralista y de competencia de la experiencia religiosa a la política, cuando en el número 51 del *Federalista* escrito en 1787 y defendiendo el sentido de la nueva Constitución federal, se refería al equilibrio de poderes y a la cultura federal de fragmentación del poder como fórmula para combatir los proyectos opresores de una mayoría: «La autoridad estará dividida en tantas partes, tantos intereses diversos y tantas clases de ciudadanos, que los derechos de los individuos o de la minoría no correrán grandes riesgos por causa de las combinaciones egoístas de la mayoría. En un gobierno libre, la seguridad de los derechos civiles debe ser la misma que la de los derechos religiosos. En el primer caso reside en la multiplicidad de intereses, y en el segundo, en la multiplicidad de iglesias. El grado de seguridad depende, en ambos casos, del número de intereses y de iglesias».

Es indiscutible que esta cultura de fragmentación y mantenimiento de equilibrio entre poderes, va a aplicarse por igual en el campo religioso, político o económico. Por tanto, el esquema legal será no tanto la tolerancia sino la creación de una precisa estructura jurídica que limite el predominio de una mayoría, en todos los ámbitos. Se trata en definitiva del establecimiento de un derecho de competencia entre la pluralidad de poderes, para que ninguno de ellos acabe teniendo un predominio absoluto.

Los americanos proyectan sobre el sistema constitucional el mismo esquema federal que habían aprendido de su tradición histórica. En este sentido, la fragmentación de cualquier tipo de poder se transmite a todos los ámbitos de la sociedad americana, desde el religioso, al político o el económico.

Este esquema, en el ámbito del antimonopolio económico, no se plasmó en un artículo de la constitución federal porque como otros de-

¹⁸ HILL, *Orígenes intelectuales de la revolución inglesa*, pp. 282-283.

¹⁹ KAHN, T., *Prophets of Regulation*, 1984, p. 10.

rechos fundamentales, se hallaban ya regulados en las constituciones preexistentes de los 13 estados y por tanto eso era una atribución estatal y no federal. La Constitución del Estado de Maryland de 1776 recogía en su declaración de derechos (art. 29) que «los monopolios son detestables, contrarios al espíritu del gobierno libre y a los principios del comercio y que no tienen por qué ser soportados». Lo mismo puede decirse de la Constitución del Estado de Tennessee, declarando que «los monopolios son contrarios al genio del libre gobierno»²⁰.

La nueva Constitución recoge pues las nuevas competencias de la federación y respeta las competencias exclusivas y genuinas de los Estados que celosamente habían defendido. A pesar de esta cuestión formal, el espíritu no se halla sólo en la norma sino que está impregnado en todo el sistema jurídico. Jeferson, sin embargo, propuso que se incluyera en las enmiendas sobre derechos fundamentales a la Constitución federal, una prohibición de los monopolios²¹. Madison, por su parte, asentía y expresaba cómo la cultura federal de fragmentación lo es en cualquier campo:

«Los monopolios son sacrificios de muchos para unos pocos. Donde el poder está en estos pocos, es natural para ellos sacrificar a muchos con sus propias parcialidades y corrupciones. Donde el poder, como entre nosotros, está en los muchos y no en los pocos, el peligro de que resulten favorecidos unos pocos no puede ser muy grande»²².

Este principio contra la concentración del poder económico y por tanto de establecimiento de una competencia empresarial, ha sido uno de los puntos más relevantes de la historia social y popular de la sociedad americana. Desde el inicio, existió una fuerte contestación popular contra estos monopolios. «En junio de 1779, un panfleto circulaba por Boston reclamando la movilización y una manifestación general para expulsar a los que detentaban monopolios de la ciudad. Muchas de las declaraciones de derechos de las primeras constituciones estatales recogieron esta hostilidad popular contra el monopolio»²³. Así, Piott describe la situación de los movimientos populares y urbanos que aparecieron explicando que, «Justo cuando la esperanza de ver la realización del sueño democrático pare-

²⁰ V. CASES, L., *Derecho administrativo de Defensa de la Competencia*, Madrid, 1995, p. 454.

²¹ «El decir que no habrá monopolios restringe la incitación al ejercicio del ingenio, que se ve espoleado por la esperanza de un monopolio por plazo limitado; pero las ventajas de los monopolios, incluso limitados son demasiado dudosas para oponerse a las de su supresión general... espero por consiguiente que se elabore una declaración de derechos para proteger al pueblo del gobierno general, como está protegido, en la mayoría de los casos, de los gobiernos estatales». Carta de Jeferson a Madison, París, 1 de julio de 1788, recogida en *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987, p. 478.

²² Carta de Madison a Jeferson de 31 de julio de 1788. Reeditada en *The Founders Constitution*.

²³ PIOTT, *The anti-monopoly Persuasion. The popular resistance to the rise of big business in the Midwest movement*, p. 6.

cía más cercana, estas nuevas formas de riqueza económica y la forma de crecimiento económico, empezaron a destruir para muchos ese sueño»²⁴.

«Los líderes de la lucha antimonopolios esperaban que las leyes anti-monopolio pudieran ayudarles. La aplicación estricta de las leyes *antitrust* era una táctica. Los tribunales imponían severas multas, revocaban concesiones y amenazaban a los directores de las empresas concesionarias con la cárcel como forma de disciplinar esos monopolios. La eliminación de la injusticia económica justificó boicots, huelgas, inspecciones y condenas desde los púlpitos, los tribunales y la prensa. Estos antimonopolistas reaccionaron democráticamente a lo que percibían como una imposición de la clase dominante cuya riqueza económica y su posición aseguraba un control del poder político y económico. Adoptaron el concepto de “interés público” como un estándar por el que se juzgaban a las empresas y creyeron que sus esfuerzos podían restaurar la independencia económica y revitalizar la democracia en la sociedad americana»²⁵.

Así se demuestra cómo la lucha histórica contra la concentración económica es una lucha por la igualdad de derechos. Ya en 1865, Piott describe la situación de la siguiente forma: «El ambiente político incluía una insistencia sobre la igualdad de derechos y una intensa hostilidad al monopolio, normalmente dirigida contra los bancos y las empresas titulares de concesiones (*chartered corporations*)»²⁶.

Estas movilizaciones populares originaron la extensión de la legislación de defensa de la competencia. Cuando el Congreso federal tomó cartas en el asunto, se promulgó la famosa ley *antitrust* de 1890, trece estados habían ya promulgado leyes *antitrust* y otros ocho estados tenían una cláusula *antitrust* en su Constitución. Este proceso culminó con la citada Sherman Act de 1890, ley fundamental todavía vigente en la actualidad. El propio senador de Ohio Sherman explicaba agudamente el sentido de esta legislación que a su vez recogía los valores políticos y jurídicos: «si los poderes concertados de una combinación son encomendados a un sólo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían ser sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales... Si no toleramos a un rey absoluto como poder político, no deberíamos tolerar a un rey absoluto de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier precio o producto»²⁷.

La intervención del senador también refleja la presión popular que originó su proyecto de Ley. «La opinión popular está agitada con los

²⁴ PIOTT, *The anti-monopoly Persuasion. The popular resistance to the rise of big business in the Midwest movement*, p. 6.

²⁵ PIOTT, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ PIOTT, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ Para un completo examen del derecho *antitrust* americano, véase CASES, L., *Derecho administrativo de Defensa de la Competencia*, Madrid, 1995.

problemas que pueden perturbar el orden social y entre ellos ninguno es más amenazador que la desigualdad de condición. Riqueza y oportunidad han crecido en una sola generación a fuerza de concentración de capital en grandes asociaciones para controlar la producción, el comercio y para acabar con la competencia. Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan las autoridades estatales. Nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país. El Congreso puede manejarlas y si no tenemos la voluntad o somos incapaces pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida.»

Sorprende pues que todavía hoy se pueda argumentar que la promulgación de la Sherman Act, fue una legislación liberal, de defensa puramente del mercado económico, cuando es incuestionable que fue una reivindicación y una conquista popular y democrática, que la tradición europea se ha resistido a admitir.

IV. EL BINOMIO ENTRE TRADICIÓN AUTORITARIA Y DISCURSO ANTICOMPETENCIA

Tradicionalmente se ha podido comprobar cómo las dictaduras se han basado en una concentración del poder económico. Los cimientos de los regímenes autoritarios han sido siempre los monopolios, que traducían el mismo esquema de concentración del plano político al plano económico. El presidente de la autoridad de defensa de la competencia alemana (Bundeskartellamt) expresó de forma magistral el sustrato económico de la dictadura nazi: «En definitiva, se aposentó una concentración sin precedentes tanto en la industria como en el comercio, prensa y banca. Ya antes de 1933 apenas sí había competencia en la mayoría de los mercados, porque la autonomía privada estaba ya completamente carcomida y vaciada. Así, también en la economía se les presentaban fáciles las cosas a los nazis. El 15 de julio de 1933 éstos promulgan una ley de formación de cárteles obligatorios que sustancialmente venía a corresponder por completo a los deseos de la Asociación Nacional de la Industria Alemana. Queda suprimido el último resto de la competencia. La economía deja de estar al servicio de la satisfacción libre de las necesidades humanas y es utilizada para implantar un imperio en menosprecio del hombre y de la libertad»²⁸.

Los aliados tenían muy claro que el autoritarismo político alemán sólo se erradicaría definitivamente mediante el establecimiento de una estructura fragmentada de cualquier tipo de poder, y de manera muy significativa, el poder económico. Así, se obliga a crear una administración y unos tribunales *antitrust*. Ya en los acuerdos de Postdam de 1945 se

²⁸ KARTTE, Wolfgang, *Leyes sobre la competencia. Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania*, Bonn, 1990, citado por CASES, *op. cit.*, p. 658.

declaró que «en la fecha más cercana posible, la economía alemana debe ser descentralizada con el objetivo de eliminar la excesiva concentración del poder económico actual, ejemplificado en particular en *cartels*, *syndicates*, *trusts* y otros convenios monopolísticos».

En España, la historia económica y los monopolios que se establecieron durante la dictadura de Primo de Rivera, ampliados y consolidados durante la dictadura franquista ilustran el mismo argumento. Los acuerdos hispano-norteamericanos de la posguerra pusieron como un punto ineludible la creación de un tribunal y una legislación de defensa de la competencia²⁹. Sin embargo, su creación fue puramente nominal y en más de dos lustros no se impuso ninguna sanción³⁰. La cultura anti-competencia seguía pues fuertemente arraigada en todos los sectores de la sociedad española por igual.

Pocos vieron³¹ que el establecimiento de una democracia en España era correlativo con la democratización de la economía y el establecimiento de un equilibrio plural entre los operadores económicos y financieros como única fórmula para que no se establezca una corrupción y un contubernio entre el poder político y el poder económico tal y como señala Franco Modigliani. El premio Nobel ya advertía con clarividencia que el excesivo intervencionismo administrativo en la ordenación del sector bancario italiano respondía no tanto al fin de la protección del interés social, como a una fórmula para influir políticamente en el centro del poder financiero. El caso italiano es el más paradigmático, pero desde luego no el único porque ése es un rasgo común a las tradiciones jurídicas del sur de Europa. «Creemos que en Italia, las normas legales se han dejado deliberadamente vagas, incompletas e incluso inaplicadas. La actual estructura reguladora existe en orden a perpetuar la implicación omnipresente de facciones políticas en el gobierno de la economía. En un clima legal difuso, muchas transacciones económicas deben ser negociadas o deben ser objeto de mediación a través de la intervención política. En particular, la regulación financiera ha adoptado históricamente la forma de controles estrictos sobre qué actividades deben ser permitidas en el sector financiero»³².

El establecimiento de una Unión y un derecho europeo más activo en el establecimiento de normas antimonopolio y que favorezcan la competencia, es uno de los pilares del futuro desarrollo de una Europa unida y a la vez plural³³.

²⁹ Acuerdos de las Bases con Estados Unidos de 1953. En su artículo 2 se obligaba al gobierno español a «desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional...», CASES, *op. cit.*, p. 281.

³⁰ FRAILE BALBÍN, P., *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Madrid, 1998.

³¹ TAMAMES, R., *La lucha contra los monopolios*, Madrid, 1970.

³² MODIGLIANI, F. y PEROTTI, E., «The reforms are overdue», *Financial Times*, 19 de noviembre de 1990.

³³ BALLBÉ, V. y PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, *op. cit.*

V. LA COMPETENCIA COMO PROCEDIMIENTO DE INNOVACIÓN

La competencia fuerza a la estructura económica en constante presión para innovar. Las empresas excesivamente dominantes en un mercado no tienen la necesidad de ofrecer productos y servicios nuevos a los ciudadanos para así ganar una porción del mercado. Es, pues, también indiscutible que la concentración del poder reduce dramáticamente los incentivos para innovar.

Otra prueba de que el principio competitivo no se circunscribe al ámbito ni al análisis económico y eficiencia es la observación de que el desarrollo científico está basado en el mismo principio.

El progreso científico y, por tanto, el de la sociedad, se ha basado así en el principio competitivo que rige en otros ámbitos del conocimiento. Kuhn ha señalado que «el pensamiento convergente es tan esencial como el divergente para el avance de la ciencia. Como estos dos modos de pensar entran inevitablemente en conflicto, se infiere que uno de los requisitos primordiales para la investigación científica de la mejor calidad es la capacidad para soportar una tensión»³⁴. Asimismo, ha puesto de relieve que la elección entre instituciones que compiten entre sí tiene una similitud con la elección entre paradigmas científicos en competencia, que es el procedimiento ordinario de evolución de las ciencias³⁵.

El pluralismo y la competencia cívica entre los distintos protagonistas en un determinado ámbito político, social, científico o cultural, son elementos nucleares que constituyen el motor del progreso en aquellas áreas. Rescher afirma que la división y la competencia entre diferentes escuelas de la comunidad científica «es uno de los objetivos e incentivos principales para los esfuerzos productivos de los científicos, obligando a cada escuela a luchar para validar y defender su punto de vista. El disenso proporciona uno de los estímulos más importantes para el progreso científico. La ciencia, lejos de ser un campo dominado por el consenso es en realidad un campo donde la controversia y el disenso son la sangre vital del trabajo científico»³⁶.

También en el ámbito cultural, Bourdieu ha señalado que «el campo literario (o artístico) es un campo de fuerzas que actúan sobre todos aquellos que entran en el mismo, y de manera diferente según la posición que en él ocupan (por ejemplo, el autor de obras de éxito o el poeta de vanguardia), y al mismo tiempo es un campo de luchas de competencia que tienden a conservar o a transformar este campo de fuerzas.

³⁴ KUHN, Thomas, «La tensión esencial: tradición e innovación en la investigación científica», en *Estudios Metahistóricos*, Madrid, 1983, p. 249.

³⁵ KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, p. 151.

³⁶ RESCHER, *Pluralism*, Londres, 1993, p. 40.

Las tomas de posición (obras, manifiestos o manifestaciones políticas, etc.), que pueden y deben ser tratadas como un “sistema” de oposiciones para las necesidades del análisis, no son el resultado de una forma cualquiera de acuerdo objetivo, sino el producto y la postura de un conflicto permanente. Dicho en otras palabras, el principio generador y unificador de ese “sistema” es la misma lucha»³⁷.

Muchos autores, tanto en el campo científico puro como en el económico, han señalado cómo una de las propiedades de la competencia es que ésta proporciona un proceso para el descubrimiento y la innovación. En esta línea, Hayek³⁸ ha afirmado que la competencia, con una visión nada economicista, que en un mundo donde el conocimiento y las soluciones a los problemas son imperfectos, ayuda a descubrir nuevas formas de organización a través de un proceso de experimentación que, al igual que en el campo científico, es un proceso de ensayo y error.

Si el proceso de descubrimiento científico se basa en el método competitivo, se hace difícil pensar que la innovación en la política o en el Derecho puedan articularse con un método diferente. Ciertamente, la tradición centralista está basada en un método contrapuesto al competitivo cual es la existencia de un centro que detenta el monopolio del conocimiento y se predetermina la solución correcta.

La herencia de una tradición cultural no democrática ha determinado que del principio competitivo sólo se extraigan conclusiones negativas. Indagar los aspectos positivos del sistema pluralista competitivo puede contribuir a dar verdadero sentido a nuestro sistema constitucional y a proporcionar instrumentos imprescindibles para su funcionamiento.

La competencia en una cultura centralista y de monopolio del poder es descrita en términos de conflicto, rencor, desconfianza, desarmonía y en la existencia de un enemigo irreconciliable³⁹. Además, de forma significativa, el término «competencia» va normalmente acompañado del adjetivo «salvaje» o «destruictiva». Efectivamente, estas connotaciones negativas deben dejar paso a una concepción democrática y por otra parte no economicista de la competencia, basada en una aplicación relativista del principio⁴⁰.

³⁷ BOURDIEU, *Les règles de l'art*, París, 1992, p. 323.

³⁸ HAYEK, «The meaning of competition», en el libro del mismo autor, *Individualism and economic order*, Chicago, 1948.

³⁹ CAPPELLETTI, «Foreword», en CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlín, 1986: «Es difícil intentar establecer la frontera entre guerra y litigio para resolver conflictos, o compromiso y conciliación. Si se pretende uniformizar ya sabemos cuáles serán las consecuencias negativas. La confrontación es provechosa si no se pasa al grado de la guerra, vencer y eliminar física y moralmente al adversario».

⁴⁰ BRETON, «Towards a Theory of Competitive Federalism», *European Journal of Political Economy*, vol. 3, n.º 1 + 2, 1987, p. 277.

VI. LA DEMOCRACIA ES COMPETENCIA

Democracia y competencia no son conceptos antagónicos sino que la competencia es uno de los elementos nucleares que definen el contenido de la democracia. El entero sistema democrático se concreta en un momento central de definición y funcionamiento que son las elecciones. Éstas consisten en un proceso competitivo entre diferentes partidos con programas contrapuestos donde el ciudadano debe realizar una elección, a través de su voto, entre las diferentes opciones en competencia. Se hace difícil, por tanto, desvincular el principio competitivo del principio democrático. Ahora bien, en un Estado democrático unitario centralista, esta competencia terminaría el día después de las elecciones. Por contra, en un sistema de Estado compuesto, como el federal o el autonómico, donde hay una pluralidad de poderes territoriales y una diversidad de procesos electorales, las diferentes Administraciones públicas van a estar dirigidas normalmente por diferentes partidos políticos, por lo que la competencia no se va a terminar el día de las elecciones, sino que se va a manifestar en todo momento entre las alternativas administrativas y jurídicas que vayan presentando el poder central, los poderes regionales y los poderes locales.

En este sentido, la existencia de un sistema democrático pluralista se basa precisamente en la aceptación de una competencia en un marco de respeto de las otras posiciones que concurren y en el rechazo de cualquier concepción unilateral absolutista o monopolizadora de los poderes. Por tanto, cuando se asocia la competencia únicamente a resultados destructivos y como una identificación con la competencia salvaje, se está construyendo una ideología que pretende excluir un mecanismo inherente a la democracia. Si ese principio cívico de la competencia es aceptado en la confrontación electoral es fácilmente comprensible que deba ser aceptado en la competencia entre distintos niveles de Administración Pública y entre Estados. Al carecerse de una tradición democrática en nuestro país, el principio de la competencia ha quedado al margen de nuestros valores superiores. Incluso en los países democráticos europeos, cuya democracia ha sido de signo centralista, el valor de la competencia no ha alcanzado la magnitud que adquiere en los sistemas de tradición democrática pluralista. Sin embargo, los imperativos del proceso de Unión Europea exigen tomar seriamente en consideración este mecanismo de integración.

En la medida en que se extienda una conciencia social a favor de la competencia cívica como valor del pluralismo y no tanto como puro concepto económico de eficiencia y bajo parámetros de mercado, recuperaremos la tradición pionera de la lucha contra el monopolio de las fuerzas progresistas. Sin esta plena conciencia social a favor de la competencia en todos sus ámbitos será muy difícil alcanzar un Estado plenamente democrático y pluralista, también en la economía ⁴¹.

⁴¹ Para una consideración más amplia de la cuestión, véase BALLBÉ y PADRÓS, *Estado Competitivo y armonización europea*, Barcelona, 1997.

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES COLEGIADAS

Francisco CABRILLO

Catedrático de la Universidad Complutense

I. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EL EJERCICIO PROFESIONAL

Las restricciones al libre ejercicio de la actividad en las profesiones colegiadas se ha convertido, en los últimos años, en una de las cuestiones más debatidas de la política de defensa de la competencia. Y España no ha sido una excepción a esta regla. El año 1992 el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió un amplio informe en el que se sugería la introducción de cambios sustanciales en la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974¹. Y algunos de estos cambios —no todos, ciertamente— fueron llevados a cabo por la Ley de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales de 14 de abril de 1997. Por otra parte, muy poco tiempo antes de la promulgación de esta ley, la OCDE dió a conocer su anteproyecto de reformas en la regulación de determinados servicios profesionales —concretamente abogados, contables, ingenieros y arquitectos— en el que, tras constatar las dificultades que en muchos países encuentra la aplicación de una política realmente liberalizadora en lo que al ejercicio de estas profesiones respecta, se sugería la puesta en marcha de una serie de medidas destinadas a incrementar la competencia en este sector². Al margen de determinadas políticas concretas, como las referidas a evitar que los colegios establezcan tarifas a aplicar de forma obligatoria por sus miembros o a que prohíban o limiten sustancialmente la publicidad, el documento de

¹ Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992. Es interesante señalar que el Tribunal debió prever dificultades tan serias para aplicar medidas liberalizadoras en este sector que consideró necesario incluir un «Apéndice para facilitar la adopción de la reforma».

² OCDE, 1997.

la OCDE sugería dos estrategias que deberían ser analizadas en mayor detalle en España. La primera, que exista suficiente flexibilidad en la regulación de las prácticas profesionales como para permitir que profesionales de nivel inferior —es decir, lo que a menudo se conoce como «paraprofesionales»— realicen determinadas actividades que, por su sencillez o carácter rutinario, no exigen realmente la presencia de un profesional altamente cualificado y puedan ser así ofrecidas a los clientes a costes más bajos. La segunda, la conveniencia de extender en mayor grado la aplicación de las leyes de defensa de la competencia al ejercicio profesional, tema que constituye el objeto principal de este trabajo³.

Con estos cambios legislativos y estas propuestas como marco, este artículo presenta algunas ideas —tanto teóricas como aplicadas a la realidad española— con el propósito de que puedan servir de pauta a un debate sobre la conveniencia de introducir en nuestro país, en el próximo futuro, una liberalización que permita alcanzar, en el sector de actividades profesionales, un nivel de competencia superior al diseñado en la reforma de 1997. Hay que señalar, por fin, que no se hará referencia en este trabajo a los profesionales funcionarios —notarios, corredores de comercio y registradores—; exclusión que viene justificada por las especiales características de su actividad que hacen que estas profesiones requieran un estudio específico.

II. INFORMACIÓN ASIMÉTRICA Y REGULACIÓN PÚBLICA DEL EJERCICIO PROFESIONAL

En prácticamente todos los países europeos, la organización del ejercicio de profesiones como las de abogado, médico, etc., es antigua; y, en muchos aspectos, muestra aún rasgos del viejo corporativismo gremial. Para gran parte de estos profesionales, la libre competencia en el ejercicio de su actividad no es un objetivo deseable; y la regulación de lo que los afiliados a un determinado colegio pueden o no hacer, suele revestirse de un apasionado discurso sobre la importancia social de su concreta actividad. En pocas palabras, se argumenta que lo que estos profesionales hacen en nuestra sociedad es tan importante y trascendente que no puede dejarse que sea contaminado por los aspectos «mercantiles» característicos de la competencia⁴.

³ OCDE, 1997, pp. 26-27.

⁴ El uso de este tipo de argumentos en nuestro país ha sido estudiado por P. Fraile en FRAILE, 1998. Dos ejemplos pueden resultar ilustrativos. El primero se refiere a los notarios, quienes, desde su publicación *Nuestra Revista. Órgano de la Unión Notarial* denunciaban en 1923 «el espantoso azote de la competencia» y no dudaban en condenar «la competencia mercantil que nos degrada». El segundo, a los farmacéuticos, quienes, pocos años después, en 1930, en su publicación *La Voz de la Farmacia* afirmaban en unos términos que resultan sorprendentemente actuales: «La supresión de la libre concurrencia, manantial inagotable de malas artes para conseguir el favor del público y obtener la mayor ganancia, purificaría a la Farmacia del encanallamiento

Muchos de los argumentos que habitualmente se utilizan en contra de la liberalización del ejercicio profesional de las que, a veces paradójicamente, se denominan «profesiones liberales» tienen muy poca solidez y simplemente reflejan viejos prejuicios o la defensa de rentas de monopolio por parte de los profesionales afectados. Es éste el caso de todos los argumentos basados, por ejemplo, en la necesidad de reducir la competencia debido a la elevada función social que los miembros de una determinada profesión desempeñan; o a la conveniencia de mantener la «dignidad» de determinadas profesiones que, en opinión de algunos, podría verse afectada negativamente por una mayor competencia en la captación de clientes. Pero existen, sin embargo, argumentos de peso que permiten justificar, en términos de eficiencia, determinadas regulaciones en el ejercicio profesional. Cuestión distinta, como más adelante veremos, es el grado en el que tal argumento presta validez a la reglamentación realmente existente en nuestros días.

El principal argumento que puede utilizarse en favor de la regulación de la actividad de los profesionales colegiados se basa en la asimetría de información entre los oferentes del servicio —los profesionales— y los demandantes —sus clientes—. Es una idea generalmente aceptada que en las economías de mercado los precios son indicadores tanto de la escasez como de la calidad relativa de un producto. En condiciones de información perfecta hemos de esperar que la diferencia de precios entre dos productos semejantes refleje la diversa calidad de ambos. Los consumidores racionales no adquirirán necesariamente, por tanto, bajo estas condiciones, el producto más barato, sino aquel cuya relación calidad-precio sea más favorable, o aquel que responda mejor a las preferencias de calidad de un determinado consumidor, que no tiene por qué estar dispuesto a pagar un precio más alto por un producto mejor. El mercado alcanzará su equilibrio cuando los precios ajusten las cantidades demandadas y ofrecidas de producto a cada nivel de calidad y desaparezca, por tanto, todo exceso de oferta o de demanda para todas las calidades.

La teoría de los mercados competitivos presupone que los compradores y los vendedores tienen el mismo grado de información con respecto al producto. Pero, ¿qué ocurriría si esto no fuera así? ¿Cuál sería la posición de un comprador que intentara adquirir un producto de cuyas condiciones técnicas ignora casi todo y con respecto al cual no existe una producción estandarizada en la que determinadas marcas le ofrecen una garantía de calidad y eficiencia? La respuesta inmediata a esta cuestión es que difícilmente el comprador podría tomar una decisión acertada, ya que sería incapaz de ponderar los diferentes precios con las diversas calidades del producto, porque ni conoce éstas ni el mercado le ofrece ins-

industrial y mercantil en el que actualmente se prostituye. No cabe duda de que, con la limitación de farmacias, ganarían, en primer término la sociedad, que disfrutaría de un servicio más perfecto; en segundo, el concepto social de la profesión, que se dignificaría; en tercero, el farmacéutico, que aseguraría medios para una decorosa subsistencia». Cit. en FRAILE, 1998, pp. 87-88.

trumentos que le permitan decantarse por un determinado producto con un mínimo de confianza de que está gastando bien su dinero. Y esto no es una mera suposición académica, ya que, en determinados mercados, como los de ciertos servicios profesionales en España, resulta difícil que se genere esta información o que se ofrezcan indicios precisos de calidad al usuario; la cuestión se complica aún más si, como más adelante veremos, es la propia ley reguladora la que dificulta que las empresas suministren en forma adecuada tal información al mercado.

Los efectos de estos mercados imperfectos han sido ampliamente estudiados por los economistas, especialmente a partir del ya clásico trabajo de Akerlof sobre los mercados de productos defectuosos⁵. Su conclusión básica es que, sin medidas que permitan ofrecer una cierta garantía al usuario de determinados productos, la calidad de éstos se reducirá y los mejores productos desaparecerán del mercado. La razón es la siguiente. Al no ser los demandantes capaces de juzgar adecuadamente sobre la calidad del producto, los oferentes no tendrán incentivos para ofrecer buenos productos. Los consumidores, por su parte, tratarán de seguir una estrategia de minimización del gasto. Ya que no pueden juzgar la calidad del producto, la mejor forma de obtener la máxima rentabilidad de su dinero es pagar el precio más bajo posible. Y ante esta estrategia, los oferentes tendrán un nuevo incentivo para suministrar productos de baja calidad. Sólo en el caso de que los productores ofrezcan los indicios de fiabilidad antes mencionados o existan normas legales que garanticen mínimos de calidad será posible dar solución, al menos parcial, a este problema.

La lógica de maximización, desde el punto de vista individual, y el ineficiente resultado desde el punto de vista social pueden explicarse fácilmente mediante un sencillo modelo de teoría de juegos. El juego desarrollado a continuación parte de los siguientes supuestos, todos los cuales pueden considerarse perfectamente ajustados a la realidad:

a) Tanto el cliente como el profesional son agentes económicos racionales, que intentan maximizar su nivel de satisfacción a partir de unas condiciones dadas.

b) Existe una asimetría de información entre las partes, cuya característica principal es que el cliente no tiene conocimientos para distinguir en todos los casos entre un servicio de buena calidad y otro de mala calidad ofrecidos por el profesional.

c) El modelo de organización de la actividad profesional funciona de una manera tal que un profesional tiene dificultades para crear una reputación de calidad en sus servicios que sea conocida por el cliente.

d) Existe libertad de tarifas y los profesionales pueden utilizar su política de precios como instrumento de competencia.

⁵ AKERLOF, G. A., 1970.

FIGURA 1. BENEFICIOS SEGÚN NIVELES DE CALIDAD Y PAGO

		<i>Cliente</i>	
		<i>Pago elevado</i>	<i>Pago reducido</i>
Profesional	Servicios de alta calidad	10 10	2 15
	Servicios de baja calidad	15 2	5 5

En estas circunstancias cada uno de los agentes —el profesional y el cliente— tienen dos estrategias posibles, cuyos efectos aparecen reflejados en la matriz de resultados representada en la figura 1. Las del primero son ofrecer un servicio de alta calidad o un servicio de baja calidad. La primera exige al profesional realizar un trabajo de mayor complejidad que la segunda; y, al mismo tiempo, cobrar una tarifa más elevada. La segunda, por su parte, le va a exigir un trabajo de menor nivel, pero le va a permitir, como contrapartida, obtener un ingreso inferior.

Por su parte, la estrategia del cliente es también doble. Puede acudir a un profesional que cargue tarifas elevadas o puede acudir al que las cobre precios más bajos. Ya se ha apuntado anteriormente la idea de que, en condiciones de información perfecta, la decisión del cliente será óptima en función del servicio que desee obtener. En estas condiciones, el mercado sólo permitirá que se cobren precios altos por los servicios de calidad, ya que nadie acudiría a un profesional que cobrara caro por un mal servicio. Pero esto no significa que todos los clientes vayan a acudir a los mejores profesionales. Es perfectamente racional, por el contrario, que, en determinados casos, prefieran un servicio de peor calidad a un coste más bajo. Pero cuando la información disponible acerca del servicio es defectuosa, el cliente tendrá un claro incentivo a buscar al profesional que cargue tarifas más reducidas, ya que un precio más alto no le garantiza una mayor calidad.

Supongamos el caso de un cliente que tiene especial interés en obtener un servicio de alta calidad. La situación óptima para ambas partes —oferente y demandante— es claramente aquella que combina las estrategias «pago elevado» y «servicio de alta calidad», es decir, la representada en la casilla superior izquierda de la figura 1. Es fácilmente demostrable, sin embargo, que no será éste el resultado final del juego. El equilibrio (equilibrio de Nash, en términos de teoría de los juegos)⁶ se alcanzará, en cambio, en aquella situación en la que el cliente seguirá la estrategia de «pago reducido» y el profesional la de «servicio de baja calidad», es decir la representada en la casilla inferior derecha de la figu-

⁶ En teoría de juegos se denomina «equilibrio de Nash» aquella combinación de estrategias en la que ningún jugador podría obtener mejores resultados si modificara su propia estrategia, dadas las estrategias del otro jugador.

ra. ¿Por qué se alcanzará el equilibrio en este punto, que no es óptimo para ninguno de los dos? La razón está en las estrategias de maximización que cada una de las partes adoptará, dados los resultados posibles.

Para el cliente los beneficios netos esperados de la estrategia «pago elevado» (10,2) son claramente inferiores a los de la estrategia «pago reducido» (15,5). Ante la imposibilidad de juzgar adecuadamente la calidad del servicio que le ofrecen, el cliente optará por la estrategia «pago reducido». El profesional, por su parte, no tendrá incentivos para seguir la estrategia «servicio de alta calidad», ya que el cliente no está dispuesto a pagarlo. Y, mientras no se rompa este círculo vicioso, el equilibrio se mantendrá en una situación no óptima que, en nuestro caso, se caracterizará por la desaparición del mercado profesional de los servicios de alta calidad.

III. LOS LÍMITES DE LA REGULACIÓN

He dedicado algún tiempo a la explicación de este modelo —bien conocido, por otra parte, entre los economistas—, porque considero que el análisis de la regulación del ejercicio profesional debe hacerse a partir del argumento más coherente en favor de establecer límites a la libertad total de mercado en este campo. Y porque pienso que las medidas concretas de política de competencia a aplicar en este caso deben basarse fundamentalmente en criterios de eficiencia. La pregunta práctica a plantear tras la identificación del problema es, por tanto, la siguiente: ¿cuál debe ser la actitud del Estado cuando se encuentra ante la disyuntiva de regular o no un mercado de estas características?

Existe un consenso bastante generalizado entre los economistas con respecto a la conveniencia de una concreta restricción a la libre entrada para garantizar una mínima calidad en el ejercicio de determinadas profesiones: la reserva de actividad a aquellas personas que han demostrado tener una cualificación técnica adecuada. La exigencia de un determinado título académico para ejercer, por ejemplo, la abogacía o la medicina —aunque constituye una indudable barrera de entrada a un mercado concreto— puede resultar un método eficiente para garantizar un mínimo de calidad en el servicio prestado.

Pero, con respecto a estas barreras de entrada conviene hacer algunas matizaciones importantes, que marquen límites a la regulación estatal. La primera es que resulta discutible su aplicación indiscriminada a todo tipo de profesiones. El asesoramiento económico a las empresas, por ejemplo, es realizado a menudo por profesionales que no tienen el título de economistas (ingenieros o licenciados en derecho, por ejemplo), sin que esto suponga problema alguno para los demandantes de tales servicios. El grado de asimetría en la información es, en este caso, mucho más reducida que el que existe en otras relaciones entre profesionales y

clientes, por lo que la necesidad de regulación es, sin duda, menor. Este argumento de la conveniencia de una regulación diferente para clientes diferentes, en el sentido de una regulación más estricta cuando el cliente es un consumidor individual y más abierta cuando el cliente es una empresa, ha sido, por cierto, apuntada recientemente en el antes mencionado documento de la OCDE. El argumento se basa en que una reglamentación que se presenta como defensora de los intereses de los consumidores no tendría por qué aplicarse de la misma forma a consumidores con características muy distintas. Se señala, concretamente, que las empresas, cuando son demandantes de un determinado servicio profesional tienen mayor capacidad que un particular para enjuiciar la competencia de los oferentes. La conclusión de esto sería que la asimetría de información desempeña un papel mucho menor en las relaciones entre profesionales y empresas que en la relación entre profesionales y particulares; lo que, a su vez, justificaría un grado de regulación mayor en el segundo caso que en el primero ⁷.

En segundo lugar, esta reserva de actividad no implica la fijación de tarifas por parte de los Colegios profesionales. La idea de que una reducción de las tarifas profesionales conduciría a servicios de calidad deficiente no se deriva necesariamente del modelo de información asimétrica antes presentado. Por el contrario, una vez garantizado un nivel mínimo de calidad por la reserva de actividad, debería fomentarse la competencia entre los profesionales. Si algo demuestra el funcionamiento del mercado en multitud de sectores es que el control de precios no es garantía de una mejor calidad del producto; y aquél sirve más para la obtención de rentas por parte de los profesionales implicados que para elevar la calidad de lo que ofrecen al consumidor.

En tercer lugar, la reserva de actividad no debería implicar el establecimiento de barreras complementarias basadas en crecientes exigencias de formación profesional. La propuesta de prácticas obligatorias, al margen de la Universidad, para los licenciados en Derecho —que se planteó en España hace no mucho tiempo— constituye un buen ejemplo de estas barreras de entrada no recomendables. El argumento de que la formación que reciben nuestros licenciados es insuficiente sólo justificaría la exigencia de mayor nivel en la enseñanza universitaria pero nunca un control impuesto por los potenciales competidores de los nuevos licenciados.

En cuarto lugar, la reserva de actividad no implica tampoco ni la colegiación obligatoria ni la existencia de un único Colegio por actividad profesional. Conviene recordar a este respecto que el informe del Tribunal de defensa de la competencia de 1992 no recomendaba al gobierno cambios en la actual obligación de la colegiación para el ejercicio de la actividad ni la derogación del artículo de la Ley de Colegios Profesio-

⁷ OCDE, 1992, p. 3.

nales que establece que, dentro del ámbito territorial que venga señalado a cada Colegio, no podrá constituirse otro de la misma profesión (art. 4-3). Su argumento era que, si se adoptaban las recomendaciones del propio Tribunal con respecto a la eliminación de las prácticas más abiertamente anticompetitivas de los Colegios profesionales —fijación de tarifas, controles mediante visados, restricciones territoriales, prohibición de publicidad, etc.— este tipo de barreras de entrada no tendría que ser especialmente contrario al interés público⁸.

No cabe duda de que se trataba de una propuesta posibilista, más fácilmente aceptable por los grupos profesionales implicados que una reforma más radical. Y a esta moderación se debe probablemente el hecho de que la Ley de 14 de abril de 1997 haya podido avanzar hacia la liberalización en temas como la organización territorial de los Colegios, y el establecimiento de honorarios, visados y cobro de las percepciones de los profesionales por parte de sus Colegios. Pero creo que el Tribunal minusvaloró los posibles efectos perniciosos de la colegiación obligatoria y la prohibición de crear colegios alternativos en, al menos, dos sentidos.

El primero es la fuerza que los Colegios pueden seguir teniendo como grupos de presión y buscadores de rentas. El ejemplo antes apuntado de la creación de nuevas barreras de entrada o las propuestas de *numerus clausus* en las facultades en las que se imparten las enseñanzas de determinadas profesiones muestra que las actividades —muy naturales y lógicas, por otra parte— de búsqueda de rentas pueden verse favorecidas por la existencia de colegios únicos y de afiliación obligatoria.

El segundo efecto pernicioso de la actual regulación es que hoy los Colegios no cumplen uno de los objetivos que las normas de regulación profesional deberían perseguir en el sentido antes apuntado: la transmisión de información al mercado para reducir la asimetría que justifica la regulación misma. Si fuera posible crear Colegios privados que estable-

⁸ Ciertamente, y como se ha señalado, este tipo de barreras restrictivas de la competencia es excepcional si se compara con el de otros agentes en el sistema económico español. ¿Por qué el Tribunal de Defensa de la Competencia propone entonces mantener la excepcionalidad de este tratamiento? No es por no oponerse a la tradición o a la inercia social. Este Tribunal está convencido de que la transformación de un sistema de colegiación obligatoria en un sistema libre sería difícil de acometer en España, pero no hubiera dudado en proponérselo al Gobierno si hubiera considerado que era absolutamente necesario para introducir competencia en la prestación de servicios profesionales. Lo que sucede es que, en nuestra opinión, si se adoptan las otras reformas que aparentemente son de menor entidad y que proponemos en este Informe, las barreras de entrada no tienen por qué ser especialmente contrarias al interés público. En efecto, si se permite información al consumidor a través de la publicidad y se asegura el uso de presupuestos previos o notas encargo, y se deja la fijación de los honorarios al libre acuerdo entre las partes —profesional y cliente—, si se suprimen las restricciones a la estructura de negocio, etc., entonces las barreras de entrada no sólo no serán negativas, sino que, prudentemente administradas, pueden jugar un papel positivo en defensa de una calidad mínima en el desempeño de la profesión correspondiente». Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992, pp. 54-55.

cieran las restricciones a la entrada que consideraran convenientes sus creadores (por ejemplo, un título complementario o un mínimo de años de experiencia profesional) se estaría transmitiendo al mercado la señal de una marca de calidad. El usuario sabría que cuantos pertenecen a ese concreto colegio tienen un nivel técnico y una experiencia garantizada. Y el propio Colegio será el primer interesado en velar porque sus miembros cumplan los requisitos fijados ya que el mero incumplimiento por parte de uno solo de los colegiados repercutiría negativamente sobre sus restantes compañeros a la hora de ofrecer sus servicios en el mercado. En otras palabras, la reputación de la institución beneficia a todos sus miembros frente a los profesionales que no forman parte del Colegio; y beneficia también a los usuarios que pueden elegir mejor a la hora de contratar los servicios de un profesional. Pero un Colegio único, al que por norma pertenecen cuantos practican una determinada profesión, nunca podrá crear una imagen diferencial de eficiencia o probidad de sus miembros cara a la opinión pública.

En el mismo sentido, tampoco facilitan la transmisión de información a los usuarios las restricciones a la creación de sociedades de profesionales y a la publicidad en lo que se refiere tanto a características específicas de los servicios ofrecidos como a sus precios. En el primer caso porque dificultan la oferta de servicios estandarizados fácilmente reconocibles por el cliente. Y, en el segundo, porque ponen trabas a las ofertas más innovadoras o más económicas para los usuarios. Este último punto, al que no se suele prestar la atención que merece, resulta, sin embargo, especialmente perjudicial para los clientes, ya que existe abundante evidencia empírica en diversos países que demuestra que la publicidad suele tener como efecto una reducción de precios sin merma de la calidad de los servicios ofrecidos. Y facilita, además, la entrada en el mercado de los profesionales más jóvenes que pueden darse a conocer mejor a sus potenciales clientes.

La animadversión de los colegios profesionales a que sus miembros utilicen la publicidad para transmitir a los usuarios informaciones que puedan resultar de utilidad a éstos es realmente llamativa y confirma la idea de los peligros que para la competencia puede tener el mantenimiento de los Colegios únicos y obligatorios. Permítaseme, como ilustración, comentar brevemente el Reglamento de Publicidad, aprobado muy recientemente por una de las profesiones de mayor raigambre en nuestro país: la abogacía. La impresión que recibe cualquiera que estudie de forma desapasionada y objetiva dicho reglamento —aprobado por la Asamblea General de la Abogacía el pasado 19 de diciembre de 1997— es que el principal objetivo de quienes lo redactaron es precisamente que los abogados no puedan transmitir a sus potenciales clientes ninguna de las informaciones que a éstos les interesaría tener en cuenta a la hora de contratar los servicios de un profesional. Es cierto que supone una leve mejora con respecto a la prohibición total de publicidad hasta ahora vigente. Pero no se entiende qué sentido tiene prohibir, por

ejemplo, que un abogado incluya en su publicidad referencias a cargos, ocupaciones o distinciones que posea o haya poseído, en instituciones públicas o privadas; o que no pueda hacer mención de alguna especialidad jurídica que no esté acreditada por título oficial, emitido por organismo público y reconocido por las autoridades docentes o por los organismos rectores de la abogacía, lo que parece incluir, por cierto, un gran número de títulos y diplomas emitidos por universidades de primera fila reconocidos en gran parte del mundo. Y a esto se añade que el abogado no puede tampoco hacer referencia en su publicidad a la retribución de sus servicios profesionales.

Este texto puede criticarse también por otras muchas de sus disposiciones, desde su afán reglamentista que le lleva hasta determinar cuántos centímetros puede tener la placa que un profesional ponga en su puerta hasta los poderes que el propio regulador se atribuye a sí mismo, que incluye uno tan curioso como autorizar la intervención de los abogados en los consultorios jurídicos de los medios de comunicación. Pero lo más importante es que, con un reglamento así, cabe preguntarse si realmente un abogado tiene algún incentivo para hacer publicidad. No es difícil imaginar lo que sucedería si en cualquier otro sector se intentara aplicar una normativa similar y un fabricante de automóviles, por ejemplo, no pudiera describir en sus anuncios las características de sus productos ni decir al usuario cuánto le va a costar su compra. Como señaló en su día el Tribunal de Defensa de la Competencia, una vez que entraron en vigor la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Publicidad, los profesionales, como el resto de los operadores del mercado, están bien protegidos por dichas leyes, por lo que parece innecesario que existe nuevas reglamentaciones más restrictivas⁹.

IV. VÍAS PARA LA REFORMA

De acuerdo con su exposición de motivos, el objetivo de la Ley 7/1997 de 14 de abril es la modificación de determinados aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales, que limitan la competencia introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada. Para ello la ley distingue entre dos tipos de aspectos en la regulación de las profesiones colegiadas. El primero es el referido a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración, que se realizará en régimen de libre competencia y de acuerdo con la Ley sobre Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. El segundo, referido a los demás aspectos del ejercicio profesional, seguirá rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión.

⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992, p. 31.

Los cambios sobre regulaciones concretas que la ley establece son, fundamentalmente, los siguientes. En primer lugar, basta la incorporación al Colegio territorial del domicilio profesional para ejercer en todo el territorio nacional. En segundo lugar, no se permite ya que los Colegios puedan regular los honorarios mínimos de las profesiones, si bien se autoriza que establezcan baremos de honorarios con carácter meramente orientativo. No se permite ya tampoco que los Colegios se encarguen por disposición reglamentaria del cobro de las remuneraciones u honorarios profesionales de los colegiados, aunque podrán seguir haciéndolo cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente. Y, por fin, aunque los Colegios conservan la facultad de visar los trabajos profesionales de los colegiados cuando así lo establezcan expresamente los Estatutos generales, se excluyen de este visado los honorarios y las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al arbitrio de las partes.

No cabe duda de que todas y cada una de estas medidas van a incidir positivamente en un aumento de la competencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas. Pero un análisis de la nueva ley a la luz de los argumentos presentados en este trabajo permite concluir que la reforma se ha quedado corta. Por ello cabe defender para el próximo futuro la aplicación de nuevas normas que abran aún más este sector a la competencia. Sin entrar en cuestiones de técnica jurídica, es posible plantear una doble vía para tal reforma. La primera consistiría en introducir cambios en aquellos artículos de la Ley de Colegios Profesionales —y de las diversas leyes autonómicas hoy existentes— que se refieren a los distintos puntos analizados en las páginas anteriores. La segunda, de mayor generalidad, pasaría por una reducción al mínimo de la aplicación del artículo 2 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989 a la actividad de las profesiones colegiadas. Este artículo establece, como es sabido, que las prohibiciones generales que establece la Ley de las Prácticas Anticompetitivas 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.

La conveniencia de estudiar la puesta en práctica de esta segunda solución puede defenderse con dos argumentos sólidos. El primero, lo que ha sucedido en otros países con respecto a la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia a actividades profesionales. Seguramente la experiencia más interesante a tener en cuenta es la de los Estados Unidos, cuyos tribunales han mantenido la aplicación de la Ley Sherman a las actividades de los Colegios profesionales en una serie de casos, que han creado una jurisprudencia clara a este respecto. El primero de ellos fue el caso *Goldfarb* véase *Virginia State Bar*¹⁰, fallado por el Tribunal Supremo el año 1975. En él se trataba de establecer la legalidad de un acuerdo de una asociación de abogados para fijar unas tarifas mí-

¹⁰ *Goldfarb* véase *Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 790, 1975. Para un estudio global del problema de la aplicación y exclusión de la Ley Sherman véase AREEDA y KAPLOW, 1988, pp. 144-149.

nimas por los servicios de asesoramiento legal prestados por sus miembros. Lo interesante de este caso era determinar si esta conducta, claramente contraria a los principios de la Ley Sherman, podía ser aceptable en el caso de una asociación profesional. Y el Tribunal Supremo consideró que no lo era. En el mismo sentido se manifestó este Tribunal pocos años después en el caso *National Society of Professional Engineers v. United States* (1975)¹¹, al plantear si la aplicación de la Ley Sherman a las asociaciones profesionales podría dar origen a servicios de inferior calidad y, en consecuencia, poner en peligro la seguridad pública. Y de la misma forma resolvió el Tribunal el caso *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*¹² el año 1986. Este caso tiene especial interés porque el problema no hacía referencia a la fijación de precios por parte de un Colegio profesional, sino a la oposición por parte de un Colegio —concretamente la Federación de Dentistas de Indiana— a que sus afiliados enviaran a las compañías de seguros una determinada documentación sobre el tratamiento de sus pacientes. Lo que los dentistas consideraban una estrategia en defensa de su independencia profesional demostró ser, sin embargo, una práctica restrictiva de la competencia; y así lo consideró el Tribunal, que afirmó que tal práctica violaba la Ley Sherman. Lo interesante para nosotros de estas sentencias es que, salvando las distancias y las diferencias en la reglamentación legal de unos países y otros, el razonamiento económico para decidir sobre la aplicación o no de la legislación de la competencia a los servicios profesionales es, necesariamente, el mismo para cualquier país.

Pero hay, además, un segundo argumento que se basa en la propia legislación española, concretamente en la disposición antes mencionada de la Ley de 14 de abril de 1997, de acuerdo con la cual el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal; aunque los demás aspectos del ejercicio profesional continúen rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión (art. 5-1). Y la propia ley señala más adelante (art. 5-2), al referirse a los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica, a que aquéllos deberán observar los límites del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia; pero se establece también que los Colegios podrán solicitar las autorizaciones que esta ley establece para determinados acuerdos, decisiones y recomendaciones en su artículo 3.

En resumen, el legislador parece querer conservar ciertas características institucionales de las profesiones colegiadas; pero, al mismo tiem-

¹¹ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 1978. La sentencia se reproduce extractada en AREEDA y KAPLOW, 1988, pp. 252-258.

¹² *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 1986. La sentencia se reproduce extractada en AREEDA y KAPLOW, 1988, pp. 394-399.

po, es consciente de que estas características pueden ser utilizadas para atacar principios básicos de la competencia. Hay que insistir, sin embargo, en la idea de que no son sólo los aspectos referidos a la oferta de servicios y a las remuneraciones los que introducen estas rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada, de las que habla la ley en su exposición de motivos. Por el contrario, se pueden poner trabas a la competencia también en la regulación de muchos otros aspectos del ejercicio profesional. Como antes se indicó, hay razones que explican la prudencia del legislador en la reforma de 1997. Cabe, sin embargo, preguntarse si la aplicación generalizada de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley sobre Competencia Desleal no sería la mejor forma de garantizar esos intereses de los consumidores que la actual regulación dice querer defender.

REFERENCIAS

AKERLOF, G. A., «The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, pp. 488-500.

AREEDA, Ph. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, 4,^a ed., Little, Brown and Co., Boston-Toronto, 1988.

FRAILE, Pedro, *La retórica contra la competencia en España (1875-1975)*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1988.

OCDE, *Regulatory Reform Project. Draft Chapter on Professional Business Services*, 1997.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, 1992.

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER FUSTER
Vicepresidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) es uno de los más controvertidos del texto de la Ley, fundamentalmente en cuanto respecta al contenido de su número 1. Según este precepto las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán cuando una conducta, en principio prohibida, haya sido realizada al amparo de lo dispuesto en una Ley o en el reglamento de desarrollo de una Ley¹, en términos que han dado lugar a un gran número de interpretaciones.

La primera de las recientes reformas parciales de la Ley de Defensa de la Competencia, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, ha venido a introducir un segundo párrafo presuntamente aclaratorio, que puede dar lugar igualmente a controversias en cuanto a su significado y alcance.

Por su parte, el artículo 2 establece en su número 2 que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno «de modificación o supresión de las situaciones de restricción de competencia establecidas de acuerdo con las normas legales», utilizando términos que no pueden considerarse como muy afortunados.

Como puede fácilmente comprenderse no existe un precepto similar en las normas sobre la competencia contenidas en el Tratado de Roma, si bien tiene precedentes en las normas de otros países miembros de la Comunidad e incluso en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963.

¹ Este precepto contiene la primera de las excepciones a la aplicación del artículo 1 LDC; las otras excepciones están constituidas por las autorizaciones singulares y las exenciones por categorías (arts. 3.4 y 5 LDC).

1. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE 1963

El número 1 del artículo 4 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 establecía que las prohibiciones establecidas en el artículo 1 de la misma Ley (es decir, las conductas colusorias) no serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia establecidas por el ejercicio de potestades administrativas en virtud de disposición legal. El número 2 del mismo artículo disponía que el Tribunal de Defensa de la Competencia o el ministro de Comercio podrán proponer y el Gobierno decidir la supresión o modificación de las situaciones de restricción de competencia a que se refiere el párrafo anterior². Finalmente el número 3 del artículo 4 establecía que en el futuro las situaciones de restricción de competencia sólo podrían establecerse en virtud de Ley aprobada en Cortes, mientras que en el número 4 se exceptuaban de la aplicación de la Ley los acuerdos, decisiones y prácticas de los empresarios agrícolas o sus asociaciones que, sin llevar aneja la obligación de practicar un precio determinado, se refieran a la producción o venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes para la realización de las actividades que le son propias.

El precepto incluido en el artículo 4.1 de la Ley de 1963 ha sido considerado, con absoluta razón, como uno de los más confusos de la Ley³ y planteó en su momento numerosos problemas interpretativos. Parece evidente que respondió a una necesidad coyuntural de la economía española en el año de promulgación de la Ley⁴, afirmación ésta que tiene su fundamento en el contenido de la Exposición de Motivos⁵.

² Esta redacción del número 2 del artículo 4 fue introducida por el artículo 4 del Real Decreto-Ley de 8 de octubre de 1976 sobre medidas económicas, pues la redacción dada por el legislador en el momento de la elaboración de la Ley de 1963, el artículo 4.2 se refería simplemente a las situaciones de restricción de competencia que existen en el abastecimiento de las poblaciones como consecuencia de concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas por las autoridades locales.

³ GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 108-109, nota 11.

⁴ SENÉN DE LA FUENTE, G. y otros, *Comentario a la Ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, p. 110.

⁵ En el apartado 1.3 de la Exposición de Motivos bajo el epígrafe «La exclusión de las potestades administrativas en materia de prácticas restrictivas y naturaleza jurídica de la excepción», se establecía lo siguiente: «El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico además de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la Ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que, como anteriormente se ha indicado, la técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien la conforma a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley».

El legislador de 1963, consciente de que se partía de una economía fuertemente intervenida y se iniciaba un camino hacia la liberalización, introdujo en el texto de la Ley un precepto que prevenía sobre los riesgos de un cambio excesivamente brusco. A tales efectos, dispuso que, en determinados campos, no comenzaría a regir la regla de la libre competencia sino que persistiría la intervención.

La técnica legislativa adoptada no puede ser más deficiente como se deduce de la ubicación del precepto y del conjunto de su contenido. Se tomó como modelo el establecido en otras legislaciones nacionales para excluir del ámbito de las reglas de la competencia los acuerdos, decisiones o prácticas llevadas a cabo en el sector agrícola (al que por otra parte se refiere el artículo 4.4 de la Ley) para amparar restricciones generales. La referencia al ejercicio de potestades administrativas es difícilmente comprensible, y cabe plantear si a lo que se está refiriendo este precepto es que la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia no se aplica a la actuación de las Administraciones Públicas, pues así se explicaría la referencia al «ejercicio de potestades administrativas». Si tal es así, la confusión no puede ser mayor, por cuanto que no se está exceptuando la actuación de la Administración de la aplicación de la totalidad de la Ley, sino simplemente de la prohibición de acuerdos colusorios, lo cual puede resultar ridículo porque no es normal que una potestad administrativa celebre convenios o adopte acuerdos con empresarios con el fin de restringir la competencia⁶.

2. OTROS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

El artículo 42 del Tratado de Roma contiene la denominada «excepción agrícola» y establece que las disposiciones del Tratado referentes a la competencia serán aplicables a la producción y comercialización de los productos agrícolas solamente en la medida en que lo determine el Consejo. En uso de esas facultades el Consejo aprobó el Reglamento 26/1962, de 4 de abril⁷, en el que se excluye al sector agrícola de las normas de la competencia, en términos similares a los establecidos en el artículo 4.4 de la Ley de 1963.

Para conceder una cobertura similar a este sector, algunas de las legislaciones de los Estados miembros introdujeron en su legislación excepciones que permitían que determinadas conductas no estuvieran incluidas en la prohibición. Así, por ejemplo, en Francia la Ordennance de 1 de diciembre de 1986 establece, en su artículo 10.1, que no están sometidas a las disposiciones de los artículos 7 (ententes colusorias) y 8 (abuso de posición dominante) las prácticas que resulten de la aplicación de un texto legislativo o de un texto reglamentario adoptado en su apli-

⁶ SENÉN DE LA FUENTE, G. y otros, *op. cit.* p. 105.

⁷ DOCE n.º 30, de 20 de abril de 1962. Este Reglamento ha sido objeto de múltiples modificaciones.

cación. Este precepto, que tuvo su precedente en lo establecido en la anterior Ordenanza de 30 de junio de 1945, daba amparo a lo establecido en la Ley de 10 de julio de 1975 según la cual los acuerdos concluidos en el marco de las organizaciones agrícolas interprofesionales se encontraban excluidos de la prohibición de las conductas colusorias.

3. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE 1963 POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La aplicación que el Tribunal de Defensa de la Competencia realizó del precepto contenido en el artículo 4.1 de la Ley de 1963 puede considerarse muy progresiva en orden a la ampliación de la aplicación del derecho de la competencia a la actividad de las Administraciones Públicas.

Es destacable la aplicación que se hizo del precepto del artículo 4.1 a una serie de supuestos en los que se planteaba la licitud de las ordenanzas municipales en materia de mercados, según las cuales se protegía a los comerciantes establecidos en dichos mercados mediante la prohibición de abrir establecimientos comerciales en sus alrededores. El Tribunal consideró que en esos supuestos existía una práctica restrictiva de la competencia, pero que no podía ser objeto de sanción porque se encontraba amparada por la potestad administrativa de los Ayuntamientos⁸. Ahora bien esta interpretación de este precepto, que en buena medida anunciaba una amplia y discutible aplicación del precepto contenido en el artículo 2.1 de la Ley de 1989 a las actuaciones de las Administraciones Públicas, lleva a una conclusión importante. De esa interpretación se deduce que las Administraciones Públicas, al aprobar determinados acuerdos, tienen la consideración de empresas, ya que la exclusión de la prohibición del artículo 1 a las conductas dictadas en ejercicio de potestades administrativas significa que previamente tales conductas han de estar incluidas en la prohibición⁹.

Como puede fácilmente observarse, con la apertura de esa corriente interpretativa, comenzó la aplicación del derecho de la competencia a las Administraciones Públicas, posiblemente algo que nunca había estado en la mente del legislador de 1963, si no era para rechazar tal posibilidad.

⁸ Sentencias de la Sección Segunda del TDC de 15 de febrero de 1968 (Ayuntamiento de Logroño) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 34, rr. 729-745) y 23 de diciembre de 1968 (Ayuntamiento de Yecla) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 59, rr. 1032-1048) y de la Sección Primera de 10 de octubre de 1968 (Ayuntamiento de Madrid) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1965-1970, Ref. 50, rr. 943-952) y 14 de mayo de 1971 (Ayuntamiento de Baños de la Encina) (Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1971-1975. Ministerio de Comercio 1976, Ref. 109, rr. 408-415).

⁹ GALÁN CORONA, E., «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, 1975, rr. 340-341, y «Acuerdos restrictivos de la competencia» *op. cit.*, p. 196.

II. EL ARTÍCULO 2.1 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Con estos antecedentes el legislador de 1989 introduce determinadas modificaciones en el anterior precepto que, aun cuando trataban de evitar algunos de los problemas detectados, en buena medida vinieron a introducir más confusión.

La persistencia, aun con determinadas modificaciones, de una norma que en el año 1963 tenía un simple carácter coyuntural¹⁰ iba a introducir nuevas distorsiones en la aplicación de la Ley.

El artículo 2.1 de la Ley de 1989 (en la actualidad en su párrafo primero, pues, como se ha indicado con anterioridad, en junio de 1996 se introdujo un segundo párrafo) establece que las prohibiciones del artículo 1 de la Ley no se aplican 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. Como señala Alfaro, se trata de excluir de la prohibición determinadas prácticas que resultan ilícitas si se examinan exclusivamente desde el punto de vista del Derecho de la competencia (ilicitud interna), pero cuya ilicitud decae por su conformidad con otras normas del ordenamiento¹¹.

Son varias las observaciones que se pueden realizar a este precepto.

1. UBICACIÓN DEL PRECEPTO

En primer lugar cabe preguntarse sobre la idoneidad de la ubicación del precepto. Puede observarse que, a diferencia de lo que ocurre en la norma francesa anteriormente citada, el artículo 2.1 dispone que tienen amparo legal los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resultan de la aplicación de una Ley, pero no excluye de la prohibición establecida en la Ley a otras conductas que puedan ser consideradas como abusivas de una posición dominante (art. 6) o bien desleales (art. 7). Este hecho, que resulta paradójico, ha motivado que en alguna ocasión —si bien con referencia a la Ley de 1963 y a su artículo 4.1— el Tribunal de Defensa de la Competencia haya aplicado el precepto a supuestos de pretendido abuso de posición dominante. Así en la Sentencia de la Sección Primera del TDC de 2 de febrero de 1967¹² estableció que las Resoluciones de la Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo relativas a las cuotas de la Seguridad Social no constituían una conducta abusiva ya que habían sido dictadas en el ejercicio de una potestad administrativa. Puede plantearse si de

¹⁰ Ver nota número 4.

¹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 202, octubre-diciembre de 1991, p. 669.

¹² «Hijos de Regino Rodríguez». *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia 1965-1970*, Ref. 18, rr. 571-582.

la ubicación del artículo 2.1 se deduce que las conductas abusivas, aun cuando hayan sido realizadas en virtud de una disposición legal, siguen estando prohibidas, lo cual constituye una considerable paradoja. En favor de esta interpretación se puede aducir el argumento consistente en afirmar que si para excluir de la prohibición del artículo 1 a las conductas realizadas con amparo legal ha sido preciso establecerlo en el precepto del artículo 2.1, sería necesario otro precepto similar para excluir a las posibles conductas abusivas realizadas con idéntico amparo legal.

Esta interpretación no puede ser admisible, porque no parece lógico que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda sancionar por un abuso de posición dominante realizado en cumplimiento de una norma¹³. En ciertos supuestos, una conducta abusiva amparada por la Ley ha quedado sin sanción porque no puede considerarse que se trate de una conducta prohibida. Así en la Sentencia de la Sección Segunda del TDC de 4 de noviembre de 1976¹⁴ se declara abusiva una conducta consistente en la denegación de venta de determinados tipos de aceites, pero esa denegación era consecuencia de una decisión de la Delegación del Gobierno en CAMPSA, por lo que no existe infracción.

En la Resolución de 30 de octubre de 1993¹⁵ se formulan argumentos que equivalen a la aplicación del artículo 2.1 a las conductas prohibidas por el artículo 6. Se trataba de analizar la conducta de la Empresa que gestionaba en régimen de monopolio los servicios funerarios de Vigo que había subido sus tarifas en porcentajes presuntamente abusivos, pero la subida era la consecuencia de un acuerdo municipal. Consideró el Tribunal que cuando por una Ley o por una norma reglamentaria que la desarrolle, se ha establecido el marco en el que ha de moverse el monopolista, el control de las actividades se sustrae al conocimiento del TDC. Es evidente que la referencia a la Ley o a una norma reglamentaria que la desarrolle implica identificar los supuestos de amparo legal de las conductas abusivas a lo previsto en el artículo 2.1.

La Resolución de 30 de diciembre de 1993¹⁶ analizó un recurso contra un acto de archivo de una denuncia por abuso de posición de dominio contra una empresa pública de la Generalitat Valenciana encargada de los servicios de Inspección Técnica de Vehículos. En su Resolución el Tribunal, aunque citó en repetidas ocasiones la Resolución de 30 de octubre de 1993 (Emorvisa), aplicó unos criterios diferentes, ya que con-

¹³ ZAMBRINI, M., «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)», *Revista General de Derecho*, n.º 625-626, octubre-noviembre de 1996, p. 11769.

¹⁴ Proquintra/CAMPSA. Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia 1976-1980. Ministerio de Economía y Hacienda, 1986. Ref. 167, rr. 448-465.

¹⁵ Expte. 325/93, EMORVISA. Resoluciones del TDC 1993, Ref. 617, rr. 469-482 y B.O.M.E.H. n.º 43 (25-11-93).

¹⁶ Expte. A 64/93, ITV. Resoluciones del TDC 1993, Ref. 625, rr. 519-527 y B.O.M.E.H. n.º 5 (3 de febrero de 1994).

sideró que la empresa denunciada se adaptaba a la «trama administrativa» emanada de la Consellería de Industria y, por ello, no podía ser considerada responsable de su conducta. Como puede observarse, en esta Resolución el Tribunal no menciona las Leyes y reglamentos omitiendo de esa manera la referencia implícita al artículo 2.1 LDC.

El análisis de esta Resolución ha permitido afirmar que no cabe abuso de posición dominante si las conductas presuntamente abusivas son la consecuencia de la aplicación de normas, con independencia de su rango, o incluso de actos administrativos, siempre que sean de obligado cumplimiento¹⁷.

Del hecho que el amparo legal del artículo 2.1 esté previsto exclusivamente para las conductas tipificadas en el artículo 1 y no para las del artículo 6, y la necesidad de resolver los problemas que plantean las conductas abusivas realizadas con amparo legal, se pueden deducir algunas consideraciones. Según la primera de ellas podría pensarse que el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia es superfluo. Decir que no está prohibido aquello que permiten las leyes supone una obviedad que no precisa de precepto alguno que la establezca. En segundo término, si debe permanecer este precepto debe ser ubicado en otro lugar, para referir el amparo legal a la totalidad de las conductas prohibidas y evitar la paradoja que exista un diferente tratamiento para las conductas realizadas por amparo legal según se trate de conductas colusorias o abusivas¹⁸.

Cabe otra interpretación sobre el artículo 2.1 LDC, según la cual lo que ha querido indicarse en ese precepto es que las leyes anteriores a la Ley de Defensa de la Competencia que permitieran la realización de acuerdos, recomendaciones, decisiones o prácticas colusorias no han quedado derogadas por la promulgación de dicha Ley, evitando así estériles conclusiones acerca de si la Ley posterior deroga a la Ley anterior o bien se aplica la Ley especial ante la Ley general, pero la verdad es que para conseguir ese objetivo no se precisaba un precepto de las características del que está siendo comentado.

2. NORMAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 2.1 LDC

La referencia del artículo 2.1 a las Leyes o los reglamentos de desarrollo de una Ley plantea diversas cuestiones que deben ser analizadas.

A) *Características de las normas: normas estatales y normas autonómicas*

Se pueden analizar cuáles son las características de las normas legales a que se refiere el artículo 2.1 LDC. La primera cuestión al respec-

¹⁷ ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11771.

¹⁸ En realidad con la redacción actual de la Ley de Defensa de la Competencia, la absolución de las conductas abusivas realizadas por las empresas por responder a una norma o acto administrativo debería resolverse por el camino de la ausencia de responsabilidad.

to consiste en determinar si la Ley que ampara las conductas restrictivas ha de ser una Ley estatal o bien pueden ser normas de las Comunidades Autónomas.

Existen diversas opiniones que consideran que las Leyes a que se refiere el artículo 2.1 LDC incluyen las Leyes emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas¹⁹ y así lo ha considerado igualmente el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 10 de diciembre de 1992²⁰ en la que se considera que la Ley de cobertura que permite el amparo legal es la Ley de 19 de febrero de 1988 del Parlamento Vasco, de Cultura Física y Deportes.

La cuestión debe ser resuelta atendiendo a los títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981²¹ rechaza la opinión del recurrente según la cual el artículo 53.1 de la Constitución dispone que la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero (entre los que se encuentra el artículo 38 relativo a la libertad de empresa) sólo puede ser realizada por ley del Estado. Según el Tribunal Constitucional, el artículo 53 CE exige que la regulación de los derechos y libertades allí citados requiere una norma legal y esa norma ha de ser emanada de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Por el contrario, cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas si sus Estatutos le atribuyen competencia legislativa sobre la materia en cuestión.

De esta doctrina se deduce que la regulación de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución puede ser realizada por Ley de las Comunidades Autónomas cuando afecta a las competencias de éstas. Como quiera que la defensa de la competencia forma parte del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución²², cabe preguntarse a quién le corresponde la competencia en esa materia.

Sobre este extremo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 30 de noviembre de 1982²³ que considera que los artículos 10.27 y 10.28 del Estatuto de Autonomía del País Vasco excluyen de

¹⁹ VICIANO, J., *Libre competencia e intervención pública de la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 493; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11765.

²⁰ Expte. A 34/92, Federación Vizcaína de Kárate. Resoluciones del TDC 1992, Ref. 547, rr. 439-441 y B.O.M.E.H. n.º 4 (28 de enero de 1993).

²¹ Sentencia sobre la Ley Vasca de Centros de Contratación de cargas en transporte terrestre, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, n.º 7, rr. 491-507.

²² Así se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio —*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 63, rr. 835-853.

²³ STC 71/1982, sobre el Estatuto Vasco del Consumidor, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982, n.º 20, rr. 1006-1022.

la competencia de esa Comunidad, en el marco de lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución, la «legislación sobre defensa de la competencia» que queda atribuida al Estado. Dentro de ese concepto no se incluye exclusivamente la Ley 110/1963, entonces vigente, sino que debe entenderse que comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la competencia, mediante la prevención y represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1986²⁴ en la que se considera que entre las competencias reservadas al Estado se encuentra «la legislación sobre defensa de la competencia».

En estos términos se puede afirmar que la posibilidad de que las leyes permitan la exclusión de la prohibición de las prácticas colusorias sean leyes emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas resulta más que dudosa, e incluso existen razones para negarla. En efecto, si la amplia competencia para desarrollar la legislación sobre defensa de la competencia corresponde al Estado, no parece lógico pensar que la regulación de las excepciones a las conductas contrarias a la competencia pueda corresponder a las Comunidades Autónomas.

También en apoyo de esta tesis se puede acudir al texto del artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este precepto, que obviamente constituye una secuencia del artículo 2.1, prevé que el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales. De este apartado puede deducirse que las restricciones legales suficientes para exceptuar la aplicación del artículo 1 de la Ley solamente puede establecerse en virtud de normas estatales porque la propuesta de modificación que prevé el artículo 2.2 solamente se refiere a normas estatales.

Esta conclusión, que es la que se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la interpretación de una Ley, no está exenta de riesgos. En efecto, cabe la posibilidad que, al regular determinada materia de su exclusiva competencia, una Comunidad Autónoma regule una excepción implícita —difícilmente podrá ser explícita— del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En esa situación, si se aplica el criterio aquí mantenido, el Tribunal de Defensa de la Competencia se verá obligado a no considerar que exista el amparo legal y, por lo tanto, a declarar prohibida —e incluso a sancionar— una conducta autorizada por una Ley autonómica. Ello implica una inseguridad para los operadores económicos al tiempo que un posible conflicto entre Administraciones.

²⁴ STC 88/1986, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 20, rr. 835-853.

Para aclarar la cuestión caben dos soluciones: o se aclara que el amparo legal solamente puede venir establecido en una norma estatal, o bien se abre la puerta a la posibilidad de que tales excepciones puedan venir establecidas por normas autonómicas. Esta segunda posibilidad, además de sus dificultades de engarce constitucional, resulta paradójica, pues supone que en una Ley de Defensa de la Competencia se abran infinitud de posibilidades de comportamientos anticoncurrenciales ²⁵.

B) Interpretación restrictiva de la norma del artículo 2.1 LDC

La norma contenida en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia supone, como se ha señalado, una excepción a la aplicación de una parte de la legislación de defensa de la competencia.

El principio de libre competencia tiene su engarce en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como reconocen tanto la Exposición de Motivos de la Ley como el Tribunal Constitucional ²⁶ y, por lo tanto, tiene un carácter supralegal que debe estar presente en la totalidad del ordenamiento jurídico y que no se agota con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia ²⁷. Es cierto igualmente que el principio de libertad de competencia no constituye un absoluto ²⁸ y, por lo tanto, admite excepciones. Precisamente la existencia de esas excepciones justifica la existencia del artículo 2.1 LDC. Ahora bien, el hecho de que la norma de dicho artículo suponga una excepción a la aplicación de un principio que tiene engarce constitucional, obliga a una interpretación restrictiva ²⁹, tanto del artículo 2.1 LDC como de las normas que conceden el amparo legal a las conductas colusorias.

Ello significa que es preciso someter a consideración la norma de cobertura de la conducta colusoria, analizar cuál es su finalidad y determinar si tiene entre sus objetivos amparar tal conducta. En este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de noviembre de 1992 ³⁰ ha señalado que para interpretar el artículo 2.1 LDC no cabe hacer una interpretación laxa, según la cual las conductas pasarían de ser prohibidas a ser autorizadas en cuanto estuvieran amparadas

²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (*op. cit.*, rr. 669-670), señala la paradoja que supone que el artículo 2.1, inserto en una Ley cuyo objetivo es la defensa de la concurrencia, refuerce situaciones anticoncurrenciales impuestas por normas ajenas al sistema. Esta paradoja quedaría reforzada por la posibilidad de que se incluyeran las normas autonómicas entre las normas a que se refiere el artículo 2.1 LDC.

²⁶ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981 y 1 de julio de 1986 citadas en las notas 22 y 24.

²⁷ Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre, sobre el Estatuto Vasco del Consumidor anteriormente citada (ver nota 23).

²⁸ CASES PALLARÉS, LL., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 401.

²⁹ VICIANO, J., *op. cit.*, p. 486.

³⁰ Expte. A 30/92, Colegios de Agentes de la Propiedad de España. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992, Ref. 538, rr. 383-388 y B.O.M.E.H. n.º 45 (3 de diciembre de 1992).

por cualquier tipo de norma, pues se exige que sean normas que estén directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.

La interpretación restrictiva ha sido asumida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en una serie de Resoluciones que analizan si determinadas conductas de los Colegios Profesionales estaban amparadas por las disposiciones de la Ley de Colegios Profesionales.

Un ejemplo de esta afirmación se encuentra en la Resolución de 23 de noviembre de 1993³¹ en el que consideró que la fijación de honorarios de los arquitectos estaba regulada por el Real Decreto, y previamente amparada por lo dispuesto en la Ley de Colegios Profesionales, pero como la conducta que se enjuiciaba no consistía propiamente en una fijación de honorarios, sino en la aprobación de un cuadro de referencias, no se consideró que existiera cobertura legal a la conducta.

La afirmación de que el Tribunal haría siempre una interpretación estricta de las Leyes que amparan restricciones de la competencia se realizó en la Resolución de 28 de julio de 1994³² cuando señaló que según el Tribunal se deberían aplicar las reglas de la competencia a las actividades no administrativas de los Colegios Profesionales que no estén expresamente autorizadas por Ley en los términos estrictos del artículo 2.1.

En el mismo sentido de considerar necesaria una interpretación estricta de las normas de cobertura se pronunció el Tribunal en la Resolución de 12 de diciembre de 1994³³ en la que se consideró que la Ley de Colegios Profesionales vigente autorizaba a los Colegios a establecer tarifas de honorarios de carácter general, pero no autorizaba a aplicar honorarios mínimos a determinados colectivos ni mucho menos a empresas concretas.

De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la interpretación de las normas que amparan restricciones de la competencia ha de ser realizada siempre de forma restrictiva y «pro competencia».

C) Algunos supuestos de normas que suponen la no aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC

Se analizan a continuación algunos de los supuestos en los que las Leyes han previsto, de manera explícita o implícita, la excepción de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En algunas ocasiones la Ley, cuya disposición viene a suponer una excepción a dicha prohibición, lo especifica expresamente. Entre éstos

³¹ Expte. A 62/93 Arquitectos de Asturias. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993, Ref. 619, rr. 487-490 y B.O.M.E.H. n.º 46 (16 de diciembre de 1993).

³² Expte. 339/93 COAM. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 (29 de septiembre de 1994).

³³ Expte. R 92/94, ASISA. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1994, Ref. 730, rr. 372-380 y B.O.M.E.H. n.º 1 (5 de enero de 1995).

cabe señalar el artículo 24.3 de la Ley 30/1995, de 26 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuando dispone que en la fijación de primas no tendrá «*el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de precios de riesgo basadas en estadísticas comunes*». El planteamiento legal es el siguiente: la utilización de estadísticas comunes para la fijación de las primas por parte de las compañías de seguros puede suponer una conducta prohibida por el artículo 1 LDC, pero en este caso no se produce la infracción porque se trata de una conducta autorizada por una Ley.

En ciertas ocasiones el propio Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado supuestos en los que la Ley prevé la no aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC. Así en la Resolución de 7 de abril de 1997³⁴ se trataba de una denuncia por la concertación entre tres compañías de seguros para ofrecer conjuntamente, en un contrato de coaseguro, un único precio para el seguro de fianzas en materia de transportes. El Tribunal consideró que, tratándose el coaseguro de una modalidad de oferta de seguro amparado por la Ley 30/1980 de Regulación del Contrato de Seguro y por la Ley 21/1990 de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, era una concertación de las compañías acorde con la propia naturaleza del seguro, y, por lo tanto, se trataba de una conducta autorizada por la Ley de conformidad con cuanto determina el artículo 2.1 LDC.

Se puede indicar en relación con las exenciones legales previstas para el sector de seguros que, en Derecho Comunitario, según determinadas opiniones sería exigible un tratamiento diferenciado para el sector asegurador que impidiera la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado³⁵.

En la Resolución de 17 de septiembre de 1993³⁶ se hace mención a que la Ley de Puertos autoriza las conferencias marítimas que reúnen los requisitos que la Ley establece. A pesar de esta afirmación, el Tribunal consideró que la Conferencia sometida a autorización no estaba incluida en los supuestos incluidos en el artículo 84 de la Ley de Puertos, y, además, no era autorizable.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de mayo de 1997 desestimó el recurso interpuesto contra esta Resolución, recurso que se basaba en el argumento según el cual las Conferencias Marítimas están autorizadas por Ley. De la interpretación que la Audiencia Nacional realiza del ar-

³⁴ Expte. 388/96, Seguros Empresas Transportistas, Resoluciones del TDC 1997, Ref. 977, rr. 217-222 y B.O.M.E.H. n.º 21 (22 de mayo de 1997).

³⁵ CABANILLAS ALONSO, P., «La aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia al Sector de Seguros (I)», *Noticias CEE*, n.º 46, noviembre de 1988, p. 21 y nota 24 en la que el autor cita una serie de autores que han mantenido esa postura.

³⁶ Expte. 29/91, INTERCAN; Resoluciones del TDC 1993, Ref. 603, rr. 375-385 y B.O.M.E.H. n.º 36 (7 de octubre de 1993).

título 84 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se deducen las siguientes consecuencias:

a) Las conferencias marítimas están autorizadas por Ley y quedan excluidas de la prohibición del artículo 1 LDC por aplicación de lo previsto en el artículo 2 de la misma Ley.

b) La autorización no es general e incondicionada, sino limitada porque la actuación de las conferencias no puede suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado, porque así se pueden crear situaciones dominantes.

c) El TDC tiene encomendada por Ley la garantía del orden económico constitucional desde la perspectiva del interés público.

d) El Tribunal es el encargado de controlar la condición impuesta por la Ley de no eliminar la competencia.

Esta misma doctrina se contiene en otra Sentencia de la misma Sala y de la misma fecha, que desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 13 de mayo de 1993³⁷.

De esta doctrina se deduce que el amparo legal a las Conferencias Marítimas es muy limitado, ya que están sometidas al control del Tribunal de Defensa de la Competencia, que puede afirmar, como hizo en la Resolución comentada, que la Conferencia no puede acogerse a la excepción del artículo 84 de la Ley de Puertos, porque su actuación elimina la competencia al crear posiciones dominantes.

Otro supuesto de amparo legal se encuentra en el artículo 14.1 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, de Reconversión y Reindustrialización, que prevé que quedan excluidas del artículo 1 de la Ley 110/1963 las prácticas que, sin dar a los partícipes la posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la Reconversión³⁸.

En otros múltiples supuestos el Tribunal ha considerado si determinadas actuaciones de los Colegios Profesionales estaban o no amparadas por las disposiciones de la Ley de Colegios Profesionales a los efectos del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La Ley de Colegios Profesionales de 1974 incluía entre sus preceptos ciertas normas que concedían amparo legal a conductas colusorias

³⁷ Expte. 34/92, COPECAN. Resoluciones TDC 1993, Ref. 571, rr. 165-178 y B.O.M.E.H. n.º 22 (3 de junio de 1993).

³⁸ CASES PALLARÉS, LI., *op. cit.*, p. 394. Es de destacar que, al igual que otras normas, se prevén determinadas cautelas, tales como la necesidad de que tales prácticas sea declarada por los Ministerios de Economía y Hacienda e Industria (art. 14.2). Debe señalarse que esta medida parece incorrecta, por cuanto que esa declaración debería haberse sometido al control de los órganos encargados de la defensa de la competencia por el mecanismo de la declaración de práctica exceptuable (previsto en la LRPRC de 1963) o el de autorización singular (previsto en la LDC de 1989).

restrictivas de la competencia hasta el punto de motivar la realización de un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia en el que se proponían modificaciones en la regulación legal³⁹. Entre estas excepciones se incluía (art. 5.1) la posibilidad de los Colegios de establecer honorarios mínimos, lo cual suponía una restricción de la competencia, pero que la Ley autorizaba y, por lo tanto, se aplicaba el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente tramitado como Proyecto de Ley y convertido, con importantes modificaciones, en la Ley 7/1997, de 14 de abril, ha supuesto determinadas modificaciones suprimiendo ciertas normas que concedían amparo legal a decisiones colusorias, pero manteniendo o incluso introduciendo inexplicablemente otras. Entre las reformas introducidas se encuentra la derogación del artículo 5.ñ), por lo que ha quedado sin efecto la facultad de los Colegios de aprobar tablas de honorarios mínimos.

Tras la reforma de 1997, el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales establece que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto a las Leyes de Defensa de la Competencia y Competencia Desleal. Por su parte, el artículo 2.4 de la misma Ley establece que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 LDC sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 LDC, lo cual resulta coherente con lo anteriormente establecido en el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales. Sin embargo, no resulta admisible un segundo párrafo añadido en este precepto según el cual se exceptúan de la autorización singular los convenios que puedan establecer los Colegios Profesionales de Médicos con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios. Como puede observarse este precepto, introducido por presiones corporativistas durante la tramitación del Decreto-Ley como Proyecto de Ley, concede amparo legal a unos acuerdos anticompetitivos muy especiales a los que exceptúa de ser sometidos a balance concurrencial a través del procedimiento de la autorización singular.

Otro supuesto de amparo legal es el contenido en el Ley 9/1975, de 12 de mayo, de Régimen especial para la Promoción, Producción y Difusión de Libros, que establece en su artículo 33 que el precio de venta de los libros se realizará al precio fijo que figura impreso en cada ejemplar, dando así amparo a una de las conductas que están incluidas en la prohibición del artículo 1 LDC como es la fijación vertical de precios.

³⁹ «Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia vigente en España», Tribunal de Defensa de la Competencia, junio de 1992.

En el mes de septiembre de 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia aprobó un informe remitido al Gobierno en el que se proponía la derogación de este precepto y, por lo tanto, la derogación del amparo legal a esta conducta restrictiva de la competencia.

D) Las Normas reglamentarias

El amparo legal contenido en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia no sólo puede ser concedido por una Ley, sino también por «disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley».

Esta mención plantea al menos dos problemas que es preciso resolver. En primer lugar cabe preguntarse cuáles son los reglamentos a que se refiere la Ley, y en segundo lugar si los reglamentos pueden amparar de forma autónoma una restricción a la competencia o, por el contrario, para que un reglamento contemple excepciones a la aplicación del artículo 1 LDC, se precisa que la restricción de la competencia esté prevista en la Ley.

La primera de las cuestiones consiste en determinar si solamente conceden amparo legal las disposiciones contenidas en reglamentos ejecutivos, es decir, los dictados en aplicación de una Ley, o bien también han de incluirse los denominados reglamentos independientes. La cuestión se planteó con claridad en el voto particular emitido por el vocal del TDC José Eugenio Soriano a la Resolución de 10 de noviembre de 1992⁴⁰. En esta Resolución se trataba de una denuncia de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios contra el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por realizar actos de acusación de intrusismo a quienes se dediquen a la mediación inmobiliaria y no tengan la condición de miembros de esos Colegios. El Servicio de Defensa de la Competencia archivó la denuncia porque consideró que los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria están regulados en el Decreto de 4 de diciembre de 1969 y que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 estableció que continuarían vigentes las disposiciones reguladoras de los Colegios promulgadas con anterioridad. En el Decreto de 1969 se reservaba a los agentes de la Propiedad Inmobiliaria el monopolio de la intermediación inmobiliaria.

El denunciante interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo, y el Tribunal estimó el recurso porque consideró que el Decreto de 1969 no era un «reglamento en aplicación de una Ley» porque la Ley de Colegios Profesionales no les permite a éstos determinar qué clase de actividades han de realizar, «sino sólo la forma de realizar su ejercicio» y en el Decreto se reservaban ciertas actividades a determinados profesionales, lo cual no estaba previsto en la Ley.

⁴⁰ Expte. A 30/92, Colegios de Agentes de la Propiedad de España. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992, Ref. 538, rr. 383-388 y B.O.M.E.H. n.º 45 (3 de diciembre de 1992).

Ante esta argumentación, el vocal discrepante consideró que el artículo 2.1 LDC, al referirse a los reglamentos ejecutivos, la Ley se ha limitado a especificar un tipo de reglamento, por ser el que más se utiliza para cubrir una conducta anticompetitiva, pero no dice la Ley, porque constitucionalmente no puede hacerlo, que cuando un reglamento orgánico o independiente ampare una conducta anticompetitiva, el TDC pueda ignorarlo ya que es un órgano administrativo y como tal ha de aplicar las normas vigentes.

La cuestión planteada en ese expediente ha sido resuelta por la Sentencia de la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 1997, en la que se considera que el Decreto que amparaba la conducta sometida a consideración no encuentra cobertura en la Ley de la que se trata (Ley de Colegios Profesionales) y, por lo tanto, no es suficiente para conceder el amparo legal. Considera esta Sentencia que no resulta admisible que la existencia de una norma jurídica, con apariencia de validez, sea suficiente para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues ello supondría tanto como admitir la inaplicación del ordenamiento jurídico según el principio de jerarquía normativa.

La aplicación de este precepto, en los términos en los que lo ha hecho el Tribunal de Defensa de la Competencia, avalados por la interpretación de la sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada, permite que sea posible que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda llegar a revisar la aplicación de los Reglamentos, y, por lo tanto, puede considerar no aplicables reglamentos que amparen conductas restrictivas de la competencia cuando, en su interpretación, no hayan sido dictados en aplicación de lo dispuesto en una Ley. Esta afirmación, que personalmente no sólo comparto sino que estimo como la única admisible, plantea algunos problemas que han sido puestos de manifiesto en el voto particular del vocal señor Soriano.

La cuestión evidencia una cierta complejidad. Los argumentos relativos a que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano de carácter administrativo que no está legitimado para no aplicar disposiciones que están vigentes es cierto, pero frente a esta afirmación hay que afirmar que el artículo 2.1, siguiendo el modelo francés en el que evidentemente se inspira, dispone que solamente pueden gozar de amparo legal las conductas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley, lo cual viene a excluir expresamente a los reglamentos distintos de los ejecutivos.

El segundo problema que se deriva de la mención a las normas reglamentarias consiste en determinar si la restricción de la competencia ha de resultar de la voluntad explícita del legislador o basta que se encuentre en un reglamento ejecutivo. En este orden de cosas es necesario señalar que en la Ley de 1989 ha desaparecido el precepto incluido en el artículo 4.3 de la Ley de 1963, según el cual en el futuro las restriccio-

nes de la competencia solamente podrían establecerse por medio de Ley votada en Cortes.

La desaparición de ese precepto puede llevar a la conclusión de que caben restricciones de la competencia que no respondan a la voluntad del legislador y que basta que se encuentren contenidas en un reglamento ejecutivo para que se pueda considerar que existe una excepción a la aplicación de la prohibición del artículo 1 LDC. Esta interpretación no parece admisible. El principio de la libre competencia, según ha señalado el Tribunal Constitucional ⁴¹ es equivalente al principio de libertad de empresa y de economía de mercado y, por ello, tiene incardinación en el artículo 38 de la Constitución. Por lo tanto, su desarrollo ha de realizarse por medio de Ley ⁴².

En este punto se ha planteado si hay que realizar una interpretación amplia o estricta del contenido de los Reglamentos referidos en el artículo 2.1. LDC ⁴³. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha adoptado hasta el momento Resoluciones en las que se acoge a la interpretación amplia frente a otras en las que acepta la interpretación estricta.

Por una parte, se señala que el TDC ha adoptado la interpretación estricta en la Resolución de 11 de diciembre de 1991 ⁴⁴, en la que considera que una adjudicación directa de una línea marítima y el favorecimiento de un acuerdo entre empresas no se sujeta a las previsiones de la Ley, por lo que el acuerdo no puede considerarse amparado en el artículo 2.1 LDC. La misma interpretación se realiza en la Resolución de 3 de febrero de 1992 ⁴⁵, en la que se exige una conexión cierta entre la conducta restrictiva de la competencia y la disposición normativa.

Por el contrario, el Tribunal ha admitido una interpretación más amplia en la Resolución de 10 de diciembre de 1992 ⁴⁶ al considerar cubiertas por el artículo 2.1 conductas que si bien tienen su origen en una disposición normativa, no se ha determinado si era voluntad del legislador su existencia.

También en otras Resoluciones el Tribunal se ha inclinado por una interpretación amplia, es decir, que basta que la restricción de la compe-

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, n.º 20, rr. 835-853.

⁴² VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3314, nota 1; VICIANO, JAVIER, *op. cit.*, p. 429.

⁴³ CASES PALLARÉS, Ll., *op. cit.*, p. 394.

⁴⁴ Expte. 25/91, Conferencia Marítima Algeciras-Ceuta. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1991. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, 1996, Ref. 464, rr. 958-982 y B.O.M.E.H. n.º 2 (9 de enero de 1992).

⁴⁵ Expte. 24/91, Vendedores de Automóviles de Barcelona. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, Ref. 481, rr. 79-91 y B.O.M.E.H. n.º 9 (27 de febrero de 1992).

⁴⁶ Expte. A 34/92, Federación Vizcaína de Kárate. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992. Centro de Publicaciones y Documentación del Ministerio de Economía y Hacienda, Ref. 547, rr. 439-441 y B.O.M.E.H. n.º 4 (28 de enero de 1993).

tencia se establezca en un reglamento ejecutivo para que pueda hablarse de la existencia de un amparo legal. Así en la Resolución de 2 de noviembre de 1994⁴⁷ se analizaba la pretensión de que se declarara contrario al principio de la libre competencia el mantenimiento del artículo 31 del Estatuto de la Abogacía, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1982 dictado en desarrollo de la Ley de Colegios Profesionales, en cuyo precepto se prohíbe a los abogados la realización de publicidad de sus actividades. El TDC consideró que la restricción de publicidad gozaba de un «meridiano pabellón legal», y correspondía, por lo tanto, al poder legislativo introducir la correspondiente modificación legal. Más adelante se analiza si el contenido del Estatuto General de la Abogacía vulnera o no otra norma de rango superior, pregunta a la que responde con la afirmación de que corresponde decidir la cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta Resolución se inclina por la interpretación amplia, ya que la Ley de Colegios Profesionales no prevé la prohibición de publicidad, que está establecida en un Reglamento dictado en desarrollo de dicha Ley. Por ello no cabe decir que la restricción de la competencia sea producto de la voluntad del legislador, ni tan siquiera —como hace la Resolución del TDC— que sea precisa la voluntad del legislador para eliminar tal restricción.

Esta interpretación ha sido criticada por considerar que la prohibición de publicidad a los abogados no está prevista en la Ley de Colegios Profesionales y aunque se encontrara en un Reglamento dictado en desarrollo de esa Ley, no responde a la voluntad del legislador⁴⁸.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en las tres Resoluciones en que consideró que los convenios entre corredores de comercio de la misma plaza se encontraban regulados en el artículo 46 del vigente Reglamento de los Corredores de Comercio⁴⁹, que se dictó en uso de las facultades concedidas al Gobierno por la Ley de 26 de julio de 1957 y que encuentra amparo legal en el Código de Comercio y en las Leyes de 23 de febrero de 1940 y 9 de marzo de 1950. Ahora bien, estos convenios, que podrían considerarse restrictivos de la competencia, no están expresamente previstos en una Ley, sino en un Reglamento de desarrollo, por lo que el Tribunal, en este supuesto, asumió la interpretación amplia. La primera de estas Resoluciones (la doctrina se mantiene en las dos siguientes) ha sido objeto de críticas por considerar que el Reglamento de los Corredores de Comercio carece de nor-

⁴⁷ Expte. r 83/94, Publicidad Abogados. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 1994, Ref. 720, rr. 339-342 y B.O.M.E.H. n.º 43 (23 de noviembre de 1994).

⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*, rr. 722-723; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, rr. 11775-11776.

⁴⁹ Resolución de 22 de mayo de 1992 (Expte. A 22/92, Corredores de Comercio), Resoluciones del TDC 1992, Ref. 503, rr. 199-201 y B.O.M.E.H. n.º 24 (11 de junio de 1992); Resolución de 28 de junio de 1996 (Expte. r 141/96, Corredores de Comercio-2), Resoluciones del TDC 1996, Ref. 882, rr. 213-218 y B.O.M.E.H. n.º 30 (25 de julio de 1996) y Resolución de 16 de mayo de 1997 (Expte. r. 199/97, Corredores de Comercio-3), Resoluciones del TDC 1997, Ref. 987, rr. 258-261 y B.O.M.E.H. n.º 23 (5 de junio de 1997).

ma de cobertura que prevea esos convenios que se consideran restrictivos de la competencia⁵⁰.

En este apartado he de mostrarme partidario de la tesis que defiende que la aplicación del artículo 2.1 requiere que la restricción de la competencia sea en todo caso consecuencia de la voluntad del legislador, voluntad que puede consistir en una declaración expresa, o ser inherente a la aplicación de las previsiones legales. Hay que considerar en este punto que se trata de exceptuar la aplicación de una norma legislativa y, por lo tanto, es necesario que esa excepción sea consecuencia de la voluntad del legislador, no de la de un órgano administrativo⁵¹. Cuando no concurra esa voluntad del legislador, no podrá hablarse de la existencia de amparo legal.

3. EL ARTÍCULO 2.1 LDC Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SEGÚN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Desde las primeras Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en las que se aplicaba el artículo 4.1 de la Ley 110/1963 ha existido una marcada tendencia a considerar que las actuaciones administrativas se incluían dentro de la prohibición de conductas colusorias, pero si respondían a lo previsto en una norma, quedaban excluidas de la prohibición por aplicación del indicado precepto⁵². Esa tendencia ha estado presente en un buen número de Resoluciones dictadas en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. En este orden de cosas se puede señalar que la relación entre la aplicación del artículo 2.1 de la Ley y el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho de la Competencia aparece con claridad en el marco de la aplicación de las normas de la competencia a los Colegios Profesionales, y fundamentalmente en la Resolución de 28 de julio de 1994⁵³. Esta Resolución,

⁵⁰ VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3330, nota 26, señala que no se puede saber qué Ley es la de 26 de julio de 1957, pues no ha hallado norma alguna que sirva de apoyo a ese Reglamento y no viene invocada en el Real Decreto que carece de Exposición de Motivos (la Ley citada es la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que, como es lógico, no contiene ninguna previsión específica respecto de los Corredores de Comercio y mucho menos de los convenios que éstos puedan establecer para el reparto de gastos); ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11774, critica la Resolución no tanto porque esa Ley no prevea la restricción de competencia, sino porque se trata de un Reglamento independiente que no está dictado en desarrollo de una Ley. Se puede interpretar que el Código de Comercio al regular las funciones de los Corredores de Comercio permite un desarrollo reglamentario implícito. VICIANO, J., *op. cit.*, p. 545, se une a las críticas a esta Resolución.

⁵¹ CASES PALLARÉS, LL., «Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia», *op. cit.*, rr. 390 y 391; «La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia», *Revista General de Derecho*, n.º 639, diciembre de 1997, rr. 14370 y 14371; ZAMBRINI, M., *op. cit.*, rr. 11772 y 11775.

⁵² Ver las Sentencias en materia de Ordenanzas Municipales de Mercados, nota n.º 8.

⁵³ Expte. 339/93, C.O.A.M.; Resoluciones del TDC 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 (29 de septiembre de 1994).

que resuelve en sentido similar a como lo había hecho en otros precedentes respecto de la calificación como actos contrarios a la competencia de ciertas decisiones de Colegios de Arquitectos decretando órdenes de abstención respecto a determinados concursos⁵⁴ sirve como paradigma de una tesis mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia: dejar los actos administrativos fuera de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, pero acudir al artículo 2.1 LDC para justificar su exclusión⁵⁵.

El supuesto de hecho consistió en el conflicto surgido entre el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. La primera de estas Corporaciones convocó un concurso de ideas para la redacción de un proyecto arquitectónico para la construcción de su sede colegial en Madrid, con unas bases que no fueron aceptadas por el Colegio de Arquitectos. Como consecuencia de esta no aceptación, se decretó una orden de abstención para todos los arquitectos de Madrid. Por unos afectados se presentó una denuncia por estos hechos y se siguió un expediente sancionador contra el C.O.A.M. En la Resolución dictada por el Tribunal se planteó (FJ 2.1) la cuestión relativa a si en «los casos previstos en el artículo 2.1 de la LDC, la prohibición del artículo 1 de la misma no se aplique a las prácticas anticompetitivas y que la actividad administrativa de los Colegios Profesionales pueda quedar al margen de la prohibición del artículo 1 de la LDC». Ante tal cuestión corresponde al Tribunal analizar el caso para determinar si existe «un acto administrativo al margen de las normas de la competencia y si existe o no autorización legal».

En la Resolución aparecen plenamente relacionadas las cuestiones relativas a la consideración o no de las actividades de los Colegios como actos administrativos y la aplicación del artículo 2.1. Aunque se señala que se analizarán por separado, es lo cierto que al resolver se entremezclan ambas cuestiones, y el análisis del artículo 2.1 en relación con su precedente legislativo (art. 4.1 de la Ley de 1963) se realiza en el Fundamento Jurídico relativo al análisis de si se trata o no de una cuestión administrativa.

En la Resolución, tras analizar las cuestiones relativas a si se trata de un acto administrativo y si tiene amparo legal, se llega a la conclusión de que la orden de abstención constituye una conducta contraria a la competencia dictada sin amparo legal.

A esta Resolución, el vocal señor Bermejo Zofío formuló un voto particular en el que expresaba su opinión que la totalidad de la actividad administrativa está excluida del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y no cabe en consecuencia realizar análisis alguno a tenor

⁵⁴ Resolución de 20 de noviembre de 1992, Expte. 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro; Resoluciones del TDC 1992, Ref. 541, nr. 399-405 y B.O.M.E.H. n.º 47 (17 de diciembre de 1992).

⁵⁵ ZAMBRINI, M., *op. cit.*, p. 11777.

de lo preceptuado en el artículo 2.1 porque el examen de legalidad del indicado precepto solamente tiene sentido de las conductas previamente incluidas en el artículo 1, cosa que, en su opinión no concurre en el supuesto sometido a consideración.

Esta Resolución ha sido confirmada parcialmente por la Sentencia de la Sala Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1998. En la Sentencia se analizan por separado tres cuestiones:

- a) Naturaleza de los Colegios Oficiales y de su actividad.
- b) Contenido y ejercicio de sus competencias.
- c) Alcance del artículo 2.1 de la Ley 16/1989.

A pesar del intento de la Sala de diferenciar las cuestiones relativas al carácter o no de actos administrativos de las conductas sometidas a consideración y al amparo legal, no se sustrajo del sistema seguido por la Resolución recurrida, y mezcla ambas cuestiones⁵⁶. En definitiva se sigue partiendo de un argumento que viene a indicar que si los Colegios Profesionales (o cualquier otra Administración) actúa dentro de aquello que le marca la Ley, es decir, con amparo legal según el artículo 2.1 LDC, está actuando como Administración, es decir, al amparo de la actuación de las Autoridades de la Competencia. Frente a esta tesis, parece más adecuado analizar, en primer lugar, la naturaleza de la actividad que se realiza, para después comprobar si existe o no amparo legal. Si se trata de una actividad como Administración reguladora, aunque actúe sin amparo legal, la revisión de sus actuaciones no podrá ser realizada por los organismos encargados de la defensa de la competencia, sino por la jurisdicción contencioso administrativa. Si por el contrario se trata de una actuación como operador económico y supone una conducta colusoria, habrá que analizar si goza de amparo legal. La actividad estará exenta de la prohibición si goza de tal amparo por lo dispuesto en el artículo 2.1 LDC, y si carece de él, podrá tratarse de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC.

En apoyo de esta tesis y sin salir del ejemplo de los Colegios Profesionales (antes de las reformas efectuadas por el Real Decreto-Ley 5/1996 y la Ley 7/1997) las cuestiones relativas a la fijación de honorarios no son cuestiones que puedan ser calificadas como cuestiones que respondan al ejercicio de funciones públicas, por cuanto que suponen simplemente un apartado relativo al ejercicio económico de una profesión que afecta a quienes pertenecen a ella y a quienes con ellos contra-

⁵⁶ En el Fundamento Jurídico 4 señala: «Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina no es determinar la naturaleza jurídica de las actoras, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en el ejercicio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta».

tan. Según esta interpretación las decisiones en materia de honorarios serían decisiones de asociaciones de empresarios que revisten la forma de Colegios Profesionales. Cabe otra interpretación —menos admisible— según la cual se trata de actos de regulación de una Administración.

Si se admite la primera de las interpretaciones, las cuestiones relativas a los honorarios serán decisiones que en principio estarían incluidas dentro de las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC. En tal supuesto si la fijación estaba autorizada por la Ley (como ocurría antes de la reforma de la legislación de los Colegios Profesionales) se aplicaría el precepto del artículo 2.1, mientras que si se salía del estricto ámbito de ese amparo legal, podría tratarse de una conducta prohibida y, por lo tanto, ser sancionada.

Por el contrario, de ser admitida la segunda de las opciones, es decir, si se trata del ejercicio de funciones públicas, aunque carezca de amparo legal, no podría ser objeto de enjuiciamiento por los organismos de la competencia.

En todo caso parece obvio señalar que se trata de una materia de perfiles poco precisos. La sentencia de la Audiencia Nacional que viene siendo comentada tiene en consideración este hecho, es decir, que existe una cierta confusión normativa en esta materia, como se manifiesta por la existencia de un voto discrepante en la Resolución del Tribunal, y aun cuando confirma ésta en cuanto a los extremos que se refieren a la constatación de una conducta prohibida y a la publicación de la Resolución, la anula en la multa impuesta.

En las Resoluciones de 11 de julio de 1994⁵⁷ y 26 de julio de 1995⁵⁸ se analizaron las cuestiones derivadas de la denuncia presentada por la Unión de Cirujanos Taurinos contra el Colegio Oficial de Médicos de Ávila por exigir la colegiación de los médicos que se dedican a prestar asistencia sanitaria en los festejos taurinos y posteriormente negarles la doble colegiación. El Servicio de Defensa de la Competencia archivó la denuncia sin haberla investigado. Recurrido el Acuerdo de Archivo, el Tribunal estimó el recurso y ordenó al Servicio investigar los motivos por los que se había denegado la doble colegiación por la Resolución de 11 de julio de 1994, que fue confirmada por la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 1997.

El Servicio, tras la oportuna tramitación, volvió a archivar el expediente por considerar que la negativa de la doble colegiación, aunque se tratara de un acto restrictivo de la competencia, era un acto administrativo

⁵⁷ Expte. r 74/94, Cirujanos Taurinos; Resoluciones del TDC, 1994, Ref. 686, rr. 219-223 y B.O.M.E.H. n.º 32 (8 de septiembre de 1994).

⁵⁸ Expte. r 122/95, Cirujanos Taurinos-II; Resoluciones del TDC, 1995, Ref. 796, rr. 297-302 y B.O.M.E.H. n.º 31 (7 de septiembre de 1995).

que debería ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El nuevo recurso fue nuevamente estimado en la Resolución de 26 de julio de 1995, que interpretó que el Colegio de Médicos de Ávila, al exigir la colegiación en una circunstancia en la que no era exigible legalmente, actuó como cualquier agente económico o federación de los mismos.

A esta Resolución formuló un voto particular el vocal señor Bermejo Zofío en el que se consideraba que el hecho denunciado constituía un acto administrativo no incluido en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La tesis mantenida en el voto particular ha sido asumida por la sentencia de 16 de mayo de 1998 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que considera que cuando la Administración Pública actúa sometida al derecho administrativo no se encuentra sometida al principio de libre competencia dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de derecho público que ocupa ⁵⁹.

La relación entre el concepto de acto administrativo y el amparo legal está presente de manera implícita en otras varias Resoluciones del Tribunal, que acostumbran a realizar un análisis de la existencia de amparo legal al mismo tiempo que analizan si se trata de un acto administrativo o no. Así, por ejemplo, en la Resolución de 19 de abril de 1996 ⁶⁰ en la que al resolver sobre un recurso relativo a determinada actuación del Ayuntamiento de Madrid consistente en la aprobación de un Plan de instalación de gasolineras, señala que el TDC no puede entrar a revisar algunas actuaciones del Ayuntamiento de Madrid en materia de ordenación del territorio, *«pues si así lo hiciera vulneraría el artículo 2 de la LDC»*.

Esa misma tesis es mantenida en la Resolución de 30 de octubre de 1997 ⁶¹ al aceptar la tesis del Servicio según la cual la concesión a una sola empresa de la autorización para el transporte, recepción y transformación de las pastas de refinación de aceites constituye una importante restricción de la competencia, pero existe amparo legal para esa actuación de la Generalitat de Cataluña, así como la de 30 de enero de 1998 ⁶², en la que se estima que el Ayuntamiento de Albacete, si actúa en el ámbito de sus competencias que le otorga la Ley de Bases de Régimen Local, goza de amparo legal.

Una cierta ruptura con esta línea argumental se produce en la Resolución de 20 de marzo de 1998 ⁶³ en la que se somete a juicio una actuación del Ayuntamiento de Fuengirola y se considera que actúa como re-

⁵⁹ Como puede observarse por este razonamiento, la Audiencia Nacional mezcla nuevamente las cuestiones relativas a la existencia de un acto administrativo y al amparo legal.

⁶⁰ Expte. r 151/96, Ayuntamiento de Madrid; Resoluciones del TDC, 1996, ref. 862, rr. 141-143 y B.O.M.E.H. n.º 21 (23 de mayo de 1996).

⁶¹ Expte. r 241/97, GRICASA; Resoluciones del TDC, 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 (4 de noviembre de 1997).

⁶² Expte. r 271/97, Aquagest; B.O.M.E.H. n.º 10 (5 de marzo de 1998).

⁶³ Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola; B.O.M.E.H. n.º 18 (30 de abril de 1998).

gulador y la consideración de si en esa actividad ha actuado o no de acuerdo con las Leyes es una cuestión ajena a la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia, que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas.

En resumen, en este apartado se señala una marcada tendencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a ligar la cuestión relativa al sometimiento de las Administraciones Públicas al derecho de la competencia con el contenido del artículo 2.1, tendencia que ha estado presente, como se señalará más adelante, en la reforma introducida en la LDC en junio de 1996. Ahora bien, puede afirmarse que una cosa es el amparo legal y otra diferente quién debe ser el sujeto de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. La cuestión relativa al sujeto debe plantearse en un precepto de carácter general para que se extienda a todos los supuestos de conductas, es decir, tanto a las incluidas en el artículo 1, como en el 6 y el 7, todos ellos de la Ley de Defensa de la Competencia. Por el contrario, la cuestión relativa al amparo legal constituye una cuestión muy debatida pero que solamente cabe referirla a las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC.

4. AMPARO LEGAL Y EXENCIONES POR CATEGORÍAS

El artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia contiene la primera de las excepciones a la aplicación de la prohibición del artículo 1 de la misma Ley. Pero la propia Ley prevé otras dos excepciones, que son las autorizaciones singulares y las exenciones por categorías. Mientras que el artículo 2.1 no tiene un precepto equivalente en el Tratado de Roma, estas otras dos excepciones tienen su equivalente en lo previsto en el artículo 85.3 del Tratado.

Las autorizaciones singulares (arts. 3 y 4 de la Ley) suponen una exención individualizada y para un supuesto concreto concedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que no se asemejan al supuesto previsto en el artículo 2.1. No ocurre otro tanto con las exenciones por categorías. El artículo 5 LDC dispone que, mediante reglamentos de exención, el Gobierno podrá autorizar determinadas categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas.

En uso de esta facultad, el Gobierno aprobó el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en cuyo artículo 1 recogió las exenciones por categorías mediante la técnica de interiorizar lo dispuesto en determinados Reglamentos Comunitarios de exención por categorías, mediante una técnica que se ha demostrado como totalmente insatisfactoria, máxime cuando estos Reglamentos Comunitarios han sido derogados o han terminado su vigencia⁶⁴.

⁶⁴ El problema radica en el hecho de que los Reglamentos Comunitarios tienen una vigencia temporal, y cuando éstos terminan su vigencia o bien son derogados, hay que preguntarse cuál

Los supuestos contemplados en los artículos 2.1 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia presentan ciertas similitudes y ciertas divergencias.

Como similitudes se puede señalar que en ambos casos se trata de excepciones a la aplicación de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Una segunda similitud es que en ambos supuestos se trata de excepciones de carácter general. Un tercer aspecto merece ser destacado, y es el consistente de que en uno y otro caso las excepciones responden a la voluntad del legislador, pues en el caso de la exención por categorías la norma habilitante la constituye el propio artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia. La exención puede ser concedida en ambos supuestos por un Reglamento, pero este Reglamento ha de seguir los criterios establecidos en una Ley.

Las diferencias también son evidentes y se derivan del diferente origen de una y otra disposición. Mientras que el artículo 2.1 tiene su origen en un precepto coyuntural de la Ley de 1963 y, por lo tanto, está redactado en términos genéricos, el artículo 5 supone la aplicación de la técnica comunitaria de exenciones por categorías, y tiene un mayor nivel de concreción. Otra diferencia consiste en que mientras el amparo legal se aplicará mientras no se derogue la norma que lo concede, la exención por categorías puede ser retirada por acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se compruebe que, en un caso determinado, un acuerdo exento produce efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 3 de la Ley⁶⁵.

Ahora bien, las coincidencias entre uno y otro precepto, el hecho de que se trate de excepciones generales y que respondan al mismo principio de respeto al principio de jerarquía normativa, se puede sugerir un tratamiento conjunto de ambos supuestos, unificando a tales efectos los preceptos contenidos en los artículos 2.1 y 5 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En las exenciones por categorías el sistema seguido hasta el momento por el legislador español ha supuesto una interiorización del derecho

es la norma que se aplica en Derecho español, si se aplica lo previsto en el Reglamento derogado, si se aplica el nuevo Reglamento que lo sustituye o bien se considera que cuando se derogue un Reglamento de los incluidos en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992 no existe la exención por categorías allí prevista. El problema se planteó en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de mayo de 1996 (Expte. A 177/96, La Casera. Resoluciones del TDC, 1996. Ref. 870, rr. 168-171 y B.O.M.E.H. n.º 24 (13 de junio de 1996)) en la cual la solución adoptada fue la de conceder la autorización singular a un contrato que cumplía las condiciones de un Reglamento (el 240/96) que no estaba incluido entre los mencionados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992, pero que había sustituido a dos Reglamentos (2349/84 y 556/89) que sí se encontraban incluidos. Junto a esta solución, el Tribunal manifestaba que autorizaría los contratos que se ajustaran al Reglamento vigente y no impondría multas a los operadores económicos que suscriban contratos que, sin ser de dimensión comunitaria, cumplan los requisitos establecidos en los Reglamentos Comunitarios.

⁶⁵ Artículo 2 del Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero.

comunitario y, por lo tanto, las exenciones por categorías siguen —con los inconvenientes que se han puesto de manifiesto— los reglamentos comunitarios, pero hay que tener en cuenta que toda la técnica de exención por categorías está siendo objeto de revisión, lo cual implicará también modificaciones del derecho español⁶⁶. Con todo ello se quiere significar que en esta materia se están produciendo cambios acelerados y, por lo tanto, sería conveniente adoptar fórmulas legales más flexibles que permitieran una más rápida adaptación a una realidad cambiante.

Una aproximación entre el tratamiento legal de las exenciones por amparo legal y por categorías tendría efectos beneficiosos. Por ejemplo, implicaría que todas las posibilidades de excepciones de carácter general deberían respetar ciertos límites tales como los recogidos en el artículo 3.1, lo cual contribuiría a cerrar las posibilidades de derogación del artículo 1 LDC. Por otra parte, podría permitir un cierto control de esos supuestos por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante el mecanismo de la retirada de la exención.

Para reforzar esta propuesta hay que tener en cuenta que, en algunos sectores en los que se ha planteado la posibilidad de aprobar un Reglamento de exención por categorías como es el caso del sector de seguros, al no haberse optado por esa posibilidad, se ha procedido a conceder por leyes sectoriales amparo legal a determinadas conductas (tales como la utilización de estadísticas comunes para el cálculo de primas).

En otro supuesto se ha aplicado sucesivamente la técnica del amparo legal y la de la exención por categorías lo constituye el supuesto de las licencias de patentes que gozaban de amparo legal en las cláusulas permitidas por el artículo 75 de la Ley de Patentes. En este precepto se autorizan algunas cláusulas en esos contratos que pueden estar incluidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia: limitación de facultades y actos de explotación de la patente licenciada, limitación territorial, obligación de exclusividad y prohibición de la cesión del contrato de licencia y de la sublicencia pero, al estar permitidos por el artículo 75 de la Ley de Patentes, gozan del amparo legal del artículo 2 LDC⁶⁷. Pues bien, la exención de los acuerdos de licencias de patentes y acuerdos mixtos de licencia de patente y comunicación de *know-how* fue incluida en el artículo 1.1.c) del Real Decreto 157/92 al regular las exenciones

⁶⁶ En la actualidad la DG IV de la Comisión Europea trabaja con la idea de no renovar los reglamentos de exención por categorías de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia; en segundo término proponer la adopción de exenciones más amplias y simples basado simplemente en una lista de cláusulas inadmisibles (lista negra) y, finalmente, adoptar un reglamento único aplicable a todos los tipos de restricciones verticales (PEÑA CASTELLOT, M.A., «La reforma de la política comunitaria de competencia en lo referente a las restricciones verticales de la competencia: el Libro Verde y después», ponencia presentada en las *XI Jornadas del TDC* celebradas en Madrid el 12 de marzo de 1998, pendiente de publicar).

⁶⁷ MASSAGUER, J., «Antitrust y licencia de patente y know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia», *Derecho de los Negocios*, año 3, n.º 19, abril de 1992, p. 25.

por categorías, interiorizando el Reglamento 2349/84 CEE de la Comisión, posteriormente sustituido por el Reglamento 240/96⁶⁸.

Estos ejemplos evidencian una situación que denota que, tanto por el sistema de exención por categorías como por la exención legal prevista en el artículo 2.1, se pretende cumplir similares objetivos y, por lo tanto, sería conveniente un tratamiento similar de ambos.

5. EL ARTÍCULO 2.1 Y EL DERECHO COMUNITARIO

Otra de las cuestiones que pueden plantearse al aplicar el artículo 2.1 consiste en determinar qué ocurre si la conducta que tiene amparo legal es susceptible de vulnerar no solamente el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino también el artículo 85.1 del Tratado de Roma. Las autoridades nacionales de la competencia pueden aplicar el artículo 85.1 del Tratado. En tal supuesto cabe plantearse qué ocurre si una norma ampara situaciones de restricción de la competencia que dificulten el comercio entre los Estados Miembros y, por lo tanto, constituyan también la infracción del artículo 85.1 del Tratado.

Parece evidente afirmar que la existencia de una norma nacional que ampare ententes colusorias no puede impedir la aplicación del Derecho Comunitario por cuanto que lo impediría el principio de supremacía y supondría abrir una peligrosa vía de inaplicación de ese Derecho comunitario. Si la autoridad española se encuentra con una norma legal que ampara situaciones de restricción de competencia y que vulnera el artículo 85 del Tratado, no puede, en principio, aplicar la norma nacional. Otra alternativa que consistiría en plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, posiblemente retrasaría considerablemente la solución.

Para resolver la cuestión, es preciso tener en cuenta la doctrina emanada de las Decisiones de la Comisión y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las normas internas de los Estados que son contrarias a las normas sobre la competencia⁶⁹. A tales efectos el Tribunal de Justicia ha recordado en la Sentencia INNO/AJAB⁷⁰ que «los Estados miembros no pueden promulgar disposiciones que permitan a las empresas privadas eludir las limitaciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado». Resulta claro que la norma nacional no otorga amparo que permita el incumplimiento de las normas del Tratado, lo cual supone una limitación de su poder legislativo que le viene impuesta por el artículo 5 del Tratado⁷¹.

⁶⁸ Ver nota 64 y la Resolución de La Casera allí comentada.

⁶⁹ FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994, p. 164.

⁷⁰ Sentencia de 16 de noviembre de 1977, asunto 13, 77, Rec. 1977, pp. 2115 y ss.

⁷¹ VICENT, F. (*op. cit.*, pp. 3335-3336), siguiendo a Van Bael y Bellis pueden incurrir en tres posibles conductas contrarias al Tratado: 1.^ª Imponer o favorecer la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios al artículo 85; 2.^ª Reforzar los efectos anticompetitivos

Ahora bien, la cuestión no se resuelve exclusivamente recordando que los Estados tienen contraída por el Tratado la obligación de no adoptar disposiciones contrarias a la libre competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del mismo, cuestión que supone uno de los pilares del proceso de construcción de un mercado único. Hay que tener en cuenta que el problema que se puede plantear a las autoridades españolas de la competencia es resolver acerca de una conducta que infrinja el artículo 85.1 del Tratado, pero que esté amparada por una norma nacional.

En esa situación, la alternativa más adecuada puede consistir en analizar la norma nacional y su posible contradicción con el artículo 85.1 del Tratado. Si la contradicción resulta clara (es decir, es evidente e incontestable) o bien aclarada (esto es, ha sido resuelta en términos similares por una sentencia del Tribunal de Justicia), el Tribunal de Defensa de la Competencia no debe aplicar la norma nacional por ser contraria al Tratado CEE. Si por el contrario la contradicción entre la norma española y el Tratado no tiene tal grado de claridad ni ha sido previamente aclarada por una sentencia, en ese supuesto, debe plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado de Roma.

6. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 2.1 LDC INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY DE 7 DE JUNIO DE 1996

En el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, se introdujo una modificación al artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en introducir un segundo párrafo del siguiente tenor literal:

«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.»

de tales acuerdos, decisiones o prácticas ya preexistentes; 3.^o Conceder a las empresas (públicas y privadas) facultades de autoridad pública, suprimiendo así el carácter de legislación estatal y dotando a las empresas de un poder ilimitado en el mercado. FERNÁNDEZ-LERGA, C. (*op. cit.*, p. 97), recuerda que los Estados vienen obligados a no adoptar medidas contrarias a la competencia respecto de las empresas públicas y aquéllas a las que conceden derechos exclusivos (art. 90.1 del Tratado) ni tampoco respecto de las privadas. El artículo 5 del Tratado impone a los Estados determinadas obligaciones, entre ellas las de llevar a cabo las medidas recogidas en el artículo 3, entre las que se encuentran las del apartado l) en la actualidad es el g) que impone asegurar el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común. En este orden de cosas, en el asunto Bureau National Interprofessionnel du Cognac/Aubert Yves, de 3 de diciembre de 1987, asunto 136/86, Rec. 1987, rr. 4808 y ss.) el TJCE declaró que un acuerdo interprofesional de fijación de cuotas máximas de producción que estaba amparado por una Orden Ministerial era contrario al artículo 85.1 y la Orden Ministerial era contraria a las obligaciones impuestas a los Estados por el artículo 5 del Tratado en relación con el artículo 3.1) y el artículo 85.

Esta modificación ha sido generalmente considerada como aclaratoria del primer párrafo e incluso innecesaria⁷². Una explicación de la razón de esta modificación resulta imposible sin tener en cuenta las serie de Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia anteriormente mencionadas, en las que se plantea la cuestión del sometimiento de las actividades de las Administraciones Públicas a las normas de la competencia en relación con lo previsto en el artículo 2.1 LDC⁷³. Esta doctrina viene a poner el acento en que el derecho de la competencia no se aplica a los actos administrativos cuando han sido realizados al amparo de una norma legal o reglamentaria, lo cual implica «contrario sensu» que sí se aplican cuando carezcan de tal amparo. Sin la referencia a esa doctrina no es posible entender qué es lo que ha pretendido regular el nuevo párrafo.

Parece que con este nuevo párrafo se está ratificando la doctrina anterior en un doble sentido; en primer lugar se quiere resaltar que el amparo legal solamente puede venir determinado por una Ley o bien una norma reglamentaria de desarrollo de una Ley y en segundo lugar se desea ratificar que las normas de la Ley de Defensa de la Competencia (aun cuando solamente se esté refiriendo al artículo 1 de la misma) se aplican también a la actuación de las Administraciones Públicas cuando se realice sin amparo legal.

Como puede fácilmente comprenderse, la norma no es simplemente aclaratoria; puede ser aclaratoria de determinada interpretación del primer párrafo del artículo 2.1, pero no de su tenor literal. La finalidad del artículo 2.1 es la de exceptuar de la prohibición del artículo 1 LDC determinadas conductas de empresas porque tales conductas están autorizadas por una norma de rango legal o reglamentario de desarrollo de una Ley, y no la de plantear la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones Públicas. Sin embargo parece que se ha querido señalar que, a partir de ese momento, no será posible discutir sobre la aplicación de las normas sobre la competencia a las actuaciones de las Administraciones Públicas.

Son dos los extremos que regula el párrafo segundo del artículo 2.1 LDC. El primero de ellos supone declarar que la prohibición de las conductas incluidas en el párrafo primero será de aplicación «a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras

⁷² ALONSO SOTO, R., «La modificación de la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Boletín de la Gaceta Jurídica de la CEE y de la competencia*, n.º 120, enero-febrero de 1997, p. 2. COSTAS COMESAÑA, J., «Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, p. 1021. SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, considera que la aportación resulta «muy innovadora» (p. 368) para afirmar más adelante que en el párrafo segundo del artículo 2.1 no existe novedad, sino continuación y aclaración de lo que se dice en el párrafo primero (p. 419).

⁷³ Ver apartado II.3.

potestades administrativas» distintas a la reglamentaria. El segundo extremo consiste en declarar que la prohibición del artículo 1 LDC será aplicable a las situaciones de restricción de competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

En el primer supuesto se vuelve a la técnica utilizada por el artículo 4.1 de la Ley de 1963 en la que se utilizaba la expresión «potestad administrativa». Esta vuelta supone un paso atrás⁷⁴, y ello porque no se entiende claramente qué alcance tiene aquí hablar de potestades administrativas. Si se quiere insistir en que las actuaciones de la Administración diferentes de las derivadas de la potestad reglamentaria no excluyen la prohibición del artículo 1 LDC, es un precepto totalmente superfluo. Por otra parte, hablar de potestades administrativas sin amparo legal supone una contradicción, ya que la atribución de potestades administrativas ha de ser realizada necesariamente por una Ley. La Administración no puede actuar sin una atribución legal previa de potestades administrativas⁷⁵.

La segunda afirmación que se contiene en la reforma del artículo 2.1 es que será de aplicación la prohibición establecida en el artículo 1 a las situaciones de restricción de competencia causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los Entes Públicos o las Empresas Públicas sin amparo legal. Parece que, en buena medida, el Decreto-Ley de 1996 haya querido acudir en apoyo de las tesis del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se sostiene que el derecho de la competencia se aplica a las actuaciones de las Administraciones Públicas cuando se efectúan sin amparo legal⁷⁶.

Ahora bien, la fórmula elegida no puede ser considerada precisamente como afortunada. No es posible una afirmación genérica de que se aplican las normas sobre la competencia a las Administraciones Públicas, además, realizada en un lugar inconveniente. En primer lugar, si se pretende hacer una afirmación general de ese calibre, debería ser efectuada en un precepto general y no en uno que solamente se refiere al artículo 1, como es el artículo 2.1. En segundo término, no es posible hacer una afirmación general de que las normas sobre la competencia se aplican a las actividades de la Administración, pues ello significa hacer una manifestación rotunda en una materia en la que las aproximaciones han de ser realizadas con gran número de matices.

⁷⁴ En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93 COAM; Resoluciones del TDC 1994, Ref. 694, rr. 241-258 y B.O.M.E.H. n.º 35 [29 de septiembre de 1994]) al comparar el precepto contenido en el artículo 2.1 LDC con el del artículo 4.1 de la Ley de 1963 señala que el énfasis antiguamente puesto en el ejercicio de las potestades administrativas para la exención de las prácticas restrictivas de la competencia se ha trasladado hacia la existencia o no del amparo legal.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 6.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 429.

⁷⁶ *Vide supra*, apartado II.3.

No es posible realizar una afirmación global de que las normas de la competencia se aplican a la actuación de las Administraciones Públicas en cualquier caso. Se puede asumir en esta materia la tesis funcionalista, según la cual cuando una Administración Pública actúa como empresario en el sentido funcional del término, es decir, como oferente o demandante en el mercado, puede ser considerada como sujeto de la normativa de la competencia⁷⁷.

Por todo lo anterior se puede llegar a la conclusión de que la reforma del artículo 2.1 ha pretendido incidir en que la legislación de defensa de la competencia se aplica a las Administraciones Públicas, pero lo ha realizado de forma poco afortunada, tanto por la ubicación del precepto, como porque realiza una afirmación general sin delimitar los supuestos en que se produce tal aplicación y aquellos otros en los que no puede producirse.

III. EL ARTÍCULO 2.2 DE LA LEY 16/1989

El artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia faculta al Tribunal para formular propuestas motivadas al Gobierno de modificación o supresión «de situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

La primera observación que debe realizarse a este precepto consiste en resaltar que las expresiones utilizadas implican una cierta confusión. En efecto, las propuestas deben referirse a la modificación de las normas legales que permitan situaciones de restricción de competencia, y no de las situaciones restrictivas que constituyen el resultado fáctico de aquello que la norma permite.

Una segunda consideración sobre este precepto puede referirse a sus relaciones con las funciones consultivas y de emisión de informes del Tribunal de Defensa de la Competencia que se regulan en el artículo 26 de la misma Ley. Cabe plantearse si se trata de dos supuestos diferentes o bien se trata de dos formulaciones diferentes de la misma facultad. En

⁷⁷ BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 64-66. El criterio funcional, es decir, atender al tipo de actuación y no al sujeto que la realiza ha sido admitido también por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, p. 311, al comentar las Resoluciones del TDC de 11 de abril de 1978 y de 14 de junio de 1984, si bien considera (rr. 316-317) que los límites del enjuiciamiento del TDC son, en primer lugar, la presencia de un acto administrativo; en segundo lugar, la existencia de una norma en la que se amparen las prácticas anticompetenciales y, finalmente, la posibilidad de autorizar singularmente la práctica anticompetencial. En el mismo sentido analiza la cuestión el TJCE al considerar que para determinar si el sujeto puede ser autor de las conductas de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, lo esencial es su intervención en el mercado y no el título o personificación con que lo hace (CASES PALLARÉS, Ll., *La ejecución de obras por la propia Administración Pública y el Derecho de la Competencia*, op. cit., rr. 14368-14369).

respuesta a esta cuestión puede señalarse que con independencia de que la facultad consultiva del artículo 26.b) es más amplia en cuanto a los órganos a los que va dirigida⁷⁸ y menos intensa en su contenido⁷⁹, se trata de dos especialidades de la misma facultad y así lo ha venido entendiendo el Tribunal de Defensa de la Competencia al emitir sus informes elevados al Gobierno⁸⁰.

Habida cuenta que el Tribunal no solamente está facultado para dirigir informes a cualquier poder del Estado [art. 26.b) LDC], sino también para someter al Gobierno cualquier propuesta de modificación de la Ley [art. 26.c) LDC], y que, además, estas facultades están establecidas en un precepto genérico, se puede preguntar qué añade el artículo 2.2. Es indudable que este precepto añade más intensidad al enjuiciamiento concurrential de una norma de la que suponen las genéricas facultades de formular propuestas e informes.

En buena medida se puede afirmar que las facultades del artículo 2.2 son consecuencia del carácter supralegal que tienen el principio de defensa de la competencia, y de la necesidad de someter a un cierto enjuiciamiento concurrential las normas, incluso de carácter legal, que restrinjan ese principio. Como quiera que el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano administrativo que ni puede anular normas, ni tan siquiera con la actual regulación plantear cuestiones de constitucionalidad⁸¹, se le concede la facultad de realizar propuestas de modificación de las normas. Si bien es cierto que esta norma puede ser considerada como insuficiente para realizar un auténtico juicio concurrential de la norma, no es menos cierto que se trata de facultades significativas para un órgano administrativo como es el Tribunal de Defensa de la Competencia⁸².

⁷⁸ SORIANO GARCÍA, J. E., *op. cit.*, p. 626.

⁷⁹ VICIANO, J., *op. cit.*, p. 565.

⁸⁰ ALONSO SOTO, R., «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*, separata, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, p. 654. En el año 1992, el Tribunal elaboró el «Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones»; en el año 1993, el titulado «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia y atajar el daño causado por los monopolios», y en 1995, el denominado «La competencia en España: balance y nuevas propuestas». A partir de esa fecha no se ha editado ningún nuevo informe, si bien ha elaborado informes sobre los sectores del libro y del gas que, en su momento, se integrarán en un informe único.

⁸¹ VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3329, considera que el juicio de constitucionalidad corresponde a todo intérprete de las normas jurídicas, incluido el Tribunal de Defensa de la Competencia, y en caso de duda se podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Para admitir esta posibilidad se debería modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸² CASES PALLARÉS, LL., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, *op. cit.*, p. 399, afirma tras recoger algunas propuestas de supresión de este párrafo que se realizaron durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, indica que esta facultad implica que un órgano administrativo se pronuncia sobre decisiones adoptadas por el poder legislativo, estimando su procedencia o incorrección.

La facultad de realizar propuestas al Gobierno corresponde exclusivamente al Tribunal, sin que exista ningún derecho de los particulares a promover esta iniciativa⁸³.

Si el Servicio de Defensa de la Competencia se encuentra con normas que amparan restricciones de la competencia, puede dirigirse al Tribunal solicitando que haga uso de la facultad del artículo 2.2⁸⁴.

La facultad de realizar propuestas del Tribunal de Defensa de la Competencia contenida en el artículo 2.2 constituye una secuencia del precepto contenido en el artículo 2.1, por lo que, en principio, cabe pensar que esta específica modalidad de propuesta ha de estar referida exclusivamente a las normas legales a las que se refiere el artículo 2.1⁸⁵. El Tribunal de Defensa de la Competencia no lo ha venido entendiendo así, ya que ha considerado que este precepto le habilitaba para realizar propuestas no sólo de normas que amparaban conductas en principio prohibidas (y no sólo por el art. 1 LDC), sino para realizar todo tipo de propuestas acerca de la reforma de las Leyes que contuvieran limitaciones a la libre competencia, y ello no sólo en sus Informes⁸⁶, sino también en sus Resoluciones⁸⁷.

Finalmente, cabe plantear quién ha de ser el destinatario de estos informes, que ha de ser necesariamente el Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta taxativa mención del precepto excluye que se puedan dirigir propuestas a otras Administraciones promotoras de normas, tales como las Comunidades Autónomas, aunque el Tribunal ha admitido implícitamente esta posibilidad en la Resolución de

⁸³ Resoluciones de 17 de septiembre de 1993 (Expte. 29/91, INTERCAN; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993, Ref. 603, rr. 375-385 y B.O.M.E.H. n.º 36 [7 de octubre de 1993]); de 23 de octubre de 1995 (Expte. r 105/94, Monopolio de Tabacos-2; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 814, rr. 373-377 y B.O.M.E.H. n.º 41 [16 de noviembre de 1995]) y 30 de octubre de 1997 (Expte. r. 241/97, GRICASA; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 [4 de noviembre de 1997]).

⁸⁴ Resoluciones de 26 y 28 de enero y 5 de febrero de 1998 (Exptes. r. 269/97, r. 270/97 y r. 272/97, TRAGSA-4, 5 y 6; B.O.M.E.H. n.º 10 [5 de marzo de 1998] y n.º 11 [12 de marzo de 1998]).

⁸⁵ VICIANO, J., *op. cit.*, rr. 565-566.

⁸⁶ Ver nota n.º 80.

⁸⁷ En la Resolución de 3 de julio de 1995 (Expte. r. 108/95, Farmacia Santander; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 786, rr. 263-265 y B.O.M.E.H. n.º 31 [7 de septiembre de 1995]) se indica que el art. 2.2 LDC faculta al Tribunal para elevar propuestas al Gobierno de modificación de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales o reglamentarias, y considera que ha hecho uso de esa facultad al proponer la modificación de la legislación que limita la apertura de las farmacias. Como puede comprenderse se trata de una legislación que establece barreras de entrada para el ejercicio de una profesión, pero no ampara conductas incluidas en la LDC. La Resolución de 23 de octubre de 1995 (Expte. r. 105/94, Monopolio de Tabacos-2; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995, Ref. 814, rr. 373-377 y B.O.M.E.H. n.º 41 [16 de noviembre de 1995]) adelanta un ejercicio de la facultad concedida por el artículo 2.2 que elevará al Gobierno una propuesta que versará sobre la modificación del R.D. 2738/86, de 12 de diciembre, y sobre la determinación del órgano apropiado para la concesión de autorizaciones en materia de tabacos, lo cual tampoco significan normas que amparen conductas, en principio, prohibidas.

30 de octubre de 1997⁸⁸. En realidad, la cuestión carece de trascendencia real, ya que si el Tribunal se encuentra con restricciones anticompetitivas establecidas en normas autonómicas puede perfectamente dirigir un informe a cualquier Comunidad Autónoma, haciendo uso de la facultad del artículo 26.1.b), ya que en este precepto se incluye entre los destinatarios a todos los poderes y órganos del Estado⁸⁹.

IV. CONCLUSIONES

Las cuestiones que pueden plantearse del análisis del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia son múltiples y variadas como se desprende de las aplicaciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha realizado de ese precepto. Posiblemente como resumen de cuanto anteriormente ha sido expuesto se deban destacar algunas consideraciones.

En primer lugar, debe señalarse la incongruencia que resulta que las conductas prohibidas por el artículo 1 puedan considerarse autorizadas cuando exista amparo legal, mientras que no hay una norma similar para las conductas abusivas.

En segundo lugar, las cuestiones relativas a si la actividad de las Administraciones Públicas se someten o no a las normas de la competencia deben enfocarse en otro precepto diferente al que regula el amparo legal.

En tercer término, debería aclararse que no caben autorizaciones de conductas anticompetitivas que no respondan a la voluntad del legislador.

Finalmente, en cuanto al precepto contenido en el artículo 2.2 deberán acentuarse los poderes del Tribunal de Defensa de la Competencia con la finalidad de poder bien realizar, bien instar, el enjuiciamiento concurrential de cualesquiera normas.

⁸⁸ Expte. r. 241/97, GRICASA; Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia 1997, Ref. 1.068, rr. 623-626 y B.O.M.E.H. n.º 45 (4 de noviembre de 1997).

⁸⁹ SORIANO GARCÍA, J. E., *op. cit.*, p. 627.

LA CONFIDENCIALIDAD DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada. Sala de lo Contencioso
Administrativo de la Audiencia Nacional

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ha preparado con la finalidad de analizar la problemática que plantea, en el recurso contencioso-administrativo contra Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, el hecho de que éste haya decretado la confidencialidad de parte del expediente administrativo tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia o ante el propio Tribunal.

El artículo 53 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia establece que «El Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en cualquier momento del expediente podrán ordenar, de oficio o a instancia del interesado, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada».

El origen del problema está en que, frente a esta previsión de la Ley de Defensa de la Competencia, y a los deseos de las partes en estos procesos de mantener confidencial esa documentación se alza la concepción que del expediente administrativo tiene la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

La función revisora de esta jurisdicción predetermina la importancia de que el expediente administrativo sea remitido por la Administración completo, unido a los autos completo y puesto a disposición de las partes en su integridad para que formalicen la demanda o contesten a la misma.

El propio Tribunal Constitucional en la sentencia 24/1981 de 14 de julio señaló que la puesta de manifiesto del expediente administrativo a la parte actora constituye una garantía procesal para ésta, cuyo cumpli-

miento no deja la ley de la Jurisdicción al arbitrio ni de la Administración ni del mismo órgano judicial, como lo prueba el aparato coactivo de oficio previsto en el artículo 61 de aquel Cuerpo legal.

La doctrina del Tribunal Supremo en la materia, recogida entre otras en las sentencias de 19 de octubre de 1987 (R.A. 8667), 26 de septiembre de 1988 (R.A. 7255) y Auto de 25 de noviembre de 1988 (R.A. 9209), recuerda que el recurso contencioso-administrativo da vida a un proceso de cognición cuya estructura se ajusta plenamente a las reglas generales de este tipo de procesos, en los que es necesario, en primer lugar, el establecimiento de los datos de hecho necesarios para poder juzgar sobre la pretensión deducida, «para, en su caso y después proceder a la depuración de tales datos tratando de lograr un convencimiento psicológico del órgano jurisdiccional respecto de la existencia o inexistencia de aquellos datos —prueba—. Alegaciones y prueba pues, configuran la estructura del proceso de cognición y por tanto del recurso contencioso-administrativo». (S.T.S. 19 de octubre de 1987 R.A. 8667).

La Ley de la Jurisdicción contempla como trámite fundamental la remisión por la Administración, según lo previsto en el artículo 61 de la misma, del expediente administrativo, cuyo contenido constituye el elemento básico sobre el que se ejerce la cognición judicial, tal y como ha sido descrita más arriba, en dos aspectos fundamentales: 1.^o) a la vista del expediente las partes pueden formular alegaciones, y el actor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley Jurisdiccional, articular nuevos motivos de impugnación que no expuso en vía administrativa; 2.^o) a efectos probatorios, el expediente constituye la base documental sobre la que se acreditan o se desvirtúan los alegatos de los litigantes.

El Tribunal Supremo relativiza, sin embargo, las consecuencias de la ausencia del expediente: «Esta importancia del expediente no significa sin embargo que su no constancia en el proceso deba tener siempre las mismas consecuencias: puesto que de lo que se trata es de enjuiciar un acto o disposición determinando su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico —art. 83.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional— es claro que en cada caso habrá que concretar en qué medida resulta posible ese juicio sin contar con el expediente o, desde otro punto de vista, en qué medida la no incorporación del expediente ha disminuido las oportunidades de las partes para articular los fundamentos de sus pretensiones» (S.T.S. 19 de octubre de 1987 R.A. 8667).

La actitud del Tribunal Supremo, enfrentado a la tesitura de mantener o levantar la confidencialidad de parte de los expedientes administrativos, ha sido la de entender que el control jurisdiccional de la actuación administrativa, junto con el adecuado aseguramiento del derecho de defensa exigen que pueda valorarse y examinarse la totalidad del expediente administrativo. En general, el Alto Tribunal vincula sus propias posibilidades de valorar dichas parcelas confidenciales del expediente a las de los litigantes que las han tenido vedadas, colocando en idéntico nivel (para justificar el le-

vantamiento de la confidencialidad) el ejercicio por el Tribunal del control jurisdiccional de la actuación administrativa y el derecho de los litigantes a disponer de los datos que aseguren una adecuada defensa.

II. LAS SOLUCIONES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Antes de continuar con el examen del problema tal y como se plantea en el derecho y la práctica jurisdiccional españoles, es procedente recordar cuál ha sido la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ya en las sentencias *Buchler/Comision*, y *ACF Chemiefarma/Comision* dictadas el 15 de julio de 1970 en los asuntos 44/69 y 41/69 respectivamente, se planteó por las demandantes que la Comisión había violado su derecho de defensa al rehusarle el examen de documentos esenciales en base a los cuales se había dictado el Acto de la Comisión objeto del recurso. El Tribunal comprobó que la actora había solicitado el acceso a los documentos, que éste había sido denegado con base en la necesidad de salvaguardar el secreto comercial, y que la Administración no había consultado a los interesados cuyo secreto comercial decía proteger sobre la posibilidad de que la recurrente consultara esos documentos.

La conclusión a que llegó el Tribunal en sus sentencias es que, en caso de duda sobre si la comunicación de documentos necesarios para el ejercicio de defensa de una de las partes es o no incompatible con la exigencia de salvaguardar el secreto comercial de otras empresas, la Comisión no puede denegar tal comunicación sin oír a las interesadas.

En el Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de fecha 30 de marzo de 1982, dictado en el asunto núm. 236/81 *Celanese Chemical Company Inc./ Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas*, por la actora se interpone un recurso en dos versiones: una acompañada de múltiples documentos, respecto de los que solicita se declare la confidencialidad, y otra versión no confidencial, rechazándose por el Secretario la admisión de dos versiones del escrito de recurso y devolviéndole la confidencial.

El Tribunal resolvió: 1.º) garantizar la confidencialidad de los documentos y las partes de algunos documentos respecto de los que se ha solicitado la reserva por la interesada y se ha reconocido por los demandados; 2.º) habrá que tomar una decisión sobre cada solicitud de declaración de confidencialidad previo examen por parte del Tribunal de los documentos con audiencia de los demandados. En caso de denegarse, se concederá un plazo a la actora para que proceda a retirar los documentos correspondientes; 3.º) los documentos declarados confidenciales en todo o en parte formarán una pieza separada, con acceso reservado a las partes y al Tribunal; y 4.º) el Tribunal se reserva el derecho de decidir si la uti-

lización de los referidos documentos confidenciales es incompatible con el carácter público de la motivación de la sentencia y de las conclusiones del Abogado General. Si es incompatible, la sentencia se fundamentará en el expediente administrativo sin la parte declarada confidencial.

En el Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, dictado en el asunto T-30/89 Hilti Aktiengesellschaft/Comisión de las Comunidades Europeas, se acoge parcialmente la solicitud de confidencialidad, con la peculiaridad de que algunos de los documentos afectados eran comunicaciones amparadas en el secreto profesional (comunicaciones entre Abogados y sus clientes). En dicho Auto se razona que para aplicar la excepción al principio general de procedimiento de que todas las partes deben tener acceso a la totalidad del expediente administrativo, excepción prevista en el artículo 93 párrafo 4 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, «es necesario definir, en relación con cada documento procesal para el que se solicita la confidencialidad, cómo conciliar, de hecho, la legítima preocupación de la demandante de evitar que se lesionen sustancialmente sus intereses comerciales con la también legítima preocupación de las partes coadyuvantes de disponer de la información necesaria que les permita estar plenamente en condiciones de hacer valer sus derechos y de exponer sus tesis ante el Tribunal. Finalmente, dentro de este análisis, procede también tener en cuenta determinados principios generales del derecho y algunos principios fundamentales como el de protección de la confidencialidad de la correspondencia entre Abogado y cliente».

La sentencia de 3 de julio de 1991 del Tribunal de Justicia, dictada en el asunto C-62/86 AKZO Chemie BV/Comisión de las Comunidades Europeas resuelve: 1º) (citando su sentencia de 17 de enero de 1984 asuntos VBVB y VBBB/Comisión núms. 43/82 y 63/82) «si bien el respeto de los derechos de defensa exige que se le haya dado a la empresa interesada la oportunidad de dar a conocer adecuadamente su postura sobre los documentos incluidos por la Comisión en las comprobaciones que constituyen la base de la Decisión, no existen disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de divulgar sus expedientes a las partes interesadas»; y 2º) la no comunicación a la empresa demandante y objeto de una sanción de un documento del que la Comisión ha sacado conclusiones obliga a que la información recogida en dicho documento no pueda ser utilizada en el marco del procedimiento.

Finalmente, la sentencia de 17 de diciembre de 1991 dictada por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/89 Hercules Chemicals/Comisión, recuerda que el respeto del derecho de defensa no exige que una empresa implicada en un procedimiento basado en el artículo 85 párrafo 1 del Tratado CEE pueda comentar todos los documentos que forman parte del expediente de la Comisión, (citando nuevamente la sentencia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión). Ahora bien: el Tribunal indica que la Comisión no puede renunciar a normas que se ha im-

puesto a sí misma y reproduce parte del Duodécimo Informe sobre la Política de la Competencia.

En este Informe se establece que «La Comisión concederá a las empresas implicadas en un procedimiento la facultad de examinar el expediente que les afecta. Las empresas serán informadas del contenido del expediente de la Comisión... La Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa: los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas; los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial como, por ejemplo, aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos». En resumen: los secretos comerciales de otras empresas, los documentos internos de la Comisión y otras informaciones confidenciales no pueden darse a conocer a los litigantes.

III. LA SOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Volviendo a la ley y la jurisprudencia nacionales y retomando el problema desde el principio, se hace preciso recordar que, dentro de las distintas funciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene atribuidas por la Ley 16/89, únicamente dos categorías de actos, fruto del ejercicio de tales funciones, son habitualmente objeto del recurso contencioso-administrativo: los resultantes del procedimiento de infracción, tanto los que culminan este procedimiento con la imposición de sanciones como los que deciden terminarlo con el sobreseimiento o el archivo, y aquellos que finalizan el procedimiento autorizatorio.

En el conjunto de la actividad jurisdiccional en la materia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estos últimos constituyen un porcentaje muy pequeño, frente a una mayoría de recursos contra actos imponiendo sanciones o archivando procedimientos iniciados por denuncia.

Lo anterior es relevante para valorar los efectos del artículo 24 de la Constitución en la decisión jurisdiccional de mantener o levantar la confidencialidad decretada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 110/95 de 4 de julio y las que en ella se citan, recuerda que del reconocimiento del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el artículo 24 párrafo 2 de la Constitución, no se deriva necesariamente «que la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva por el párrafo 1 del artículo 24 de la CE». El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes a que se refiere

el artículo 24 párrafo 2 de la Constitución es inseparable del derecho mismo de defensa y exige «que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas sin desconocimientos ni obstáculos, por lo que resultará vulnerado en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable».

Dentro del proceso contencioso-administrativo, la Sala que debe dar traslado del expediente remitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y que incluye una o varias piezas declaradas confidenciales se plantea una resolución: atendiendo al bien jurídico protegido por los tipos sancionadores que afectan a los hechos objeto de investigación en cada recurso, para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva debe realizar el juicio de pertinencia y la valoración de la necesidad de mantener el secreto.

El principal problema que el Tribunal tiene para llegar a conclusiones claras en este sentido es el del momento procesal en que debe decidir sobre si mantiene o no la confidencialidad: a su disposición obra un escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, acompañado de copia del acto administrativo impugnado, y en su caso, los igualmente breves escritos de personación de los codemandados y coadyuvantes si los hubiere. Puesto que el actor puede articular nuevos motivos de impugnación, y el escrito de demanda aún no se ha formalizado, ni puede formalizarse sin proceder a la entrega del expediente, la Sala no puede conocer de la relevancia que para los alegatos de las partes tiene o no el expediente declarado confidencial.

En este punto, existen diversas opiniones enfrentadas respecto de si el expediente confidencial debería o no ser remitido al Tribunal que conoce del recurso contencioso-administrativo.

Otras instancias administrativas, cuyas regulaciones legales contemplan la posibilidad de declarar reservadas las informaciones obtenidas en el curso de sus investigaciones, y cuya actuación está asimismo sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, retienen habitualmente en su poder dichos expedientes confidenciales.

Frente a tal proceder debe recordarse que, como defendía el magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Jesús Ernesto Peces Morate en su voto particular a la sentencia de 4 de abril de 1997 (R.A. 4513-4-5) dictada en el asunto conocido como «la desclasificación de los papeles del CESID», «la declaración formal de materia clasificada no es obstáculo para que determinados documentos puedan y deban servir como medio de prueba en un proceso cuando la jurisdicción competente para conocer del mismo así lo decida, con el fin de hacer efectivo y real el derecho fundamental a la efectiva tutela judicial». El firmante del voto particular citado entendía que el juez debe conocer en todo caso el material confidencial, y a la vista del mismo, decidir y ponderar acerca de su trascen-

dencia probatoria en el proceso que conoce. Como se ha visto, esa es la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, recogida en el Auto dictado por el juez Pescatore, presidente del mismo, el día 30 de marzo de 1982.

El expediente debe ser remitido en todo caso al Tribunal que debe conocer del recurso contencioso-administrativo, permaneciendo a su disposición a lo largo de todo el proceso, en el que pueden surgir determinadas incidencias que justifican su disponibilidad. En efecto, a la vista de que la decisión sobre la confidencialidad debe adoptarse en el momento en que el recurso acaba de ser interpuesto, a lo largo del proceso, cuando la Sala ha podido conocer mejor cuáles son las pretensiones de las partes y las ordenadas fácticas y jurídicas del litigio, se pueden suscitar nuevas actuaciones de las que resulte la necesidad de revocar una decisión de mantener la confidencialidad. El Tribunal puede dictar Providencias acordando la práctica de diligencias probatorias para mejor proveer; el recurso puede ampliarse a otros actos administrativos dictados con posterioridad, o acumularse con otros recursos en las condiciones previstas en el artículo 44 de la Ley Jurisdiccional; finalmente, la propia Sala tiene la posibilidad de plantear la tesis a las partes al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 párrafo 2 de la Ley de la Jurisdicción. En todos y cada uno de estos supuestos, el Juzgador puede llegar a conclusiones respecto a la trascendencia probatoria del expediente confidencial y la Administración, que es una de las partes en el proceso, no puede retener esa pieza declarada confidencial, pero que forma parte del expediente, y debe quedar sometida junto con el resto del mismo, a la actividad revisora de la Jurisdicción.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de marzo de 1996 (R.A. 6673) valorando la falta de una parte de un expediente, que no fue remitido por la Administración, señala que «la Administración General del Estado, parte apelante, ha incumplido la obligación establecida en el artículo 61 de la Ley Jurisdiccional, impidiendo a la Sala el conocimiento cabal y completo de la casi totalidad de las actuaciones seguidas en la vía administrativa...» con la consecuencia de desestimar todos los motivos de impugnación basados en el expediente no remitido.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que tiene encomendado por Ley el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos contra los actos del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la finalidad de resolver sobre la confidencialidad del expediente con mayor fundamento, señala a las partes un plazo para alegaciones a fin de que pongan de manifiesto sus razones para que se alce o se mantenga la reserva. El trámite es utilizado para que los interesados puedan: 1.º) manifestar su voluntad de que el secreto se mantenga; 2.º) razonar sobre cuál es su interés en el mantenimiento del secreto; 3.º) efectuar precisiones sobre la trascendencia probatoria de los datos declarados secretos; 4.º) señalar los daños y perjuicios que el alzamiento de la confidencialidad pudiera ocasionarle.

En general, los expedientes confidenciales suelen tener un contenido exclusivamente documental, consistente en copias de listados de clientes, contratos-tipo, o datos sobre la situación económica de la empresa o el sector implicados.

Resulta interesante comprobar que en muchas ocasiones, la realidad que la declaración de confidencial pretende proteger es el equivalente de los datos «relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial» que el artículo 37.5.d) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común excluye del «derecho de acceso a los archivos y registros». Los comentaristas de aquel precepto, a la búsqueda del significado de ambos conceptos, mayoritariamente recordaban que: 1.º) la regla general de interpretación en materia de acceso al expediente administrativo es la transparencia y la interpretación restrictiva de las exclusiones; 2.º) en materia de actuación de empresarios y comerciantes, la regla general es la de la publicidad, limitándose el secreto a las excepciones previstas por la Ley; 3.º) el ordenamiento jurídico comunitario es globalmente favorable a los principios de publicidad y transparencia en la actuación administrativa.

En los expedientes administrativos procedentes del Tribunal de Defensa de la Competencia, los secretos comerciales e industriales se definen en esos mismos términos, y se declara confidencial información que se describe, por ejemplo, como «...los volúmenes de negocio, cuotas de mercado y precios y a su propia valoración de las posibilidades comerciales que cabe esperar de las nuevas tecnologías, porque constituyen secretos comerciales y/o industriales...» (Auto de 16 de junio de 1995, expediente C19/95, Sensormatic/Knogo).

Las resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la materia, han sido numéricamente escasas, y mayoritariamente han acordado el levantamiento de la reserva. El razonamiento utilizado ha sido básicamente el siguiente: «El artículo 24 de la Constitución garantiza el derecho a la defensa como complemento indispensable del derecho a la tutela judicial efectiva. Quiere ello decir, que para un correcto ejercicio de tales derechos, las partes personadas en el proceso han de tener conocimiento pleno de todo el material probatorio y fáctico incorporado a ese proceso. No obstante, como el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, ningún derecho constitucional es absoluto sino que se encuentra sometido a límites reflejados especialmente en su colisión con otros derechos fundamentales. Quiere ello decir que en el examen y aplicación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa en su manifestación de conocimiento por las partes en un proceso del material fáctico a él aportado, han de considerarse otros derechos e intereses legítimos que pueden verse afectados. Tal ocurre en el supuesto de autos en el que el conocimiento por la recurrente del material declarado confidencial por el Tribunal de Defensa de la

Competencia podría afectar a derechos e intereses legítimos que en el tráfico mercantil asisten a la codemandada.

Pues bien, examinado el expediente declarado confidencial por el Tribunal de Defensa de la Competencia se observa que todos los datos en él consignados hacen referencia fundamentalmente al año 1995 y anteriores. Dado el tiempo transcurrido debe concluirse que el impacto que para la codemandada representa el conocimiento por la recurrente de dichos datos es mínimo, puesto que las circunstancias del mercado no han permanecido inmutables durante los últimos dos años. Ponderando pues los intereses en conflicto y atendiendo a la escasa repercusión que el conocimiento de datos del año 1995 esencialmente, van a producir en la actividad de la actora, ha de alzarse la confidencialidad del expediente». (Autos de 8 de julio de 1997 y 28 de octubre de 1997).

Recientemente se ha dictado una Resolución en sentido contrario, manteniendo la confidencialidad de una parte del expediente administrativo, pero ordenando que la correspondiente pieza permanezca a disposición de la Sala bajo custodia del Secretario de la misma. La fundamentación de dicho Auto, de fecha 1 de junio de 1998 es la siguiente: «Ninguna de las partes en este proceso considera que su derecho constitucional de defensa pueda verse limitado o afectado en cualquier otra forma por el hecho de que la parte del expediente que el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró confidencial se mantenga así, reservado, durante el proceso contencioso-administrativo. La Sala, por su parte, en una primera valoración dentro de los límites que impone el estado actual del proceso, en el que desconoce la pretensión de fondo de la actora, y habiendo tenido a la vista dicha parte del expediente, la declarada confidencial, ha llegado a la conclusión de que en las actuales circunstancias procesales no resulta menoscabo para el ejercicio de los derechos constitucionales garantizados en el artículo 24 a los litigantes, del mantenimiento del carácter de confidencial».

La consecuencia del mantenimiento de la reserva es que las pruebas obrantes en el mismo no podrán fundamentar la sentencia, cuestión en la que parece existir unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacionales como comunitarias.

La solución aparece menos evidente en otras dos situaciones: 1.^o) si se ha acordado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el archivo de un expediente iniciado por denuncia, y las partes que sostienen la acusación no han tenido acceso a información declarada confidencial que pudiera haber sido constituido como prueba de cargo; y 2.^o) si el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado una Resolución sancionatoria que no se ha basado en la información confidencial, pero se ha vedado al sancionado la posibilidad de esgrimir una excusa absolutoria con base en dicho expediente reservado.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo en el ejercicio de la función revisora que tiene encomendada, ha de analizar en cada uno de los re-

cursos la relevancia o virtualidad inculpatoria o exculpatoria de la pieza reservada, y resolver sobre el mantenimiento de la confidencialidad valorando la preeminencia de esa incidencia en relación con la protección de los derechos comerciales e industriales de las empresas.

En el momento de redactar estas líneas se ha aprobado por el Senado el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la materia que nos ocupa, se ha introducido una novedad: el artículo 48 en su párrafo 6 establece que «se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos». La expresión utilizada no es la de «materias protegidas por el secreto comercial o industrial» del artículo 37 de la Ley 30/92, sino la de «clasificado» como «secreto oficial», lo que parece hacer referencia a las materias clasificadas según lo previsto en la Ley de Secretos Oficiales. La cuestión merece una reflexión aparte más extensa, y la práctica administrativa y jurisdiccional situarán en las coordenadas correspondientes el contenido de esta previsión legal.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El expediente debe ser remitido al Tribunal competente para conocer del recurso contencioso-administrativo completo, incluida la parte del mismo declarada confidencial.
2. El Tribunal resolverá caso por caso y oídas las partes sobre la pertinencia de mantener la confidencialidad declarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, o de alzarla, para la totalidad de lo reservado o para parte del mismo.
3. Las exigencias del artículo 24 de la Constitución plantean restricciones a sustraer al conocimiento de los litigantes partes del expediente administrativo.
4. El expediente administrativo confidencial no podrá constituir prueba de cargo para sancionar a quien no ha tenido acceso al mismo.
5. El Tribunal debe valorar en cada recurso si debe primar la reserva del secreto comercial o industrial frente a la posibilidad de que la parte declarada confidencial contenga una excusa absolutoria para el sancionado por el TDC.

COMPETENCIA Y MEDIO AMBIENTE

Andrés BETANCOR

Director Master en Política y Gestión
Medioambiental. Universidad Carlos III
de Madrid

Este trabajo consta de dos partes. En la primera analizaremos la relación que se establece entre la competencia y el medio ambiente, o para ser más exactos, entre la libre competencia y la protección ambiental. En la segunda analizaremos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se resuelve la controversia jurídica surgida entre las libertades económicas, tanto la libre circulación de mercancías como la libre competencia entre empresas en el seno del mercado interior, y las exigencias de la protección ambiental. La finalidad de la primera parte es exponer el marco institucional en el que el conflicto entre competencia y medio ambiente se inserta, en particular, la necesidad de reconsiderar la protección ambiental como una mera externalidad y proponer su consideración como internalidad del sistema social y, en particular, del sistema económico. La finalidad de la segunda parte es ilustrar el conflicto ya en el plano jurídico entre la competencia y el medio ambiente y poner de manifiesto las circunstancias en que, a juicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debe primar la protección ambiental sobre las libertades económicas.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de competencia utilizamos, usualmente, el adjetivo, libre, mientras que cuando hablamos de medio ambiente, utilizamos el sustantivo protección. Así hablamos de la libre competencia y de la protección del medio ambiente. Ahora bien, mientras que el término libre es un adjetivo que, en tanto que tal, califica al sustantivo competencia, o sea, es una cualidad o característica ínsita de la competencia, la protección no lo es. No lo es porque se trata de una actividad que tiene por finalidad amparar, favorecer, defender o resguardar una cosa de un perjuicio o peligro. El medio ambiente es «algo» que está en peligro por

lo que debe ser resguardado. La protección no es una característica ínsita o propia del medio ambiente. Es una característica añadida como consecuencia de que está en una situación que hace temer la inminencia de que sufra un mal.

El uso de las palabras es ciertamente ilustrativo, en particular en el ámbito de las ciencias sociales. T. Malthus (1827) había afirmado que «la primera y más importante de las reglas que deben orientar a los investigadores en el empleo de los términos (en las ciencias morales y políticas, donde éstos penetran en el lenguaje habitual en mayor medida que en las ciencias naturales) es que hay que aplicarse a definirlos de manera que conserven el sentido que se les atribuye en el lenguaje ordinario». Porque el lenguaje ordinario tiene la virtud de enfatizar un aspecto de la sustancia de las palabras que, por de pronto, es el más relevante en la consideración social.

El medio ambiente está en peligro. Tanto los científicos como la opinión pública coinciden en esta afirmación. Esta misma coincidencia se produce respecto de que son las actividades humanas las que más contribuyen al deterioro del ambiente y dentro de estas actividades, las económicas son las más importantes en producir este resultado. ¿Por qué las actividades económicas ponen en peligro el medio ambiente? Porque, en primer lugar, todas las actividades económicas, directa o indirectamente, extraen energía del sistema ambiental mediante el consumo o utilización de los recursos naturales. En segundo lugar, porque el sistema ambiental no puede regenerar la mayor parte de los recursos consumidos (o su período de regeneración es tan dilatado en el tiempo que supone millones de años); son recursos no renovables. En tercer y último lugar, porque el consumo genera residuos que son devueltos al sistema ambiental.

Sin embargo, el consumo de los recursos y la producción de residuos se vuelven ambientalmente peligrosos cuando la calidad y la cantidad tanto del consumo de los recursos como de los residuos generados superan la capacidad del sistema ambiental bien porque los recursos consumidos no pueden ser sustituidos con la misma rapidez con la que son consumidos o bien porque los residuos producidos no pueden ser asimilados, provocando en ambos casos el progresivo colapso del sistema ambiental.

Ahora bien, este colapso no obedece tanto a razones físicas como a ideológicas. Porque es una ideología —estudiada por J. M. Naredo (1992 y 1996)— la que explica y justifica este estado de las cosas, en particular, el modo de producir. Esta ideología es la de la «mercolatría» (Naredo, 1992: 21) sostenida por la economía académica (*Idem*: 29) para quien el mercado es la «panacea capaz de resolver todos los males» (*Idem*: 28). Además, esta ideología concibe los recursos naturales como ilimitados (o limitados pero sustituibles por la técnica); tan ilimitados como lo es la capacidad del sistema para asimilar los residuos producidos. «De esta manera, hoy vivimos la paradoja de presenciar la culminación de esa ola de fervorosa mercolatría a la vez que la fuerza de los

hechos corrobora que no puede abandonar de forma duradera la economía a los caprichos de la “mano invisible” “sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto” (Polanyi)» (Naredo, 1992: 21).

Así pues, evitar el colapso del sistema ambiental (y por lo tanto, protegerlo) pasa por cambiar la ideología que ha servido de soporte justificador y explicativo del modo de producción y su sustitución por otra más acorde con el objetivo perseguido: producir en «paz con el planeta» (Commoner, 1992).

El cambio propuesto tiene tres dimensiones. La primera dimensión es la relativa al objetivo estratégico o final a perseguir: el desarrollo sostenible. La segunda dimensión es la relativa al objetivo intermedio que debe perseguirse para que aquel primero pueda hacerse realidad: la integración de las exigencias de la protección ambiental en todas las políticas y acciones de todos los sujetos, lo que podemos denominar como la internalización de la protección ambiental en todos los ámbitos de la vida social. La tercera y última dimensión es la relativa a los instrumentos que deben utilizarse para alcanzar los objetivos expuestos: pueden y deben utilizarse todos los instrumentos que sean necesarios (con independencia de cual sea la naturaleza) para alcanzar tanto los objetivos intermedios como los estratégicos. Porque los objetivos expuestos no establecen ni una exclusión ni una prioridad en favor de unos instrumentos en detrimento de otros. Pueden y deben utilizarse tanto los tradicionales instrumentos jurídicos de ordenación, control y sanción como los más novedosos de naturaleza económica o de mercado. Estos últimos tienen por finalidad «perfeccionar» el mercado a través de lo que podemos denominar la corrección de la externalidad que supone el medio ambiente, sin necesidad de acudir a la intervención del Estado. En cambio, los instrumentos jurídicos representan el control del Estado sobre el mercado (y, por consiguiente) sobre la libre competencia para alcanzar en última instancia el objetivo estratégico de la sostenibilidad. La elección de uno u otro debe obedecer a razones estrictamente de eficacia. Ahora bien, no se pueden desconocer los problemas que plantean unos u otros instrumentos. En el caso, de los económicos su consideración del medio ambiente como externalidad. Y en el caso de los instrumentos jurídicos el control o el intervencionismo del Estado por el problema del denominado «fallo del Estado». A todas estas cuestiones nos referiremos brevemente a continuación.

II. EL OBJETIVO ESTRATÉGICO PERSEGUIDO: LA SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO

Por desarrollo sostenible se entiende —según la clásica definición formulada por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo en su famoso informe conocido como Informe Brundtland en honor a

su Presidenta— aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Este enfoque encierra dos conceptos fundamentales: *a)* el de necesidades, en particular, las esenciales de los pobres, a los que se debería otorgar prioridad preponderante; *b)* La idea de las limitaciones que imponen los recursos del medio ambiente, el estado actual de la tecnología y de la organización social y la capacidad de la biosfera de absorber los efectos de las actividades humanas (CMMAD, 1987: 19).

La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 formulada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en aquella ciudad americana oficializa el desarrollo sostenible como directriz y objetivo de los Estados para asegurar la integridad del sistema ambiental pero sin poner en cuestión el desarrollo mundial para proveer la satisfacción de las necesidades, así como las aspiraciones a más altas cotas de bienestar de todos los seres humanos, en particular, los pobres.

En el ámbito comunitario europeo la sostenibilidad alcanza su consagración en el Quinto Programa comunitario europeo: «Hacia un desarrollo sostenible. Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible» de 1 de febrero de 1993¹. En este programa se afirma que «el objetivo es alcanzar el equilibrio entre la actividad y el desarrollo de los seres humanos y la protección del medio ambiente.» El concepto de desarrollo sostenible expresa este equilibrio porque supone una «política y estrategia de desarrollo económico y social continuo que no [va] en detrimento del medio ambiente, ni de los recursos naturales de cuya calidad dependen la continuidad de la actividad y desarrollo de los seres humanos». A tal fin, en el Quinto Programa se enumeran, por un lado, los principios generales que deben servir de criterios orientadores de dicha política y estrategia (principio de protección: «debe protegerse el equilibrio general y el valor de la reserva de capital natural»; de evaluación de costes y beneficios: «se precisan criterios e instrumentos de evaluación de los costes y beneficios a corto, medio y largo plazo para reflejar los auténticos efectos socioeconómicos y los valores de consumo y conservación»; y de distribución y consumo equitativos: «los recursos deben distribuirse y consumirse con justicia en todas las naciones y regiones del mundo») y, por otro lado, establece los requisitos para que el desarrollo sea sostenible (las reservas de materias primas deben gestionarse de forma que se facilitara o fomentara su reutilización y reciclado; la producción y consumo de energía deberían racionalizarse; y, por último, deberían cambiar las pautas de comportamiento y consumo de la sociedad en sí).

¹ Este programa fue aprobado por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993.

Posteriormente, la sostenibilidad alcanzará la consagración constitucional en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por obra primero del Tratado de Maastricht y después por el Tratado de Amsterdam. El primero modifica el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea para introducir el principio de la sostenibilidad cuando dispone que el crecimiento que la Comunidad debe promover debe ser sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente. Sin embargo, la nueva redacción del precepto dada por el Tratado de Amsterdam es más categórica e incluso reiterativa. El artículo 2 queda redactado en los siguientes términos: «La Comunidad tendrá por misión promover... un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad..., un crecimiento sostenible y no inflacionista..., un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente...».

III. LA INTERNALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN TODAS LAS POLÍTICAS

El nuevo artículo 6 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —incluido por obra del Tratado de Amsterdam— marca el inicio de una nueva fase al disponer que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Se inicia así una tercera fase en la protección ambiental. La primera era la que la asociaba a la protección de la salud humana, la segunda a la protección de los recursos naturales y la tercera es la de la integración de la protección en todas las políticas porque todas las actividades humanas a las que se refieren tienen una incidencia mayor o menor sobre el entorno, por lo que tanto las políticas como las actividades deben contribuir a alcanzar un «alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente». Ahora bien, esta integración sólo puede producirse como consecuencia de la identificación de un objetivo que sintetiza tanto la lógica y lícita aspiración al progreso, el bienestar y la calidad de vida como la pretensión lógica y lícita de la protección y mejora del ambiente. Este objetivo es, como hemos indicado, el del desarrollo sostenible.

A la vista de este estado de opinión y consagración normativa, no puede extrañarnos que la Comunicación de la Comisión que lleva por título «Visión global de la política de la energía» [COM (97) 167] se refiera al desarrollo sostenible en el ámbito de la energía. Es sabido que la producción y el consumo de la energía contribuyen de manera importante al calentamiento del planeta por los gases que generan directa o indirectamente. Por lo tanto, una gestión eficiente de la energía tiene unos efectos importantes respecto de la conservación del ambiente. Sin em-

bargo, al mismo tiempo, el uso de la energía es un componente esencial en nuestro modelo de crecimiento económico, y, más generalmente, de nuestro modo de vida. Por estas razones se plantea con particular énfasis la necesidad de compatibilizar o integrar, por un lado, la gestión eficiente de la energía para conservar el ambiente y, por otro lado, la disponibilidad de las fuentes de energía para que podamos vivir y producir. Esta síntesis se produce alrededor de la sostenibilidad.

En la Comunicación citada se expone que uno de los desafíos estratégicos del sector de la energía en la Comunidad es el de la «compatibilidad de los objetivos energéticos y medioambientales para un desarrollo sostenible». Es más, el objetivo de la Comunidad en este ámbito ha dejado de ser exclusivamente el de la «protección ambiental». Ahora es el del «desarrollo sostenible en el sector energético». Esto obedece a que «sólo puede lograrse un progreso económico y social sostenible si todas las políticas, y, en primer lugar, la energética hacen suyas las preocupaciones medioambientales». Al efecto de alcanzar este objetivo, la Comisión Europea se refiere, en primer lugar, a la necesidad de compatibilizar los objetivos energéticos y medioambientales, en segundo lugar, al fomento del uso racional y eficaz de los recursos energéticos y en tercer y último lugar, al fomento de fuentes de energía nuevas y renovables.

Ahora bien, ¿cómo compatibilizar los objetivos energéticos y medioambientales?, ¿cómo fomentar el uso racional y eficaz de los recursos energéticos?, y, por último, ¿cómo fomentar las fuentes de energía nuevas y renovables? Estas preguntas nos sitúan en el terreno de los instrumentos. Estos instrumentos pueden ser de dos clases o tipos, los de naturaleza jurídica y los de índole económica o de mercado.

IV. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE PROTECCIÓN: EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO QUE SIRVE DE BASAMENTO DEL ORDEN ECONÓMICO (INTERNALIDAD) Y COMO EXTERNALIDAD ECONÓMICA

La clasificación convencional de los instrumentos de protección ambiental es la que distingue entre los denominados instrumentos jurídicos y los económicos o de mercado. Esta clasificación es, como todas o casi todas, puramente convencional porque estos últimos instrumentos son tan jurídicos como aquéllos desde el momento en que están consagrados y regulados por normas jurídicas. Ahora bien, es cierto que existen muchas diferencias entre proteger el medio ambiente mediante, por ejemplo, la aprobación de un reglamento, que alcanzar el objetivo indicado mediante la imposición de un impuesto o la creación de un mercado de licencias ambientales. La diferencia fundamental radica en que los instrumentos jurídicos se basan en la intervención del Estado para ordenar, controlar o,

por último, sancionar las conductas. En cambio, los instrumentos basados en el mercado pretenden, más que imponer, crear incentivos para que la conducta de los sujetos se dirija a alcanzar el objetivo considerado como de interés general. Es más, las propuestas más radicales, defienden la conveniencia de que la intervención del Estado se reduzca al máximo porque, al igual que el medio ambiente es una externalidad del mercado (por lo tanto, un fallo del mercado), el Estado puede funcionar —y para algunos con excesiva frecuencia— de manera ineficiente dando lugar también a un fallo, el llamado fallo del Estado. Por esta razón, son partidarios de la autorregulación de los agentes del mercado; que éstos negocien y compongan un resultado mutuamente satisfactorio como se produce todos los días millones de veces en el seno de los mercados. Ahora bien, para conseguir estos resultados, estos instrumentos requieren convertir los recursos naturales en bienes apropiables, valorables e intercambiables para que el mercado opere eficientemente, o sea, internalizar lo que para el mercado no es más que una externalidad.

La elección parece reducirse a instrumentos jurídicos-fallo del Estado e instrumentos económicos-fallo del mercado. Sin embargo, se argumenta que mientras que los instrumentos jurídicos conducen al fallo del Estado, los instrumentos económicos tienen por finalidad corregirlos para que el mercado se perfeccione y, por lo tanto, opere eficientemente. Es más, se añade que el Derecho y el Estado deben neutralizarse respecto del mercado para colocarse a su servicio. Ahora bien, quienes sostienen estas propuestas no tienen en cuenta que los instrumentos jurídicos son instrumentos políticos y que su legitimidad democrática radica precisamente en esta misma característica. Por lo tanto, la elección entre fallo del mercado y fallo del Estado no es una elección políticamente neutra porque las instituciones que supuestamente fallan no son comparables.

1. LA POLITICIDAD DEL DERECHO CONDUCE A QUE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL SEA CONSIDERADA COMO *SOCIAL REGULATION* Y NO COMO *ECONOMIC REGULATION*

Un sector importante de los economistas reconocen a partir, fundamentalmente de Coase, que el Derecho (y el Estado) es esencial para el mercado pero que no es aconsejable que lo «manipule». Coase ha afirmado que «uno de los cometidos del sistema legal es establecer esa clara delimitación de derechos por la que puede tener lugar la transferencia y transformación de los mismos a través del mercado» (Coase, 1994: 104). En efecto, «la delimitación de los derechos es un requisito previo esencial a las transacciones de mercado; pero el resultado último (aquel que hace máximo el valor de la producción) es independiente de la decisión legal» (Coase, 1994: 105-106). Este resultado debe obtenerse a través del mercado, no fruto de decisiones gubernamentales, tanto es así que Coase sostiene que «antes de decidirse por normativas especiales, se

debería tolerar un mercado con funcionamiento deficiente, no a la inversa, lo cual no quiere decir que no deba existir una regulación de ese tipo» (Coase, 1994: 108); aunque regulación excepcional, pues debe limitarse a establecer límites, por ejemplo, a posibles daños que pudieran derivarse del uso de un determinado equipo (por ejemplo, un equipo médico que puede producir interferencias en las emisiones de radio).

El razonamiento expuesto pone de manifiesto la base política e ideológica que lo sostiene. Además, permite sostener justo lo contrario. Si en última instancia todo se reduce a «admitir» una u otra ineficiencia: la del mercado o la del Estado, existen razones más que suficientes para ser más «tolerante» con las ineficiencias del Estado y del Derecho que con las del mercado. Por una razón fundamental: la legitimidad democrática del Estado y del Derecho, de la que carece obviamente el mercado. Esta misma legitimidad es la que hace posible lo que Reich denomina como el doble carácter y la doble instrumentalidad del Derecho. Porque el Derecho, por un lado «organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial, el contrato, la propiedad privada, el derecho de la propiedad industrial, etc.) y, por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y, al mismo tiempo, obtener la consecución de determinados objetivos de política social» (Reich, 1985: 61).

Por lo tanto, el Derecho no sólo no es neutral sino que debe estar al servicio de objetivos e intereses ajenos al mercado como los de política económica o social. Esto conduce a la «politización de los procesos de mercado y de las instituciones jurídicas que los regulan» (Wiethölter, 1968: 249).

La politicidad del Derecho es una de las características más importantes del Derecho como ha subrayado C. S. Nino (1994), tanto es así que la pretendida despolitización del mismo lo conduce a perder legitimidad democrática (Nino, 1994: 15). En todo caso, existe una relación intensa entre Derecho y política que se pone de manifiesto tanto en el momento de adoptar la acción jurídica (*Idem*: 137 y 147) como en el momento en que las acciones jurídicas son acatadas o cumplidas (*Idem*: 148). Esta es una realidad que no puede ser negada ni por los más furibundos defensores de la supuesta neutralidad del Derecho. Y no puede ser negada porque no es posible constitucionalmente la existencia de un Derecho sin Estado. Establecida esta conexión, el Derecho se «contagia» de la raíz política que caracteriza a nuestros Estados democráticos. Para salvar este «obstáculo» se han defendido a los entes reguladores neutrales para que elaboren y aplique ese Derecho a-estatal y por lo tanto, a-político. Sin embargo, son evidentes los problemas jurídico-constitucionales que plantean estos entes precisamente por la pretensión de romper la conexión indicada (Betancor Rodríguez, 1994).

La politicidad del Derecho conduce a que la protección ambiental deba ser concebida, como sostienen algunos autores (Jones & Tybout,

1986: 32; Harper, 1996: 607; Tomain & Shapiro, 1997: 407), como una *social regulation* y no una *economic regulation*. Esto es debido —en palabras de Harper (*idem*: 607)— a que *the motivation for environmental regulation was not to correct the artificially low prices resulting from uncaptured externalities, but to redress environmental harms that were perhaps incident to any market flaws*. La sociedad considera —en palabras de Jones & Tybout (*idem*: 32)— que tener un ambiente limpio es un «criteria of [its] own, independent of costs». Ahora bien, esta afirmación por su misma radicalidad debe ser convenientemente matizada. La regulación ambiental debe estar sometida a una evaluación o análisis de costes y beneficios. Ciertamente, la sociedad está dispuesta a pagar más o soportar mayores costes cuando se trata de la protección ambiental porque entiende que está en juego la salud, la protección de la vida de los seres humanos. Sin embargo, la sociedad no está dispuesta a soportar mayores costes cuando el beneficio a obtener no es comparativamente mayor que el beneficio obtenido soportando un menor costo. Por esta razón está haciendo fortuna en los Estados Unidos el *risk assesment*. La pregunta pasa a ser la siguiente: ¿cuál es el grado de riesgo razonable que debemos y podemos soportar? y correlativamente ¿cuál es el grado de protección que estamos dispuestos a soportar y por lo tanto, abonar? Tanto es así que se ha llegado a afirmar que *rules that have a reasonable chance of surviving the inevitable political and legal attachks and that are capable to a tolerant degree of effective implementation in the real world* (McGarity, 1991: 4). Este nuevo posibilismo que preside la regulación ambiental es la muestra más elocuente de la dificultad de establecer con certeza cuál es el nivel razonable de lo permitido/prohibido. Además de la muestra igualmente manifiesta de que los métodos tradicionales de regulación son ineficientes para alcanzar el objetivo deseado de protección (Harper, 1996: 610-612). Ahora bien, la alternativa a la regulación tradicional son los instrumentos basados en el mercado también encierra importantes problemas.

Los problemas que surgen con relación a los instrumentos de mercado (y para el mercado puesto que pretenden perfeccionarlo en lugar de sustituirlo) radican en la ideología que los sostiene. Esta ideología es la de la «mercolatría» (Naredo, 1992: 21) apoyada por la economía académica (*Idem*: 29) que «se afana... en extender la vara de medir del dinero sobre éste o aquel elemento del «medio ambiente» que se presupone azaroso y desordenado, para someterlo a su lógica decisional del coste-beneficio. Se trata de implantar la propiedad y el mercado sobre los bienes «medioambientales» en litigio, o bien de simular dicho mercado mediante la imputación de valores teóricos a dichos bienes a partir del cálculo de «costes de oportunidad», «precios sobra», «valores de contingencia»... que sirvan de guía para la gestión» (*Idem*: 29). Esto obedece a la pretensión irrealizable de que es posible establecer una correspondencia exacta entre el mundo de lo económico y el mundo de lo ecológico para lo que los recursos naturales deben convertirse (o simularse

que se convierten) en bienes apropiables que pueden ser objeto de valoración y de intercambio. Es una pretensión imposible no sólo porque no es posible la valoración económica de los recursos naturales y, más generalmente, del medio ambiente salvo acudiendo a «obligada parcialidad y arbitrariedad de tales valoraciones» (Naredo, 1996: 266), sino porque «aunque éste [mundo económico] llegara a abarcar todo su medio ambiente, aunque se pudieran valorar todos los bienes libres o internalizar todas las externalidades, no por ello se iba a solucionar el principal problema que para la gestión de recursos se deriva de la crisis medioambiental: el problema de la supervivencia de la especie humana» (Naredo, 1996: 275). «La profunda asimetría existente entre el equilibrio ecológico y el equilibrio económico persistirá mientras éste se siga planteando sobre el comportamiento depredador apoyado en unas instituciones estatales o empresariales que tratan de maximizar a corto plazo la producción de valores pecuniarios» (*Idem*: 275).

La raíz última de la falta de asimetría a la que se refiere Naredo radica en que la ideología de la mercolatría concibe al medio ambiente como «externalidad».

2. MEDIO AMBIENTE Y MERCADO: EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO QUE SIRVE DE BASAMENTO DEL ORDEN ECONÓMICO (INTERNALIDAD) Y COMO EXTERNALIDAD ECONÓMICA

A) *El medio ambiente como externalidad: la «visión micro» del medio ambiente*

Según la opinión común entre los economistas, el medio ambiente es una externalidad del mercado y, por lo tanto, uno de sus fallos. Ciertamente existen varias externalidades pero la «externalidad ambiental» es, sin lugar a dudas, la más importante (Costas & Bel, 1995: 37). Es uno de sus fallos «[por]que provoca la divergencia entre beneficios (o costes) privados y sociales»... [su existencia] es un reflejo de la presencia de mercados «incompletos» (Greenwald & Stiglitz, 1986).

Esta calificación conduce a la búsqueda de una solución: si los recursos naturales son una externalidad del mercado y, por lo tanto, uno de sus fallos, es necesario corregirlo para que el mercado gane en eficiencia. Así pues, el problema pasa a ser el cómo corregir ese fallo. Pues bien, el mercado se corrige a través de su «perfeccionamiento» y no de la intervención del Estado. Así se viene sosteniendo a partir de las elaboraciones de Coase precisamente sobre la externalidad ambiental (Coase, 1994). Sobre esta base, otros autores más radicales (Seldon, 1990: 232-235) han justificado el perfeccionamiento del mercado, en contraposición a la intervención pública, porque «la condición fundamental que invita a que una posesión o un entorno se vean condenados a la destrucción es que sean de propiedad común, que no estén en manos

de un propietario privado dispuesto a protegerlos y conservarlos ... sería preferible ampliar al máximo posible los derechos de propiedad privada para crear incentivos eficaces en orden a la conservación del medio ambiente. Hasta que no se haga así, los políticos pueden sentirse tentados por la idea de construir imperios».

Sin embargo, la viabilidad práctica —como han puesto de manifiesto Costas & Bel (1995: 37, en nota 3)— de la asignación de derechos de propiedad como mecanismo corrector del fallo de mercado ha suscitado grandes dosis de escepticismo en la literatura. En primer lugar, por los costes de transacción, de especificación contractual, y de la garantía del cumplimiento (Kay & Vickers, 1988: 302). Y, en última instancia, porque su eventual puesta en práctica no suprimiría la necesidad de regulación, sino que la desplazaría hacia el ámbito jurídico-administrativo, imponiendo pesadas cargas administrativas para la celebración de los contratos y para la garantía de su cumplimiento (SPULBER, 1989: 51).

Junto a esta objeción práctica se sitúa otra más profunda relativa a la visión que sostienen aquellos que defienden la solución expuesta. Es una visión esencialmente micro que se construye desde el mercado y para el mercado obviando lo que materialmente representan los recursos naturales (y más generalmente la biofera: Naredo, 1992: 29) para la actividad económica.

B) El medio ambiente como «internalidad» o sustrato de las actividades, en particular, las económicas. El papel del Derecho como garante del mínimo de «civilización» ambiental por encima y al margen de la eficiencia económica: la «visión macro» del medio ambiente y su compatibilidad con el manejo táctico del mercado al servicio de objetivos político-sociales

Frente a la visión «micro» que considera que los daños al medio ambiente son «externalidades», o sea, efectos no queridos pero que tampoco repercuten directamente en la actividad que los produce, debe alzarse otra visión «macro» que considera, en cambio, el medio ambiente como el sustrato de la vida y del desarrollo. Esta nueva visión conduce a que el ambiente no puede ser analizado ni considerado como productor de «bienes» y beneficiario de los detritus de la actividad económica («residuos»), sino como su sustrato mismo. Esto se basa en que no existe actividad económica sin ambiente, mientras que éste puede existir sin aquella; el objetivo es compatibilizar una y otra, sin perder de vista cuál es el fundamento de todo. Esta «visión macro» no es incompatible con la «micro», pero sí la enmarca y la coloca en su justo sitio.

A esto se ha referido Naredo (1992: 29-30) cuando ha afirmado que los «ejercicios de valoración [de los recursos naturales para convertirlos en bienes apropiables, valorables e intercambiables para que el mercado opere eficientemente] ponen bien de manifiesto que, por una parte, necesitan apoyarse en un conocimiento solvente del comportamiento de los

recursos a valorar, por otra, que el mercado no es ninguna entelequia, sino que ha de tomar cuerpo sobre un marco institucional y unos derechos de propiedad concretos que condicionan su extensión y sus resultados en precios, costes, cantidades intercambiadas, recursos naturales utilizados y residuos artificialmente emitidos». Esto conduce a convertir el mercado en «un instrumento a utilizar sobre bases controladas para conseguir soluciones que se adapten a determinados objetivos o estándares socialmente acordados» (*Idem*: 30). Pues bien, el Derecho es quien formaliza estos objetivos o estándares socialmente acordados. De ahí que, como hemos sostenido, sea *social regulation* y no *economic regulation*.

Así pues, la protección ambiental no es una «externalidad» que deba interiorizarse en la actividad económica, como los costes laborales, sino que constituye el basamento de toda actividad, tanto como la naturaleza lo es respecto de cualquier forma de vida societaria. Más que «internalizar» los costes ambientales, lo que procede es «internalizar» los costes económicos en la protección del medio ambiente. Esto se traduce, en primer lugar, en la conversión de la protección ambiental en un nuevo título de intervención llamado a «delimitar» que no limitar externamente —según la clásica distinción desarrollada entre nosotros por García de Enterría y Fernández Rodríguez (1993: 148 y ss.)— la libertad de empresa. A tal fin, el criterio o parámetro que hace posible esa delimitación es el de la sostenibilidad. Y, en segundo lugar, el carácter de internalidad del ambiente se traduce, además, en que la protección del ambiente constituye, o mejor, debe constituir un elemento imprescindible de cualquier política porque «sólo puede lograrse un progreso económico y social sostenible si todas las políticas y, en primer lugar, la energética, hacen suyas las preocupaciones medioambientales» [Comunicación de la Comisión que lleva por título «Visión global de la política de la energía», COM (97) 167]. Es paradójico que el éxito de la protección ambiental radique en su integración y consiguiente desaparición en todas las políticas. Esta integración se produce alrededor del objetivo de la sostenibilidad

Aquí el Derecho recupera su protagonismo como lo que es un instrumento social dirigido a la protección de objetivos definidos como de interés general por las instituciones con poder y legitimidad para hacerlo. En definitiva, el Derecho recupera su politicidad al servicio de la «internalización» de la protección ambiental. Ahora bien, esto no significa la inconveniencia de la utilización de los denominados instrumentos económicos o de mercado. Todo lo contrario, son instrumentos adecuados en tanto no se olvide que son sólo instrumentos y no parámetros para medir el «óptimo de lo justo». Son instrumentos que deben insertarse en una estrategia global de protección ambiental. Considerados así no existen particulares obstáculos que los hagan «incompatibles» con las ideas que aquí se defienden. No puede olvidarse que la protección del medioambiente también se alcanza promoviendo mediante instrumentos económicos la eficiencia en el consumo de los recursos naturales para

que con iguales o menores cantidades de recursos puedan alcanzarse superiores metas de productividad (Von Weizsäcker, Hunter & Lovins: 1997). En todo caso, para que tal coincidencia se produzca unos y otros instrumentos deben formar parte de una estrategia más global basada, como ya tantas veces hemos insistido, en la internalización de los costes económicos en la protección ambiental, más que en la internalización de los costes ambientales en los mercados.

El Derecho ha plasmado esa estrategia global o general (en la que se debe insertar, como ya hemos expuesto, la visión micro económica de la externalidad-fallo-corrección) a través de la imposición de la sostenibilidad.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE QUE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL PUEDA RESTRINGIR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO INTERIOR

En caso de conflicto entre la protección ambiental y las libertades económicas, prima la protección del medio ambiente en tanto que bien jurídico merecedor de protección por cuanto identifica un elemento «de cuya calidad dependen la continuidad de la actividad y desarrollo de los seres humanos» (Quinto Programa Comunitario Europeo). Ahora bien, este conflicto no siempre tiene por qué producirse. No es algo inevitable. Pero si se produce, el Derecho ha establecido la regla de primacía de la protección. Por esta razón, la protección ambiental puede operar en el seno del mercado interior comunitario europeo como legítima restricción a dos de sus pilares más importantes: nos referimos a la libre circulación de mercancías y la libre competencia entre empresas. En ambos casos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido y afirmado que la protección ambiental puede justificar la prohibición de la importación o exportación de determinados bienes, así como la atribución de determinados derechos exclusivos a una empresa. Ahora bien, junto a estas dimensiones de la protección ambiental, recientemente el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto otra: es una actividad de autoridad vinculada a las prerrogativas típicas de los poderes públicos.

1. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO PRERROGATIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS

La protección ambiental es una actividad de autoridad vinculada a las prerrogativas típicas de los poderes públicos que su atribución incluso a empresas no es obstáculo para su calificación jurídica en los términos que hemos expuesto y que el sujeto que la desarrolla es materialmente una Administración pública. Por lo tanto, podemos hablar de una suerte

de límite absoluto a la privatización, fenómeno tan relacionado en los últimos tiempos con la liberalización de la economía.

El Tribunal llega a esta conclusión en la sentencia de 18 de marzo de 1997 (*Diego Cali & Figli Srl y Servizi ecologiche porto di Genova SpA*, asunto 343/95). El asunto es bien ilustrativo. En el seno del proceso general de liberalización económica que se está produciendo en los últimos años, el Estado italiano reformó la Administración portuaria. Esta reforma consistió en la atribución de las funciones propias de ésta a la *Autorità portuale*, un organismo público al que la ley le había confiado las funciones, tanto administrativas como económicas, inherentes a la gestión del puerto. La *Autorità portuale* de Génova-Multedo decidió atribuir en exclusiva a la empresa *Servizi ecologiche porto di Genova SpA* (SEPG) la gestión del servicio de vigilancia del dominio marítimo e intervención rápida contra eventuales contaminaciones consecuencia de vertidos accidentales de hidrocarburos en el mar. Por la prestación de este servicio obligatorio, SEPG cobraba una tarifa a los buques que utilizaban las instalaciones del puerto. Esta tarifa era previamente aprobada por la *Autorità portuale*.

La empresa Calì utilizó en diversas ocasiones el puerto petrolero de Génova-Multedo por lo que SEPG expidió las correspondientes liquidaciones en concepto del servicio indicado. La empresa Calì recurrió lo que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova relativa, en resumen, a la aplicación o no a la empresa indicada del artículo 86 del Tratado que prohíbe cualquier posición de dominio en el seno del mercado.

A la cuestión planteada responde el Tribunal recordando la exclusión de las normas de competencia cuando el Estado actúa como poder público. En primer lugar, reitera la necesidad de distinguir «entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado», como ya había sostenido en la sentencia de 16 de junio de 1987 (*Comisión contra Italia*, asunto 118/85, apartado 7) (apartado 16). En segundo lugar, para determinar cuándo el Estado actúa de una u otra manera, es irrelevante «si el Estado actúa directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración Pública o a través de una entidad a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos» (apartado 17, con cita de la Sentencia de 16 de junio de 1987). Lo importante, es «la naturaleza de las actividades que ejercen la empresa pública o la entidad a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos» (apartado 18).

Pues bien, la actividad de vigilancia anticontaminación (no así la de intervención porque quedó fuera del litigio desde el momento en que a la empresa Calì no se le facturaron servicios por este concepto ya que no se produjo ningún hecho que hiciera necesaria la intervención para luchar contra la contaminación) que el SEPG debe llevar a cabo en el puerto pe-

trolero de Génova constituye «una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo» (apartado 23). Esto es así «por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta [en consecuencia], se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado (véase la sentencia de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30)» (apartado 24). Así pues, «el artículo 86 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que una actividad de vigilancia anticontaminación cuyo ejercicio hayan encargado los poderes públicos a una entidad de Derecho privado en un puerto petrolero de un Estado miembro no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo, ni siquiera en el supuesto de que se obligue a los usuarios del puerto a pagar una remuneración destinada a financiar tal actividad» (apartado 25 y fallo).

Se puede privatizar la gestión de las actividades públicas, pero lo que sale por la puerta (el estatuto jurídico-público de las Administraciones públicas) entra por la ventana a golpe de Derecho comunitario: estas actividades materialmente públicas (por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas) están excluidas de la libre competencia y de sus normas, por lo que, en coherencia, deben estar sujetas al Derecho público porque es el único adecuado a la naturaleza de poder de dichas actividades y que además ofrece garantías suficientes a los beneficiarios de las mismas.

2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La protección del medio ambiente es —como hemos visto— una actividad de poder público pero también es un bien de interés general que puede legitimar restricciones a la libre circulación de mercancías y la libre competencia en el mercado interior.

A) *La protección ambiental como legítima restricción a la libertad de circulación de mercancías*

El Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente qué objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de mercancías. Este principio lo ha reiterado en recientes sentencias como las de 28 de abril de 1998, asunto 120/95 y en la de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96). Ahora bien, el propio Tribunal ha sostenido desde la sentencia de 20 de febrero de 1979 (*Rewe-Zentral, A.G., contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120/78) que el artículo 30 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

(hoy artículo 28) que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros no tiene alcance ilimitado puesto que, a falta de disposiciones comunitarias, las medidas nacionales que tuvieran efecto restrictivo sobre la libre circulación de los bienes se justificarían cuando contemplaran requisitos imperativos, cuando no fueran discriminatorias y fueran proporcionales al objetivo perseguido; en otros términos cuando «estas prescripciones puedan reconocerse como necesarias para satisfacer exigencias imperativas teniendo en cuenta, especialmente, la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores» (fj. 6).

A partir de la doctrina expuesta el Tribunal ha apoyado la idea, desde mediados de los años ochenta, de que la protección del medio ambiente puede estar por encima de la consecución del mercado único (Díez de Velasco, 1995: 205; Krämer, 1996: 90; Aguilar Fernández, 1997: 75). A este respecto, merece destacarse la sentencia de 7 de febrero de 1985 (*Procurador de la República Francesa contra Asociación de defensa de fabricantes, comerciantes y usuarios de calefactores que utilizan como combustible fuel o aceites usados*, asunto 240/83) por la que se reconocía la conformidad de la Directiva 74/439 del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la eliminación de los aceites usados, con los principios fundamentales del Derecho comunitario de libertad de comercio y de libre circulación de mercancías. Por consiguiente, se deducía la conformidad con tales principios del Decreto del Gobierno francés que regulaba la recuperación de los aceites usados.

La Directiva establecía la obligación de contar con una autorización para que una empresa pudiera dedicarse legítimamente a la eliminación de los aceites usados y, además, habilitaba la posibilidad de que las empresas autorizadas actuaran en una zona que se le adjudicase, cuando no fuera posible alcanzar por otras vías los objetivos de la Directiva.

El conflicto con los principios fundamentales del Derecho comunitario son elocuentes. Sin embargo, el Tribunal sostiene que tales restricciones son compatibles con los principios indicados porque «el principio de libertad de comercio está sujeto a determinados límites impuestos por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, si bien estos límites deben respetar siempre el contenido esencial de aquellos derechos» (apartado 12). Y añade a continuación: «nada permite concluir que la Directiva haya rebasado esos límites. Esta Directiva se encuadra en el marco de la protección del medio ambiente, que es *uno de los objetivos esenciales de la Comunidad*. Como resulta de sus considerandos tercero y séptimo, toda la regulación relativa a la eliminación de aceites usados debe tener como objetivo la protección del medio ambiente contra los efectos perjudiciales causados por el vertido, el depósito o el tratamiento de estos productos. Resulta también del conjunto de las disposiciones de la Directiva, la necesidad de respetar los principios

de proporcionalidad y de no discriminación en los casos en que sea necesario establecer restricciones. En particular, el artículo 5 de ésta autoriza la división en zonas “en los casos en que los objetivos de los artículos 2, 3 y 4 no puedan lograrse de otra forma”» (apartado 13).

En definitiva, la protección del medio ambiente es, por un lado, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad que puede, por otro lado, justificar restricciones incluso a principios fundamentales del Derecho comunitario siempre que se trate de restricciones no discriminatorias ni irrazonables desde el punto de vista de los objetivos de interés general que pretenden alcanzarse («restricciones inevitables, justificadas por objetivos de interés general como es la protección del medio ambiente»: apartado 15). Merece destacarse que en la fecha de la Sentencia la protección del medio ambiente no estaba expresamente reconocida como tal objetivo en los Tratados. A partir del Acta Unica del año 1986 se constitucionalizó una realidad jurídica y fáctica previa, dotándola de una base indiscutible y de unos perfiles más concretos (Parejo Alfonso, 1996: 48).

Más adelante, en el año 1988, el Tribunal se enfrentó en su Sentencia de 20 de septiembre (*Comisión contra Reino de Dinamarca*, asunto 302/86) al problema de legalidad comunitaria del sistema danés de depósito y retorno de envases (Díez de Velasco, 1995: 207; Krämer, 1996: 99). Este sistema se basaba, por un lado, en la obligación impuesta a los productores de comercializar la cerveza y las bebidas refrescantes exclusivamente en envases que puedan volver a ser utilizados. Y, por otro lado, en que dichos envases debían ser homologados por la Agencia Nacional para la Protección del Medio Ambiente. No obstante, esta última medida fue modificada para permitir la utilización de envases no homologados dentro del límite de 3.000 hl por productor y año.

Estas obligaciones las justificaba el Gobierno danés en la protección del medio ambiente. Siendo así que la protección del medio ambiente es «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad que, como tal puede justificar ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de las mercancías» (apartado 8), el Tribunal se propone examinar ya no tanto la legitimidad de que tal restricción se produzca sino si la restricción es proporcional al objetivo perseguido, o en otros términos, si las medidas impuestas «son necesarias para alcanzar los objetivos de dicha normativa» o sea, la protección ambiental (apartado 12).

En cuanto a la primera medida («obligación de establecer un sistema de depósito y devolución de los envases vacíos») ², el Tribunal afirma que «hay que reconocer que tal obligación es un elemento indispensable de un sistema cuyo fin es garantizar que los envases vuelvan a ser utili-

² Esta obligación no es la misma a la que se refería inicialmente que era la de comercializar la cerveza y las bebidas refrescantes exclusivamente en envases que puedan volver a ser utilizados; no obstante, debemos entender que se refieren a la misma obligación.

zados y resulta por tanto necesaria para alcanzar los objetivos de la normativa impugnada. Con arreglo a tal apreciación, las limitaciones que pone a la libre circulación de las mercancías no deben considerarse desproporcionadas» (apartado 13). En cambio, sí consideró desproporcionada la segunda medida (homologación de los envases).

En realidad, el Tribunal consideró la homologación de los envases más como una medida discriminatoria que desproporcionada porque venía a dificultar enormemente la importación de los productos extranjeros. En cambio sí consideró discriminatoria la medida restrictiva de la cantidad que los importadores extranjeros podían importar sirviéndose de envases no homologados (3.000 hl). Ahora bien, no puede olvidarse que, en todo caso, estos productores estaban obligados a comercializar sus productos en envases que pudieran ser reutilizados porque debían haber establecido un sistema de depósito y devolución.

El Tribunal reconoce, por un lado, que la homologación de los envases «garantiza un índice máximo de reutilización y por tanto una protección muy notable del medio ambiente» («ya que los envases vacíos pueden devolverse a cualquier minorista de bebidas, mientras que los envases no homologados, dada la imposibilidad de establecer para ellos una organización tan completa, únicamente pueden ser devueltos al minorista que vendió las bebidas») (apartado 20) y, por otro lado, que la «devolución de envases no autorizados permite la protección del medio ambiente», aunque, obviamente, no en la misma proporción que el sistema basado en la homologación. Ahora bien, esta *menor protección* se compensa por el hecho de que se impone a una «cantidad limitada de bebidas en relación con la cantidad global de bebidas consumidas en el país, debido al efecto restrictivo que tiene sobre las importaciones la exigencia de devolución del envase» (apartado 21). Así pues, la menor protección se compensa con el menor daño que produce la cantidad limitada de envases no homologados que se comercializan en Dinamarca. Por lo tanto, la limitación añadida de la cantidad máxima que puede ser comercializada mediante envases no homologados es una restricción añadida que no resulta razonable.

B) Los animales y los residuos como mercancías que pueden ser objeto de tráfico entre los Estados

En las otras ocasiones que el Tribunal se ha planteado la relación entre la protección ambiental y la libre circulación de mercancías, los objetos de intercambio eran las aves silvestres, los cangrejos vivos y los residuos. En estos casos, el Tribunal se ha pronunciado a favor de su consideración de mercancías cuyo tráfico no puede verse limitado por razones ambientales.

La sentencia de 23 de mayo de 1990 (*Proceso penal contra Gourmetherie Van den Burg*, asunto 169/89) resuelve la cuestión prejudicial planteada en relación al artículo 36 del Tratado en conexión con la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación

de las aves silvestres, afirmando que «no está justificada una prohibición de importación y de comercialización en lo que respecta a una especie de aves que, por una parte, no se encuentra en el territorio del Estado miembro legislador sino que vive en otro Estado miembro donde su caza está autorizada por las disposiciones de dicha Directiva y por la legislación de este otro Estado miembro y que, por otra parte, no es una especie migratoria ni está amenazada en el sentido de la Directiva» (fj 16). Por lo tanto, las aves silvestres que no son ni migratorias ni están amenazadas pueden ser objeto de tráfico lícito entre los Estados por lo que la prohibición absoluta de importación y comercialización de tales aves establecida en un Estado basada en supuestas razones ambientales es contraria al Derecho comunitario, máxime cuando el Estado que debe apreciar estas razones, el Estado en el que viven las aves, no las ha sometido a un régimen de protección similar, tanto es así que la caza de tales aves está permitida.

La sentencia de 13 de julio de 1994 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, asunto 131/93) resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la República Federal de Alemania por el que se solicitaba al Tribunal que la declarase incumplidora del Tratado al prohibir las importaciones de cangrejos de río vivos de las especies europeas procedentes de los Estados miembros o de países terceros y que se encuentren en libre práctica en la Comunidad. Esta prohibición había sido establecida con carácter general por un Reglamento que venía a hacer realidad la determinación legal de considerar a los cangrejos de río autóctonos como especies especialmente protegidas, incluso amenazadas de extinción. Esta finalidad de la medida la admite el Tribunal (apartado 17). Ahora bien, lo que el Tribunal cuestiona, a instancia de la Comisión, es que la medida adoptada sea proporcionada al objetivo perseguido y si, por lo tanto, no existían otras medidas menos restrictivas. Porque «una normativa restrictiva de los intercambios intracomunitarios sólo es compatible con el Tratado en la medida en que resulte indispensable para una protección eficaz de la salud y vida de los animales. Por lo tanto, la normativa no podrá acogerse a la excepción del artículo 36 cuando tal objetivo pueda alcanzarse de una manera igualmente eficaz con medidas que tengan efectos menos restrictivos para los intercambios intracomunitarios» (apartado 18). El Tribunal concluye que tal objetivo puede alcanzarse con medidas menos restrictivas: «...en lugar de prohibir pura y simplemente la importación de todas las especies de cangrejos de río vivos, la República Federal de Alemania habría podido limitarse a someter a controles sanitarios las partidas de cangrejos de río procedentes de otros Estados miembros o en libre práctica en la Comunidad y a efectuar únicamente controles por sondeo, en la medida en que dichas partidas estuvieran acompañadas de un certificado sanitario, expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de procedencia y que acreditara que el producto de que se trata no presentaba ningún riesgo para la salud, o bien limitarse a regular la comercialización de los cangrejos de río en su territorio, en par-

ticular sometiendo a autorización tan sólo la repoblación de las aguas interiores con especies susceptibles de ser portadoras del agente de la peste y restringiendo la puesta en libertad de los animales así como la repoblación en las zonas donde viven especies autóctonas» (apartado 25).

Por último, la sentencia de 9 de julio de 1992 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, asunto 2/90) resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra el Reino de Bélgica motivado por el Decreto del Consejo Regional valón de 5 de julio de 1985 en el que se establecía la prohibición absoluta de importar residuos peligrosos en la Región valona. Esta prohibición se considera incompatible con la Directiva 84/631 del Consejo, de 6 de diciembre de 1984, relativa al seguimiento y control en la Comunidad de los traslados transfronterizos de residuos peligrosos. Es incompatible porque esta Directiva no establece una prohibición absoluta sino un sistema de control caso a caso de los traslados que pretenden realizarse: «...la Directiva 84/631 ha instaurado un sistema completo aplicable a los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos para su gestión en establecimientos definidos con precisión y se basa en la obligación de notificación detallada previa del poseedor de los residuos; las autoridades nacionales de que se trate tienen la facultad de plantear objeciones, y por consiguiente, de prohibir un traslado de residuos peligrosos determinado (por oposición a los traslados de residuos peligrosos contemplados de manera general), para hacer frente a los problemas relativos, por una parte, a la protección del medio ambiente y de la salud y, por otra, al orden y a la seguridad pública. Así, este sistema no permite deducir la posibilidad de que los Estados miembros prohíban globalmente estos movimientos» (fj 20).

En cambio, el Tribunal admite que la protección del medio ambiente puede justificar la prohibición aludida cuando se trata de los demás residuos, o sea, los residuos que no son peligrosos. Es significativo que estos residuos reciben la consideración de mercancía, con independencia de si son o no reciclables, por lo que su circulación quedaría a cubierto, en principio, por lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado (apartado 28). No obstante, razones de protección ambiental pueden justificar la prohibición de almacenar, depositar o verter residuos de este tipo procedente de otro Estado e incluso de otra región. Porque el objetivo es impedir la afluencia masiva y anormal de residuos procedentes de otras regiones para ser depositados en la Región Valona, lo que constituye «un peligro real para el medio ambiente, dada la escasa capacidad de esta región» (apartado 31).

También el Tribunal alegó la supuesta discriminación entre residuos procedentes de la misma región y los procedentes de otras e incluso de otros Estados, como había alegado la Comisión. Esta diferencia está justificada en el principio de corrección preferentemente en la fuente misma de los ataques al medio ambiente. Este principio, establecido en el apartado segundo del artículo 130 R del Tratado «implica que incumbe a cada región, municipio u otro ente local adoptar las medidas apropiadas para ase-

gurar la recepción, el tratamiento y la gestión de sus propios residuos; en consecuencia, éstos deben gestionarse lo más cerca posible del lugar de producción, a fin de limitar al máximo su traslado» (apartado 34).

Así pues, los residuos que no son mercancías, así los residuos peligrosos, pueden ser objeto de tráfico entre los Estados sin más limitación que las que se derivan de someterse a un procedimiento que permitirá al Estado controlar caso a caso los traslados que pretenden llevarse a cabo y, en su caso, prohibirlos en atención a razones, entre otras, de protección ambiental. En cambio, la circulación de los residuos que sí revisten la condición de mercancía puede ser prohibida con carácter general en atención a razones de protección ambiental como las que se apoyan en el principio de corrección en la fuente.

Sí revisten la condición de mercancía los residuos que pueden ser objeto de valorización. En este caso, no rigen los principios de autosuficiencia y proximidad. Así lo ha reiterado el Tribunal en la Sentencia de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96). «El trato desigual de los residuos destinados a la eliminación y los destinados a la valorización refleja la diferencia entre las funciones que cada uno de estos dos tipos de residuos está llamado a desempeñar en el desarrollo de la política medioambiental de la Comunidad. Por definición, únicamente los residuos destinados a la valorización pueden contribuir a la aplicación del principio de prioridad de la valorización, enunciado en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento [n. 239/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea]. Fomentar la valorización en toda la Comunidad, en especial mediante la aparición de técnicas más eficaces, es la razón por la que el legislador comunitario previó que los residuos de este tipo debían poder circular libremente entre los Estados miembros para ser tratados, en la medida en que su transporte no supusiese un peligro para el medio ambiente. Por ello, estableció un procedimiento más flexible para el transporte transfronterizo de estos residuos, al que se oponen los principios de autosuficiencia y de proximidad» (apartado 33). En consecuencia, deviene ilegal el sistema holandés que impedía la exportación de residuos destinados a la valorización como los filtros de aceite. El Tribunal señala que «...debe llegarse a la conclusión de que la aplicación de los principios de autosuficiencia y de proximidad a los residuos destinados a la valorización, como los filtros de aceite, tiene por objeto y efecto restringir las exportaciones de dichos residuos sin estar justificada, en un caso como el del litigio principal, por una exigencia imperativa en materia de protección del medio ambiente o por el interés en proteger la salud y la vida de las personas en el sentido del artículo 36 del Tratado. Por tanto, un Estado miembro no puede invocar el artículo 130 T del Tratado para aplicar los principios de autosuficiencia y de proximidad a los recursos» (apartado 49).

3. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO RESTRICCIÓN LEGÍTIMA A LA LIBRE COMPETENCIA: EL CASO DE LAS EMPRESAS ENCARGADAS DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

En la Sentencia de 19 de mayo de 1993 (*Corbeau*, asunto 320/91)³ el Tribunal se enfrenta al problema de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.2 TCE (ahora art. 86.2)⁴. Al resolver esta cuestión prejudicial sienta las bases que van a permitir que la protección ambiental sea una legítima restricción a las normas de la competencia.

Según el Tribunal, esta disposición «permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores» (apartado 14). Ahora bien, el problema está en determinar cuando está legitimada la atribución de derechos exclusivos y, por consiguiente, la exclusión de las normas sobre competencia: «...se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo *cumplir su misión de interés general* y, en particular, disfrutar de *condiciones económicamente aceptables*» (apartado 16). Porque «la obligación que incumbe al titular de dicha misión de *garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico* presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables» (apartado 17)⁵.

El razonamiento que subyace es el siguiente: el monopolio (o la atribución de derechos exclusivos) genera unas rentas que hace posible que su titular pueda prestar unas actividades consideradas de interés general, de

³ Sentencia comentada entre nosotros por JIMÉNEZ-BLANCO (1994: 596-599) y de manera más general en relación con la problemática de los servicios de interés general por PAREJO ALFONSO (1998: 87-117).

⁴ El artículo 90.2 (ahora art. 86.2) TCE dispone lo siguiente: «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 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 contraria al interés de la Comunidad.»

⁵ Porque «si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores, elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse en las actividades económicamente rentables y ofrecer, en ese sector, tarifas más ventajosas que las practicadas por los titulares de los derechos exclusivos, dado que, a diferencia de estos últimos, no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables» (apartado 18).

tal modo que si la actividad se prestase en libre competencia tales rentas no existirían, al menos, en la cantidad suficiente para que tal servicio pudiera prestarse. Se produce una suerte de elección entre competencia y satisfacción del interés general. El Tratado no duda en la primacía de este interés respecto de la libre competencia. Así pues, queda abierta la puerta para que el interés general que así se estime conveniente pueda primar sobre la libre competencia cuando su satisfacción pueda razonable y proporcionalmente necesitar su sacrificio. Es lógico que en sentencias posteriores se admita que la protección ambiental imponga unas obligaciones a las empresas gestoras de servicios de interés general que justifica la restricción de la libre competencia. Así será proclamado en las Sentencias de 27 de abril de 1994 (*Gemeente Almelo y otros y Energiebedrijf Ijsselmij NV*, asunto 393/92) y la de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94)

La Sentencia de 27 de abril de 1994 (*Gemeente Almelo y otros y Energiebedrijf Ijsselmij NV*, asunto 393/92)⁶ sigue el criterio sentado en la Sentencia *Corbeau* y lo aplica a una cuestión prejudicial planteada en el seno de un litigio surgido entre un Ayuntamiento (Almelo) y la empresa de distribución regional de energía eléctrica (*Energiebedrijf Ijsselmij NV*), a propósito de un recargo de compensación de costes que esta última facturó a los distribuidores locales y con el que se pretendía compensar la diferencia entre el coste más elevado del suministro de electricidad a los consumidores de zonas rurales que es responsabilidad del distribuidor regional y el coste más reducido del suministro a los consumidores de zonas urbanas que es responsabilidad del distribuidor local.

Es importante retener que estamos ante un conflicto surgido entre distribuidores de energía eléctrica. Es importante porque ocupa un lugar preferente en la ordenación de este sector la protección ambiental. Basta constatar, para tomar conciencia de esta circunstancia, la importancia de la contribución de la generación de la electricidad al calentamiento del planeta como consecuencia de la combustión de hidrocarburos.

Pues bien, el Tribunal subraya —tras recordar la doctrina *Corbeau*— «que una empresa de este tipo [se refiere a la empresa *Energiebedrijf Ijsselmij NV* responsable de la distribución regional de la energía eléctrica] debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes» (apartado 48). Para que la citada empresa pueda cumplir con su misión de interés general «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores eco-

⁶ Esta sentencia ha sido comentada entre nosotros por JIMÉNEZ-BLANCO, A. (1994: 599-600). También ha sido objeto de comentario, aunque de manera más general en relación con la problemática de los servicios de interés general, por PAREJO, Alfonso (1998: 87-117).

nómicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las *condiciones económicas* en las que debe operar la empresa, en particular, los costes que debe soportar y las *normativas, especialmente en materia de medio ambiente*, a las que se encuentra sometida» (apartado 49).

En la Sentencia que comentamos no se dice que la protección ambiental sea un servicio de interés general, máxime cuando es una actividad que forma parte de las prerrogativas del poder público (Sentencia de 18 de marzo de 1997 *Diego Cali*). Tampoco la protección ambiental es un coste más que las empresas deba soportar y que deba ser tenido en cuenta junto con otros a los efectos de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción o incluso la eliminación de la competencia. La Sentencia se refiere a que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa ambiental y, en especial, los objetivos de protección que establece, puede justificar de manera suficiente la limitación e incluso la eliminación de la competencia. Esta limitación o restricción estaría justificada cuando la aplicación de las reglas de la competencia vendrían a impedir que las condiciones económicas que debe soportar la empresa gestora del servicio de interés general para cumplir las obligaciones ambientales no pudieran ser objeto de «compensación» mediante la atribución de derechos exclusivos, por lo que la empresa no podría cumplir con su misión de interés general; porque se vería frustrada la posibilidad «de una compensación entre los sectores de la actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables» (Sentencia *Corbeau*).

En la Sentencia de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94) el Tribunal vuelve a enfrentarse a cuestiones relativas a la energía eléctrica. También aquí vuelve a aparecer la protección ambiental como posible justificación de la restricción de la competencia cuando se trata de empresas prestadoras de servicios de interés general. Ahora bien, la respuesta es ciertamente contradictoria.

La sentencia trae causa de un recurso de la Comisión que tiene por objeto que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 34 y 37 del Tratado CE, al establecer derechos exclusivos de importación y exportación de gas y de electricidad en favor de Gaz de France (GdF) y Electricité de France (EdF), respectivamente.

Tanto GdF y EdF son empresas prestadoras de servicios de interés general. No lo pone en duda la Comisión y también lo confirma el Tribunal. El conflicto radica en la legitimidad de la atribución a dichas empresas de unos derechos exclusivos como los de importación y exportación. A este respecto el Tribunal sienta el principio de que «para que las

normas del Tratado no sean aplicables a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, basta con que la aplicación de dichas normas *impida*, de hecho o de Derecho, el *cumplimiento* de las *obligaciones específicas de dicha empresa*. No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada» (apartado 59).

¿Cuáles son las obligaciones específicas de dichas empresas que pueden justificar la no aplicación de las normas de competencia o, en otros términos, excluir la actividad correspondiente de la libre competencia y justificar, en consecuencia su prestación en régimen de monopolio, o sea, la atribución de los derechos exclusivos?

El Gobierno francés alega que, a través de diversos instrumentos jurídicos, el Estado ha encomendado a EdF y a GdF garantizar el suministro de electricidad y de gas al país respetando diversas obligaciones de servicio público, así como contribuir activamente a la ejecución de las políticas nacionales en materia de medio ambiente y de ordenación del territorio (apartado 60). A mayor abundamiento y por lo que ahora nos interesa, el Gobierno francés sostiene que la supresión de los derechos exclusivos de importación y exportación de EdF y GdF pondría en peligro el correcto cumplimiento de varias de dichas obligaciones, si no todas ellas, y haría más difíciles, e incluso imposibles, las contribuciones que estas empresas deben aportar a la protección del medio ambiente y a la ordenación del territorio (apartado 62).

La Comisión rechaza estas alegaciones y sostiene, por lo que ahora nos interesa, que las exigencias en materia de protección del medio ambiente y de ordenación del territorio no pueden formar parte de las misiones específicas confiadas a EdF y GdF, en la medida en que tales exigencias se imponen de una forma más o menos general a todos los operadores económicos (apartado 64).

Pues bien, el Tribunal rechaza que las «obligaciones en materia de medio ambiente y de ordenación del territorio impuestas a empresas encargadas del suministro de electricidad y de gas al país [formen parte de las misiones específicas confiadas a EdF y GdF], a menos que se trate de obligaciones específicas de estas empresas y de sus actividades» (apartado 69). Esto obedece a que previamente el Tribunal había establecido el criterio según el cual «para que pueda considerarse que las obligaciones impuestas a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general formen parte de la misión específica que le ha sido encomendada, es preciso que tales obligaciones guarden relación con el objeto del servicio de interés económico general de que se trate y que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer este interés» (apartado 68).

Sin embargo, más adelante el Tribunal afirma —tras recordar la sentencia Almelo— que «tales obligaciones o exigencias pueden ser tenidas

en cuenta al apreciar si las excepciones a las normas del Tratado que se desea justificar son necesarias para permitir a la empresa de que se trate cumplir la misión de interés general que le ha sido confiada» (apartado 71).

La Sentencia introduce una importante precisión en lo que se refiere a los efectos restrictivos de la competencia derivados de la protección ambiental. La protección ambiental puede operar como misión específica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés general o como límite o condicionamiento a tener en cuenta para justificar las restricciones a la competencia. En el caso de las empresas encargadas del suministro de energía eléctrica y de gas la protección ambiental no forma parte de su misión específica puesto que ésta consiste en el suministro de la energía y del gas en condiciones de obligación, de continuidad y de igualdad de trato; precisamente estas condiciones revisten la forma de obligaciones de servicio público. Estas obligaciones sí cumplen con los requisitos a los que nos hemos referido. Se trata de obligaciones que guardan relación con el objeto del servicio de interés económico de que se trate (el suministro de la electricidad y del gas) y tienen por objetivo directo contribuir a satisfacer este interés (desde el momento en que hacen posible que todos se puedan abastecer de electricidad y de gas en condición de continuidad y de igualdad de trato, lo que ciertamente es de indudable interés general). Ahora bien, las obligaciones de protección ambiental no cumplen con tales requisitos. No puede olvidarse que se trata de un servicio de suministro de la electricidad no así de la actividad de producción o generación de la energía eléctrica. En el caso de estas actividades, a diferencia de la de suministro, la protección ambiental indudablemente forma parte de las condiciones de acuerdo con las que deben ser desarrolladas las actividades de producción, como así lo establece la normativa reguladora de las actividades indicadas.

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 la artículo 5 las condiciones que los Estados deberán tener en cuenta a los efectos del otorgamiento de las autorizaciones para la construcción de nuevas instalaciones generadoras. Entre esas condiciones, los Estados deben tener en cuenta la «protección del medio ambiente» [art. 5.1.b)]. También la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico establece entre las condiciones a acreditar por los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica la relativa al adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales [art. 21.2.b)] En cambio, no se establece similares condiciones por lo que se refiere a la actividad de suministro. No obstante, el Tribunal no descarta de manera absoluta que pueda imponerse a las empresas suministradoras de la energía eléctrica obligaciones relacionadas con la protección ambiental. Esto es posible, como también lo acredita la Ley del Sector Eléctrico cuando impone a las empresas distribuidoras y a las comercializadoras de la energía la obligación de pro-

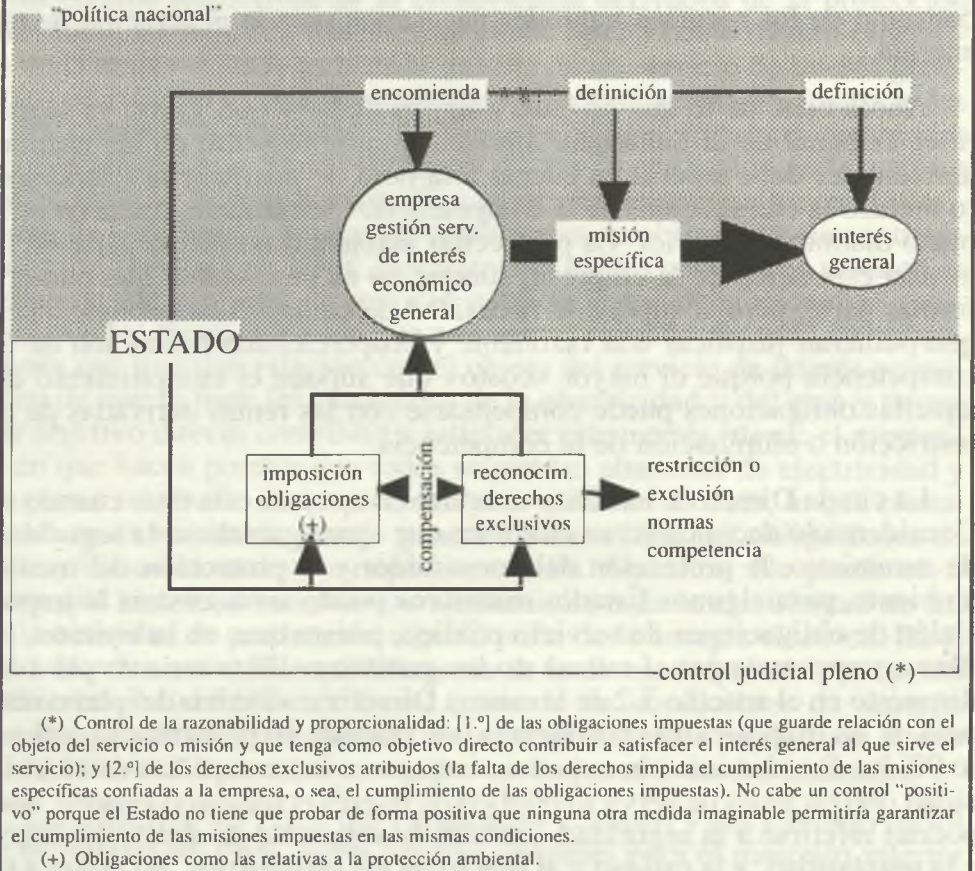
curar un uso racional de la energía [arts. 45.1.f) y 45.2.c), respectivamente]. En este caso, la protección ambiental se alcanza indirectamente por cuanto al utilizarse racionalmente la energía se pretende aumentar su «productividad» y por lo tanto se reduce la necesidad de generar más energía para satisfacer nuevas demandas, lo que redundará en un menor consumo de los recursos naturales necesarios para la generación de tal energía.

Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es que, como ya sentara el Tribunal en la Sentencia *Almelo*, el cumplimiento de las normas ambientales debe tenerse en cuenta a la hora de justificar la restricción (o incluso la eliminación) de la competencia. Ciertamente, opera en otro plano distinto al anterior. La protección ambiental no forma parte de la misión específica de la empresa, aunque no es descartable que pudiera formar parte, pero sí supone la necesidad de cumplir unas obligaciones que pudieran justificar una razonable y proporcionada limitación de la competencia porque el mayor «costo» que supone el cumplimiento de aquellas obligaciones puede compensarse con las rentas derivadas de la restricción o eliminación de la competencia.

La citada Directiva 96/92/CE concurre en apoyo a esta tesis cuando el Considerando decimotercero establece que «para garantizar la seguridad de suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público, puesto que, en su opinión, la libre competencia por sí misma no las garantiza». Esta tesis da pie a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la misma Directiva: «Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente».

Esto obedece a que, como dijera la Sentencia de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94) —tras recordar lo ya dicho en la Sentencia de 19 de marzo de 1991, *Francia contra Comisión*, asunto 202/88—, «al permitir, con sujeción a ciertos requisitos, algunas excepciones a las normas generales en el Tratado, el apartado 2 del artículo 90 pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común» (apartado 55). «Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su

EMPRESAS ENCARGADAS DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: COMPETENCIA DE LOS ESTADOS Y CONTROL JUDICIAL
 Basado en la STJCE de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, asunto 159/94*).



consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas» (apartado 56).

Ahora bien, admitido que una empresa realiza una misión de interés general según la apreciación que de tal interés ha llevado a cabo el Estado, esto no es óbice para que los Tribunales controlen la razonabilidad y la proporcionalidad tanto de las obligaciones impuestas como de los derechos exclusivos (y por lo tanto, las restricciones e incluso exclusiones, de las normas de la competencia) reconocidos.

Sin embargo, lo que nos interesa destacar es que los Estados, en ejercicio de su competencia para encomendar a una empresa la gestión de un servicio, definir la misión que le corresponde y el interés general que debe satisfacer, puede imponer el cumplimiento de unas obligaciones específicas de protección ambiental siempre que guarden relación directa con la misión

encomendada y tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer el interés general encomendado a la empresa. Ahora bien, los Estados no tienen libertad para restringir o excluir las normas sobre la competencia. El control judicial es pleno para controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de las restricciones o exclusiones teniendo como parámetro que tales medidas fueran necesarias para permitir que la empresa puede llevar a cabo la misión que se le ha atribuido. Así pues, la protección ambiental puede operar como obligaciones impuestas a las empresas gestoras de los servicios que pueden legitimar la restricciones a la libre competencia.

Ahora bien, para que la protección ambiental pueda justificar una restricción o eliminación de la libre competencia es necesario una «demostración de modo satisfactorio». Esto obedece a que se trata de una restricción a una libertad fundamental del Tratado. Así lo ha venido a recordar recientemente la Sentencia de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96).

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento indicado fueron los siguientes. El Plan plurianual neerlandés de eliminación de residuos peligrosos de junio de 1993 había atribuido en exclusiva a la empresa AVR Chemie la gestión de estos residuos, en particular, era designada como la única operadora final para la incineración de residuos peligrosos en un horno giratorio de alto rendimiento. Esta atribución se tradujo en la prohibición de que pudieran exportarse residuos valorizables de tal manera que debían confiarse en exclusiva a la empresa AVR Chemie por lo que esta empresa salía favorecida, al mismo tiempo que el mercado sufría una importante limitación.

A la vista de las circunstancias expuestas, el Tribunal se pregunta si la obligación indicada (con las consiguientes repercusiones en lo que atañe a la libre competencia e incluso a la libre circulación de mercancías) podía encontrar justificación en una misión de interés económico general en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. El Tribunal recuerda que «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que dicha disposición puede invocarse para justificar una medida contraria al artículo 86 del Tratado adoptada en favor de una empresa a la que el Estado ha concedido derechos exclusivos, si dicha medida es necesaria para permitir a la empresa el cumplimiento de la misión específica a ella confiada y si no afecta al desarrollo de los intercambios de una forma contraria al interés de la Comunidad» (apartado 65).

El Gobierno neerlandés alega que la normativa controvertida persigue la reducción de los costes de la empresa encargada de la incineración de los residuos peligrosos para permitirle ser viable desde el punto de vista económico. Ahora bien, para que tal justificación pueda surtir los efectos legítimos señalados, debe justificarse por quien la alega, en este caso el Gobierno neerlandés, que la atribución de tales derechos exclusivos es una solución obligada en orden a alcanzar el servicio de interés

general que se le ha atribuido. En consecuencia «el apartado 2 del artículo 90 del Tratado sólo puede aplicarse si se demuestra que, de no existir la medida controvertida, la empresa de que se trata no podría cumplir la tarea que se la ha encomendado» (apartado 67). En otros términos, la protección ambiental puede justificar la atribución de derechos exclusivos a una empresa. Sin embargo, debe justificarse exhaustivamente, lo que es obvio dado que se trata de una excepción al principio general de libertad de competencia.

VI. CONCLUSIÓN

La relación entre competencia y medio ambiente debe establecerse en el seno de un nuevo marco institucional caracterizado por la sostenibilidad del desarrollo, la internalización de las exigencias de la protección ambiental en todas las políticas y la utilización de instrumentos de protección tanto los tradicionales jurídicos basados en la ordenación-control-sanción como los nuevos instrumentos basados en el mercado. Ahora bien, respecto de éstos no puede olvidarse que su utilidad radica en su misma condición instrumental. En consecuencia, al ser instrumentos su utilización debe insertarse en un marco institucional como el expuesto basado, en última instancia, en el principio de que el medio ambiente no es una mera externalidad del mercado sino la internalidad del sistema social, inclusive, el económico.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas nos muestra que la protección ambiental puede justificar restricciones a la libre circulación de mercancías y a la libre competencia entre empresas. Ahora bien, debe ser una restricción razonable y proporcionada. No puede afirmarse en términos absolutos ni que la competencia siempre entra en conflicto con el medio ambiente ni que cualquier medida de protección ambiental puede justificar legítimamente la restricción de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana, *El reto del medio ambiente. Conflictos e intereses en la política medioambiental europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones independientes*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.

CMMAD (Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo), *Nuestro futuro común*, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Este documento es también conocido como Informe Brundtland en honor a su Presidenta. Fue encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a una Comisión Internacional.

COASE, R.H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

COMMONER, Barry, *En paz con el planeta*, ed. Crítica, Barcelona, 1992.

COSTAS, A. y BEL, G., «Regulación y desregulación en la economía europea actual», en VELARDE *et al.*, *Regulación y competencia en la Economía española*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 33-63.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de medio ambiente», en *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Ponencias*, Sevilla, 1995, pp. 203-216.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.^a ed., ed. Civitas, Madrid, 1993, tomo II.

GREENWALD, B. C. y STIGLITZ, J. E., «Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, 1986, pp. 229-264. Citado por COSTAS y BEL, 1995.

HARPER, M. Bruce, «Trust but Verify: Innovation in Compliance Monitoring as a Response to the Privatization of Utilities in Developed Nations», *Administrative Law Review*, vol. 48, núm. 4, 1996, pp. 593-626.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 84, 1994, pp. 589-602.

JONES, Douglas N. y TYBOUT, Richard A., «Environmental Regulation and Electric Utility Regulation: Compatibility and Conflict», *B.C. Environmental Affair Law Review*, 14, 1986, p. 32.

KAY, John A. y VICKERS, J., «Regulatory reform in Britain», *Economy Policy*, n.º 7, 1988, pp. 285-351. Citado por COSTAS y BEL, 1995.

KRÄMER, Ludwig, «La protección del medio ambiente, libre circulación de las mercancías y mercado interior», en PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, 1996, pp. 89-105.

MALTHUS, Thomas, *Definitions in political economy, preceded by an inquiry into the rules which ought to guide political economists in the definition and use of their terms; with remarks on the deviation from these rules in their writings*, Londres, 1827. La cita que recogemos en el texto está incluida en NAREDO, 1992, p. 11.

MCGARITY, Thomas O., *Reinventing Rationality*, 1991. Citado por HARPER, 1996.

NAREDO, José Manuel, «Los cambios en la idea de naturaleza y su incidencia en el pensamiento económico», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 711, noviembre 1992, pp. 11-30.

NAREDO, José Manuel, *La economía en evolución. Historia y perspectivas de las categorías básicas del pensamiento económico*, 2.ª edición, ed. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1996.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el Ordenamiento comunitario-europeo», en PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, 1996, pp. 41-69.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», en CASES, Ll. (dir), *Anuario de la Competencia 1996*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.

REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985. Trad. castellana de FONT, A. de la edición alemana publicada por Hermann Luchterhand Verlag, 1977.

SELDON, Arthur, *Capitalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1994. Esta obra es la traducción española de la edición inglesa publicada bajo el título *Capitalism*, Basil Blackwell, Oxford, UK, 1990.

SFULBER, D.F., *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1989.

TOMAIN, Joseph P. y SHAPIRO, Sidney A., «Analyzing Government Regulation», *Administrative Law Review*, 49(2), 1997, pp. 377-414.

VON WEIZSÄCKER, Ernst Ulrich, HUNTER LOVINS, L. y LOVINS, Amory B., *Factor 4. Duplicar el bienestar con la mitad de los recursos naturales*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 1997.

WIETHÖLTER, Rudolf, *Rechtswissenschaft*. Citado por REICH, 1985.

APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE Y DE LAS NORMAS INTERNAS DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ
Director de la Agencia de Protección de Datos
Magistrado
Ex Vocal y Ex Vicepresidente del TDC

I. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE LA COMPETENCIA. ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

Uno de los principales objetivos del Tratado de Roma es la instauración de un mercado común basado en un régimen de libre competencia. Así, el artículo 3.a) del Tratado prevé la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones a la libre circulación de mercancías en el mercado común, y el apartado f) del mismo precepto impone el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en dicho mercado.

El principio de la libre competencia aparece desarrollado en los artículos 85 al 94 del mismo TCEE, y su finalidad es, por un lado el evitar que las empresas puedan realizar acciones anticompetitivas que dificulten el comercio entre los Estados pertenecientes a aquella Comunidad, y por otro impedir el falseamiento de la competencia por las ayudas otorgadas por los propios Estados miembros. En concreto el artículo 85.1 prohíbe los denominados por la doctrina acuerdos colusorios en todas las modalidades posibles, de los que el propio precepto sólo describe los más relevantes, con tal que *«puedan afectar al comercio entre los Estados miembros»*, y que en el número 2 sanciona con nulidad de pleno derecho. Finalmente el apartado 3 del mismo, posibilita la no aplicación de las disposiciones del 1 anterior cuando el acuerdo, decisión o práctica concretos contribuyan a mejorar la producción o la distribución o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven a los usuarios una participación beneficiosa y sin que impongan restricciones no indispensables o posibiliten eliminar la competencia respecto de una parte sus-

tancial de mercado de producto. El artículo 86 prohíbe por su parte el abuso de posición dominante en el mercado de forma absoluta sin que quepa ninguna autorización ni excepción. Por su parte, el artículo 90 veta el que se mantengan respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a las normas del Tratado y el artículo 92 declara incompatibles con el mercado común las ayudas públicas.

Todas estas normas sobre libre competencia se van a extender a los países que integran la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹.

El artículo 87 TCEE después de establecer, en su apartado 1, que en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del mismo, el Consejo adoptará los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86, en su apartado 2.e) prevé la existencia de derechos nacionales de competencia.

Por su parte el artículo 88 TCEE señala que hasta tanto no entren en vigor las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87 del mismo, las autoridades de los Estados miembros decidirán conforme a su derecho interno sobre la admisibilidad de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y explotación abusiva de posición dominante, así como también de acuerdo con los artículos 85, y en particular las de su apartado 3 y las del artículo 86 del mismo Tratado.

En definitiva, de los artículos 87 y 88 se desprende que la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia se las reserva el TCEE a las propias instituciones comunitarias, principalmente a la Comisión y al Tribunal de Justicia, según señala el artículo 87.2.d), aunque en tanto se dicten las normas apropiadas para su aplicación se confiere la de los artículos 85 y 86 a las autoridades nacionales de competencia.

La entrada en vigor del Reglamento número 17 del Consejo² priva a las autoridades nacionales de competencia de conceder exenciones en virtud del artículo 85.3 TCEE, ya que el artículo 9.1 de aquél establece la competencia exclusiva de la Comisión a estos efectos. Con ello la competencia de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario antitrust no desaparece, sino que se limita a los artículos 85.1 y 86, aunque condicionada a que la Comisión no haya iniciado un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del propio Reglamento³. Esta distribución competencial, que en principio no debiera derivar graves problemas, sobre todo si la Comisión siguiese las normas de colaboración que señala el artículo 10 del mismo Reglamento, encierra una gran complejidad teórica y transcendencia práctica ante la posible aplicación

¹ Porto 2 de mayo de 1992 y Protocolo de adaptación firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1993.

² Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, modificado por los Reglamentos n.º 59, n.º 118/63 CEE y Reglamento (CEE) n.º 2822/71.

³ Artículo 9.3.

concurrente a una misma conducta de las normas de la competencia por parte de la Comisión y las autoridades administrativas nacionales⁴.

II. AUTORIDADES NACIONALES A LAS QUE SE CONFIERE LA APLICACIÓN DE NORMAS DE COMPETENCIA COMUNITARIAS

La noción de autoridad nacional a que se refiere el artículo 88 TCEE y el Reglamento 17/1962 no se precisa en ninguna de estas normas. Su concreción ha venido dada al fin por el TJCE en Sentencia BRT/SABAM de 30 de enero de 1974, existiendo antes una viva polémica doctrinal dada la alta indeterminación de tal concepto. En esta Sentencia señala el TJCE que las autoridades de los Estados miembros contempladas por el artículo 9, párrafo 3 del Reglamento n.º 17 son aquéllas cuya competencia deriva del artículo 88 del Tratado. Pueden ser autoridades administrativas, jurisdiccionales especialmente encargadas de aplicar el derecho interno de la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por las autoridades administrativas. En definitiva el Tribunal viene a posibilitar, al constatar la realidad existente en los diversos Estados miembros, en donde en unos se encargaba de la aplicación del Derecho interno de competencia a autoridades administrativas y en otros a jurisdiccionales, el que continúe cada cual utilizando uno u otro sistema indistintamente, a las que se encomienda ahora también la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE en los términos que confieren los artículos 88 TCEE y 9 del Reglamento n.º 17.

Esta interpretación de lo que ha de entenderse por «*autoridad nacional*», en el contexto que estamos tratando, la confirma el TJCE en sus Sentencias Anne Marty/Estée Lauder de 10 de julio de 1980 y Nouvelles Frontières de 30 de abril de 1986.

La Comisión recientemente ha publicado una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 TCE⁵. De la misma hay que destacar aquí su referencia a la anterior Comunicación que la Comisión dirige a los órganos jurisdiccionales nacionales en 1993, que se analizará más adelante, sobre cooperación para la aplicación de los mismos preceptos del Tratado y donde una vez más se infiere que al menos para la Comisión sigue vigente la distinción y posibilitación que los repetidos artículos se apliquen por los Tribunales jurisdiccionales y por las autoridades nacionales, entendiendo por estas últimas a las que se refiere el TJCE en la jurisprudencia más arriba citada⁶. Aquella comunicación viene en definitiva a completar las reglas de cooperación entre la Comisión y los

⁴ Ver MARTÍNEZ LAGE, S., *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín 130.

⁵ 97/C 313/03, DOCE C 313 de 15 de octubre de 1997.

⁶ Principalmente a partir de la STJC de 30 de enero de 1974 BRT/SABAM.

Estados miembros para la aplicación de los repetidos preceptos del Tratado. Por su contenido, no va a ser objeto aquí de estudio, aunque sí es menester señalar el reconocimiento que hace en favor de las autoridades nacionales de la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE estableciendo unos criterios de reparto en su aplicación por éstas y la Comisión que clarifican en parte las disfunciones que hasta el momento se producían⁷.

III. APLICACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE LAS NORMAS INTERNAS DE COMPETENCIA Y DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 POR LAS AUTORIDADES NACIONALES

Cuando España se adhiere a la CEE las normas internas de competencia estaban reguladas por la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos seis primeros artículos contienen el régimen sustantivo sobre la materia razonablemente similar en términos generales al comunitario. Su Exposición de Motivos hace referencia explícita al Tratado de la CEE y a los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, pero la realidad constata el fracaso de esta bien intencionada Ley⁸, y a pesar de la importante labor llevada a cabo por dos de los órganos encargados de su aplicación, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque no contribuyó en cambio a su buen fin el tercer órgano que la aplica, el Consejo de Ministros.

A partir del 1 de enero de 1986 tiene plena vigencia en el Reino de España el Derecho Comunitario y por tanto la normativa sobre competencia que el mismo contiene. Pero como se afirmaba antes, los artículos 85.1 y 86 TCEE resultan aplicables no sólo por las autoridades comunitarias sino también por las nacionales. Ello motiva el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto de 1986⁹, cuyo artículo 1.º establece que, a los efectos del artículo 9 del Reglamento n.º 17 del Consejo y del artículo 15 del también Reglamento 1017, el TCD será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado Constitutivo de la CEE y de los artículos 2 y 8 del Reglamento 1017/68. De otro lado, señala a la Dirección General de la Competencia como autoridad encargada a tales efectos de las funciones de colaboración entre las Administraciones Públicas y la Comisión de las Comunidades Europeas.

Como consecuencia inmediata de nuestra adhesión a las Comunidades resultaba preciso adecuar nuestro ordenamiento jurídico para que el

⁷ Ver al respecto PASCUAL Y VICENTE, J., «Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», en *Gaceta Jurídica CE*, Boletín 126.

⁸ La propia Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, señala que la nueva Ley «...nace con el propósito de superar los defectos que presentaron la plena aplicación de la Ley 110/1963».

⁹ Sustituido por el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, BOE n.º 57 de 7 de marzo de 1998.

nuevo Derecho Comunitario resultase eficaz. Por ello se aprobó la Ley 47/1985 por la que se habilita al Gobierno a la adaptación del Ordenamiento español al comunitario. En el Anejo de la Ley se enumera una serie de normas con rango de Ley que deben ser adaptadas, entre las que figura la Ley 110/1963, que no precisaba ser modificada o adaptada según opinión de algunos autores por exigencia del Derecho Comunitario, aunque por razones distintas se considere preciso hacer una nueva Ley para paliar el fracaso de la antigua ¹⁰. En cualquier caso, hubiera o no que adaptar la Ley, por este sistema ve la luz la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. La nueva Ley sigue casi miméticamente las disposiciones sobre la materia del Derecho Comunitario. Así sus artículos 1 y 6 se ocupan de prohibir las prácticas colusorias y los abusos de posición de dominio, recogiendo en práctica literalidad el contenido de los artículos 85.1 y 86 TCEE. Otras muchas son las similitudes, como los tipos de sanciones o los criterios de prescripción por señalar sólo algunos ejemplos. En algunos aspectos el legislador español mejora el Derecho Comunitario, como es el supuesto de encargar la instrucción y decisión a órganos distintos, lo que comporta mayores garantías. Existen también notables diferencias, como la norma contenida en el artículo 2 referida a las conductas autorizadas por la Ley y el artículo 7 que permite al TCD conocer de los actos de competencia desleal que por falsear sensiblemente la competencia afectan al interés público ¹¹.

Resulta útil recordar aquí que la posterior Ley de Competencia Desleal de 1991, atribuye el conocimiento de todas las acciones que la misma propicia para reprimir la competencia desleal a la jurisdicción y concretamente al orden jurisdiccional civil. De ello puede deducirse que con carácter general y en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas es la jurisdicción la encargada de declarar, evitar, y/o reprimir estas prácticas y también podrá conocer de las mismas el TCD en los términos fijados por el artículo 7 LDC.

La LDC encarga de la aplicación del derecho interno de la competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución y en su caso de propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes en los términos que señala la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. También debe incluirse entre aquellos órganos al Consejo de Ministros, al que se atribuyen las funciones de autorizar con o sin condiciones o prohibir las

¹⁰ FERNÁNDEZ-LLERGA GARRALDA, C., «El Derecho de la Competencia en España a diez años de la adhesión a la Comunidad» en *España en la Europa Comunitaria: Balance de Diez Años*, coordinador Carlos F. Molina del Pozo, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 290.

¹¹ Como precisa el TCD, los elementos que deben concurrir para que sea de aplicación el tipo definido en el artículo 7 LDC son: *a)* que la actuación en cuestión pueda ser considerada como competencia desleal; *b)* que, en virtud a tales actuaciones se pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional; *c)* que, consideradas las dimensiones de dichos actos, se provoque una afectación al interés público (Resoluciones de 9 de octubre de 1991 y 30 de diciembre de 1991).

operaciones de concentración que afecten el mercado español ¹² y las de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento número 4064/89 del Consejo ¹³, y al que corresponde adoptar las medidas pertinentes en aplicación de lo previsto en el artículo 21.3 del Reglamento 4064/89 ¹⁴.

El legislador español, como se comprueba, ha optado por encomendar a autoridades administrativas la aplicación del Derecho interno sobre competencia, siendo éstas las que aplicarán los artículos 85.1 y 86 en los términos antes examinados, como autoridades nacionales

Pero no podemos olvidar tampoco que el objetivo principal de las normas de competencia es la salvaguarda de interés público. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 expresamente señala: «La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...» para precisar más adelante «La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos...». Queda suficientemente explícita en la Exposición de Motivos la vocación de tutela de intereses públicos con que nace la Ley y que tiene también su reflejo en el contenido que el artículo 46 de la misma delimita para las Resoluciones del TCD, quedando fuera de la misma la declaración de la nulidad con que el artículo 1.2 sanciona a las conductas prohibidas, que corresponderá a la jurisdicción así como ante la que deberá ejercitarse la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de actos prohibidos por la Ley, según señala el artículo 13 LDC.

La normativa de competencia protege pues intereses públicos y sólo privados en tanto en cuanto coincidan con los públicos. Igual filosofía se contiene en el régimen especial de medidas cautelares que al efecto diseña el artículo 45 LDC, del que es de destacar, a estos efectos, la legitimación principal del SDC para proponer las medidas al TCD, la especial medida expresa en el precepto que se concreta en órdenes de cesación o imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas, la limitación de la prestación de fianza al supuesto de que sean los particulares quienes propongan las medidas o la excepcional facultad que se otorga al TCD para imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de las medidas ¹⁵. También está presente la defensa de

¹² Artículo 17 LDC y Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, BOE n.º 258 de 27 de octubre de 1992.

¹³ Modificado por Reglamento n.º 1310/97 del Consejo.

¹⁴ Artículo 1.3 Real Decreto 295/97 de 27 de febrero.

¹⁵ Ver al respecto mi trabajo: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1996*, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 139 a 159. También mi ponencia «Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de defensa de la competencia» en las *Jornadas del TCD*, Madrid, 1998.

intereses públicos en que se encargue de la aplicación de la Ley a un órgano administrativo de especial singularidad y cualificación, por cuanto se integra por juristas y economistas especializados en la materia, que toman las decisiones colegiadamente por su Pleno compuesto por ocho vocales y el presidente, y que pese a su carácter administrativo, goza de total independencia frente a la Administración dada la inamovilidad de sus miembros por el tiempo de su nombramiento. Ello es una muestra más de la preocupación del legislador por garantizar el interés público de la competencia. De forma diferente los intereses particulares se encomiendan a los órganos jurisdiccionales no especializados y cuyas decisiones colegiadas se circunscriben normalmente a la concurrencia de tres miembros.

Finalmente hay que recordar que las resoluciones que dicte el TCD serán revisables en vía jurisdiccional contencioso-administrativo según establece el artículo 49 LDC, correspondiendo su conocimiento a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, según indica la Disposición transitoria quinta de la propia Ley y que atendiendo a las normas de reparto, se concreta en su Sección Sexta. Pues bien, este Tribunal jurisdiccional al revisar las resoluciones del TCD, tiene también la cualificación de autoridad nacional a que se refiere el artículo 88 TJCE, según señala la STJCE de 30 de enero de 1974 BRT/SABAM

IV. APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

1. EFECTO DIRECTO

Muy pronto el TJCE estableció que el derecho comunitario constituye «un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros»¹⁶, superando su primitiva postura en la que había señalado que se trataba de un «nuevo ordenamiento jurídico de derecho Internacional»¹⁷. Al rectificar su primera definición, el TJCE subraya la autonomía del ordenamiento comunitario y su imposición a las jurisdicciones¹⁸.

Algunos autores distinguen, entre aplicación directa, cuando no es preciso que los Estados dicten normas de incorporación, transposición y desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio, y el efecto directo, cuando la norma genera derechos u obligaciones que pueden ser hechos valer por los ciudadanos directamente ante los Tribunales internos¹⁹.

¹⁶ STJCE de 15 de junio de 1964, asunto Costa/Entel.

¹⁷ STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend y Loos.

¹⁸ En la citada Sentencia Costa/Entel, precisa: «a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros dada la entrada en vigor del tratado y que se impone a las jurisdicciones».

¹⁹ Ver MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios de articulación de las relaciones entre el derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, pp. 518-519.

En definitiva toda norma de Derecho Comunitario «*produce efectos*» en los Países miembros, tanto se trate de derecho originario —Tratados— como de derecho derivado —Reglamentos y Directivas, principalmente— aunque unas tengan efecto directo tanto vertical como horizontal según terminología doctrinalmente generalizada por cuanto que dirigidos a los Estados miembros y a los ciudadanos de éstos, al resultar una norma completa pueden invocarse ante las jurisdicciones y otras sólo por tener efecto vertical, producen efecto directo ante aquellos a los que se dirige. Las Directivas, en cuanto dirigidas a los Estados miembros, aún no produciendo efecto directo horizontal en litigios entre particulares, producen determinados efectos incluso entre éstos, por cuanto que obligan a la interpretación del derecho interno a la luz de la norma comunitaria, con independencia de derivar la posibilidad del ejercicio de la acción indemnizatoria ante el Estado que incumplió con su incorporación tardía ²⁰.

El TJCE en su Sentencia Van Gend y Loos, formuló varios requisitos que debe tener la norma comunitaria para producir efecto directo:

— Que la norma sea clara y precisa o suficientemente precisa en el sentido que funde una obligación concreta, desprovista de ambigüedades.

— Que su mandato sea incondicional, en el sentido de que no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias.

Lo que importa en definitiva es que el beneficiario y el derecho protegible estén bien definidos en la propia norma comunitaria sin necesidad de normas de ejecución nacionales o comunitarias ²¹.

La eficacia directa y el carácter prevalente del derecho comunitario fue asumido desde el principio sin titubear por nuestro TS, al menos por su Sala de lo Contencioso-administrativo ²².

2. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE

El TJCE ya había reconocido efecto directo al artículo 85 TCEE en Sentencia de 6 de abril de 1962 Bosch y el de ambos preceptos, artículos 85 y 86 TCEE, desde la citada S. BRT/SABAM, destacando al respecto que «*siendo las prohibiciones de los artículos 85 y 86 aptas por su propia*

²⁰ Ver al respecto: FERNÁNDEZ PEREZ, B., «Tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares en el ordenamiento comunitario: La responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario» en *Rev. La Ley D201*, 1996, pp. 1405 a 1410.

²¹ MANGAS MARTÍN, A., «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego S. Liñán Nogueras, Civitas, 1993, p. 62.

²² Ver entre otras STS de 28 de abril de 1987, 17 de abril de 1989, 23 de noviembre de 1990, 28 de noviembre de 1990 y 30 de noviembre de 1990.

*naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar». Esta doctrina jurisprudencial ha sido ratificada, en múltiples ocasiones*²³.

Consecuentemente los citados preceptos del Tratado pueden y deben ser aplicados directamente por los jueces internos, cualquiera que sea su grado y jurisdicción en litigios entre particulares²⁴.

Pudiera parecer que estos preceptos del Tratado sólo resultarían aplicables por la jurisdicción en el supuesto de que un Estado miembro hubiese encargado a aquélla la aplicación del derecho de la competencia, no siendo ello posible por tanto si el Estado en cuestión optó por decidir su aplicación por órganos administrativos. Pero la noción de «autoridad nacional» no contempla las jurisdicciones ante las cuales las prohibiciones de los artículos 85 y 86 son invocados en un litigio de derecho privado, pese a un error muy difundido que alcanza incluso a Tribunales de casación de algunos Estados miembros²⁵. La competencia de estas jurisdicciones para aplicar el Derecho comunitario deriva del efecto directo de estas normas, competencia que no podrá ser limitada por el artículo 9 del Reglamento n.º 17, «so pena de privar a los particulares de los derechos que disfrutaban en virtud del mismo Tratado»²⁶.

De lo analizado hasta aquí parece conveniente el precisar que, en el caso español, las «*autoridades nacionales*», que son administrativas, aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 del mismo y en el Reglamento n.º 17, a fin de defender el criterio público de preservación de la competencia, sin que ello sea óbice para que los órganos jurisdiccionales apliquen las mismas normas en conflictos privados en virtud de su efecto directo, o dicho en palabras de la propia Comisión, los órganos jurisdiccionales tienen la función de proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones recíprocas, y la Comisión y las autoridades nacionales de competencia tienen en común su actuación en aras del interés público dentro de su misión general de supervisión y control en materia de competencia²⁷. Repárese en que el Real Decreto 1886/1998 en su artículo 1.º establecía que será considerada autoridad competente a efectos del artículo 9 del Reglamento n.º 17 para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 el TCD. El Real

²³ Ver Sentencias de 2 de abril de 1974 SACHI, 11 de abril de 1989 AHMED SAEED, 10 de diciembre de 1991 Marci Convenzionali, 28 de febrero de 1991. Delimites y 18 de septiembre de 1992 Automec.

²⁴ Ver al respecto RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El Juez Nacional como Juez Comunitario. Valoración de la práctica española», en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, cit. *supra*, pp. 653 a 675.

²⁵ Ver así Sentencia de 26 de marzo de 1979 de la Corte de Casación francesa, de la belga de 26 de enero de 1986 y STS español, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1993.

²⁶ WAELBROECK, M., «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados miembros» en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, cit. *supra*, p. 864.

²⁷ Ver apartados 3 y 4 de la Comunicación de 15 de octubre de 1997, antes citada.

Decreto es consecuente pues con la doble vertiente en que los repetidos artículos del Tratado pueden ser aplicados. Menor precisión tiene el R.D. 295/1998, de 27 de diciembre, que sustituye al anterior desde su publicación, al establecer en su artículo 1.1. una primera atribución de competencias en favor del TCD al declarar que es la autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del TCE y su derecho derivado, sin la matización que contenía el anterior Real Decreto en su referencia al artículo 9 del Reglamento n.º 17. No obstante lo anterior, el Preámbulo del mismo R.D. permite la misma interpretación matizada, pero incluso aunque ello no fuera así, tampoco se podría privar por un error u olvido del efecto directo a los repetidos preceptos del TCEE.

3. SUPUESTOS Y TÉRMINOS EN LOS QUE RESULTAN APLICABLES LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE POR LAS JURISDICCIONES

La Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los artículos 85 y 86 Tratado CE²⁸ señala en su introducción que «Varias instituciones tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades, de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»²⁹. La Comunicación viene a rescatar los principios establecidos al respecto por el TJCE, ordenando aquí las competencias concurrentes sobre la materia, de las jurisdicciones y la Comisión y las relaciones entre las mismas. Es pues una guía útil, por cuanto que se apoya en la jurisprudencia del TJCE, para delimitar las competencias entre ambos órganos y sirve de orientación para facilitar las relaciones entre los mismos.

Señala la Comunicación que la Comisión dispone de competencias exclusivas para declarar inaplicables las normas de competencia a determinadas decisiones o prácticas concertadas, en virtud del artículo 9 del Reglamento 17 del Consejo. Estas competencias las puede ejercer la Comisión de dos maneras: adoptando una decisión de exención en un caso individual, o mediante reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos, con arreglo a la habilitación que le proporciona el artículo 87³⁰.

Los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los artículos 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia³¹.

²⁸ 93/C 39/05, DOCE C39 de 13 de diciembre de 1993.

²⁹ I.1.

³⁰ II.7.

³¹ III.5.

Como señala la Comunicación que comentamos, el juez nacional puede verse obligado a pronunciarse sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE en varias situaciones procesales. En procedimientos civiles, fundamentalmente, con ocasión de que se ejerciten acciones contractuales y de daños y perjuicios. El efecto directo de aquellos artículos del Tratado confiere a los órganos jurisdiccionales competencia suficiente para poder resolver los casos³². Ello sin olvidar que el apartado 2 del artículo 85 permite a los Tribunales jurisdiccionales el determinar, de conformidad con las normas nacionales de procedimiento, las consecuencias de Derecho Civil que implican las prohibiciones del artículo 85³³, esto es, la declaración de nulidad de los acuerdos y decisiones prohibidas por el artículo 85.1, que el apartado 2 sanciona con nulidad.

Al aplicar los artículos 85.1 y el 86 los órganos jurisdiccionales deben investigar si los acuerdos o prácticas concretas han sido objeto de decisión o dictamen de la Comisión u otra autoridad administrativa, la encargada de aplicar el derecho de la competencia en el Estado, pues aunque no sean vinculantes para el órgano jurisdiccional, son importantes elementos de juicio³⁴. Es evidente que ambas autoridades, comunitaria y nacional, son órganos especializados en el conocimiento y aplicación del derecho de la competencia y por ello sus decisiones guía doctrinal de primer orden para los Tribunales jurisdiccionales.

Si la Comisión no ha tomado posición sobre el acuerdo o práctica concretos, los órganos jurisdiccionales, deben interpretar la norma comunitaria conforme a la jurisprudencia del TJCE y a las decisiones de la Comisión sobre la materia³⁵.

En el supuesto de que la Comisión haya iniciado un procedimiento relacionado con los mismos comportamientos, los órganos jurisdiccionales pueden aplazar su decisión en espera del resultado de la acción de la Comisión o para interrogar a la Comisión sobre este tipo de comportamientos. Caso de que tengan dudas acerca de la compatibilidad, pueden plantear una cuestión prejudicial al TJCE de conformidad con el artículo 117 del Tratado³⁶. A diferencia de que cuando concurren las autoridades nacionales de competencia y la Comisión en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo general la autoridad nacional vendrá obligada a suspender la decisión del expediente hasta tanto no se pronuncie la Comisión, los órganos jurisdiccionales gozan de libertad para continuar adelante con el procedimiento.

Así, si los órganos jurisdiccionales nacionales deciden pronunciarse, pueden darse dos supuestos:

³² IV. 17.

³³ II. 6.

³⁴ IV. 20.

³⁵ IV. 21.

³⁶ IV. 22.

1. Que lleguen a la conclusión de que no se cumplen las condiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86, en cuyo caso deben seguir el procedimiento en base a esta conclusión, aunque el acuerdo o práctica haya sido notificada a la Comisión.

2. Si el examen de los hechos revela que se dan las condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales nacionales declararán que el comportamiento infringe el Derecho comunitario de competencia y adoptarán las medidas pertinentes, incluidas las relativas a las consecuencias que se deriven, de conformidad con el Derecho civil aplicable³⁷. En este último supuesto deben, en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 85.1, determinar si el acuerdo es o será objeto de una exención concedida por la Comisión en virtud del artículo 85.3, en cuyo caso el órgano jurisdiccional tiene que respetar las decisiones de exención adoptadas por la Comisión³⁸.

Finalmente el título V de la Decisión se ocupa de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión. Principia por recordar que el TJCE determinó que la Comisión está obligada en virtud del artículo 5 del Tratado a cooperar de manera leal con las autoridades judiciales de los Estados miembros para la aplicación y el respeto al Derecho comunitario, considerando la Comisión esta cooperación como esencial para garantizar una aplicación rigurosa, eficaz y coherente del Derecho comunitario de competencia.

A tales efectos se consideran indicadores útiles los reglamentos de exención y comunicaciones generales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de Primera Instancia, las decisiones de la Comisión y los informes anuales sobre la política de competencia.

Pero además, los órganos jurisdiccionales podrán dirigirse a la Comisión para ser informados sobre si determinado asunto está pendiente ante aquélla, solicitar un dictamen sobre plazo probable para la concesión o denegación de una exención individual, y en el supuesto de que el órgano judicial decida aplazar su decisión, la Comisión dará tratamiento preferente a este asunto.

También pueden los órganos jurisdiccionales consultar a la Comisión cuando la aplicación de los artículos 85.1 y 86 tengan especial dificultad, o cuando alberguen dudas de si un acuerdo o una práctica puede beneficiarse de una exención individual.

Las respuestas dadas por la Comisión según se reconoce en la Decisión, no vinculan a los órganos jurisdiccionales, pero pueden proporcionarles una valiosa contribución para la resolución de los litigios.

³⁷ IV. 23.

³⁸ IV. 24.

V. APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Conviene comenzar por recordar, una vez más, que las normas internas de competencia se encuentran fundamentalmente contenidas en la LDC cuyo objetivo específico, expresado en su Exposición de Motivos es garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público. Luego la Ley no nace con vocación de proteger intereses privados que sólo resultarán en su caso indirectamente protegidos al concurrir con los públicos.

1. EJERCICIO DE ACCIONES POR COMPETENCIAS DESLEAL

Para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, se publica en 1991 la Ley de Competencia Desleal³⁹. La LCD se aplicará a los empresarios o cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado (art. 3.1) siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales (art. 2.1), teniendo por objeto la Ley, como expresamente se hace constar en su artículo 1 «...la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado». Para ello, continúa el mismo precepto, se prohíben los actos de competencia desleal. Se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal⁴⁰ «para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También y muy especialmente, el artículo 5, en el que implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de competencia»⁴¹. Dada la falta de tradición en nuestro país en perseguir la competencia desleal⁴², el legislador de 1991 optó por el sistema de establecer una cláusula general, la del artículo 5, aunque dada su alta indeterminación y la falta de cultura sobre la materia, tipifica a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales⁴³.

³⁹ Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal, BOE n.º 10 de 11 de enero de 1991.

⁴⁰ El que establecía el Convenio de la Unión de París de 1889 y nuestra Ley de Marcas de 1988, al regular parcialmente la competencia desleal en sus artículos 77 a 79, hoy derogados.

⁴¹ Son palabras del propio legislador en el Preámbulo de la Ley, apartado IV.

⁴² Estuvo mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no resultando sancionable en la práctica, dada la deficiente regulación que al efecto hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, Título X, Ver al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal» en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos, vol. 6, 1991, pp. 185 a 218.

⁴³ Artículos 6 a 17 LCD. Ver al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general» en *Propiedad Industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA, 1995, pp. 11 a 40.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de la Leyes. La ventaja ha de ser significativa». Vemos pues cómo se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley con tal de que tenga efecto en el mercado. Pero el número 2 del mismo artículo reputa desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, sin ninguna otra exigencia especial. Una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en relaciones entre particulares podrán ser evidentemente perseguidos al amparo del artículo 15.2 LCD debiendo ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos que señalan los artículos 22 y 23 de la misma Ley. Ello con independencia de que pueda ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resultara afectado el interés público y consecuentemente pudiera ser sancionada por el TCD en los términos que establece la LDC. Se nos puede decir que esta doble vía puede traer graves consecuencias por cuanto que el criterio de un órgano y otro al juzgar una práctica pudiera resultar distinto. Si bien ello es absolutamente cierto y no deseable, cabe señalar que tales decisiones se tomarán en dos ámbitos distintos. En el primer caso al juzgar relaciones privadas y en el segundo supuesto al proteger la afectación del interés público. En ambos además, tanto la sentencia que dicte el Juez de Primera Instancia como la Resolución del TCD serán revisables en vía jurisdiccional por órganos superiores encargados de conocer de las respectivas apelaciones, Audiencia Provincial y Audiencia Nacional respectivamente, y en su caso por el Tribunal Supremo por vía de casación. Así en definitiva podrá crearse algún día una jurisprudencia que modulará futuras decisiones de aquellos órganos. En cualquier caso la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de las acciones ejercitadas al amparo de la LCD es incuestionable como también lo es la tipificación específica que hace el artículo 15 de la misma.

Como la materia es objeto de estudio concreto en otro capítulo, no se hace aquí un estudio más detallado de este tema, aunque sí ha habido necesidad de la anterior breve referencia dada la conexión entre las materias objeto de estudio.

2. CONDUCTAS PROHIBIDAS DE ESCASA IMPORTANCIA

De las últimas reformas parciales que ha experimentado la LDC hay una que tiene especial significación para nuestro estudio. 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, por su ar-

título 15 modifica el art. 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3⁴⁴, en el que se faculta a los órganos de Defensa de la Competencia para decidir el no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. De mantenerse el criterio por algunos sustentado de que las normas sobre competencia y concretamente los artículos 1 y 6 LDC sólo pueden ser aplicables por el SDC, por el TCD y por la Audiencia Nacional al revisar las Resoluciones de éste, nos encontraríamos que algunos intereses particulares, siendo todos dignos de consideración, tutela y satisfacción, se verían frustrados en su reparación al faltar ese pronunciamiento previo del TCD si aplicando la anterior norma se decidiese que la conducta o práctica no se persigue porque el SDC inadmite la denuncia o en definitiva el TCD sobresee el expediente. En la mente del legislador no pudo estar el dejar así insatisfechos unos legítimos intereses. En la mente del legislador estuvo presente al dictar esta norma el que ciertas conductas por su pequeña transcendencia no van a comprometer el interés público y por ello podrán dejar de perseguirse vía órganos encargados de defensa de la competencia, pudiendo en cambio encontrar reparación por la que le proporciona la LCD, en vía jurisdiccional⁴⁵.

3. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACUERDOS COLUSORIOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 1.1 LDC

De otro lado se comprueba que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1. LDC vienen sancionados con nulidad de pleno derecho por el apartado 2 del mismo precepto, a no ser que estén amparados por las exenciones previstas en la misma LDC⁴⁶, sin que el TCD pueda declarar la nulidad según se deriva del artículo 46 LDC. Habrá pues que acudir a la vía jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad.

El problema interpretativo que surge es el determinar si para obtener esa declaración de nulidad será condición previa el que el TCD se haya pronunciado sobre si el acuerdo, decisión o recomendación es de las prohibidas por el artículo 1.1 de la repetida Ley. A partir de la reforma de la LDC por Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, es evidente que no, pues en otro caso aquellos supuestos considerados menores y por ello no perseguidos por el TCD aún contrarios al artículo 1 quedarían al margen de la declaración de nulidad en perjuicio del no causante de la misma.

⁴⁴ BOE de 8 de junio de 1996 y corrección de errores, BOE 18 de junio de 1996, donde curiosamente por vía de la corrección de errores se cambia sensiblemente el primitivo texto del artículo 1.3 LDC.

⁴⁵ No deja de sorprender la inadecuada expresión de que el SDC «podría inadmitir las denuncias» cuando en todo caso debió decirse que podrá archivarlas.

⁴⁶ Conductas autorizadas por la Ley (art. 2), acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que hayan obtenido autorización singular del TCD (art. 4 en relación con el art. 3) y las que gozan de exención por categorías (art. 5).

Pero además en el supuesto de la existencia de la Resolución previa firme del TCD considerando una conducta prohibida por el artículo 1, para la declaración por el juzgado de la nulidad del contrato en el que se contiene aquélla es evidente que tendrán que examinarse las cláusulas que en el mismo se reflejan para determinar cuál o cuáles están afectadas de nulidad por contrarias al artículo 1.1 LDC, o si la nulidad alcanza a la totalidad del contrato. Un acuerdo contenido en un contrato y declarado por el TCD como prohibido por el artículo 1 LDC no siempre va a extender la nulidad con que sanciona el artículo 1.2 LDC a todo el contrato. Tendrá el juez que analizar qué cláusulas son nulas por contrarias a la Ley y si sin ellas puede y debe subsistir el contrato para no perjudicar al no causante de la nulidad. Por otro lado se observa que hay supuestos en los que el TCD va a conocer del acuerdo no explícitamente, ya que los infractores no van a aportar al expediente normalmente la prueba escrita de su concertación prohibida por el artículo 1, sino que el conocimiento de la práctica va a venir de forma indirecta por sus efectos en el mercado, por lo que la declaración contenida en la Resolución necesariamente no puede alcanzar aspectos concretos. Mas finalizado el procedimiento administrativo, y tanto si se produce sanción como si no, a alguna de las partes puede interesar la declaración de nulidad. No es el lugar aquí de analizar las diversas normas que han de observarse en la declaración de nulidad, tan controvertidas algunas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sólo apuntar una dificultad más, cual es el determinar si la nulidad alcanzará sólo a los actos contrarios a la Ley o también a los realizados en fraude de Ley, entendiendo por los primeros aquellos que contradicen o son incompatibles con una norma imperativa, y por los segundos, los que una norma de cobertura ampara o tolera siendo lo prohibido por otra norma defraudada el resultado, aunque la doctrina no es siquiera pacífica con esta distinción. A diferencia de la LDC de 1989, la antigua Ley de 1963 atribuía al TCD la declaración de nulidad⁴⁷, en la concepción jurisdiccional del TCD en la vieja Ley, y en la que se le atribuía expresamente competencia privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozaran de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y con plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales⁴⁸. Precisión legal semejante no existe en la vigente LDC.

Lo que no nos ofrece duda es que las autorizaciones singulares de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC, sólo corresponde concederlas al TCD y ello no sólo por lo que establece el artículo 4 de la propia Ley sino fundamentalmente por cuanto que la valoración de la afectación del interés público y los beneficios que comporta la conducta autorizada, deben ser valorados por el órgano encargado de la tutela de la existencia de competencia suficiente y su pro-

⁴⁷ Artículo 13.2.

⁴⁸ Artículo 10.

tección en aras del interés público, por ese órgano singular y cualificado al que el legislador ha encargado su protección, esto es, el TCD, surtiendo la declaración de exención, firme la resolución, plenos efectos civiles.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El artículo 13 LDC tras proclamar la compatibilidad de las sanciones a que se refiere la misma Ley con otras responsabilidades que en cada caso procedan, establece que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC —arts. 1, 6 y 7— «*podrá ejercitarse*», una vez firme la declaración en vía administrativa, por los que se consideren perjudicados remitiendo para ello a la vía jurisdiccional civil.

Varias son las reflexiones que nos sugiere esta norma. En primer lugar que la jurisdicción civil es la única competente para el conocimiento de la acción de resarcimiento por daños causados por los actos prohibidos por la LDC, conforme a lo previsto en las normas sustantivas y procesales civiles, careciendo de competencia para pronunciarse a este respecto el TCD.

En segundo término el carácter optativo del ejercicio de dicha acción declarativa de ilicitud ante el TCD, como se deduce de la locución «*podrá ejercitarse*». En otro caso el legislador hubiese empleado términos más taxativos: «*deberá ejercitarse*», «*sólo podrá ejercitarse*» o similares.

También es de resaltar que está presente en este precepto la consideración de que las Resoluciones del TCD atienden al interés público y por tanto el efecto general que las mismas producen. Así el artículo comentado legitima para el ejercicio de la acción de resarcimiento por daños no sólo a los declarados interesados en el expediente, sino con carácter más amplio a «*los que se consideren perjudicados*», hayan tenido la condición de interesados o no en el expediente administrativo.

La acción de resarcimiento por daños podrá ser tanto contractual como extracontractual, resultando a primera vista esta última mejor posibilitada en el supuesto de que exista declaración previa del TCD por cuanto que la misma va en principio a producir efectos más generales respecto de terceros.

Como toda acción de resarcimiento por daños, el que la ejercite deberá cuantificar los mismos o al menos establecer los parámetros sobre los que en ejecución de sentencia pueda concretarse, pero no sirviendo el ejercicio de la acción mero declarativa por daños, dejando sin más su cuantificación para la ejecución de la sentencia, según reiterada jurisprudencia sobre la materia. No se nos escapa la dificultad que entraña esta cuantificación, máxime si, como puede ocurrir en estos supuestos, como consecuencia de la práctica prohibida alguien resulta expulsado del

mercado o incluso si no pudo siquiera afianzarse mínimamente en el mismo. Sería sumamente útil que para paliar estas dificultades el legislador establezca al menos los principales criterios para atender a la cuantificación.

VI. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS Y COMUNITARIAS SOBRE COMPETENCIA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Sólo son dos las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que conocemos referidas a la aplicación del Derecho de la Competencia. Las comentaremos brevemente a continuación.

1. SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985, SALA PRIMERA TS

El supuesto que se analiza es el siguiente. Una empresa A formula demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra otra empresa M sobre nulidad de contrato ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro.

La Sentencia de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, así como otra demanda acumulada a los mismos autos, que había formulado M contra A en petición de otorgamiento de escritura de compromiso y subsidiariamente de condena indemnizatoria. Apelada la Sentencia por ambas partes, la Audiencia desestimó los recursos y confirmó la Sentencia dictada en Primera Instancia.

Por la empresa A se interpuso recurso de casación.

El TS en su Sentencia rechaza fundamentalmente los motivos de casación por su inadecuada formulación procesal, pero también señala que el único fundamento que se utiliza por la Sentencia apelada debe ser mantenido. Por él se señaló que el procedimiento que se siguió era inadecuado, pues debió haberse utilizado el establecido en la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos artículos 7 y 10 reservan el conocimiento de estos asuntos al procedimiento en ella establecido, tanto en lo referente a los supuestos de hecho alegados a los efectos de su tipificación en los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley, como asimismo en lo relativo a la concurrencia de los requisitos que, para la intimidación aducida exige el artículo 1267 del Código Civil, en relación con la especialidad de la materia.

Evidentemente aunque esta STS es parca en doctrina, puede fácilmente deducirse que en ningún caso resulta aplicable a la regulación que establece la vigente Ley de 1989. El artículo 10 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, citado por la STS, establecía la competencia privativa del TCD en las declaraciones e

intimidaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos en todos los ámbitos jurisdiccionales. En la vigente Ley no existe ningún precepto equivalente, en ninguno de los aspectos, en que el viejo artículo 10 otorgaba competencia exclusiva en la materia al TCD y dotaba a sus Resoluciones de las especiales cualificaciones que se señalan en aquel precepto. Por ello no es trasladable aquella doctrina a la actualidad, en que rige otra Ley que no contiene aquellas previsiones.

2. SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993, SALA PRIMERA

Esta Sentencia ha levantado gran polémica y revelado criterios distintos en cuanto a su alcance e interpretación siendo objeto de concienzados y documentados estudios ⁴⁹.

Ante todo, ha de señalarse que al menos en lo que respecta al análisis que se hace desde el plano del Derecho interno español ⁵⁰ los argumentos carecen de vigencia hoy, pues vienen referidos a la Ley de 1963 cuyo contexto atributivo competencial en favor del TCD es muy distinto del que señala la vigente Ley de 1989 según se ha expuesto más arriba. Con independencia de lo anterior y desde el acatamiento y respecto siempre a las Sentencias de nuestro TS, hay que discrepar desde el plano de la libertad intelectual de las conclusiones a que la Sentencia llega al analizar la aplicación por la jurisdicción de los artículos 85 y 86 TCEE.

La cuestión que analiza el TS por vía de casación tiene su origen en la demanda civil de 210 armadores de buques contra CAMPSA en cuyo suplico se pedía:

1. Condena a CAMPSA a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a los armadores españoles de buques pesqueros por razón de su nacionalidad.

2. Condena a CAMPSA a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios que les ha causado la citada demandada con su ilegal proveedor y concretamente a la suma de dinero que resulta de calcular...

⁴⁹ Ver al respecto MARTÍNEZ LAGE, S., «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)» en *Gaceta jurídica de la CE*, Boletín, números 94 y 95, «La aplicabilidad directa del Derecho de la Competencia Comunitaria y Nacional por los Tribunales Ordinarios Españoles (Comentario a la STs de 30 de diciembre de 1993)» en *Perspectivas jurídicas Actuales, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239 a 250. También, FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1993», en la *Ley Comunidades Europeas*, n.º 93, 1995, pp. 1 a 5.

⁵⁰ Fundamento jurídico tercero.

3. Condena a CAMPSA a abonar a los demandantes la indemnización correspondiente al lucro cesante que su proceder les ha infringido y concretamente en la cifra de tal lucro cesante que se determine fue provocada por el incremento de costas que le impuso. De ser necesario tal cifra se fijará en trámite de ejecución de sentencia, atendiendo a...

Se propuso por la demandada en su contestación a la demanda la excepción previa de falta de jurisdicción del juzgado por razón de la materia, por tratarse de una cuestión relativa a prácticas restrictivas de la competencia y falta de la necesaria declaración administrativa previa del Tribunal Español de Defensa de la Competencia o de la Comisión Europea, sobre la existencia o no de una supuesta práctica restrictiva de la libre competencia. Tal excepción fue mantenida en el acto de la comparecencia, lo que dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid, que conocía del asunto, dictara Auto el 7 de septiembre de 1989 por el que declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada y acordó el sobreseimiento.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al revisar el auto en la apelación desestimó el recurso y confirmó la resolución del Juzgado.

El Tribunal Supremo al analizar en casación la resolución de la Audiencia la confirmó al desestimar el recurso.

En el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia señala el TS que la cuestión suscitada en el recurso ha de ser contemplada desde un doble plano, el constituido por el Derecho Comunitario y el integrado por el Derecho interno. Continúa señalando el mismo Fundamento las normas aplicables dimanantes del propio Tratado de Roma y del Reglamento n.º 17, sobre la consideración de autoridades de los Estados miembros y su competencia para aplicar los artículos 85.1 y 86 TCEE, así como la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación de aquellas normas. Mas la afirmación que realiza más adelante, al final del fundamento jurídico, de que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 está reservada a la Comisión si ha iniciado un procedimiento, es en cualquier caso errónea⁵¹. En el párrafo en que se contiene además se dice: «De todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a “las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas” (en nuestro sistema judicial, la

⁵¹ Ya lo puso de relieve MARTÍNEZ LAGE en su trabajo *cit. supra*, Boletín 95, p. 2.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del artículo 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 septiembre para la aplicación directa de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda ya que en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del artículo 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».

Como se ha puesto de relieve por algún autor⁵² el TS distingue entre aplicación del Derecho de la competencia a título principal y a título incidental, lo que parece tener su origen en el Tratado de Derecho de la Competencia del Profesor M. Waelbroeck y utilizada por el Abogado General Mayras en sus conclusiones en el asunto BRT/SABAM, en el sentido de que se aplican a título principal las normas comunitarias de competencia por las autoridades especialmente encargadas de este cometido, administrativas o no, y en cambio lo hacen a título incidental los tribunales dirimiendo controversias privadas, lo que en terminología más clara para nosotros implica en este caso que no actúan en defensa del interés público, sino en defensa del interés privado de una parte⁵³. La terminología empleada aquí por el TS, cuyo alcance no precisa, aumenta el confusionismo y produce interpretaciones encontradas, toda vez que hablar de aplicación de una norma a título principal y a título incidental sin otra explicación supone una gran indeterminación.

Algún autor comparte el razonamiento del Tribunal Supremo⁵⁴ al considerar que no resulta posible que un Tribunal se vea dotado en virtud del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia de aplicar, el derecho de la competencia a este caso, de la que carece con arreglo al derecho interno. Pero esta Sentencia pese a su aparente claridad esconde en realidad un obstáculo insalvable para el reconocimiento y aplicación del efecto directo del artículo 86 TCE al condicionarlo a la previa declaración de un órgano administrativo y reducir la tarea del juez civil a deducir los efectos civiles de la aplicación previa de la norma por la Administración⁵⁵.

En el tercero de los Fundamentos Jurídicos se analiza por el TS la cuestión desde el plano del Derecho interno español, señalando que el propio Reglamento del TCD reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, dispone en su artículo 3 que la competencia del Tribu-

⁵² FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español», *cit. supra*.

⁵³ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *ob. cit. supra*.

⁵⁴ MARTÍNEZ LAGE, S., «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho Español», *cit. supra*.

⁵⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *ob. cit. supra* p. 5.

nal, en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo. Más adelante insiste «...es decir, no nos encontramos ante un asunto atribuido a la competencia de un órgano jurisdiccional de un determinado orden y sobre cual pueda conocer otro órgano de otro orden jurisdiccional distinto, a los efectos previstos en el citado artículo 10.1. De todo ello ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil, para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia».

Las previsiones de la Ley 110/1963 no son las mismas que las de la Ley 17/1989, según señalamos antes, en cuanto a las atribuciones que una y otra otorgan al TCD, por lo que no nos vamos a detener sobre argumentos que, en todo caso, no son hoy ya vigentes.

3. JURISPRUDENCIA MENOR

Dado que el TS se ha pronunciado hasta la fecha sobre la aplicación de las normas de Derecho de la competencia sólo en las dos Sentencias examinadas, resulta al menos ilustrativo el conocer el parecer al respecto de otros órganos jurisdiccionales inferiores.

1. *Sentencia 24 de abril de 1989 de la Audiencia Provincial de Burgos*

Desestimó la pretensión de nulidad de un contrato al no considerar infringidos los artículos 85 y ss. del TCEE, no exigiendo el pronunciamiento previo del TCD para decidir aquel asunto.

2. *Sentencia 29 de noviembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Badajoz*

En un conflicto entre la Sociedad General de Autores de España y un usuario se aplica el artículo 86 TCEE por considerar que la SGAE había actuado en posición económica dominante explotada abusivamente, dejando a salvo la jurisdicción del TCD para la declaración de las prácticas prohibidas a un nivel general y erga omnes.

3. *Sentencia 11 de enero de 1993 de la Audiencia Provincial de Gerona*

Se examina el supuesto de contratos tipo que los distribuidores venían imponiendo a los exhibidores en donde se condiciona la contratación de una o varias películas de mayor audiencia a la obligación de contratar otras de mucho menor índice de audiencia.

En el Fundamento jurídico segundo señala la Audiencia que «Dicha práctica ha venido a ser declarada restrictiva de la competencia, en vía administrativa por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de

2 de marzo de 1990, al entender que la imposición de lotes cerrados de películas a determinados exhibidores para poder exhibir las películas de mayor interés comercial constituye un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 en relación con el artículo 3.1 de la Ley 110/1963...».

Más adelante, en el mismo Fundamento de Derecho, se reconoce la bondad del argumento del TCD para ser trasladado al caso examinado en vía jurisdiccional, aunque se señala la competencia de aquél limitada a la vía administrativa y sin que se establezca como precisa esta previa declaración ni vincule al órgano jurisdiccional: «Con independencia de que, el Tribunal de Defensa de la Competencia, debe limitarse (en competencia atribuida por la Ley 110/1963) a la declaración en vía administrativa de la existencia de prácticas prohibidas o, en su caso, exceptuables, el argumento empleado por dicho Órgano Administrativo, es perfectamente válido para ser acogido y aplicado en esta jurisdicción ordinaria y ello máxime cuando la Constitución vigente de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia y en consecuencia también el principio de autonomía privada, consagrado básicamente en el artículo 1.255 del Código Civil, es preciso interpretarlo de conformidad con lo establecido en los artículos 1.º1, 14 y 9.2 de nuestra Constitución de forma que tal principio supone, entre otros extremos, la salvaguardia jurídica y judicial de que la libre autodeterminación de las partes no se vea desvirtuada por factores objetivamente perturbadores de su equilibrio e igualdad recíprocos, lo que ocurriría cuando el derecho dispositivo de aquéllas fuese, en la práctica, derogado por la posible prepotencia negocial de una de las partes».

4. *Sentencia 4 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo —Sec. Quinta— del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

Por el recurso se impugna, por una entidad de seguros médicos, la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso de alzada formulado ante el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña contra los acuerdos de 27 de noviembre de 1990 adoptados por la Asamblea de Compromisarios del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona.

Es objeto de debate la posibilidad legal de que el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona estableciera un régimen de honorarios mínimos a percibir por los colegiados que prestasen sus servicios en entidades o compañías de asistencia colectiva que no tuvieran establecido un acuerdo con el Colegio de Médicos de Barcelona sobre honorarios mínimos, así como la creación de un sistema de cobro a través de los servicios colegiados.

Después de rechazar diversas cuestiones e infracciones denunciadas por la actora en su recurso, los Fundamentos de Derecho noveno y déci-

mo se ocupan de examinar los efectos del acto impugnado sobre las normas comunitarias y nacionales de Derecho de la Competencia.

En ambos supuestos el Tribunal Jurisdiccional aplica tales normativas directamente al rechazar su vulneración, sin exigir el pronunciamiento previo al respecto ni de la Comisión ni del TCD.

Se descarta que se trate de un supuesto incardinable en el artículo 86 TCEE al considerar, sin mayor argumentación, que las medidas adoptadas por el Colegio de Médicos de Barcelona no pueden ser calificadas en ningún caso como constitutivas de un abuso de posición de dominio en el mercado.

A juicio del Tribunal se trataría de la decisión adoptada por una asociación de empresas —el propio Colegio— consistente en la fijación directa del precio del servicio prestado por los profesionales médicos y subsumible por tanto en el artículo 85.1 a) TCEE.

La aplicación de dicho precepto exigiría que la decisión pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, mas los acuerdos impugnados tienen un ámbito de aplicación provincial por lo que no cabe presumir que sus efectos puedan repercutir negativamente sobre la libre prestación de servicios entre los Estados miembros de la U.E., señala la Sentencia.

No parece deducirse de la Sentencia que se hubiese invocado por la recurrente infracción de la normativa interna de Derecho de la Competencia. En cualquier caso el órgano jurisdiccional en el Fundamento Jurídico décimo de su Sentencia señala:

«En el Derecho español, dichos actos incurrirían igualmente en la prohibición del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se refiere a todo acuerdo, decisión...».

Pero según se argumenta a continuación existe amparo legal que impone la no aplicación de las prohibiciones del artículo 1 LDC:

«Ello no obstante, el art. 2.1 de la propia Ley 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.

Dado que la posibilidad de que los Colegios Profesionales determinaran los honorarios mínimos que debían percibir sus miembros se hallaba contemplada en sendas normas de rango legal, cuales son la Ley de Colegios Profesionales de 1974 y la Ley Catalana de 1982, debe concluirse que el acuerdo impugnado no incide en la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.»

Del análisis de las anteriores sentencias y en general de lo dicho hasta aquí, pueden hacerse unas últimas reflexiones. En primer lugar, se observa una vez más que la Ley de 1963 concibió al TCD como órgano ju-

risdiccional, siendo bajo la vigencia de aquella Ley el único competente para aplicar al menos la normativa interna sobre Derecho de la Competencia, con el atemperamiento en su consideración como órgano jurisdiccional que supuso la Constitución Española de 1978, muy distinto del régimen que establece la vigente LDC para aquél.

Consecuencia de lo anterior ha sido el que no existiera cultura sobre la aplicación de las normas competencia en la jurisdicción. Si a ello se añade que el TCD, como órgano especializado en la materia, se ha ganado un merecido prestigio por el conocimiento y rigor explicitado en sus resoluciones, fácilmente se comprenderá que aunque en la mayoría de los expedientes que se inician ante aquél lo son a instancia de parte interesada y no de oficio, y por tanto es previsible que se pretenda la satisfacción principal de intereses privados y no del público de preservación de la competencia, los particulares hayan optado por acudir a la vía que resultaba más segura. Máxime teniendo en cuenta que el cambio de legislación y las demás circunstancias puestas antes de relieve, crean un gran confucionismo sobre las posibilidades de acudir a la jurisdicción. La mayor decisión del TCD en la adopción de medidas cautelares en los últimos años ha contribuido, sin duda, a que los intereses particulares se vieran mejor y más rápidamente tutelados al coincidir con el interés público cuya salvaguarda encomienda el legislador al TCD, y que en la mayoría de los casos estará presente ante cualquier ataque a la libertad de competir.

No obstante lo anterior, la LCD, cuya vocación en la ordenación y control de las conductas en el mercado es hoy instrumento adecuado para que los conflictos entre particulares, también por infracción de normas concurrenciales, encuentren su solución en vía jurisdiccional.

El objetivo del presente trabajo puede considerarse aquí cumplido ya que se limita a establecer unas simples reflexiones sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE y las normas internas de competencia, tratando de precisar los supuestos en que tanto aquéllas como éstas corresponde su aplicación al TCD y en qué casos los Tribunales Jurisdiccionales están habilitados para su aplicación. Finalmente señalar algo en lo que todos estaremos de acuerdo: en que el legislador debe de alguna forma precisar, o mejor esclarecer, el confuso panorama que presenta hoy en día la aplicación del Derecho de la Competencia por unos órganos y por otros evitando la inseguridad jurídica que tal situación propicia.

LOS DERECHOS DE LOS DENUNCIANTES
Y OTROS TERCEROS EN MATERIA
DE COMPETENCIA. COMENTARIO
DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DICTADAS
EN 1997

SEGUNDA PARTE

COMENTARIO DE RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

En 1997 el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas han adoptado, Tribunal de Justicia y 1997 dictaron más de treinta resoluciones sobre competencia y, entre ellas, en los que, de un modo u otro, afectan al derecho de competencia más conocido con la denominación jurídica de «juicio de competencia» que fundamenta el artículo 101 del Reglamento de la MRE respecto de una determinada conducta.

Tales resoluciones, como las que tanto hemos ya visto como en 1996 algunas de prácticas múltiples y sucesivas, muestran el interés que para la Comisión Europea, han adquirido recientemente para que la dificultad propia del resto de la competencia en el mercado afecta en sí misma, incrementa la que constituye el eje de competencia, además a proporcionar, a contrario el derecho de la competencia. Dichas otras resoluciones que se da con más las empresas que en el derecho de la competencia y de las empresas que forman los mercados de comercio de la competencia en estructuras, fundamental en la falta de la competencia.

De modo que el derecho, artículo de la Carta Europea de competencia y el «Competencia de comercio» y que, como se dice, en que a una particular que una teoría judicial sobre la de los derechos. Para, en el ámbito de la

Con la misma denominación se usó María José Dolado, responsable del Tribunal de Justicia, en las resoluciones de 1997, en que se adoptó una resolución particular y se comprometió al Tribunal de Justicia respecto de las Comunidades Europeas.

LOS DERECHOS DE LOS DENUNCIANTES Y OTROS TERCEROS EN MATERIA DE COMPETENCIA. COMENTARIO DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DICTADAS EN 1997 POR EL TJCE Y EL TPI

Xavier RUIZ CALZADO*

Letrado en el Tribunal de Primera Instancia
de las Comunidades Europeas

I. INTRODUCCIÓN

En 1997 el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, Tribunal de Justicia y TPI) dictaron más de treinta resoluciones, entre sentencias y autos, en las que, de un modo u otro, debieron decidir cuestiones relacionadas con la situación jurídica de aquellas empresas que intentan hacer valer las reglas del juego de la libre competencia ante las instancias comunitarias.

Tales empresas, como las que están detrás de las más de 180 denuncias de prácticas restrictivas presentadas durante el mismo año ante la Comisión Europea, han decidido reaccionar para que la dificultad propia del reto de la competitividad en el mercado único no se vea incrementada por actuaciones de sus competidores, clientes o proveedores contrarias al derecho de la competencia. Dichas cifras demuestran que cada vez más las empresas ven en el derecho de la competencia y en las prerrogativas que tienen las autoridades de defensa de la competencia un instrumento fundamental en la lucha por la competitividad.

Es sabido que el sistema jurídico de la Unión Europea constituye una «Comunidad de derecho» y que, como tal, debe asegurar a los particulares una tutela judicial efectiva de sus derechos. Pero, en el ámbito de la

*Con la valiosa colaboración de Josep María Carpi Badía, *stagiaire* en el Tribunal de Primera Instancia. Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales y no comprometen al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

competencia, ¿cuáles son los derechos de los denunciantes y/o terceros que quieren reaccionar contra los comportamientos anticompetitivos de otras empresas?, ¿qué pueden exigir de la Comisión en el ejercicio de sus prerrogativas como autoridad garante de la competencia en la Comunidad?, ¿de qué forma y con qué limitaciones pueden hacer valer tales derechos ante el Tribunal de Justicia y el TPI?

El objeto de este artículo no es otro que el de exponer resumidamente las respuestas jurisprudenciales a estas y a otras preguntas relativas a la interpretación de las escasas disposiciones legislativas aplicables en la materia. Para ello, se ha prestado especial atención a las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia y el TPI de las Comunidades Europeas en el año 1997. Si bien es cierto que desde hace veinte años la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TPI ha venido respondiendo paulatinamente a la mayoría de los interrogantes sobre los derechos de los denunciantes y otros terceros, los más de treinta asuntos resueltos en 1997 confirman dicha jurisprudencia clarificando en gran medida algunos aspectos importantes.

Son objeto de este artículo los derechos de las empresas en la aplicación de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, es decir de las consideradas disposiciones de la competencia en sentido estricto. No se contempla, por tratarse de una problemática propia que merecería un tratamiento separado, el régimen de derechos que tienen las empresas cuando lo que cuestionan ante la Comisión es la compatibilidad con el mercado común de una ayuda pública o subvención de Estado en favor de sus competidores.

II. LA LEGISLACIÓN APLICABLE

La escasa regulación aplicable a la materia se halla recogida básicamente en el Reglamento (CEE) 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (en adelante, Reglamento 17) ¹.

Por lo que se refiere a la figura del denunciante, su artículo 3, párrafo 2, reconoce el derecho de las personas físicas o jurídicas que acrediten un «interés legítimo» a presentar solicitudes ante la Comisión para que ésta intervenga en relación a las infracciones a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, con el objeto de obligar a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a tales infracciones ².

¹ DOCE 1962, n.º 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

² El artículo 3.º establece, bajo el título, *Cese de las infracciones*:

«1. Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada.»

La legislación que regula la posición de los denunciantes se completa con las disposiciones del Reglamento (CEE) 99/63 de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento n.º 17 del Consejo ³, en adelante, Reglamento 99/63. En particular, su artículo 6 establece el derecho del denunciante a ser oído ⁴.

Por otro lado, con carácter general, el artículo 19 del Reglamento 17 reconoce a los terceros distintos de los denunciantes, y a los propios denunciantes un derecho a participar en determinados procedimientos sancionadores incoados por la Comisión ⁵.

III. LOS DERECHOS DE LOS DENUNCIANTES

1. LA PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA

Conviene ante todo precisar que, puesto que una empresa puede ser víctima de una restricción de la competencia no sólo a nivel de sus competidores, sino también a nivel de sus proveedores o incluso de sus clientes, cualquiera de dichas actuaciones puede ser el objeto de una denuncia ante la Comisión Europea. Así, los asuntos resueltos en 1997 se refieren a denuncias no sólo de competidor a competidor, sino también de cliente a proveedor y viceversa. Veamos algunos ejemplos.

2. *Estarán facultados para presentar solicitudes con este fin:*

a) *Los Estados miembros.*

b) *Las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo.*

3. *Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente Reglamento, la Comisión podrá, antes de tomar la decisión mencionada en el apartado 1, dirigir a las empresas y asociaciones de empresas interesadas recomendaciones tendentes a hacer cesar la infracción».*

³ DOCE 1963, n.º 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62.

⁴ Así, en su virtud «Cuando la Comisión, recibida una solicitud en aplicación del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento número 17, considere que los elementos por ella reunidos no justifican dar a esa solicitud curso favorable, indicará las razones a los solicitantes, y les concederá un plazo para presentar por escrito sus eventuales observaciones».

⁵ El artículo 19 establece, bajo el título, *Audiencia de los interesados y de los terceros*, que: «1. Antes de tomar las decisiones previstas en los artículos 2, 3, 6, 7, 8, 15 y 16, la Comisión dará a las empresas y a las asociaciones de empresas interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con las reclamaciones estimadas por la Comisión.

2. En la medida en que la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros lo consideren necesario, podrán también oír a otras personas físicas o jurídicas. Si las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés suficiente solicitaren ser oídas, se deberá estimar su solicitud.

3. Cuando la Comisión se proponga expedir una declaración negativa en virtud del artículo 2, o tomar una decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, publicará lo esencial del contenido de la solicitud o de la notificación de que se trate, invitando a los terceros interesados a que le transmitan sus observaciones en el plazo que ella fije, el cual no podrá ser inferior a un mes. La publicación deberá tener en cuenta el legítimo interés de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales».

Ladbroke Racing Ltd., una sociedad inglesa del sector de las apuestas hípcas presentó ante la Comisión una denuncia contra sus principales competidores en Francia, diez sociedades de carreras francesas, así como contra su asociación profesional y contra el Estado francés, alegando que la forma de organizar las apuestas mutuas fuera de los hipódromos en dicho país le dificultaba enormemente su penetración en el mercado.

Por otro lado, varias empresas de alquiler de grúas móviles que querían incrementar su presencia en el mercado holandés denunciaron ante la Comisión que una federación de empresas neerlandesas de alquiler de grúas móviles, la Federatie van Nederlandse Kraamverhuurbedrijven, había infringido la competencia al poner en práctica un sistema de tarifas recomendadas que utilizaban sus miembros en sus relaciones con los propietarios de las obras, y al aplicar determinadas tarifas de compensación en las operaciones de alquiler entre miembros de la Federación, lo que les permitía prever sus respectivas políticas de precios. Al mismo tiempo, se denunció que la Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf, una fundación creada por representantes de empresas de alquiler de grúas y de propietarios de obras con el fin de fomentar y defender la calidad de estas empresas, había infringido también el derecho de la competencia al prohibir a sus afiliados que alquilaran grúas a empresas no certificadas por ella.

El Syndicat Français de l'Express International (SFEI) y tres empresas de mensajería urgente presentaron una denuncia ante la Comisión contra La Poste francesa, la empresa matriz de su principal competidor, la Société Française de Messageries Internationales. Entre otros aspectos, denunciaron una violación del artículo 86 del Tratado cometida por la empresa matriz al asistir logística y comercialmente a su filial, lo cual le garantizaba una competitividad artificial en su actividad en el sector del correo rápido internacional.

En algunos casos eran los clientes quienes denunciaron a los proveedores, como ocurrió con la denuncia formulada por Florimex, empresa holandesa dedicada al comercio de flores, y por una asociación de clientes como la Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten, asociación que agrupa a numerosos mayoristas neerlandeses en productos de la floricultura, contra su principal proveedor, la vBA (Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer), sociedad cooperativa neerlandesa que agrupa a más de 3.000 cultivadores de flores y de plantas ornamentales.

Una agrupación de empresarios de discotecas, BENIM, a la que pertenecían los señores Tremblay y Kestenberg, presentó una denuncia contra unas presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado por parte de una sociedad francesa de gestión de derechos de propiedad intelectual en materia musical, SACEM. Por otro lado, también en el ámbito de la gestión de los derechos de autor y de propiedad intelectual

tual, si bien en sentido inverso, un autor musical, el señor Koelman, denunció dos acuerdos tipo en materia de teledistribución por cable de programas de TV y de radio, celebrados en los Países Bajos desde 1985 entre los derechohabientes de dichos programas, representados por la asociación para la gestión de derechos de autor BUMA y cada sociedad de teledistribución o de radiodifusión por cable, así como el contrato tipo de explotación celebrado entre los autores de obras musicales y BUMA, única que había sido autorizada, por la normativa neerlandesa, a actuar como intermediaria en el ámbito de los derechos de autor en materia musical

Dos de las sentencias de 1997 resuelven asuntos que se originaron a través de sendas denuncias planteadas por una empresa de distribución de coches, Guérin automobiles, contra los propios fabricantes de los automóviles que venía distribuyendo, Nissan France y Volvo France, quienes habían resuelto unilateralmente el respectivo contrato de concesión.

En otra ocasión, se trataba de una empresa francesa dedicada a la producción de traviesas de hormigón armado para vías de ferrocarril, (SATEBA), que cuestionó la decisión de su cliente, la empresa de ferrocarriles Belga, SNCB, en el marco de un procedimiento de licitación restringido convocado por ésta para el suministro de traviesas de hormigón monobloque destinadas a la línea del tren de alta velocidad, lo que llevó a la empresa a impugnar la decisión de inadmisión, y a presentar una denuncia ante la Comisión.

A. *¿Quién tiene derecho a presentar una denuncia?*

Ante tal diversidad de denunciante conviene plantearse la pregunta ¿cualquiera tiene derecho a presentar una denuncia?

Como ya hemos visto, el artículo 3 del Reglamento 17 faculta para presentar denuncias contra actuaciones contrarias a las normas de la competencia a las personas físicas o jurídicas que invoquen un «interés legítimo».

Por lo tanto, en principio, el denunciante debe poder demostrar no sólo que desea que se respeten las normas de competencia en abstracto, sino también que tiene un «interés legítimo» en el cese de la pretendida infracción. En cuanto al alcance de este requisito es preciso recordar que el Tribunal de Justicia afirmó, ya en 1977, que responde al interés tanto de la justicia como de la correcta aplicación de los artículos 85 y 86 que las personas físicas y jurídicas que estando habilitadas a solicitar a la Comisión que constate una infracción de dichos artículos en virtud del artículo 3, párrafo 2, letra b) del Reglamento 17, y viendo rechazada por la Comisión total o parcialmente su demanda, *dispongan de una vía de recurso destinada a proteger sus intereses legítimos*. Por ello concluyó que dichas empresas están directa e individualmente afectadas por la de-

cisión de rechazo de su demanda y pueden, por tanto, recurrirla en anulación en virtud del artículo 173, párrafo 2 del Tratado ⁶.

El requisito del «interés legítimo» ha sido interpretado en sentido amplio ⁷. Y de hecho, como ponen de manifiesto los asuntos resueltos en 1997, en la práctica no se exige una relación de competencia entre denunciante y denunciado, sino que, en muchas ocasiones, se denuncia a un proveedor o a un cliente en el sentido más amplio del término, sin que la Comisión parezca rechazar dichas denuncias por falta de «interés legítimo».

Es importante, en cualquier caso recordar que, obviamente, incluso si la Comisión considera en un caso determinado que el denunciante no reúne los requisitos de legitimidad del artículo 3 del Reglamento 17 y rechaza por ello la denuncia, nada le impedirá retomar de oficio la cuestión, si considera que las informaciones disponibles indican la posible existencia de restricciones de la competencia merecedoras de su atención ⁸.

A menudo, cuando se trata de restricciones de la competencia cometidas de forma generalizada por un grupo de proveedores o de clientes, son varias o todas las empresas de un sector quienes se ven perjudicadas por tales comportamientos. En tales circunstancias es muy habitual que las empresas prefieran reaccionar de forma colectiva, canalizando la denuncia a través de la asociación empresarial del sector. En esos casos, ¿deben las asociaciones justificar también un «interés legítimo» propio y distinto? La jurisprudencia ha impuesto dos condiciones para que una asociación de empresas pueda invocar un «interés legítimo» en presentar una denuncia, aunque no se vea directamente afectada por el comportamiento denunciado en cuanto empresa que opera en el mercado. Por una parte, dicha asociación debe ostentar el derecho de representar los intereses de sus miembros y, por otra parte, debe respetarse el requisito de que el comportamiento denunciado pueda dañar los intereses de estos últimos ⁹.

B. ¿Puede el denunciante mantener el anonimato?

Por diversas razones, en mi opinión ligadas principalmente a la idiosincrasia de nuestra cultura meridional, demasiado a menudo la

⁶ Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co.Kg/Comisión, 27/76, Rep. p. 1875, punto 13 y posteriormente sentencia de 11 de octubre de 1983, Demo-Studio Schmidt /Comisión, 210/81 Rep. p. 3045, punto 14.

⁷ Así, Kerse considera que tiene interés legítimo cualquiera que demuestre que puede verse perjudicado o sufrir un daño directamente como consecuencia de la restricción de la competencia alegada. KERSE, EC Antitrust Procedure, 3rd. ed. (Sweet & Maxwell, 1994, para 2.9).

⁸ Vid. VESTERDORF, B., «Complaints concerning infringements of competition Law within the context of European Community Law», 31 Common Market Law Review, 1994, p. 80; y KERSE, C.S., «The complainant in Competition cases: a progress report» en *Common Market Law Review*, 213-265, 1997, p. 218.

⁹ Sentencia del Tribunal de 24 de enero de 1995, Bureau européen des médias de l'industrie musicale (BEMIM)/Comisión, Rep. II-147, punto 28.

empresa afectada por restricciones de la competencia se resiste a denunciarlas abiertamente en nombre propio. Las empresas deben saber que pueden acudir a la Comisión a denunciar comportamientos manteniéndose en el anonimato. Así se desprende claramente de la conocida sentencia de 1985 en el asunto Adams, donde el Tribunal de Justicia afirmó que la obligación de respetar el secreto profesional proclamada por el Tratado de forma general en su artículo 214 vincula igualmente a la Comisión en materia de denuncias de prácticas restrictivas de la competencia, y ello es así, particularmente en el caso en que el denunciante haya solicitado de forma expresa en su denuncia la voluntad de mantener su nombre en el anonimato, una obligación de mantener el anonimato que, por otro lado, la Comisión no contestaba como tal ¹⁰.

C. *¿Se puede denunciar cualquier infracción?*

Las restricciones de la competencia capaces de perjudicar a una empresa y de disminuir su competitividad pueden ser muy variadas; por ejemplo, entre otras muchas situaciones restrictivas de la competencia, una empresa puede ser víctima de un cartel de precios de sus proveedores, de un comportamiento abusivo de su principal competidor o de su mayor cliente, o de la concesión de unas ayudas públicas a uno de sus competidores. Además, en ocasiones, mayoritariamente cuando el competidor es una empresa pública o concesionaria de derechos exclusivos, las restricciones cometidas pueden responder a una pluralidad de infracciones, reguladas por distintas disposiciones del Tratado (arts. 85 y 86, 90, 92 y 93). Obviamente, pueden ser todas ellas objeto de una misma denuncia ante la Comisión Europea. Sin embargo, es preciso saber que probablemente no siempre recibirán un tratamiento conjunto por parte de la institución.

A este respecto, en el sistema de recursos instaurado por los Tratados debe distinguirse claramente entre el derecho de las empresas a recurrir directamente ante el TPI en Luxemburgo contra actuaciones y decisiones de la Comisión contrarias a sus intereses, y la limitada posibilidad que tienen éstas de reaccionar contra comportamientos de los Estados miembros contrarios a las disposiciones del Tratado sobre la competencia. El artículo 173 del Tratado las habilita con determinadas condiciones para acudir al Tribunal pidiendo la anulación de las decisiones de la Comisión relativas a comportamientos de otras empresas objeto de la denuncia. Sin embargo, sólo la Comisión, a través de la vía de artículo 169, puede recurrir directamente ante la jurisdicción comunitaria contra las actuaciones protagonizadas por los Estados, como tales, por ejemplo, en el campo de actuación de las empresas públicas o

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 1985, Adams/Comisión, 145/83, Rep., p. 3539, puntos 34 y 35.

que gozan de derechos exclusivos o especiales, que sean contrarias al Tratado ¹¹.

Por lo tanto, cuando la restricción se produce en un sector todavía no privatizado o en el que pueden confundirse las actuaciones del Estado con las de las empresas que son controladas por éste o que gozan de derechos exclusivos o especiales, es importante que el denunciante haga todo lo posible para distinguir entre lo que constituyen comportamientos empresariales de lo que son actuaciones de la administración del Estado. Con ello facilitará la tarea a la Comisión y probablemente saldrá beneficiado si consigue convencerla de que el procedimiento sancionador contra las prácticas restrictivas de la competencia cometidas a nivel empresarial puede desarrollarse sin necesidad de resolver previamente el contencioso del posible incumplimiento por el Estado miembro de las obligaciones que derivan del Tratado.

Diversos asuntos resueltos en 1997 ilustran perfectamente la importancia de esta cuestión.

En su sentencia de casación de 11 de noviembre de 1997, Ladbroke Racing/Comisión, asunto T-548/932, el Tribunal de Justicia anuló una de las sentencias del TPI de la saga de asuntos Ladbroke. Ladbroke Racing Ltd. había presentado ante la Comisión una denuncia dirigida, por una parte, contra la República Francesa, con arreglo al artículo 90 del Tratado CE y, por otra parte y con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado, contra las diez principales sociedades de carreras de Francia así como contra el Pari Mutuel Urbain (PMU) agrupación de interés económico integrada por estas diez sociedades de carreras en Francia para gestionar los derechos de dichas sociedades a la organización de apuestas mutuas fuera del hipódromo ¹².

¹¹ En virtud del artículo 90, párrafo 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 artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive».

El párrafo 2 dispone que «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 contraria al interés de la Comunidad».

Por último, el párrafo 3 establece que «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».

¹² Según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto n.º 74-954, de 14 de noviembre de 1974, relativo a las sociedades de carreras de caballos, corre a cargo del PMU, desde la fecha mencionada, la gestión de los derechos de las sociedades de carreras sobre las apuestas mutuas fuera del hipódromo, con carácter exclusivo, en la medida en que dichas disposiciones establecen que «las sociedades de carreras autorizadas a organizar apuestas mutuas fuera de los hipódromos [...] encomendarán la gestión de las mismas a un servicio común denominado Pari Mutuel Urbain». Dicha exclusividad del PMU está protegida, además, por la prohibición a personas distintas del

La denuncia se refería, entre otros extremos, a la forma de organizar en Francia las apuestas mutuas fuera del hipódromo. Por un lado, se dirigía contra el PMU y las sociedades que éste agrupa, por acuerdos o prácticas concertadas de sociedades de carreras, autorizadas en Francia, entre ellas y con el PMU, contrarias al artículo 85 del Tratado, cuyo objeto era conceder al PMU derechos exclusivos para la gestión y organización de apuestas mutuas fuera del hipódromo sobre las carreras organizadas o controladas por las referidas sociedades¹³. Por otro lado, se denunciaba a la República Francesa, por infringir la letra g) del artículo 3, y los artículos 5, 52, 53, 85, 86 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CE, a causa de la adopción y mantenimiento de una legislación que confería una base legal a los acuerdos de las sociedades de carreras entre ellas, por una parte, y con el PMU, y por conceder a esta última derechos exclusivos en materia de admisión de apuestas fuera del hipódromo¹⁴.

La Comisión desestimó la denuncia basada en los artículos 85 y 86 del Tratado y formulada contra el PMU y las sociedades que la integran, y la denunciante recurrió esa decisión.

El Tribunal de Justicia afirmó que la compatibilidad de una normativa nacional con las normas de competencia del Tratado no puede considerarse determinante en el marco del examen de la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 a los comportamientos de las empresas que se atengan a esta legislación, puntualizando que, *si la apreciación de los comportamientos de estas empresas exige una valoración previa de la normativa nacional de que se trate, el único objeto de esta evaluación es la incidencia que dicha legislación pueda tener sobre estos comportamientos, es decir si ésta deja subsistir la posibilidad de una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas*. Y precisó que, si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 85 y 86. En tal situación, la restricción de la competencia no se

PMU, de contratar o admitir apuestas sobre carreras de caballos (artículo 8 de la Orden Interministerial de 13 de septiembre de 1985 por la que se regula el Pari Mutuel Urbain). La referida exclusividad se extiende a las apuestas admitidas en el extranjero sobre las carreras organizadas en Francia, así como a las apuestas admitidas en Francia sobre carreras organizadas en el extranjero, las cuales sólo podrán ser contratadas, igualmente, por sociedades autorizadas y/o por el PMU (apartado 3 del artículo 15 de la Ley n.º 64-1279, de 23 de diciembre de 1964, de Presupuestos para 1965, y artículo 21 del Decreto n.º 83-878, de 4 de octubre de 1983, relativo a las sociedades de carreras de caballos y a las apuestas mutuas) (apartado 3 de la sentencia recurrida).

¹³ También se alegaba que la concesión de tales derechos exclusivos al PMU constituía, en infracción del artículo 86 del Tratado, un abuso de posición dominante por parte de las sociedades de carreras.

¹⁴ Además prohibía que cualquiera pudiera contratar o admitir, si no era a través del PMU, apuestas fuera del hipódromo sobre las carreras de caballos organizadas en Francia. Por último, alegaba que Francia había infringido el apartado 1 del artículo 90 y los artículos 92 y 93 del Tratado CE, a causa de las ayudas ilegales concedidas al PMU.

debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas. *Por el contrario, cabe aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas.*

Por consiguiente, la empresa que desea reaccionar contra este tipo de situaciones debe ser consciente de que al denunciar hechos que infringen simultáneamente los artículos 85 y 86 y el artículo 90 del Tratado, la Comisión puede desestimar definitivamente la denuncia basada en los artículos 85 y 86 antes de finalizar su examen desde el punto de vista del artículo 90. Además, la sentencia Ladbroke le ofrece las orientaciones necesarias para saber en qué casos es probable que la Comisión congele la parte de la denuncia relativa a los comportamientos de las empresas hasta tanto no se haya decidido la compatibilidad de la normativa nacional bajo la cual dichas actuaciones se desarrollan. El test no es otro que dilucidar si la Comisión podría considerar que la legislación nacional permite que un cierto nivel de competencia subsista, la cual podría ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas. En caso contrario, podría ser más efectivo centrar la denuncia en la parte del incumplimiento del Estado. Sin embargo, en dichos supuestos, teniendo en cuenta el elevado grado de politización y la considerable lentitud con que suelen desarrollarse los procedimientos de este tipo ante la Comisión, cabría considerar la conveniencia de intentar demostrar la incompatibilidad con el derecho comunitario de dicho marco legislativo por la vía indirecta de atacarlo ante la jurisdicción nacional con la intención de plantear, a través de una cuestión prejudicial, el debate directamente ante quien decidirá en última instancia el Tribunal de Justicia.

Igualmente respecto del artículo 90, pero en este caso, en relación a su apartado 3, en el asunto *Bundesverband der Bilanzbuchhalter*¹⁵ el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el derecho de los particulares a pedir a la Comisión que haga uso de los poderes que le confiere dicha disposición.

El Tribunal de Justicia resolvió un recurso de casación contra un auto del Tribunal, de 23 de enero de 1995, que declaró la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto por la recurrente, una asociación profesional alemana constituida para la defensa de los intereses económicos y socioprofesionales de los peritos contables, contra la Decisión de la Comisión por la que se archivaba la denuncia presentada por aquella. Lo que había denunciado no era un comportamiento empresarial sino una la Ley alemana relativa a la profesión de asesor fiscal, la cual reservaba el derecho a ejercer actividades en materia fiscal a los asesores

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter* /Comisión, C-107/95, Rec. I-947.

fiscales, auditores de cuentas, abogados y censores jurados de cuentas. La Comisión decidió archivar la denuncia el 4 de noviembre de 1993.

La recurrente presentó un recurso ex artículo 173 contra esta decisión, que fue declarado inadmisibile por el Tribunal ¹⁶.

El Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación en su totalidad recordando, en cuanto al artículo 169, la jurisprudencia en virtud de la cual los particulares no están legitimados para recurrir contra la negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro.

Por lo que se refiere a la novedosa cuestión de si, como sostenía la Comisión, idéntico planteamiento debe aplicarse respecto del uso por la Comisión de las prerrogativas que le concede el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, el Tribunal tras recordar que en la sentencia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos e.a./Comisión, C-48/90 y C-66/90, Rep. P. I-565, el Tribunal señaló que «un particular puede, en su caso, tener derecho a interponer un recurso de anulación contra una decisión adoptada por la Comisión basándose en el apartado 3 del artículo 90», añadió expresamente que «no cabe excluir a priori que puedan darse situaciones excepcionales en las que un particular o, eventualmente, una asociación creada para defender los intereses colectivos de una categoría de justiciables estén legitimados para impugnar en vía jurisdiccional la negativa de la Comisión a adoptar una Decisión en el marco de la misión de vigilancia que le encomiendan los apartados 1 y 3 del artículo 90».

Por otro lado, el auto del TPI de 19 de febrero de 1997, en el asunto *Intertronic*, T-117/96, nos enseña de modo muy ilustrativo que la forma y el texto de la denuncia no es lo decisivo y que no por presentar un escrito de queja formalmente como si fuera una denuncia en el sentido del artículo 3 del Reglamento 17, va a poder beneficiarse el denunciante automáticamente de la situación más favorable en cuanto a posibilidad de recusar que tiene quien denuncia un comportamiento anticompetitivo de una empresa, respecto de quien lo que denuncia es una actuación del estado contraria al Tratado ¹⁷.

¹⁶ Auto de 23 de enero de 1995, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comisión*, T-84/94, Rec p. II-0101, El Tribunal de Primera Instancia interpretó que la decisión impugnada era una manifestación de voluntad de la Comisión de no iniciar el procedimiento del artículo 169 contra el estado alemán por haber promulgado la ley en cuestión. El Tribunal recordó que la Comisión no está obligada a iniciar tal procedimiento y afirmó que, incluso en el supuesto en que se interpretara dicha decisión como una negativa a adoptar una decisión en virtud del artículo 90.3, el ejercicio por parte de la Comisión de su facultad de apreciación de la compatibilidad de las medidas estatales con las normas del Tratado conferida por el artículo 90.3, no va acompañado de la obligación de intervenir por parte de la Comisión, de manera que las personas físicas o jurídicas que soliciten a la Comisión que intervenga al amparo del artículo 90.3 no gozan del derecho a interponer un recurso contra la decisión de la Comisión de no hacer uso de las prerrogativas que le corresponden a tenor de dicho artículo (punto 13).

¹⁷ Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de febrero de 1997, *Intertronic F. Cornelis GmbH/Comisión*, T-117/96, Rec. II-141, puntos 26 y ss.

Intertronic era una empresa alemana que utilizaba el telefax como instrumento publicitario. En 1995 el tribunal alemán Bundesgerichtshof declaró contrario al artículo 1 de la Ley de competencia desleal alemana el dirigirse por fax a un comerciante con fines publicitarios, si éste no hubiera aceptado expresa o tácitamente recibir dichos envíos. Intertronic, contra quien se habían dirigido varias asociaciones privadas después de la referida sentencia, envió dos escritos a la Comisión, en los que alegaba que la resolución judicial alemana y el comportamiento de tales asociaciones (basado en la misma) eran contrarios al derecho comunitario. En ambos escritos se aludía al artículo 3 del Reglamento 17.

Ante la inactividad de la Comisión, Intertronic presentó un recurso por omisión contra la Comisión, quien alegó la inadmisibilidad del mismo por no haberse respetado uno de los requisitos del artículo 175 que regula este tipo de recursos, el de efectuar el requerimiento previo. De la sentencia del TPI se desprende que aunque la demandante aluda en sus escritos al artículo 3 del Reglamento 17, al apreciar la admisibilidad de un recurso por omisión interpuesto por un particular, el Tribunal no se halla vinculado por la base jurídica en la cual el denunciante fundó formalmente la denuncia. Y señala, en particular, que éste no puede substraerse a la aplicación del procedimiento del artículo 169 TCE sometiéndose artificialmente a las normas del Reglamento 17, las cuales garantizan al denunciante una mejor posición en el procedimiento que la que concede el artículo 169 del Tratado¹⁸. Respecto de la forma de la denuncia y, en particular respecto de la citación del artículo 3 del reglamento 17 que podría hacer creer que tenía por objeto solicitar a la Comisión que declarase una infracción del artículo 85, el TPI precisó que *la naturaleza de la denuncia debe apreciarse en función de su objeto, y no a priori, basándose únicamente en criterios formales*. Pues bien, en dicho asunto, el TPI concluyó que de los escritos en cuestión se desprendía que la denuncia tenía por objeto que se declarase que Alemania había incumplido el Tratado (a través de la jurisprudencia de sus tribunales puesto que las asociaciones privadas se limitan a aplicar tal jurisprudencia). Teniendo en cuenta que esa demanda sólo se puede interponer por la vía del artículo 169 y que los particulares no pueden recurrir la no iniciación de dicho procedimiento por parte de la Comisión, declaró inadmisibile el recurso en carencia.

Es interesante referirse también al auto del TPI de 29 de septiembre de 1997 en el asunto SATEBA, T-83/97, donde la demandante, Societé Anonyme de Traverses en Béton Armé (SATEBA), una sociedad domiciliada en Francia que produce traviesas de hormigón armado para vías de ferrocarril, recurrió la decisión de la Comisión de archivar la denuncia que había presentado contra la Societé Nationale des Chemins de Fer

¹⁸ Refiriéndose a su sentencia de 18 de noviembre de 1992, Rendo y otros/Comisión, T-16/91 Rep., p. II-2417, punto 52.

Belges (SNCB), pero el TPI, en su Auto de 29 de septiembre de 1997, declaró inadmisibile el recurso ¹⁹.

El litigio se produjo en el marco de un procedimiento de licitación restringido convocado por la SNCB para el suministro de traviesas de hormigón monobloque destinadas a la línea del tren de alta velocidad. La oferta «con variante» de Sateba (suministro de traviesas bibloque, que consideraba compatibles al 100% con la red TGV belga) no fue aceptada por la entidad contratante, por no conformidad técnica (se consideró que una traviesa bibloque es un producto diferente, y no puede constituir una variante, según la legislación belga). Disconforme con tal decisión, Sateba presentó una denuncia ante la Comisión contra SNCB por obstaculizar la libre competencia y la libre circulación de mercancías, quien no consideró adecuado emprender actuaciones en virtud del Reglamento 17 al respecto ²⁰.

El TPI señaló que el hecho de que la denuncia se refiriese exclusivamente a las maquinaciones de la entidad contratante y no criticase ni la legislación nacional aplicable ni el comportamiento del Gobierno en cuestión, no podía justificar en sí mismo su tratamiento como denuncia en el sentido del artículo 3 del Reglamento 17, puesto que los actos de las entidades contratantes deben imputarse, dentro del sistema de aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública, a los Estados miembros de los que dependen ²¹.

Por otra parte, quiso destacar que, suponiendo que el denunciante hubiera invitado en tiempo y forma a la Comisión a incoar un procedimiento con arreglo al Reglamento 17, dicho procedimiento seguiría siendo independiente del relativo a la declaración y la interrupción del comportamiento de un Estado miembro que infringe el Derecho comunitario, al perseguir ambos procedimientos objetivos diferentes y regirse por normas distintas. El hecho de que la Comisión decida no incoar un procedimiento de declaración de cumplimiento o renunciar a proseguir dicho procedimiento ya iniciado no puede implicar, por tanto, que se le impida declarar que el comportamiento de la entidad contratante de que se trata constituye una infracción de las

¹⁹ Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 1997, Sateba/Comisión, T-83/97, Rec p. II-1523.

²⁰ Anteriormente, Sateba había impugnado ante la jurisdicción belga la decisión de inadmisión, amparándose en la Directiva sobre contratos públicos en los sectores excluidos, 93/38/CEE, que prohíbe la utilización de especificaciones técnicas que mencionen procedimientos particulares y que tengan como consecuencia favorecer o eliminar a determinadas empresas, a menos que dichas especificaciones técnicas resulten indispensables para el objeto del contrato.

²¹ El Tribunal había concluido previamente que la Comisión había actuado de forma correcta al aplicar el procedimiento establecido por el artículo 169 del Tratado a la denuncia del comportamiento de la entidad contratante por parte de un licitador en un contrato público, como constitutivo de una infracción de la Directiva 93/38 (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las comunicaciones, y de un obstáculo a la libre competencia y a la libre circulación de mercancías).

normas sobre la competencia y ordenar el cese de la infracción comprobada.

En definitiva, una empresa puede denunciar ante la Comisión cualquier comportamiento de otras empresas que considere constituye una infracción de la competencia y cualquier tipo de actuación del Estado a nivel legislativo o ejecutivo que produzca, comporte o fomente restricciones de la competencia. Y puede hacerlo conjuntamente o por separado, pero, en cualquier caso, como demuestran estos asuntos, debe saber que si formula una denuncia única, por mucho que se haga formalmente por la vía del artículo 3 del Reglamento 17, la Comisión está llamada a distinguir en su enfoque entre lo que constituyen actuaciones del Estado miembro y lo que son comportamientos de las empresas, distinción importante tanto en lo relativo a los derechos de información y participación del denunciante, como en cuanto a las vías de recurso ante el Tribunal. En este sentido, la sentencia en el asunto Sateba es especialmente orientativa al afirmar que una decisión de archivo adoptada en el marco de un procedimiento de declaración de incumplimiento corresponde exclusivamente a dicho procedimiento y no constituye una desestimación presunta de una denuncia presentada con arreglo al Reglamento 17, por lo que no afecta a la posición jurídica del denunciante en el marco de un eventual procedimiento de aplicación de las normas sobre la competencia.

2. LO QUE CABE EXIGIR A LA COMISIÓN RESPECTO DE LA DENUNCIA PRESENTADA

D. ¿Tiene derecho cada denunciante a un examen de los hechos denunciados por parte de la Comisión?, ¿con qué nivel de detalle y profundidad?, ¿está obligada la Comisión a utilizar sus poderes de investigación para saber más sobre los hechos denunciados?

La respuesta a estas preguntas viene dada por una reiterada jurisprudencia, en virtud de la cual, cuando recibe una denuncia con arreglo al artículo 3 del Reglamento 17, la Comisión no está obligada a llevar a cabo una investigación, pero sí debe examinar atentamente los elementos de hecho y de Derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros ²².

En 1997, el TPI tuvo ocasión de aplicar dicha jurisprudencia en un asunto muy ilustrativo, el segundo asunto Tremblay/Comisión, resuelto

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión, C-19/93P, Rec. p. I-3319, apartado 27, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, «Automec II», T-24/90, Rec. p. II-2223, apartado 79.

por sentencia de 27 de noviembre ²³. A raíz de la anulación de la decisión de la Comisión por la sentencia del TPI en el primer asunto Tremblay I ²⁴, la Comisión dirigió a los denunciantes una comunicación en el sentido del artículo 6, Reglamento 99/63, en la que les comunicaba su intención de desestimar su denuncia. Tras la presentación de las oportunas observaciones por los denunciantes, la Comisión les comunicó, mediante escrito anterior a la decisión del TJCE sobre el recurso de casación, la desestimación definitiva de sus denuncias. Los demandantes recurrieron sosteniendo que la motivación de la decisión era insuficiente, puesto que, entre otros motivos, no se basaba en una investigación que la Comisión hubiera debido realizar.

El Tribunal desestimó el recurso señalando, en cuanto al carácter supuestamente insuficiente de la investigación (la Comisión no habría utilizado los medios de que dispone para investigar por sí misma), que, a falta de elementos de prueba, o de suficientes indicios serios, aportados por los denunciantes para demostrar la existencia de una práctica colusoria contraria al artículo 85.1, no puede reprocharse a la Comisión la falta de diligencia al examinar la denuncia por el mero hecho de que no ordenara medidas de instrucción complementarias ²⁵.

Por lo tanto, el denunciante no debe limitarse a enviar una relación de hechos como ocurre a menudo en las quejas contra comportamientos de los Estados miembros. En la práctica, como es lógico, si bien el denunciante no podrá exigir que la Comisión investigue, sí puede incrementar las posibilidades de que ello ocurra si fundamenta bien la denuncia y, sobre todo, si aporta algún elemento de prueba, siquiera indicio, ilustrativo de la realidad de los hechos y de la relevancia práctica de las infracciones desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por el Tratado.

²³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Roger Tremblay, Harry Kestenberg y el Syndicat des Exploitants de Lieux de Loisirs (SELL)/Comisión, T-224/95, Rec. 2215.

²⁴ El 4 de febrero de 1986, la Comisión recibió una denuncia ex artículo 3.2 del Reglamento 17, presentada por BENIM (una agrupación de empresarios de discotecas a la que pertenecían los señores Tremblay y Kestenberg) en relación a unas presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 por parte de SACEM (sociedad francesa de gestión de los derechos de propiedad intelectual en materia musical). La Comisión inició sus investigaciones, pero suspendió la tramitación del expediente tras la presentación ante el TJCE de unas cuestiones prejudiciales en esta materia. Tras las sentencias del Tribunal de 13 de julio de 1989 (STC Tournier; STC Lucazeau e.a.) la Comisión reanudó sus investigaciones, pero acabó desestimando definitivamente la denuncia. Esta decisión fue objeto de un recurso de anulación, que el Tribunal resolvió mediante sentencia de 24 de enero de 1995 (Tremblay I). El Tribunal anuló la decisión impugnada, por falta de motivación, en la medida en que desestimaba la imputación relativa a la compartimentación del mercado derivada de la existencia de una supuesta práctica colusoria entre SACEM y las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los demás Estados miembros, y desestimó el recurso en relación al porcentaje de las remuneraciones. La sentencia fue recurrida en casación por los recurrentes, siendo desestimado el recurso el 24 de octubre de 1996.

²⁵ Vid. punto 63 de la sentencia.

E. ¿Tiene derecho todo denunciante a ser oído antes de que, sin abrir el expediente, la Comisión archive la denuncia?

Como hemos visto anteriormente, en virtud del párrafo 2 del artículo 19 del Reglamento 17, en caso de que la Comisión incoe un expediente sancionador respecto de los hechos objeto de una denuncia, el denunciante tendrá derecho a ser oído por la Comisión antes de que ésta adopte una decisión al respecto (de cese de infracción, por ejemplo). Pero, ¿qué ocurre si no se incoa dicho procedimiento?

El artículo 6 del Reglamento 99/63 dispone que «cuando la Comisión, recibida una solicitud en aplicación del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento número 17, considere que los elementos por ella reunidos no justifican dar a esa solicitud curso favorable, indicará las razones a los solicitantes, y les concederá un plazo para presentar por escrito sus eventuales observaciones».

Por lo tanto, no cabe duda de que la respuesta es afirmativa.

En su sentencia de casación de 18 de marzo de 1997, en uno de los asuntos de la saga Guérin automobiles, el asunto C-282/95P, el Tribunal de Justicia afirmó, por primera vez de manera categórica, que uno de los derechos del denunciante, es efectivamente el de no recibir una decisión desfavorable sin que haya tenido la posibilidad de presentar sus observaciones sobre los motivos que la Comisión considera tener para adoptarla ²⁶.

Guérin automobiles había presentado ante la Comisión una denuncia para que declarara la existencia de infracciones del artículo 85 del Tratado que aquella imputaba a la empresa Volvo France por haber resuelto de forma abusiva el contrato de concesión para la venta de automóviles que habían celebrado. La Comisión consideró que el asunto no presentaba un interés comunitario que justificara su tramitación y así se lo comunicó al denunciante, invitándole a que presentara sus observaciones dentro de un plazo, cosa que hizo la denunciante. Mediante escrito posterior la Comisión comunicó a Guérin automobiles que puesto que la denuncia se refería a un tipo de infracción que ya se había planteado en otra denuncia formulada por la propia empresa, denuncia que estaba siendo estudiada, le informaría más adelante del resultado final de su examen de la cuestión.

Casi un año más tarde, el denunciante solicitó a la Comisión que le comunicara sus conclusiones al respecto. Puesto que este escrito quedó sin respuesta, el denunciante envió a la Comisión un escrito de requerimiento con arreglo al artículo 175 del Tratado, como paso previo a la interposición de un recurso en carencia. Por un ulterior escrito, la Comisión confirmó a la denunciante que el examen del otro asunto seguía en

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997. Guérin automobiles/Comisión, C-282/95. Rec. I-1503, puntos 35 a 39.

trámite y que, en su caso, tendría valor de precedente para casos como el suyo, reiterando su promesa de mantenerla informada tan pronto como se superara una etapa significativa dicho expediente.

Finalmente, la demandante interpuso un recurso en carencia que tenía como objeto que se declarara la omisión de la Comisión. Un mes después, la Comisión envió a la recurrente una comunicación que se refería al artículo 6 del Reglamento 99/63.

En su sentencia, el TPI declaró que debía sobreseerse el asunto en relación con el recurso por omisión porque la comunicación de la Comisión ex artículo 6, si bien posterior a la interposición del recurso, constituía, sin embargo, una definición de postura a efectos del artículo 175 del Tratado ²⁷.

Resolviendo un recurso de casación interpuesto por el denunciante, el Tribunal de Justicia lo desestimó señalando que el TPI no violó el principio del derecho a la tutela judicial al considerar que la comunicación con arreglo al artículo 6 del Reglamento 99/63 constituía una definición de postura que no puede ser objeto de recurso de anulación por constituir un acto preparatorio y no definitivo. Sin embargo, lo más importante de la sentencia es que si bien reconoció que el denunciante no puede interponer un recurso en vía jurisdiccional contra dicha comunicación, el Tribunal proclamó el carácter inalienable del derecho reconocido en dicho artículo.

Y como novedad importante, que responde claramente a la pregunta planteada en este apartado, el Tribunal de Justicia afirmó expresamente que la fase intermedia del procedimiento administrativo ante la Comisión del artículo 6 del Reglamento 99/63 está destinada a salvaguardar los derechos del denunciante, *al que no se puede dirigir una decisión desfavorable sin que haya tenido la posibilidad de presentar sus observaciones sobre los motivos que la Comisión considera tener.*

F. ¿Se tiene derecho a que la Comisión se pronuncie de forma definitiva sobre la suerte de la denuncia?

Antes de responder a esta pregunta procede distinguir, como señala el Juez Vesterdorf ²⁸, entre el derecho a un pronunciamiento definitivo sobre la suerte que piensa dar a la denuncia la Comisión, es decir, sobre si piensa archivarla o incoar el expediente sancionador y el derecho a que se adopte una decisión sobre la existencia o inexistencia de infracción en los hechos denunciados. La distinción es importante y la respuesta a la pregunta es diferente en cada caso, como veremos más adelante.

²⁷ Sentencia de 27 de junio de 1995, Guérin automobiles/Commission, T-186/94), Rec. p. II-1753.

²⁸ Vid. op. cit., p. 91.

Si bien los reglamentos de procedimiento aplicables con carácter general no se pronuncian al respecto ²⁹, la citada sentencia de casación en el asunto Guérin automobiles viene a confirmar de una vez por todas una respuesta afirmativa a la cuestión confirmando el derecho a una decisión final sobre la denuncia, una respuesta que según algunos autores, si bien no enunciada de forma tan manifiesta, ya estaba latente en la jurisprudencia del Tribunal ³⁰.

En efecto, tras recordar, como hemos visto, que la Comisión no puede dirigir una decisión desfavorable al denunciante sin que haya tenido la posibilidad de presentar sus observaciones, el Tribunal puntualiza que *la realización de dicho trámite no autoriza a la Comisión a perpetuar un estado de inactividad*. Y en este punto, aportando una claridad encomiable, afirma de forma tajante que *al finalizar esta fase de la tramitación la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia —procedimiento en el que puede participar el denunciante en virtud del apartado 2 del artículo 19 del Reglamento 17 y del artículo 5 del Reglamento 99/63— o a adoptar una decisión definitiva de archivo de la denuncia*, que puede ser objeto de un recurso de anulación ante el Juez comunitario en cuyo marco el denunciante podrá alegar las eventuales ilegalidades que vicien los actos preparatorios de la decisión definitiva ³¹.

Por otra parte, en lo que constituye una manifestación de gran relevancia, el Tribunal proclama que *conforme a los principios de buena administración, la Comisión debe adoptar una decisión definitiva en un «plazo razonable» a partir de la recepción de las observaciones del denunciante* ³².

En cuanto a las vías que le quedan al denunciante para el caso en que la Comisión se abstenga bien de iniciar un procedimiento contra la persona denunciada, bien de adoptar una decisión definitiva en un «plazo razonable», el Tribunal recuerda que el denunciante puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 175 del Tratado para interponer un recurso por

²⁹ Es preciso señalar, sin embargo, que la obligación de adoptar una decisión al respecto sí está expresamente reconocida en los reglamentos de procedimiento en materia de competencia en los sectores de transportes. *Vid.* artículo 11, apartado 3, del Reglamento 1017/68, del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, (*DOCE* L 175, de 23 de julio de 1968). En el sector de los transportes marítimos, *vid.* igualmente el artículo 11, apartado 3, del Reglamento 4056/86, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos (*DOCE* L 378, de 31 de diciembre de 1986). En el mismo sentido, *vid.* el artículo 4, apartado 2 del Reglamento 3975/87, del Consejo de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (*DOCE* L 374, de 31 de diciembre de 1987).

³⁰ *Vid.* por ejemplo, KERSE, *op. cit.*, p. 243.

³¹ *Vid.* punto 36.

³² *Vid.* punto 37.

omisión. Y añade, que el hecho de que el denunciante ya haya interpuesto un recurso por omisión para obtener la comunicación con arreglo al artículo 6 del Reglamento 99/63 no impide en absoluto que interponga, a continuación, otro recurso por omisión con distinto objeto. Finaliza legitimando la condena en costas a la Comisión que había hecho el TPI, al señalar que en tal situación, *si la Comisión no hubiera actuado dentro de plazo correría el riesgo de ser condenada por su inactividad al pago de las costas del denunciante.*

En cuanto a lo que constituye un «plazo razonable», en su sentencia de 22 de octubre de 1997 en el asunto de las Grúas móviles holandesas, asuntos T-213/95 y T-18/96, el Tribunal ofrece las pautas que considera deben tenerse en cuenta para decidir en cada caso si el plazo transcurrido es o no razonable ³³.

Así, por una lado, afirma con carácter general que cuando se presenta ante ella una denuncia relativa a la infracción del artículo 85 y/o del artículo 86 del Tratado, basada en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 17, *la Comisión está obligada a adoptar, dentro de un «plazo razonable», una posición definitiva sobre la denuncia* ³⁴, recordando, para llegar a dicha conclusión, *que la observancia por parte de la Comisión de un «plazo razonable» al adoptar las decisiones que ponen fin a procedimientos administrativos en materia de política de competencia constituye un principio general del Derecho comunitario* ³⁵.

Por otro lado, esta sentencia es importante por cuanto el Tribunal se manifiesta por primera vez respecto de los criterios en función de los cuales debe apreciarse, en cada caso, el carácter razonable de la duración del procedimiento administrativo. Y para ello, el Tribunal, aplicando por analogía las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto ³⁶, afirma que *hay que estar a las circunstancias propias de cada asunto y, tener en cuenta, en particular, el contexto en que éste se enmarca, las diferentes fases del procedimiento seguido por la Comisión, el comportamiento de los interesados durante el procedimiento, la complejidad del asunto y su trascendencia para las diferentes partes interesadas* ³⁷.

³³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraamverhuurbedrijven (FNK)/Comisión, T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, puntos 55 a 57.

³⁴ Evocando la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95P, Rec. p. I-1503, punto 38.

³⁵ Además, el Tribunal ha querido precisar que dicho principio se aplica también, en materia de ayudas otorgadas por el Estado, sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz, 120/73, Rec. p. 1471, punto 4, y de 24 de noviembre de 1987, rsv/Comisión, 223/85, Rec. p. 4617, puntos 12 a 17.

³⁶ El Tribunal remite al respecto, por analogía, a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Erkner, de 23 de abril de 1987, Serie A, n.º 117, p. 62, apartado 66; Milasi, de 25 de junio de 1987, Serie A, n.º 119, p. 46, apartado 15, y Schouiten y Meldrum/Países Bajos, antes citada, apartado 63).

³⁷ Vid. punto 57.

G. *¿Tiene el denunciante derecho a conocer las razones por las que se rechaza o se archiva la denuncia?*

Ya desde la sentencia del TPI en el segundo asunto Automec sabemos que el denunciante tiene derecho a que se motive adecuadamente el rechazo y/o archivo de la denuncia, como requisito necesario para poder efectuar el control jurisdiccional de si se han apreciado correctamente las razones que han llevado a la Comisión a archivar la denuncia ³⁸.

En su sentencia de 14 de mayo de 1997, en el asunto Florimex y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten/Comisión, asuntos T-70/92 y T-71/92, el TPI dio buenas muestras de que tiene la intención de examinar minuciosamente el respeto efectivo de esta obligación cuando los demandantes invoquen defecto de motivación.

Florimex BV, una empresa dedicada al comercio e importación de productos de la floricultura y la Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, una asociación que agrupa a numerosos mayoristas neerlandeses en productos de la floricultura, pidieron a la Comisión que investigase una infracción de las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE cometida por la VBA, una sociedad cooperativa neerlandesa que agrupa a más de 3.000 cultivadores de flores y de plantas ornamentales, concretamente en lo relativo al abastecimiento directo de los distribuidores establecidos en su recinto. Tras numerosas conversaciones y contactos, la Comisión informó a los demandantes que pensaba archivar la denuncia por no apreciarse necesidad de una intervención con arreglo al apartado 1 del artículo 85 o al artículo 86 del Tratado. Los demandantes interpusieron un recurso de anulación contra dicha decisión.

Retomando la jurisprudencia Automec II, el TPI recordó que al desestimar una denuncia *la Comisión debe indicar las razones por las que el atento examen de los elementos de hecho y de Derecho que la parte denunciante ha puesto en su conocimiento no la han llevado a iniciar un procedimiento de declaración de infracción del artículo 85 del Tratado* ³⁹. Y después de realizar un análisis en profundidad de los motivos de anulación basados en la falta de motivación invocados en el caso de autos, llegó a la conclusión de que la Decisión impugnada no contenía suficiente información para permitir al Tribunal comprobar el carácter fundado de diversas de las afirmaciones de la Comisión respecto de la no consideración de determinados argumentos invocados por los denunciantes. Por consiguiente anuló la decisión por falta de motivación.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, Automec II, T-24/90, Rec. p. II-2223, punto 79.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1997, Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten/Comisión, T-70/92 y T-71/92, Rec. II-693, p. 106.

Pero hay otra pregunta importante que conviene responder *¿es preciso que la decisión conteste a cada uno de los argumentos expuestos en la denuncia?*

La sentencia del TPI de 27 de noviembre de 1997 en el segundo asunto Tremblay, T-224/95, expone claramente el alcance de esa obligación⁴⁰. Así, tras evocar la clásica jurisprudencia en virtud de la cual la obligación de motivación consiste en mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la autoridad comunitaria de la que emane el acto impugnado, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada, con el fin de defender sus derechos, y que el Juez comunitario pueda ejercer su control⁴¹, el Tribunal recuerda que en la motivación de las decisiones que haya de tomar para garantizar la aplicación de las normas sobre la competencia, *la Comisión no está obligada a indicar su posición respecto de todas las alegaciones que los interesados aduzcan en apoyo de su petición, sino que basta con que exponga los hechos y las consideraciones jurídicas que revisten una importancia esencial en el sistema de la decisión*⁴².

Para ayudar a comprender mejor lo que puede revestir «importancia esencial» en el sistema de una decisión determinada, en una sentencia de casación pronunciada ya en 1998, en el asunto SYTRAVAL, relativa a las denuncias en materia de ayudas de estado, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, si la Comisión está obligada a exponer de manera suficiente las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados en la denuncia no han sido suficientes para demostrar la existencia de la infracción, *no está obligada, sin embargo, a definir su postura sobre elementos que estén manifiestamente fuera de contexto, carentes de significado o claramente secundarios*⁴³.

En su sentencia de 12 de junio de 1997, en el asunto Tiercé Ladbroke S.A., T-504/93, el TPI concluyó que la Comisión no había incurrido en defecto de motivación al desestimar la denuncia por los motivos contenidos tanto en el escrito enviado con arreglo al artículo 6 del Reglamento 99/63 como en la Decisión impugnada. En ella, la Comisión indicaba

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Roger Tremblay, Harry Kestenberg y el Syndicat des Exploitants de Lieux de Loisirs (SELL)/Comisión, T-224/95, Rec. p. I-2215, punto 57.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1995, Publishers Association/Comisión, C-360/92P, Rec. p. I-23, punto 39 y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1993, Asia Motor France y otros/Comisión, T-7/92, Rec. p. II-669, punto 30, y de 9 de enero de 1996, Koelman/Comisión, T-575/93, Rec. p. II-1, punto 83.

⁴² Punto 57, de la sentencia, en el que se refiere al punto 31 de la sentencia Asia Motor France y otros/Comisión.

⁴³ Si bien la sentencia de casación halló algunos errores de derecho cometidos por el Tribunal de Primera Instancia, no se consideraron suficientes para anular su sentencia por la que se anuló la decisión por falta de motivación. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) y Brink's France SARL, C-367/95, punto 64.

que sólo abordaba las alegaciones de la demandante que requerían una respuesta complementaria por su parte, y por lo demás, se remitía al escrito enviado previamente con arreglo al artículo 6 del Reglamento 99/63. En tales condiciones, el TPI llegó a la conclusión que la Decisión impugnada había señalado de modo suficientemente claro las razones por las que se desestimaba la denuncia, permitiendo a la demandante defender sus derechos ante el Juez comunitario y a este último ejercer su control sobre la legalidad de dicha Decisión ⁴⁴.

Queda claro, por consiguiente, que *la obligación de motivación no es simplemente formal*, sino que comporta una explicación detallada de todo el razonamiento de la Comisión, lo que significa que en la decisión de rechazo deben figurar, por un lado, las razones por las cuales la Comisión ha alcanzado tal decisión y por otro lado, debe explicarse de qué modo se han tenido en consideración las alegaciones principales del denunciante al adoptar la decisión. En la práctica, esta obligación significa que la Comisión debe razonar por qué, en el caso concreto, ha considerado que no respondía al «interés comunitario» incoar un expediente o profundizar en la investigación de los hechos denunciados, una noción de gran importancia como veremos en el siguiente apartado relativo a las actuaciones que el denunciante no puede exigir de la Comisión.

3. LO QUE EL DENUNCIANTE NO PUEDE EXIGIR DE LA COMISIÓN

H. *¿Tiene derecho el denunciante a obtener la apertura de un procedimiento sancionador contra la empresa denunciada?*

La respuesta a esta pregunta es negativa. Como hemos visto anteriormente, en el asunto Automec II el TPI afirmó claramente que la Comisión no está obligada a efectuar una investigación, sino que puede legítimamente conceder diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos, dado que le ha sido conferida una misión de vigilancia y de control amplia y general en el ámbito de la competencia.

Respecto de cómo decide la Comisión la prioridad que debe conceder a un asunto determinado, el Tribunal la habilitó para acudir a la noción de «interés comunitario».

Para evaluar lo que constituye el interés comunitario, el Tribunal precisó que «para valorar éste, debe tener en cuenta las circunstancias del caso de que se trate y, especialmente, los elementos de hecho y de derecho que le sean presentados. Le corresponde, principalmente, ponderar

⁴⁴ Para ello se apoyó en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1995, Publishers Association/Comisión, C-360/92P, Rec. p. I-23, apartado 39 y en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de enero de 1995, Branco/Comisión, T-85/94, Rec. p. II-45, apartado 32, y BEMIM/Comisión, antes citada, apartado 41).

la importancia de la supuesta infracción para el funcionamiento del mercado común, la probabilidad de poder probar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias a efectos de cumplir, en las mejores condiciones, su misión de velar por la observancia de los artículos 85 y 86 del Tratado».

La jurisprudencia posterior al asunto *Automec II* enseña que a la Comisión no le basta con invocar, sin más, el interés comunitario en general para rechazar una denuncia. La Comisión debe examinar atentamente el asunto y generarse una opinión propia que defender en su caso y debe exponerla por lo menos someramente en su decisión de rechazo. Examinar no es lo mismo que investigar; investigar es un paso más cualificado, para lo cual el Reglamento 17 le ofrece medios importantes que sólo utilizará, normalmente, en los asuntos que considere prioritarios. Por lo tanto, la Comisión puede rechazar por falta de interés comunitario, sin necesidad de ponerse a investigar más, pero siempre debe respetarse una obligación de examen diligente y atento de la denuncia. Ya hemos visto que en su sentencia *Tremblay II*, de 27 de noviembre de 1997, el Tribunal confirmó y matizó la distinción entre obligación de examen atento e investigación.

Desde entonces, la Comisión ha publicado sendas comunicaciones sobre la cooperación entre ella y los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades nacionales de defensa de la competencia, respectivamente, en las que expone e interpreta el alcance de su derecho a decidir en cada caso lo que es de interés comunitario⁴⁵. Conviene precisar, sin embargo, que tales orientaciones expuestas con carácter general a efectos informativos no eximen a la Comisión del examen atento de cada asunto particular según el test de interés comunitario proclamado por el Tribunal en su sentencia *Automec II* y complementado en sus sentencias posteriores.

Varios asuntos de 1997 proporcionan ejemplos interesantes del modo en que el Tribunal entiende el alcance de dicha prerrogativa, que demuestran que la determinación del interés comunitario se basa necesariamente en un examen de las circunstancias del caso concreto, llevado a cabo bajo el control del Tribunal y que los criterios enumerados en su sentencia *Automec II* no son limitativos.

Así, en su sentencia de 15 de enero de 1997 en el asunto *Syndicat français de l'express international/Comisión*, el TPI reconoció que si bien en el asunto *Automec II*, el Tribunal enumeró los elementos que corres-

⁴⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales en lo relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, publicada en el *DOCE C* 39, de 13 de febrero de 1993, página 6, y Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para el trato de los asuntos relativos a los artículos 85 y 86 del Tratado CE, publicada en el *DOCE C* 313, de 15 de octubre de 1997, página 3.

ponde a la Comisión sopesar en la apreciación del interés comunitario, la Comisión tiene derecho a considerar, en dicha apreciación, otros elementos pertinentes ⁴⁶.

El Syndicat Français de l'Express International (SFEI) y tres empresas de mensajería presentaron una denuncia ante la Comisión, invocando la existencia, entre otros aspectos, de una violación del artículo 86 del Tratado cometida por la empresa estatal de correos francesa, La Poste, al asistir logística y comercialmente a su filial Société Française de Messageries Internationales (SFMI), la cual ejercía su actividad en el sector del correo rápido internacional. La Comisión desestimó definitivamente su denuncia por medio de la decisión controvertida, al considerar, en particular, que no estaba obligada a examinar eventuales infracciones de las normas sobre la competencia que se hubieran producido en el pasado (una Decisión anterior de la Comisión, en materia de control de concentraciones, habría tenido como consecuencia colateral poner punto y final a las prácticas denunciadas), cuando el único objeto o efecto de tal examen era el de servir a los intereses individuales de los denunciantes. La Comisión, en definitiva, no veía un interés comunitario que justificara iniciar tal investigación con arreglo al artículo 86.

En su sentencia, el Tribunal da la razón a la Comisión, reconociéndole el derecho, con la única condición de motivar tal decisión, a decidir que no es oportuno dar curso favorable a una denuncia de prácticas que posteriormente han cesado. Es interesante el modo en que argumenta su conclusión: «En semejante supuesto, la tramitación del asunto y la comprobación de pasadas infracciones ya no tendría como interés garantizar una competencia no falseada en el mercado común y, por lo tanto, no correspondería a la función que el Tratado atribuye a la Comisión. El objetivo esencial de tal procedimiento sería facilitar a los denunciantes la prueba ante los órganos jurisdiccionales nacionales de una conducta ilícita, con vistas a obtener una indemnización por daños y perjuicios» ⁴⁷.

Obviamente, tras dicha proclamación de principio, el Tribunal examinó muy minuciosamente si, en el caso específico, la Comisión pudo, legítimamente, llegar a la conclusión de que las prácticas imputadas en la denuncia habían cesado para concluir que en el caso de autos cabía efectivamente aplicar dicho razonamiento para evaluar si la apreciación del interés comunitario había sido efectuada dentro de los límites permitidos.

Por otro lado, el auto del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1997, Koelman/Comisión, C-59/96-P, resolviendo el recurso de casación

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 1997, Syndicat Français de l'Express International, DHL international, Service CRIE y May Courier/Comisión, T-77/95, Rec. II-1 (SFEI).

⁴⁷ Vid. punto 45.

de uno de los asuntos Koelman, pone de manifiesto que el campo de manobra reconocido a la Comisión es ciertamente amplio ⁴⁸.

El señor Koelman había presentado ante la Comisión una denuncia, basada en una supuesta infracción de las normas sobre la competencia, relativa a dos acuerdos tipo en materia de teledistribución por cable de programas de televisión, por una parte, y de radio, por otra, celebrados en los Países Bajos, desde 1985, entre los derechohabientes de dichos programas, representados todos por la asociación BUMA, y cada sociedad de teledistribución o de radiodifusión por cable ⁴⁹. La Comisión rechazó la denuncia y el Sr. Koelman recurrió ante el TPI sin conseguir que éste le diera la razón. En su auto de casación el Tribunal de Justicia concluyó que puesto que, aún suponiendo probada la existencia del acuerdo denunciado como contrario al apartado 1 del artículo 85, éste hubiera podido acogerse a una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, la Comisión pudo, legítimamente, ver en dicha circunstancia, un motivo suficiente para desestimar o archivar la denuncia ⁵⁰.

1. ¿Tiene el denunciante derecho de acceso al expediente administrativo en manos de la Comisión?

Se trata de una de las cuestiones más controvertidas en materia de los derechos de los denunciantes. No cabe duda de que para el denunciante puede ser de gran interés práctico, de cara a mejorar las posibilidades de convicción del interés en perseguir los hechos denunciados, el conocer las informaciones no confidenciales que sobre los mismos dispone la Comisión, obtenidas de las empresas denunciadas o por otras fuentes.

El Tribunal de Justicia ha distinguido entre los derechos de defensa de las empresas que pueden ser sancionadas (empresas interesadas en el sentido de los artículos 3 y 19 del Reglamento 17) y los de los denunciantes. En efecto, en su sentencia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, tras observar que en el caso de autos la investigación no constituía un procedimiento contradictorio entre las empresas interesadas, sino un procedimiento instruido por la Comisión, de oficio o instancia de parte, en el ejercicio de su misión de velar por el respeto de las normas sobre la competencia, el Tribunal de Justicia afirmó que las empresas contra las cuales se ha iniciado el procedimiento y las que han interpuesto una solicitud al amparo del artículo 3 del Reglamento 17, invocando un «interés legítimo» en que cese una supuesta infracción, *no se encuentran en la misma situación procesal* y que estas últimas *no*

⁴⁸ Auto del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1997, Casper *Koelman/Comisión*, C-59/96, Rec. I-4809.

⁴⁹ Según la sentencia, estos acuerdos tienen por objeto garantizar la aplicación de la «Auteurswet» (Ley sobre los derechos de autor) a la retransmisión de estos programas, en lo referente al consentimiento para la retransmisión y la retribución de los titulares de los derechos de autor.

⁵⁰ *Vid.* punto 42.

pueden ampararse en el derecho de defensa en el sentido de la jurisprudencia invocada. Además, precisó que, si bien estos solicitantes deben tener la posibilidad de salvaguardar sus legítimos intereses en el curso del procedimiento administrativo y la Comisión ha de examinar el conjunto de elementos de hecho y de Derecho que pone en su conocimiento, *los derechos procesales de los solicitantes (véase, denunciante) no son tan extensos como el derecho de defensa de las empresas contra las cuales la Comisión dirige su investigación*. Al respecto puntualizó que esos derechos están limitados en la medida en que comprometen este derecho de defensa ⁵¹.

El TPI fue un poco más preciso en su sentencia de 15 de julio de 1994 en el asunto Matra/Comisión, al afirmar que, según reiterada jurisprudencia, el principio del carácter plenamente contradictorio del procedimiento administrativo ante la Comisión, en el ámbito de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas, únicamente rige en relación con las empresas que puedan ser sancionadas por una Decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción de los artículos 85 u 86 del Tratado, en el sentido de que *los derechos de terceros, tal y como son consagrados por el artículo 19 del Reglamento 17, se limitan al derecho a participar en el procedimiento administrativo* ⁵².

Y respecto de la cuestión específica del acceso al expediente, añadió que de ello se desprende que la Comisión goza de cierta facultad de apreciación para tener en cuenta, en su Decisión, las observaciones escritas y, en su caso, orales que presenten. En particular, según el Tribunal, *los terceros no pueden pretender gozar de un derecho a examinar el expediente en poder de la Comisión*, en condiciones idénticas a las de las empresas contra las que se han iniciado actuaciones.

En cuanto al acceso a informaciones de otras empresas, hay que recordar que el Tribunal de justicia, en sentencia de 24 de junio de 1986, Akzo/Comisión ⁵³, ya había concluido que la Comisión puede comunicar a los denunciantes ciertas informaciones cubiertas por el secreto profesional, siempre que esta comunicación sea necesaria para el buen desarrollo de la instrucción, *pero no pueden, sin embargo, en ningún caso, recibir información de documentos que contengan secretos comerciales*.

Por consiguiente, si bien algunos autores se han manifestado poco convencidos de que los denunciantes no puedan exigir tener acceso a exa-

⁵¹ Sentencia 17 de noviembre de 1987, Bat y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142 y 156/84, Rec. p. 4487, puntos 19 y 20.

⁵² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, Matra Hachette SA/Comisión, T-17/93, Rec. p. II-0595, punto 34.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986 AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd/Comisión, 53/85, Rec. 1986, p. 1965).

minar el expediente en posesión de la Comisión ⁵⁴, las sentencias citadas permiten a la Comisión mantener una postura restrictiva al respecto.

Una muy reciente sentencia del Tribunal de Justicia en materia de ayudas de estado viene a corroborar esta línea argumental. En efecto, en su sentencia de 25 de junio de 1998, *British Airways*, el Tribunal señaló expresamente que los «interesados», en el sentido del artículo 93.2 del Tratado y, entre ellos, lógicamente, los denunciantes de la ayudas ilegales que benefician a sus competidores, lejos de poder ampararse en el derecho de defensa reconocido a las personas en contra de las cuales se inicia un procedimiento *sólo disponen del derecho a participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada en función de las circunstancias del caso concreto* ⁵⁵. Para ello se refirió como precedente jurisprudencial de la sentencia al asunto de competencia *BAT y Reynolds*, antes citado, lo que demuestra, sin lugar a dudas, que afirmaciones tan claras y contundentes como éstas son aplicables también en los asuntos propiamente de competencia.

J. ¿Tiene derecho el denunciante a que se adopte una decisión definitiva sobre el carácter anticompetitivo de los hechos denunciados?

Conforme con lo expuesto anteriormente, la respuesta es claramente negativa. Si la Comisión no está obligada ni a hacer una investigación propia de los hechos, ni a incoar un expediente sancionador contra la empresa denunciada y si dispone de un amplio margen de apreciación para definir sus prioridades ante las denuncias recibidas, es obvio que no está obligada a adoptar en todos los casos una decisión final sobre si los hechos denunciados constituyen o no una infracción de las reglas de competencia. Así se manifestó claramente el Tribunal ya en su sentencia de 1979 en el asunto *Gema/Comisión* ⁵⁶.

La sentencia que resuelve el asunto *SFEI*, antes citado, nos lo recuerda cuando afirma que según reiterada jurisprudencia, el artículo 3 del Reglamento 17 no confiere al autor de una denuncia el derecho a obte-

⁵⁴ Así, por ejemplo, en opinión de Temple Lang el denunciante tiene el derecho a conocer la información que necesite para poder intervenir de forma eficiente en el procedimiento, siempre que se salvaguarde la protección de las informaciones confidenciales; TEMPLE LANG, J., «The position of third parties in EEC competition cases», *European Law Review*, 1978, p. 183. En la misma línea, VESTERDORF, si bien reconoce que la jurisprudencia no permite afirmar el derecho al acceso al expediente de los denunciantes, considera difícil de explicar satisfactoriamente por qué bajo el principio general de que todo denunciante tiene derecho a defender sus intereses legítimos no se incluiría también el derecho a acceder a los documentos necesarios para hacerlo de manera eficiente. *Vid. op. cit.*, p. 90.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de primera instancia de 25 de junio de 1998, *British Airways* y otros /Comisión, T-371/94, aún no publicada, puntos 60 y siguientes.

⁵⁶ Sentencia de 18 de octubre de 1979, *GEMA (Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte)/Comisión*, 125/78, Rec. p. 3173 y ss., especialmente p. 3189.

ner una Decisión de la Comisión ⁵⁷, en el sentido del artículo 189 del Tratado, sobre si existe o no una infracción del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado.

Idéntico recordatorio hizo el Tribunal de Justicia en su auto de casación en el asunto Koelman antes referido.

Sin embargo, es preciso recordar que, como había puntualizado el Tribunal en la sentencia en que proclamó el principio general, asunto Automec II, *hay una excepción a esta regla* que juega en el caso de que el objeto de la denuncia estuviese comprendido en el ámbito de las competencias exclusivas de la Comisión. Así, *contrariamente al principio general, la Comisión sí está obligada a adoptar una decisión final respecto de la existencia de la infracción alegada, cuando la denuncia se refiere a unos hechos que vayan a ser objeto de exención individual o cuando en ella se pide que una exención no sea renovada*. Éstas no son denuncias que puedan rechazarse por falta de interés comunitario, puesto que no cabe reenviar a las Autoridades nacionales o a los jueces nacionales.

K. ¿Puede el denunciante exigir que la Comisión publique en el DOCE la intención de archivar una denuncia antes de proceder a ello?

La respuesta es obviamente negativa. En su sentencia de 14 de mayo de 1997, en el asunto Florimex, el TPI alcanzó dicha conclusión comprobando meramente que del propio texto de la disposición se desprende que el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento 17 no exige una publicación previa cuando la Comisión se proponga desestimar una denuncia presentada con arreglo a la letra *b*) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento 17 ⁵⁸.

IV. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS QUE, SIN HABER PRESENTADO UNA DENUNCIA, DESEAN PARTICIPAR EN UN PROCEDIMIENTO ABIERTO RESPECTO DE SUS COMPETIDORES

L. ¿Se tiene derecho a ser oído sin haber sido denunciante?

En determinadas circunstancias, la Comisión debe proceder a oír a personas físicas o jurídicas distintas de las empresas (o asociaciones de empresas) investigadas y de los denunciantes. Concretamente, se abren 2 posibles vías para la participación de terceros no denunciantes en los expedientes abiertos respecto de sus competidores: ⁵⁹

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, Automec II, T-24/90, Rec. p. II-2223, punto 75.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1997, *Florimex BV* y *Vereeniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten/Comisión*, T-70/92 y T-71/92, Rec. II-693, punto 101.

⁵⁹ Obviamente, tanto la Comisión como las autoridades competentes de los Estados miembros, pueden decidir, en cualquier momento, oír a cualquier persona física o jurídica, si así lo consideran necesario. *Vid.* artículo 19.2 (primera frase) del Reglamento 17/62.

Así, por un lado, tienen derecho a ser oídas aquellas empresas que, por haber tenido conocimiento de la existencia de un expediente sancionador abierto susceptible de finalizar por una decisión de la Comisión de las previstas en el Reglamento 17⁶⁰, hayan solicitado a la Comisión presentar observaciones, siempre que acrediten un interés suficiente⁶¹.

Por otro lado, quienes tras haber tenido conocimiento, por la Comunicación publicada en el DOCE, de que la Comisión tiene previsto adoptar una decisión ex artículos 2, 6 y 8 del Reglamento 17 que consideren puede afectarles de un modo u otro, tienen derecho a ser oídos, por lo menos presentando sus observaciones escritas al respecto⁶².

¿Cuál es la naturaleza y alcance de dicho derecho?

En principio, la Comisión proporcionará a estos terceros no denunciantes que acrediten un interés suficiente la oportunidad de presentar sus observaciones por escrito (artículo 5 del Reglamento 99/63). No obstante, si así lo solicitan en sus observaciones escritas, y si acreditan un «*interés suficiente a estos efectos*»⁶³ la Comisión les permitirá desarrollar verbalmente sus puntos de vista (artículo 7.1 del Reglamento 99/63). Por supuesto, la Comisión puede decidir discrecionalmente permitir a cualquier otra persona (incluso en ausencia del mencionado interés) expresar oralmente sus opiniones (artículo 7.2 Reglamento 99/63).

V. EL ACCESO AL TRIBUNAL DE LOS DENUNCIANTES Y OTROS TERCEROS EN MATERIA DE COMPETENCIA

M. ¿Tiene derecho el denunciante a interponer recurso contra la Comisión por no pronunciarse sobre la denuncia presentada?

Como ya hemos visto, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Guérin automobiles responde afirmativamente y de forma definitiva a esta pregunta.

En efecto, por un lado, el Tribunal ha despejado todo tipo de dudas sobre el alcance del artículo 6 del Reglamento 99/63, al afirmar que la

⁶⁰ Se trata del derecho de audiencia de las empresas afectadas por la investigación que se reconoce en el artículo 19.1 del Reglamento 17, el cual establece que «antes de tomar las decisiones previstas en los artículos 2, 3, 6, 7, 8, 15 y 16, la Comisión dará a las empresas y a las asociaciones de empresas interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con las reclamaciones estimadas por la Comisión».

⁶¹ Vid. párrafo 2 del artículo 19 del Reglamento 17.

⁶² La disposición relevante es aquí el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento 19/62, que establece que «cuando la Comisión se proponga expedir una declaración negativa en virtud del artículo 2, o tomar una decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, publicará lo esencial del contenido de la solicitud o de la notificación de que se trate, invitando a los terceros interesados a que le transmitan sus observaciones en el plazo que ella fije, el cual no podrá ser inferior a un mes. La publicación deberá tener en cuenta el legítimo interés de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales».

⁶³ «Interés suficiente», aquí, en la celebración de una audiencia (distinto, por lo tanto, del «interés suficiente» ex artículo 19.2 Reglamento 17).

Comisión no puede dirigir al denunciante una decisión desfavorable sin que haya tenido la posibilidad de presentar sus observaciones sobre los motivos que la Comisión considera tener.

Por otro lado, el Tribunal ha querido recordar cuáles son las vías de recurso al alcance del denunciante para el caso en que la Comisión se abstenga, bien de iniciar un procedimiento sancionador, bien de adoptar una decisión definitiva de rechazo o archivo de la denuncia en un «plazo razonable». Además, ha sido tajantemente claro al precisar que el denunciante puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 175 del Tratado para interponer un recurso por omisión y que el hecho de que ya se haya interpuesto un recurso por omisión para obtener la comunicación con arreglo al artículo 6 del Reglamento 99/63 no le impide, en absoluto, la posibilidad de interponer, a continuación, otro recurso por omisión con el objeto de reprochar la falta de decisión sobre la suerte de la denuncia.

Finalmente ha lanzado un claro mensaje a la Comisión, al recordar expresamente que, si ante el segundo emplazamiento a actuar, la Comisión no hubiera reaccionado dentro de plazo, correría el riesgo de ser condenada por su inactividad al pago de las costas del denunciante, como ya hizo el TPI en uno de los asuntos Guérin automobiles resueltos precisamente en 1997 (asunto T-38/96, punto 49).

N. ¿Tiene derecho el denunciante a interponer recurso contra la decisión de rechazo o de archivo de la denuncia adoptada por la Comisión?

Hemos visto al analizar quién tiene derecho a presentar una denuncia que una de las primeras cuestiones de los derechos del denunciante que aclaró la jurisprudencia fue la legitimación activa en el sentido del artículo 173 del Tratado, que tienen los que han presentado una denuncia en virtud del artículo 3, párrafo 2, letra b) del Reglamento 17⁶⁴.

Queda claro, por tanto, que si la Comisión se manifiesta de forma definitiva, sea por carta administrativa firmada por uno de los responsables de la DG IV, sea por Decisión formal del Colegio de comisarios (o del comisario responsable por delegación), dicha manifestación definitiva es una decisión atacable en el sentido del artículo 173 ante el TPI. Pero, cuándo puede considerarse que una carta de la Comisión comporta una decisión definitiva y por tanto recurrible?

En el asunto Automec I, el Tribunal había distinguido entre tres estadios del procedimiento, que comportaban diferencias importantes respecto de la posibilidad de recurrir las respectivas reacciones de la Comisión⁶⁵.

⁶⁴ Sentencia de 25 de octubre de 1997, Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co.Kg/Comisión, Rec. p. 1875, punto 13 y sentencia de 11 de octubre de 1983, Demo-Studio Schmidt /Comisión, Rec. p. 3045, punto 14.

⁶⁵ Vid. Sentencia del TPI de 10 de julio de 1990, Automec/Comisión, «Automec I», T-64/89, Rec. p. II-367, puntos 45 a 47.

Primer estadio. Cuando se ha depositado la denuncia y la Comisión está intentado conseguir la información necesaria para determinar su postura provisional ex artículo 6 del Reglamento 99/63, los intercambios y encuentros que pueda haber entre la Comisión y el denunciante no son definitivos. Por ello, ninguna carta de la DG IV en este estadio puede ser considerada definitiva y por tanto recurrible.

Segundo estadio. Cuando la Comisión efectúa la notificación de su postura provisional ex artículo 6, el Tribunal considera que tampoco dicha manifestación es un acto atacable por no ser un acto definitivo (por analogía con lo decidido por el Tribunal respecto del carácter provisional del envío del pliego de cargos). Es un acto preparatorio de la decisión final.

Tercer estadio. Tras las observaciones del denunciante a la postura provisional de la Comisión, cualquier pronunciamiento de la Comisión respecto de la suerte de la denuncia sí podría ser considerado como definitivo, salvo que de su contenido se desprendiese claramente que no lo es, y por tanto, sería recurrible.

Es preciso recordar, para interpretar correctamente la situación del denunciante en el primer y segundo estadios, la rotundidad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Guérin automobiles respecto tanto del derecho inalienable que le garantiza el artículo 6, como del juego de los recursos en carencia en los supuestos de falta reiterada de cumplimiento de lo que el Tribunal considera una obligación de la Comisión en estos procedimientos ⁶⁶.

En cuanto a los terceros distintos de los denunciante, sólo podrán intentar un recurso en anulación de la decisión que consideren contraria a sus intereses en la medida en que sean capaces de demostrar ante el Tribunal que reúnen las condiciones de afectación directa e individual exigidas por el artículo 173 del tratado para recurrir contra decisiones de las que no son destinatarios.

Ñ. *¿Tienen derecho los denunciante y otros terceros a actuar como intervinientes o coadyuvantes en procedimientos ante el Tribunal en los que se impugna la decisión de la Comisión sobre la existencia de la infracción?*

El artículo 37 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia reconoce el derecho de intervención a cualquier persona que demuestre un interés en la solución de un litigio como el presente.

El Tribunal ha reconocido que quien presenta una denuncia ante la Comisión, con arreglo al artículo 3 del Reglamento 17, en virtud de la

⁶⁶ Recordemos, en efecto, que el Tribunal quiso dejar claro que, al finalizar la fase de la tramitación del artículo 6 del Reglamento 99/63 la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia o a adoptar una decisión definitiva de archivo de la denuncia, y que debe hacerlo en un «plazo razonable».

cual la Comisión inicia un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado y adopta una Decisión declarando la existencia de la infracción, *puede tener legítimo interés en que se mantenga la Decisión y, por tanto, reúne las condiciones para intervenir como parte coadyuvante en un litigio ante el Tribunal en el que se impugna la decisión en cuestión* ⁶⁷.

Pero, ¿qué ocurre con los competidores que no actuaron como denunciantes en el procedimiento ante la Comisión que condujo a una decisión sancionadora?, ¿pueden intervenir como coadyuvantes en apoyo de una de las partes en el procedimiento ante el Tribunal en el que se impugna dicha decisión?

Como demuestra el auto del TPI de 29 de mayo de 1997, en el asunto *British Steel/Comisión*, T-89/96, *la respuesta será afirmativa siempre que se pueda demostrar que existe una relación de competencia, siquiera indirecta, entre la empresa que quiere intervenir y la empresa afectada por la decisión* ⁶⁸. Si bien se trataba de un asunto de ayudas de Estado en el sector CECA, nada indica que la apreciación del Tribunal pudiera ser distinta en el ámbito CEE ⁶⁹.

VI. CONCLUSIÓN

Este artículo ha intentado sintetizar la situación jurídica de aquellas empresas que, preocupadas por las distorsiones de la competencia en su entorno competitivo, deciden solicitar a la Comisión Europea que utilice sus poderes sancionadores como guardián de las disposiciones de la competencia del Tratado.

Como hemos visto, a la luz de la legislación aplicable y de su interpretación por el Tribunal de Primera Instancia y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la situación jurídica de tales empresas, cuando actúan como denunciantes o como otros terceros interesados puede resumirse del siguiente modo:

— Cualquier empresa que considere que el comportamiento supuestamente irregular de otra empresa, realizado con o sin el amparo de la administración del estado, le perjudica de un modo u otro en su competitividad tiene derecho a denunciar tales hechos ante la Comisión. Si teme cualquier tipo de reacción negativa por parte de dicha u otras empresas, puede mantener el anonimato como denunciante.

⁶⁷ Auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de noviembre de 1991, *Eurosport Consortium/Comisión*, T-35/91, Rec., p. II-1359, puntos 5 y 6.

⁶⁸ *Vid.* auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de mayo de 1997, en el asunto *British Steel/Comisión*, T-89/96, Rec., p. II-835, punto 20.

⁶⁹ Particularmente, teniendo en cuenta la similitud de términos utilizados en los artículos 34 del Estatuto CECA del Tribunal de Justicia y 37 del Estatuto CEE.

— Una vez presentada la denuncia, tiene derecho a que la Comisión proceda a un examen atento de los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento, sin que sea obligatorio para ello que la Comisión utilice sus poderes de investigación para saber más sobre los comportamientos denunciados. Además, puede exigir de la Comisión una reacción a la denuncia en un tiempo razonable, teniendo en cuenta las características particulares de los hechos y de la infracción denunciada. Si la reacción inicial de la Comisión es de archivar la denuncia sin abrir procedimiento sancionador, el denunciante tiene derecho a ser oído y, para ello, a presentar sus observaciones respecto de dicha postura provisional de la Comisión, quien nunca podrá adoptar una decisión definitiva de archivo sin haberle ofrecido la oportunidad de hacerlo. En la práctica, ello significa que deberá comunicarle por escrito las razones por las que no piensa dar curso favorable a la denuncia, concediéndole un plazo para presentar por escrito sus eventuales observaciones.

— El denunciante debe conocer igualmente los límites de sus derechos. Así, debe ser consciente de que no puede exigir de la Comisión la incoación de un procedimiento sancionador contra la empresa denunciada, sin perjuicio de intentar persuadir a la institución de la necesidad y conveniencia de hacerlo. En segundo lugar, debe saber que si solicita tener acceso a los documentos que sobre los comportamientos denunciados figuran en su expediente, la Comisión puede decidir no concedérselo, particularmente, respecto de aquellos documentos que puedan contener secretos empresariales. Y, sobre todo, debe saber, desde el principio, que no tiene ninguna garantía de que se llegue a adoptar una decisión definitiva sobre el carácter anticompetitivo de los hechos denunciados, puesto que la Comisión es libre para decidir en cada caso si responde al interés comunitario adoptar una decisión definitiva al respecto.

— Por otro lado, conviene recordar que las empresas conocedoras de la apertura de un procedimiento sancionador o de exención relativo a uno de sus competidores y deseosas de hacer valer sus opiniones al respecto, pueden solicitar ser oídas por la Comisión, sin necesidad de que previamente hayan presentado una denuncia formal contra tal empresa.

— Los denunciantes tienen derecho a acudir a la Jurisdicción comunitaria cuando consideren que la Comisión ha tratado su denuncia sin respetar los derechos expuestos en las páginas precedentes. Así, pueden interponer un recurso en carencia contra la Comisión por no pronunciarse sobre la denuncia presentada en un plazo razonable y un recurso en anulación si ésta adopta una decisión de rechazo o de archivo de la denuncia sin el respeto debido de las formas sustanciales y, particularmente, si no motiva suficientemente tal decisión.

— Finalmente, conviene que los denunciantes y otros terceros sepan que tienen derecho a actuar como intervinientes en apoyo de las pretensiones de una de las partes en los procedimientos ante el Tribunal en los

que se impugna la decisión de la Comisión sobre la existencia de la infracción.

Sin embargo, para tener una perspectiva más completa del abanico de posibilidades de reacción de las empresas perjudicadas por actuaciones restrictivas, conviene añadir el amplio campo de actuación que tienen al respecto los jueces internos y las autoridades nacionales de defensa de la competencia. Estas instituciones nacionales están sin duda llamadas a protagonizar un papel preponderante en la materia, como lo recuerdan periódicamente el Tribunal de Justicia y el TPI en sus sentencias. En 1997, así lo hizo, en particular, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de marzo, en el asunto Guérin automobiles al afirmar, como apostilla de su razonamiento, que «... procede recordar que una empresa que se considere perjudicada por un comportamiento contrario a la competencia, siempre puede alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, especialmente cuando la Comisión decide no dar curso a su denuncia, los derechos que deduce del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 del Tratado, que producen efectos directos en las relaciones entre particulares».

LA FIJACIÓN EN ORIGEN DE LOS PRECIOS AL DETALL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA. EL CASO DEL MERCADO DEL LIBRO

Vicente José MONTES GAN

Subdirector General de Concentraciones,
Adquisiciones y Ayudas Públicas
Tribunal de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La fijación en origen de los precios al detall (en adelante *fopd*) es una conducta de mercadotecnia que consiste en que el fabricante de un producto concreto obliga a los distribuidores minoristas a ofertarlo a un precio determinado establecido por él, ya sea debido a que dispone de poder de mercado o a que existe una regulación específica que ampara dicha conducta¹. La crítica a este tipo de restricciones verticales descansa en sus efectos sobre el precio de productos específicos y sobre la asignación de recursos entre diferentes actividades económicas². Sin embargo, no se trata exclusivamente de una restricción vertical, ya que, en general, los distintos análisis realizados acerca de los mercados afectados por esta práctica concluyen que la *fopd* suele traducirse en el desarrollo de cárteles o de comportamientos «similares a un cártel».

La implantación de la *fopd* puede deberse a la actitud de los fabricantes, de los detallistas, o de ambos agentes a la vez. Por tanto, caben tres hipótesis. La primera sostiene que la *fopd* suele indicar la existencia

¹ La fijación de los precios de un bien o servicio, tanto si es de carácter horizontal, por acuerdo entre los competidores, como si es de carácter vertical, por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores, constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia.

² De acuerdo con el Profesor YAMEY (1966) la *fopd* es «...una práctica restrictiva que limita o elimina la competencia en precios en los canales distributivos afectados: en una situación típica aumenta los precios al detall y restringe la elección de los consumidores...».

de una práctica concertada de los minoristas. Los detallistas *ortodoxos*, tratando de protegerse contra los recortes de precios u otras formas de competencia dentro de su actividad, presionan a los fabricantes para que establezcan los precios y los márgenes, asegurándose así la estabilidad de sus rentas. Una segunda hipótesis atribuye la *fopd* a los fabricantes, que quedarían mediante el acuerdo protegidos de cualquier distorsión derivada de la competencia en precios entre detallistas. Finalmente, una tercera hipótesis apunta a una acción concertada de fabricantes y detallistas o, más en concreto, a una autorregulación de la actividad del mercado sustentada en un reparto de rentas entre los distintos operadores mutuamente beneficiosa. Éste parece ser, de acuerdo con el Tribunal, el caso del mercado del libro.

Hace ya más de un siglo que se inició en Gran Bretaña el debate sobre la fijación en origen del precio de los libros. En el año 1829, el colectivo de libreros londinenses se erigió en defensor de la prohibición de la práctica de descuentos en los libros señalando que dichos descuentos estaban dañando la «respetabilidad del negocio» y que debían prohibirse a fin de promover una cooperación cordial y permitir que tanto los editores como los libreros pudieran disponer de «aquellos beneficios a los que respectivamente tenían derecho». Nació así la práctica, y con ella la controversia, sobre el precio fijo de los libros que se convertiría posteriormente en una fuente permanente de debate en la práctica totalidad de los países europeos [Grether (1934), Yamey (1954)].

Este debate acalorado se ha repetido en España en los últimos meses a raíz de la remisión al Gobierno por parte del Tribunal de un Informe en el que se recomienda la eliminación del precio fijo de los libros en España. En dicho Informe, el Tribunal sostiene que, en muchos casos, con el objetivo de promocionar la cultura se han desarrollado marcos reguladores protectores de la industria y del comercio cultural cuya aplicación ha podido distorsionar el funcionamiento del sector dificultando el logro de los objetivos buscados. Por ejemplo, en la actualidad se apela a objetivos culturales en defensa del mantenimiento de la regulación restrictiva del precio de los libros. De esta forma, señala el Tribunal, se enmascara la verdadera esencia del problema: «...la fijación en origen de los precios es una cuestión económica, no cultural...».

El Tribunal ha mostrado su preocupación por esta práctica en muchas de sus actuaciones. Como es bien sabido, los principales instrumentos utilizados por el Tribunal para impulsar la liberalización son sus Informes, como elementos inductores de la introducción y reforzamiento de la competencia en los mercados, y sus Resoluciones, como expresiones fehacientes de la vigilancia permanente de los comportamientos anti-competitivos de las empresas. La *fopd* constituye una restricción vertical contraria a los fundamentos de la LDC que, salvo en casos excepcionales, el Tribunal ha tipificado como infracción de lo dispuesto en su artículo 1. No obstante, como quiera que la LDC establece en su artículo 2 que sus

critérios no serán de aplicación cuando la restricción vertical cuente con amparo legal, en el caso del libro el Tribunal ha actuado mediante un Informe en lugar de mediante una Resolución con el objetivo de vadear las restricciones que impone dicha Ley a la aplicación efectiva de sus propios preceptos³.

II. AMPARO LEGAL Y RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL

La promoción del libro se ha configurado tradicionalmente como un objetivo prioritario de la política cultural española y ha dado lugar a un amplio desarrollo normativo. La *Ley de Protección al Libro Español*, de 18 de diciembre de 1946, constituye una temprana muestra de esta preocupación. Posteriormente, la *Ley de Régimen Especial para la promoción, producción y difusión del libro*⁴ de 12 de marzo de 1975 nació con el objetivo de incluir las distintas medidas de promoción del libro en un único marco regulador, dada, de acuerdo con el legislador: «...la imposibilidad de alentar la actividad creadora del autor sin *desarrollar coordinadamente* la producción y distribución del libro y el fomento del hábito de la lectura...».

La fijación en origen del precio de los libros cuenta con amparo legal en España desde la aprobación de esta norma, que constituye un fiel reflejo del intervencionismo administrativo en la economía. En concreto, en su artículo 33 establece que: «...el precio de venta al por menor de libros al público se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar...». Por su parte, la práctica de descuentos sobre el precio fijo se desarrolló reglamentariamente en el Real Decreto 484/90, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de los libros, que señala en su artículo 1 que: «... el precio de venta al público al contado podrá oscilar entre el 95% y el 100% del precio fijo...».

Como se ha señalado en la introducción, dado el amparo legal que estas normas concedieron a la *fopd* en el mercado del libro, el Tribunal, incluso manifestándose reiteradamente en contra de este tipo de prácticas, no ha podido, ni puede en la actualidad, sancionar estos comportamientos en aplicación de la LDC. No obstante, el análisis de las Resoluciones que han tratado esta cuestión deja bien clara su opinión. Cuando el Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones⁵ ha señalado que sin la

³ Otros casos en los que la LDC limita la capacidad de acción del Tribunal son los de control de las operaciones de concentración y de la concesión de ayudas públicas.

⁴ Esta Ley establece como base de la política del libro el principio de libertad de expresión; describe los diferentes sujetos que participan en la creación y difusión del libro; enumera las formas contractuales y el régimen de responsabilidades, infracciones y sanciones, estableciendo los recursos procedentes en esta materia; y fija el régimen económico-fiscal aplicable al libro en España.

⁵ Resoluciones del Tribunal de los Expedientes A 40/92, Gremio de libreros de Valencia I, A 50/93, Gremio de libreros de Valencia II, A 60/93, Venta de libros «con descuento», y A 78/94, Grandes Almacenes FNAC.

fijación en origen de los precios al detalle, el contraste entre el poder oligopolístico —y en ocasiones monopolístico— del editor y la competencia entre un número elevado de librerías —de naturaleza distinta y con costes de explotación también distintos— se traduciría en una diversidad de precios —clara expresión de la competencia— que resultaría tanto de las distintas estructuras de costes como de los comportamientos de la demanda y de las estrategias empresariales.

En otros casos, el Tribunal ha tenido que dictaminar sobre el supuesto carácter desleal de la práctica de descuentos en cuantía superior a la establecida legalmente. Por ejemplo, en el Expediente A 78/94⁶ el Tribunal estudió la denuncia contra la entidad Grandes Almacenes FNAC España S.A. por venta de libros con un 20% de descuento a los poseedores del carné joven proporcionado por la Comunidad de Madrid. El denunciante consideró que con dicha promoción los denunciados ofrecían descuentos superiores al 5% del precio de venta al público de los libros, lo que significaba «una práctica de la Empresa denunciada que constituiría competencia desleal».

Tras el archivo de las actuaciones por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, el denunciante recurrió al Tribunal que en su Resolución señala que la *fopd* constituye una práctica fuertemente restrictiva de la competencia, si bien, en el caso de la venta de libros, la competencia se reduce a los factores distintos al precio, dado que los librerías deben vender el mismo libro al mismo precio, sin que quepa la posibilidad de ofrecer descuentos superiores al 5%. No obstante, el Tribunal señala que las campañas dirigidas a reducir el coste de adquisición de los libros resultan beneficiosas para el interés público porque, al reducir los precios, tales campañas contribuyen a incrementar el salario real de los ciudadanos y porque una reducción del precio de los libros se traduce en un incremento de la cantidad de libros adquiridos por los lectores. Es decir, la venta de libros con descuento promueve un incremento del excedente del consumidor que se traduce en una mejora de la eficiencia de los mercados afectados.

En su Resolución de 4 de octubre de 1993⁷ el Tribunal ahonda en dichas consideraciones. Sostiene el Tribunal que es posible, pero no seguro, que las campañas promocionales hagan disminuir el volumen total de ventas de los competidores, pero ello no tiene como consecuencia ni que

⁶ Incoado para resolver el recurso interpuesto por la representación de la Federación Sindical del Pequeño y Mediano Comercio del Artesanado, en la que se integra la Asociación de Pequeñas y Medianas Librerías y Librerías-Papelerías de Madrid y Provincia, contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 29 de marzo de 1994, por el que se ordenaba el archivo de las actuaciones.

⁷ Resolución del Expediente A 60/93 que da respuesta al recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento del Expediente 762/91 del Servicio, incoado por denuncia de la Federación Sindical del Pequeño y Mediano Comercio contra El Corte Inglés, S.A., Hipercor, S.A. y la cadena de librerías Crisol.

sean ilegales ni que deban ser prohibidas. El objetivo de defensa de la competencia que establece la LDC no es ni mucho menos la defensa del competidor o la defensa del ineficiente contra el eficiente, y las restricciones impuestas a la competencia en el mercado de la venta de libros por la obligatoriedad de aplicación del precio fijado por el editor son ya excesivos, de manera que no puede atenderse, por la vía de una interpretación extensiva del contenido de esta Ley, a peticiones desmesuradas por parte de los operadores en dicho mercado dirigidas a forzar la desaparición de toda forma de competencia⁸.

En resumen, el Tribunal ha defendido en sus Resoluciones que, en ausencia de precio fijo, la competencia en precios entre los librereros se traduciría en una diversidad de precios que contribuiría a la racionalización del sector y favorecería a los consumidores. A pesar de ello, el amparo legal impedía la eliminación de esta práctica del mercado del libro por lo que el Tribunal decidió remitir un Informe al Gobierno proponiendo la eliminación de la regulación restrictiva de este mercado.

III. EL INFORME DEL TRIBUNAL SOBRE EL PRECIO FIJO DE LOS LIBROS

I. LOS INFORMES DEL TRIBUNAL Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

El Tribunal hizo uso por primera vez de sus facultades de promoción de la competencia 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 consistió en el encargo de un Informe sobre un amplio conjunto de sectores. Posteriormente, 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 Tribunal en su Informe precedente.

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

⁸ El Tribunal declaró concluso el expediente por desistimiento de la parte denunciante y por no existir un interés general que determinara su continuación.

institucional que favorezca la introducción de competencia, rompiendo los círculos viciosos que impiden la liberalización y manteniendo transparentes los privilegios (TDC, 1993).

En esta línea, el objetivo del Informe del Tribunal de 1997 sobre el precio fijo de los libros es analizar los efectos de las normas reguladoras de la *fopd* en el mercado del libro español desde el punto de vista de la competencia y formular propuestas de modificación de las mismas al Gobierno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la LDC. El Tribunal trata de demostrar que la *fopd* no permite obtener los efectos beneficiosos que han justificado su adopción con el convencimiento de que el impulso a la competencia en el mercado del libro constituye un elemento esencial de la política cultural, ya que: por un lado, la competencia favorecerá el abaratamiento del precio de los libros y el consiguiente aumento de los ejemplares vendidos, hecho que promoverá un mayor acceso de los ciudadanos a la cultura y estimulará la actividad creadora; y, por otro, la mayor competencia entre los agentes que operan en el mercado impulsará la modernización del tejido comercial librero e incrementará la oferta de servicios en beneficio de los ciudadanos y de la cultura.

Es importante no olvidar que el Informe que se sintetiza a continuación no analiza la regulación y la estructura del sector del libro en general sino, exclusivamente, la norma que ampara la *fopd*.

2. LA ORDENACIÓN DEL SECTOR DEL LIBRO

La ordenación del sector del libro es la consecuencia tanto de su evolución histórica como de los elementos reguladores a los que se ha visto sometido. Para comprender el comportamiento de los distintos agentes que operan en este sector es aconsejable retroceder hasta el siglo XVI. Fue en esta época cuando se introdujo por primera vez el conocido como *contrato estimatorio* que consistía en un acuerdo entre los editores y los detallistas mediante el cual estos últimos mantenían los libros en depósito hasta su venta. Los libreros podían devolver los libros no vendidos al editor. Se establecía así un primer concierto vertical entre el fabricante y el detallista⁹. Con el tiempo, la concertación se extendería al resto de las relaciones entre los distintos operadores del sector y terminaría enraizándose en el mismo como parte de los usos y costumbres.

La general aceptación de dichos *usos y costumbres* favoreció históricamente la estabilidad del sector, basada en un reparto de rentas entre los distintos operadores, y frenó su adaptación a los cambios de la deman-

⁹ No puede hablarse de restricción vertical en el caso del contrato estimatorio, dado que los libros continúan siendo propiedad del editor y permanecen en depósito en los comercios de librería.

da. Sin embargo, más recientemente, la amenaza que suponía un conjunto de circunstancias para el sistema, como la tendencia hacia la concentración de actividades, la progresiva integración vertical o la aparición de nuevas formas de distribución comercial, provocó la demanda por parte de los operadores del sector de una regulación que asegurara el mantenimiento del *statu quo*. Con la publicación de la legislación sobre el precio fijo de los libros, la concertación vertical en el mercado del libro recibía el amparo de los poderes públicos.

Esta concertación, lograda en el marco del *fopd*, ha dotado de una gran estabilidad al reparto de los márgenes sobre el precio fijo de venta al público. El cuadro I describe la cadena de valor del libro en general y los descuentos medios realizados por los editores españoles en el año 1995 a los distintos canales de distribución en particular¹⁰. La distribución real de los descuentos en la cadena de valor del libro viene determinada tanto por los usos y costumbres como por el poder de negociación de las partes. La aparente estabilidad del sector proviene del citado reparto de rentas que satisface, sobre todo, a los editores y a los distribuidores mayoristas y al detall, y no así a los autores, a los lectores y a un gran número de establecimientos comerciales.

CUADRO I

La cadena de valor del libro	Porcentajes (1)
Creación literaria	10
Edición	40
Distribución mayorista (2)	20
Distribución minorista (3)	30

(1) Participación de cada segmento en el precio de un libro en porcentaje.

(2) El descuento medio total obtenido por las distribuidoras mayoristas de los editores se situó en el año 1995 en el 47%. Este valor incluye el margen del canal de distribución al detall.

(3) Dentro de la distribución minorista, los porcentajes medios obtenidos por los distintos canales de distribución al detall en sus relaciones directas con los editores fueron en el año 1995 los siguientes: las librerías, el 30%; las grandes superficies, el 36%, los quioscos, el 37%; y, finalmente, las organizaciones de venta a crédito, el 60%.

Fuente: *Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza y Federación de Gremios de Editores de España*.

Considera el Tribunal que no es justificable, desde el punto de vista de la competencia, que unos comercios que obtienen del editor un descuento sobre el precio final del libro del 36,3% como media no puedan transmitirles, si lo desean, parcialmente este amplio margen a sus clien-

¹⁰ La encuesta de la FGEE, *VIII Estudio sobre el Comercio Interior del Libro*, señala que el valor modal, o descuento que con más frecuencia se aplica por las editoriales se situó, en el año 1995, en el 50% para las ventas a distribuidora, en el 30% en las ventas a librerías y en el 40% en las ventas a las grandes superficies.

tes por imperativo legal. Pero quizás resulta más injustificable si cabe, desde el punto de vista de los consumidores, que una familia no pueda beneficiarse de descuentos superiores al 5% en la adquisición de los libros de texto que está obligada a comprar cada año para atender a la educación de sus hijos, cuando un gran número de comercios estarían dispuestos a ofrecerle descuentos muy superiores. Un margen del 43% sobre el coste es suficientemente elevado como para permitir que haya competencia en precios en el sector.

La concertación imperante en el sector del libro ha prevalecido a lo largo de los años por distintas razones. En primer lugar, porque los agentes intervinientes, con la excepción de los consumidores, que son la mayoría de los ciudadanos, no tienen grandes incentivos para sustituirla por una competencia activa en el mismo, tal como ponen de manifiesto sus reiteradas declaraciones a los medios de comunicación. En segundo lugar, porque el concierto vertical entre los operadores ha sido protegido por elementos reguladores. En tercer lugar, porque ambos hechos han frenado el desarrollo de nuevas formas de comercialización que pusieran en cuestión, desde dentro del sector, su funcionamiento. Y, en cuarto lugar, porque las argumentaciones contrarias a esta organización del sector han sido rebatidas por los operadores concertados mediante la apelación a la defensa de la cultura, y ello cuando, generalmente, lo que se cuestionaba era la mayor o menor eficiencia de esta estructura sectorial cartelizada.

En conclusión, se puede afirmar que el mercado del libro constituye un caso específico de mercado que se comporta como un cártel. La mayoría de los comerciantes librereros y de los editores, y en particular los representantes de sus asociaciones, defienden el mantenimiento de la actual organización y regulación del sector, y no es de esperar de los distribuidores mayoristas la crítica a un sistema que les permite disponer de una red de puntos de venta muy fina y que les asegura la estabilidad de sus márgenes.

3. CAMBIOS DE ESCENARIO EN EL SECTOR DEL LIBRO

La progresiva globalización de la actividad económica y la rápida incorporación de los avances tecnológicos a los procesos productivos, de distribución y a la vida cotidiana de los ciudadanos está configurando un nuevo escenario para las actividades industriales y comerciales que exige una rápida adaptación por parte de los operadores de los mercados. El sector del libro no es inmune a esta nueva realidad que está modificando los procesos de impresión, de edición y de distribución de libros. A continuación se analizan algunas de estas modificaciones que evidencian la necesidad de formular nuevas propuestas para solucionar nuevos problemas en el ámbito de la política cultural en general y de los programas de promoción del libro y de la creación literaria en particular.

Durante los últimos años han tenido lugar cambios fundamentales en el proceso tecnológico de la impresión que han sido rápidamente incorporados por la industria. Estos cambios han favorecido la reducción de los costes unitarios de la impresión y han atenuado la importancia de las economías de escala en la actividad de impresión de libros. En la actualidad, es necesario un número menor de libros para llevar a cabo una edición rentable, se ha reducido el coste de la reimpresión y del almacenamiento y, con ello, han aumentado la facilidad y velocidad con las que un título puede ser reimpresso para satisfacer la demanda. De esta forma, los editores han visto disminuir considerablemente los costes en los que incurrieran como consecuencia de la incertidumbre acerca de la dimensión adecuada de la impresión inicial de un título concreto.

Asimismo, la introducción progresiva de catálogos informatizados y de sistemas electrónicos de búsqueda y reserva de libros en los puntos de venta está permitiendo al comercio de librería controlar sus ventas y sus existencias más eficientemente, así como identificar qué títulos se venden con mayor rapidez. Si los distribuidores de libros al detall informan a los editores a través de estos sistemas acerca de las ventas que realizan, las empresas editoriales disponen de una información útil que les permite ajustar sus reimpressiones a la demanda.

Por otra parte, también se han modificado las condiciones de la competencia en el sector, ya que han entrado nuevas empresas en la industria o en la distribución de libros ¹¹, con conductas y estrategias empresariales diversas, así como nuevos productos que compiten directa o indirectamente con el libro ¹².

En resumen, el escenario ha cambiado para el sector del libro. En el nuevo contexto, delimitado por los factores enunciados anteriormente, el Tribunal sostiene que es necesario remover aquellas regulaciones inad-

¹¹ El redimensionamiento de las empresas europeas como consecuencia de la consolidación del mercado único ha afectado también a la industria del libro y a las actividades de distribución de productos editoriales, tanto al por mayor como al detall. Frente a las nuevas formas de distribución comercial al por menor, ya se trate de grandes establecimientos especializados o de cadenas de librerías integradas verticalmente en grupos editoriales, los comercios de librería tradicionales han optado por aunar sus esfuerzos o por diversificar sus actividades. Por ejemplo, en la actualidad un gran número de comercios de librería son además papelerías, y viceversa, mientras otros comercios están estudiando posibles sistemas de cooperación en múltiples ámbitos relacionados con la actividad de distribución de libros al detall como la realización de ventas o la oferta de información mediante la red internet.

¹² Se pueden distinguir dos grupos de bienes: aquellos que entran en competencia con los libros como fuente de información, es decir, las informaciones editadas en páginas electrónicas en la red internet, los discos y las ediciones de CD ROM, etc., productos que contienen bases de datos u otros trabajos de referencia y aquellos que, si bien no ofrecen contenidos equivalentes a los de los libros, sí compiten con ellos por la porción de la renta de los consumidores que éstos dedican al ocio y al entretenimiento, como por ejemplo, los discos compactos, las cintas magnéticas de cassette o de vídeo, etc.

cuadas que obstaculizan la mejora de la competitividad de las empresas e impiden la maximización de la satisfacción de los ciudadanos, entre ellas, la legislación sobre la *fopd*.

4. LA *FOPD* EN EL SECTOR DEL LIBRO EN ESPAÑA

La legislación sobre el precio único de los libros vigente en la economía española constituye una cláusula de *fopd* amparada por la ley destinada a asegurar que en la relación vertical entre la empresa editorial y los librereros la primera fija los precios de venta al público y los segundos están obligados a respetar los precios fijados por las editoriales para la venta de sus libros. Esta obligación impone, de hecho, dos restricciones a los librereros: en primer lugar, les obliga a vender a los mismos precios que sus competidores; y, en segundo lugar, les prohíbe discriminar en precios a sus clientes a través de descuentos. Además, todos los clientes reciben el mismo trato, tanto si son compradores habituales u ocasionales, grandes o pequeños compradores, clientes individuales o asociaciones de padres de alumnos, por citar algunos ejemplos.

Todo este esquema se complica si se considera que además de los fabricantes y los detallistas, en el mercado del libro operan los distribuidores mayoristas. La distribución del libro a través de una empresa ajena a la editorial, supone la introducción de un eslabón adicional entre ésta y el comerciante minorista y, por tanto, de un margen comercial suplementario que repercute en menores márgenes para el editor y/o en precios mayores de venta al público. Aparece así el problema de la doble marginalización de los precios, que consiste en que cada una de las empresas, editorial y distribuidora mayorista, fija su precio ignorando la pérdida de beneficios que origina a la otra o el incremento de precios resultante. No obstante, este problema puede solucionarse por otros métodos sin necesidad de amparar legalmente la fijación vertical de los precios.

La protección de los establecimientos comerciales menos eficientes que caracteriza a la *fopd*, perjudica a los consumidores sin favorecer el progreso o la mejora de la eficiencia global de las empresas de distribución al detall. En ausencia de precio fijo, la competencia en precios entre comercios de librería se traduciría en una diversidad de precios, clara expresión de la competencia, como resultado tanto de las distintas estructuras de costes como de los comportamientos de la demanda y de las estrategias empresariales. La competencia en precios y en servicios, simultáneamente, contribuiría a la racionalización del sector y supondría la satisfacción del consumidor.

En el sector español del libro, los detallistas defienden la *fopd* porque con ello esperan conservar sus márgenes actuales e, incluso, en determinados casos, su negocio. Y los fabricantes, es decir, los editores,

apoyan la *fopd* porque consideran que a pesar de que los precios de venta al público son superiores a los que prevalecerían en una situación de competencia en precios entre los minoristas, existen elementos que les favorecen, a saber. En primer lugar, los editores disponen de una base amplia de distribución minorista que controlan tanto mediante la *fopd* como mediante la eventual integración vertical de sus negocios. En segundo lugar, el actual *statu quo* retrasa el desarrollo de otras formas de distribución de libros que cuentan con un mayor poder de negociación frente al editor, y cuya proliferación podría erosionar su margen. Basta, a este respecto, comparar el margen medio obtenido del editor por los libreros tradicionales y el que consiguen las grandes cadenas de distribución minorista de libros. Y, en tercer lugar, el editor considera que la cantidad demandada es una función de los servicios ofrecidos por el detallista y que la oferta de estos servicios puede aumentar si se incrementa el margen del detallista.

La libre práctica de descuentos por parte de los comerciantes minoristas podría tener considerables efectos positivos sobre un mercado en el que la elasticidad precio de la demanda se sitúa por encima de valor de 0,5 como demostraron los profesores De Grauwe y Gielens (1993).

En resumen, el amparo legal a la práctica de fijación en origen de los precios al detall de los libros constituye una restricción de la competencia en precios cuyo coste para los consumidores y para la sociedad es relevante. Resulta difícil estimar el presupuesto de restricciones a la competencia en un sector en el que existe tal diversidad de productos y tan pocos datos. En un escenario de libre competencia los libros de texto o los de venta rápida pueden registrar descuentos que superen el 20%, mientras que en otros tipos de libros de venta más lenta, es previsible que los descuentos practicados sean más modestos.

En cualquier caso, el impulso de la competencia en el sector con motivo de la supresión de la regulación sobre precio fijo favorecerá la reducción de los precios de los libros y, en un contexto dinámico, estimulará a todos los agentes del sector, incrementando su eficiencia. El mayor grado de competencia generará efectos positivos tanto sobre las empresas como sobre los consumidores. Ante la amenaza de otros competidores, la libre iniciativa de los empresarios, despojada de obstáculos innecesarios, promoverá una mayor eficiencia. Todo ello se traducirá en reducciones de los costes y, con ello, de los precios. La materialización de recortes de los precios generará un ahorro para los ciudadanos superior a los 50.000 millones de pesetas anuales. En definitiva, la competencia se traducirá en menores precios, mejoras cualitativas y cuantitativas de la oferta, eliminación de los beneficios no justificados y mayor eficiencia de las empresas.

Los argumentos más comunes esgrimidos en defensa del precio único de los libros se basan en sus efectos difusores de la cultura y la pro-

tección de la actividad literaria y de la pequeña librería tradicional¹³, valoraciones que parecen olvidar cuanto ocurre en los mercados cuando la competencia y el ejercicio de la creatividad comercial sustituyen a la rigidez. A continuación se analizan dichas argumentaciones valorando su consistencia desde el punto de vista de la competencia.

En primer lugar, se suele defender que el precio fijo protege a los títulos de «venta lenta», ya que al asegurar a los librereros un margen comercial elevado en todos sus títulos se les incentiva a mantener una rotación más lenta de los *stocks* y de este modo se consigue una oferta más amplia de títulos en el punto de venta.

Este argumento no es consistente, ya que sea cual sea el precio de venta, los comerciantes librereros tienen incentivos para ofrecer sus servicios al mínimo coste y, con o sin precio fijo, tratarán de optimizar la gestión de su inventario de títulos. En su intento de maximizar sus beneficios en competencia, tenderán a aumentar la velocidad de rotación del *stock* y a sustituir en oferta aquellos títulos de venta más lenta por otros de venta rápida, apareciendo un sesgo en favor de las novedades y en contra de los títulos más antiguos y disminuyendo la vida media de los títulos en catálogo.

Una comparación interesante que permite valorar la validez de esta argumentación es el análisis del sector de la música grabada, en el que existen también muy diversos géneros de música y cada grabación es tan única y exclusiva como un título editorial. Sin embargo, en este sector no hay un decreto de precio fijo que restrinja la competencia, y a pesar de prevalecer muy distintos precios en el mismo, la música clásica, por ejemplo, no ha desaparecido y cada vez es mayor el número de versiones de cada obra disponibles en el mercado.

En segundo lugar, una estrategia comercial de los vendedores eficientes de libros es la incorporación de diversos servicios a su oferta. Entre ellos destacan el mantenimiento de un número elevado de títulos en inventario en el punto de venta, el acceso informatizado a los catálogos de las publicaciones, el servicio a domicilio, o el asesoramiento técnico especializado. La tendencia a aumentar las ventas por parte de los minoristas mediante la oferta de dichos servicios como respuesta a las restricciones impuestas por la *fopd* ha sido uno de los argumentos utilizados en defensa de esta práctica vertical. No obstante, en la medida en que la oferta de servicios complementarios constituye un elemento clave de

¹³ El Real Decreto 484/1990 señala en su exposición de motivos que: «la existencia de un precio fijo para cada libro asegura, al darse dicho precio en todos los puntos de venta, que las ediciones de rápida rotación no desplacen a las de vida más larga, hecho imprescindible si se quiere mantener una oferta editorial culturalmente plural, heterogénea y rica»; y que, «el precio fijo permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes del precio, permitiendo una oferta plural y un mayor número de puntos de venta».

diferenciación para el detallista, los incentivos a ofertarlos existirán con o sin *fopd*.

En tercer lugar, se argumenta que el precio único protege a los pequeños libreros, que son los que ofrecen más servicios a los clientes, frente a las grandes cadenas de distribución minorista. Implícita en este argumento está la idea de que los costes medios de una librería pequeña son mayores que los de una grande y que a precios competitivos las primeras quebrarían.

Sin embargo, además de que son dudosas las premisas sobre los costes y sobre el nivel de servicios ofrecidos en el punto de venta según la dimensión empresarial, la evidencia empírica pone de manifiesto que el precio fijo no protege de forma efectiva a la pequeña librería. El aumento de las ventas de libros en las grandes superficies, los quioscos y a través de la venta directa (por teléfono, a domicilio, por internet, etc.), pese a la existencia del precio único, evidencia esta afirmación.

La progresiva globalización de las economías y la generalización del uso de las nuevas tecnologías de las comunicaciones en las transacciones comerciales suponen un gran reto para el comercio de librería. La competencia proveniente de la red internet es ya una realidad que exige la reacción competitiva del comercio librero. En un contexto como éste, la *fopd*, al retrasar la modernización del tejido comercial librero, actúa como un elemento restrictivo de la competitividad del sector de la distribución al detall y, con ello, pone en cuestión su supervivencia.

En cuarto lugar, se suele defender que la *fopd* permite dar solución al problema de la doble fijación de márgenes al garantizar al editor la capacidad para imponer el precio a la distribuidora y al vendedor minorista. Sin embargo, esto podría ser así sólo si la distribuidora no dispone de una posición que le permita influir en la política de precios de la editorial. Por ello, a pesar de la permanencia de la legislación que ampara la fijación de precios por parte de las editoriales, éstas han optado, en muchos casos, por integrarse verticalmente, realizando sus ventas a través de una distribuidora propia o mediante la venta directa desde la editorial.

En cualquier caso, para solucionar el problema de la doble marginalización basta con el establecimiento de un precio máximo o de un precio recomendado, y no se justifica en absoluto la fijación del mismo y la prohibición de la práctica de descuentos. En este sentido, la Comisión Europea afirma en el «Libro verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria», que: «...este fenómeno de doble fijación de márgenes se deriva del hecho de que cada empresa adopta sus decisiones sobre fijación de precios de forma independiente, sin tener en cuenta la repercusión que éstas puede tener sobre sus socios dentro de la estructura vertical..., esta situación puede resolverse mediante la fijación, por parte de los productores, de los precios máximos al por menor...».

A este respecto, el Tribunal defiende las ventajas de la libertad de precios frente al establecimiento de precios máximos. Cuestión distinta es que a corto plazo se introduzca un sistema de precio establecido por el editor con libertad de descuentos como preludeo del objetivo final de plena libertad de precios.

En quinto lugar, se suele defender que la *fopd* incrementa las ventas y contribuye de esta forma a la difusión de la cultura. Sin embargo, muy al contrario, la desaparición de la *fopd*, al favorecer la práctica de descuentos, aumentaría el número de ejemplares vendidos, dada la sensibilidad de la demanda de los libros al precio de los mismos.

Por otra parte, no cabe duda de que un objetivo fundamental de la política cultural es la incorporación de un mayor número de ciudadanos a la lectura. En ausencia de la *fopd*, la competencia en precios en el comercio al detall en el sector del libro beneficiaría a los compradores habituales y a los ocasionales, que cuentan con una demanda más elástica, favoreciendo así el desarrollo y la consolidación de los hábitos de lectura entre los ciudadanos menos interesados por la cultura.

Finalmente, se ha argumentado en ocasiones que en el sector del libro, los elevados márgenes y precios derivados de la *fopd* son necesarios para incentivar la creación literaria. Esta justificación sólo sería razonable si fuera el escritor y no el editor el agente que se apropiase de las rentas de monopolio y, además, de ser así, sólo sería aplicable a un segmento relativamente reducido del mercado, el del libro *de autor*. En todos los demás casos sería preferible inducir reducciones de los precios mediante el fomento de la competencia.

5. EXPERIENCIAS LIBERALIZADORAS DESARROLLADAS EN OTROS PAÍSES

En algunos Estados miembros de la UE, la regulación de los precios de venta es similar a la española, si bien, en la mayoría de los casos, el precio fijo no está amparado por una norma legislativa, sino que se articula mediante acuerdos formales entre las asociaciones de editores y libreros. Sólo en Francia, Portugal y España existe una legislación específica que ampara la determinación del precio único por parte de los editores. En otros países como Austria, Dinamarca, Alemania, u Holanda, la *fopd* se articula mediante un acuerdo entre editores y libreros. Por el contrario, en Bélgica, Suecia, Grecia, Reino Unido, Irlanda y Noruega existe libertad de fijación de precios. Finalmente, Finlandia, Luxemburgo y Suiza disponen de un sistema de precios aconsejados.

La Comisión Europea, dada la diversidad de sistemas nacionales y los diferentes intereses económicos y culturales en juego, ha aceptado hasta hoy estos sistemas nacionales como excepción al principio general de libertad comercial. No obstante, el Comisario de competencia comunitario remitió recientemente una nota a los Estados miembros en la que mani-

festaba «serias dudas» acerca de los sistemas de precio fijo de los libros por sus efectos anticompetitivos contrarios al derecho comunitario.

La importancia que algunas autoridades nacionales han concedido tradicionalmente a estos mecanismos de protección y el intenso debate desarrollado en diversos Estados miembros acerca de las consecuencias sociales y culturales de los procesos de liberalización de este sector dificultan la discusión de estos temas en el ámbito comunitario.

En cualquier caso, el análisis de la evolución del mercado del libro en otras latitudes permite acceder a valiosas evidencias empíricas acerca de los efectos de la liberalización de este sector. Por ejemplo, el caso de Suecia constituye una excelente referencia que contradice los argumentos a favor de la *fopd*. En este país, dicha práctica fue abolida el día 1 de abril del año 1970.

Las autoridades de competencia suecas apoyaron con intensidad la abolición de la *fopd* en el largo período de tiempo en el que este mecanismo y sus fundamentos se sometieron a debate, argumentando que el amparo a este sistema suponía preservar una estructura de mercado ineficiente que se materializaba en precios injustificablemente altos para los consumidores, así como que los márgenes brutos fijos de los detallistas tenían efectos horizontales que podían limitar el crecimiento de la producción. Además, señalaron que el argumento *cultural* utilizado en defensa de la *fopd* era falso ya que antes de la liberalización las ventas de libros escritos en sueco catalogables como *de interés cultural* ascendían tan sólo al 2% del total.

Los resultados de la libertad de precios en el mercado sueco de libros, analizada desde 1970 por sucesivos estudios e informes, pone de manifiesto que tras la liberalización, la estructura del mercado ha cambiado considerablemente: ciertas tiendas de libros cerraron¹⁴ y emergieron nuevas formas de distribución; aumentó la cuota de mercado de las compañías de venta por correo y de las grandes superficies comerciales; el número de librerías especializadas, así como las ventas de todo tipo de libros, a excepción de los libros de texto, ha aumentado considerablemente¹⁵; el número de títulos publicados también ha aumentado pasando de 6.383 en el año 1970 a 12.893 en el año 1993; las existencias de los libreros no han descendido desde el año 1970 y el número de libros de venta lenta en *stock* es aproximadamente el mismo¹⁶; el espacio medio dedicado a ventas en las librerías ha crecido un 35%; los precios de los libros han seguido una tendencia similar a la del resto de los bienes;

¹⁴ La reducción del número de librerías ha seguido aproximadamente la misma tendencia que el número de puntos de venta en el resto del sector comercial desde el año 1970.

¹⁵ Las ventas de literatura general han aumentado al menos en un 50% en términos reales entre los años 1970 y 1990.

¹⁶ En parte como resultado del programa de subsidios para la edición introducido en el año 1975.

en términos reales, el precio medio de los libros ha disminuido suavemente, probablemente como consecuencia de las nuevas formas de distribución; el nivel de concentración del mercado ha permanecido aproximadamente en el mismo nivel durante las últimas décadas; y, finalmente, el número de editores no ha registrado ningún cambio significativo.

Suecia no es el único país en el que la *fopd* ha sido abolida. Otros ejemplos interesantes son Finlandia, Irlanda, Gran Bretaña, Bélgica y, durante un corto período de tiempo, Francia.

En Finlandia, la *fopd* fue sustituida en el año 1971 por un sistema de precio recomendado. Las ventas de libros han aumentado considerablemente entre los años 1970 y 1994, y el número de títulos publicados aumentó desde 3.350 en el año 1970 a 12.400 en el año 1994, datos que comparados con la población finesa, alrededor de cinco millones de habitantes, constituyen una cifra elevada. En una reciente encuesta, el 80% de la población declaró haber leído un libro en los últimos seis meses. En cuanto a la estructura del mercado, los supermercados, las grandes superficies comerciales y los Clubes del libro han aumentado su cuota. En concreto, en la actualidad, los dos primeros detentan un 20% del mercado, mientras los Clubes del libro disponen de una cuota del 15%. Por su parte, las librerías subsidiadas por el Gobierno son responsables del 16% de las ventas (de ellas 220 son librerías móviles). El resto corresponde a librerías tradicionales.

En Francia, tras un período en el que prevaleció un sistema de precios recomendados por los editores que fueron seguidos fielmente por los detallistas, en el mes de julio de 1979 las recomendaciones de precios fueron abolidas en favor de un sistema de libertad de precios. En el año 1982, fue introducida la *fopd* mediante la conocida como *Ley Lang*. De acuerdo con las autoridades francesas, el período de precios libres fue demasiado corto como para poder establecer conclusiones definitivas sobre la bondad de esta experiencia. En cualquier caso, en el año 1978 había en Francia 2.000 librerías tradicionales, 3.400 en el año 1981 y 2.500 en 1983, no pudiéndose concluir que estas tendencias se deban exclusivamente a las modificaciones de la regulación. Generalmente, se ha argumentado que como consecuencia de la libertad de precios, las librerías tradicionales francesas cedieron cuota de mercado en favor de las grandes superficies comerciales, especializadas o no. Sin embargo, esta tendencia continuó tras la introducción de la *fopd* en el año 1982. El estudio de Euromonitor del año 1995, que cubre los primeros años noventa, pone de manifiesto que los precios de los libros son muy altos en Francia en comparación con otros países y que el mercado está estancado en términos de ventas. Los supermercados e hipermercados han iniciado en el año 1992 una política de precios bajos mediante la publicación de sus propios productos (reediciones). De esta forma vadean la *Ley Lang* que no les permite vender libros de otros editores a precios meno-

res a los estipulados. Este hecho ha favorecido un incremento de las ventas de libros basado en las reediciones, a diferencia de lo ocurrido en otros segmentos del mercado que permanecen estancados.

En Irlanda el Net Book Agreement (NBA) fue abolido en el año 1994, a raíz de una decisión del Tribunal de primera instancia de la Unión Europea acerca de la prohibición de la Comisión Europea del conocido como *UK-Irish Net Book Agreement*. Todavía no se dispone de información sobre las consecuencias de esta decisión en el mercado del libro irlandés.

En Gran Bretaña, el NBA fue abolido en el mes de septiembre de 1995. En este país, además de las razones señaladas para el caso irlandés, existen otras que permitieron poner en cuestión el sistema con antelación. Es el caso del comportamiento de las editoriales *Reed Books* y *Hodder Headline* que en el año 1993 decidieron abandonar el acuerdo por considerarlo «...anómalo y anacrónico...», y que en definitiva venía a «...proteger los márgenes de las grandes casas editoriales y libreros a expensas del consumidor...». Alrededor de un año después del abandono del NBA, la gran mayoría de los libreros británicos deseaba volver al viejo sistema. Sin embargo, la abolición del NBA no parece haber tenido un gran efecto en el número de libreros según un reciente informe de Francis Fishwick, comisionado de la Asociación de Editores¹⁷. Por otra parte, según el informe Fishwick, es demasiado pronto para establecer los efectos del abandono del NBA sobre el número de títulos publicados¹⁸. En cambio, sí se puede afirmar que las ventas de libros en los seis meses siguientes al ocaso del sistema crecieron un 7,4%.

En cuanto a la situación en Bélgica, no se dispone de información concluyente sobre los efectos de la libertad de precios. No obstante, este mercado es muy distinto al resto de los casos analizados, ya que el 80% de los libros que se leen en francés y algo más del 50% de los que se leen en neerlandés se importan de otros países, en especial de Francia y Holanda.

Finalmente, en los últimos meses Portugal e Italia han iniciado el debate sobre la modificación de la regulación del sector del libro. En Portugal se aprobó, el día 21 de septiembre de 1996, el Decreto-Ley 175/96, norma similar a la española que sitúa los descuentos máximos practicables al consumidor en el 10%. Además, esta norma limita la restricción

¹⁷ En cualquier caso, de acuerdo con las autoridades británicas la mayoría de las librerías afectadas por la abolición de la *fopd* eran puntos de venta que disponían de catálogos reducidos de títulos reeditados. En este segmento del mercado, los puntos de venta no tradicionales, como los supermercados, y cadenas de librerías como W.H. Smith, han iniciado una «guerra de precios». Por ejemplo, W.H. Smith ofreció descuentos de alrededor del 25% en 133 títulos, sobre todo de venta rápida, mientras los descuentos de los supermercados alcanzaban el 35%.

¹⁸ Si bien éste ha crecido más rápidamente en la primera mitad del año 1996 en relación con el mismo período del año 1995.

de los descuentos a los 18 meses de la primera edición o la importación y excluye a los libros de texto de la aplicación del Decreto-Ley.

En resumen, las experiencias liberalizadoras desarrolladas en un gran número de países ponen de relieve los efectos nocivos del sistema de precio fijo y la inconsistencia de las argumentaciones contrarias a la libertad de precios. A pesar de dicha libertad, y de su ejercicio en los mercados analizados, hay evidencia suficiente para sostener que las pequeñas librerías no han desaparecido, el tejido librero se ha modernizado, han mejorado los servicios de atención al cliente, el número de títulos publicados ha aumentado y los índices de lectura se han incrementado. Por tanto, no parece que la regulación de precio fijo de los libros sea un buen instrumento para defender la creación literaria y la cultura. Se trata, en todo caso, de un mecanismo regulador de la distribución de las rentas, con un claro efecto inflacionista, en beneficio de los operadores económicos y en perjuicio de los consumidores.

6. RECOMENDACIONES DEL TRIBUNAL

De acuerdo con las argumentaciones y evidencias descritas en los párrafos anteriores, así como con el contenido de sus Resoluciones, el Tribunal no podía sino recomendar el levantamiento de las restricciones impuestas a la libertad de establecimiento de los precios de venta al público en la Ley 9/75, de 12 de marzo, de Régimen especial para la promoción, producción y difusión de libros, y en el Real Decreto 484/90, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de los libros.

Sin embargo, como quiera que el Tribunal no es partidario de llevar a cabo acciones drásticas, inclinándose por medidas graduales que permitan a los mercados engrasar sus engranajes oxidados tras largos períodos de competencia imperfecta, y tomando en consideración las recomendaciones de la Comisión Europea en su *«Libro verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria»*, sostiene el Tribunal que es razonable iniciar la estrategia liberalizadora mediante la sustitución de la regulación actual por un sistema de precios establecidos por el editor sobre los que se puedan practicar descuentos progresivamente crecientes por parte de los detallistas.

Por todo ello, y al amparo de lo previsto en el artículo 26 de la LDC, el Tribunal de Defensa de la Competencia recomendó en su Informe: en primer lugar, la supresión de la actual regulación que ampara la fijación en origen del precio de los libros y el paso a una situación de libertad de precios. Para ello, propuso la modificación del artículo 33 de la Ley 9/75 y de los artículos uno a ocho del RD 484/90 en cuanto a la obligación del editor y del importador de libros a fijar un precio de venta al público en tapa para los libros y la restricción a la práctica de descuentos en el comercio al detall; y, en segundo lugar, sugirió que el proceso se ini-

ciara mediante la sustitución de la regulación actual por un sistema de precios establecidos por el editor sobre los que se pudieran practicar descuentos progresivamente crecientes por parte de los detallistas durante un período transitorio de tres años. Tras otro período caracterizado por la libertad de descuentos, debería procederse a la liberalización total, dejando que los mecanismos del mercado determinaran los precios de venta al público de los libros. En todo caso, la aplicación de descuentos debería respetar las prescripciones normativas en materia de venta a pérdida, así como cuanto está previsto en la LDC.

Tras el Informe del Tribunal, el Gobierno ha dado un primer paso en el sentido de la liberalización al aumentar a un 12% el descuento máximo practicable sobre el precio de venta al público de los libros, pero sólo en lo que respecta a los libros de texto.

IV. CONCLUSIONES

En suma, el Tribunal manifiesta en su Informe sobre el precio fijo de los libros que la evidencia empírica y los análisis teóricos ponen de manifiesto que el mantenimiento de un sistema de fijación de precios en el sector del libro como el amparado por la Ley 9/75, de 12 de marzo, de Régimen especial para la promoción, producción y difusión de libros, así como por el Real Decreto 484/90, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de los libros, es injustificable desde el punto de vista de la competencia.

Frente a los argumentos utilizados tradicionalmente en defensa de la fijación en origen del precio de los libros y la prohibición de la práctica de descuentos, el Tribunal considera que estas conductas: no protegen la creación literaria; restringen las ventas de libros; reducen el poder adquisitivo de los ciudadanos; no protegen los títulos de venta lenta y, por tanto, no ayudan ni a los editores ni a los libreros que se especializan en dichos títulos; no incrementan los servicios ofrecidos por el librero vinculados a la venta; no protegen a las pequeñas librerías de su desaparición ni de la amenaza de los grandes establecimientos de distribución al detall; restringen la modernización del tejido comercial librero; perjudican al comprador habitual de libros, pero también al comprador ocasional, limitando la difusión de los hábitos de lectura entre los ciudadanos; favorecen la estabilidad del reparto de las rentas derivadas de la no competencia entre los distintos operadores, lo que se materializa, de hecho, en la consolidación de una estructura de mercado similar a un cártel; y, finalmente, constituyen una medida desproporcionada para dar solución al problema de la doble imposición de márgenes. Por todas estas razones, en opinión del Tribunal, no resulta justificable desde el punto de vista de la competencia mantener la regulación de precio fijo en el sector del libro en España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCHAMBAULT, E. y LALLEMENT, J., *La Loi sur le prix unique du livre et la distribution des livres en France*, Université de París.

DE GRAUWE, P. y GEERT GIELENS, *De prijs van het boek en de lees-cultuur*, Centrum voor Economische Studiën, KUL, 1993.

FEDERACIÓN DE GREMIOS DE EDITORES DE ESPAÑA, *Comercio interior del libro en España, en 1995*, Federación de Gremios de Editores de España, 1996.

GRETHER, E.T., «Alfred Marshall's role in price maintenance in Great Britain», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 48, 1934, pp. 348-52.

GOULD, J. R. y PRESTON, L. E., «Resale price maintenance and retail outlets», *Economica*, vol. 32, pp. 302-12.

GROFF, R. y PERRY, M., «Resale price maintenance a forward integration into a monopolistically competitive industry», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 100, 1985, pp. 1293-1312.

KATZ, M.J., «Vertical contractual relations», en SCHMALENSSEE *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, 1989.

MARVEL, H. y McCAFFERTY, S., «Resale price maintenance and quality certification», *Rand Journal of Economics*, vol. 15, 1984, pp. 346-59.

MARVEL, H. y McCAFFERTY, S., «The political economy of resale price maintenance», *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986, pp. 1074-95.

MATHEWSON, F., «The incentives for resale price maintenance under imperfect information», *Economic Enquiry*, vol. 21, 1983, pp. 337-48.

MINISTERIO DE CULTURA, *Panorámica de la edición española de libros*, Centro del libro y la lectura, Ministerio de Cultura, 1991.

MONTES GAN, V.J., «La regulación del precio fijo de los libros en España. Un ejemplo de restricción de la competencia amparada por la ley», *Boletín Económico de ICE*, n.º 2554, 1997, pp. 41-52.

OCAÑA, C., «El precio fijo de los libros» en *Mesa redonda sobre el precio fijo de los libros*, Liber, 1994.

OECD, *Mini-round table on resale price maintenance*. OECD Documents (CLP), 1997.

OVERSTREET, T., *Resale price maintenance: economic theories and empirical evidence*. Staff-Report to the Federal Trade Commission, Washington, 1983.

TARAPOREVALA, R. J., *Competition and its control in the British Book Trade, 1850-1939*. Pitman, 1969.

TARAPORAVALA, R. J., «La competencia en precios al detall y los orígenes del acuerdo sobre las ventas de libros» en YAMEY B.S. *Análisis económico de los mercados*. Vicens Vives, 1987.

TDC, *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, TDC, 1992.

TDC, Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios, TDC, 1993.

TDC, *La Competencia en España: balance y nuevas propuestas*, TDC, 1995.

TDC, *Informe sobre el precios fjo de los libros*, TDC, 1997.

TIROLE, J., *La teoría de la organización industrial*, Ariel, 1989.

YAMEY, B. S., *Resale price maintenance*, Aldine Publishing Company, Chicago, 1966.

YAMEY, B. S., «Trade conspiracies: an historical footnote», *Modern Law Review*, vol. 17, 1954, pp. 139-42.

YAMEY, B. S., en CEDAN PADUA, *Essays in Honour of Marco Fanno*, vol. II, 1966, pp.754-76.

LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE LAS INSTANCIAS JUDICIALES 301

ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS POTESTADES
SANCIONADORAS DEL TRIBUNAL
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA
DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN LA MATERIA

Concepción Mónica MONTERO
ELENA

Magistrada. Sala de lo Contencioso-
Administrativo de la Audiencia Nacional

El artículo 20 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, configura el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano administrativo, respecto de su adscripción al Ministerio competente por razón de la materia y reconociéndole plena independencia en el ejercicio de sus funciones con sometimiento al ordenamiento jurídico. Su sede se encuentra en la capital del Estado y su competencia se extiende a todo el territorio español. Las competencias del Tribunal comprenden, entre otros aspectos, la de resolver los asuntos que le atribuye la citada Ley —artículo 25 de la propia norma.

En lo que ahora nos interesa, el artículo 9 establece la posibilidad de un requerimiento del Tribunal a aquellos que realicen los actos descritos en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, para que cesen en los mismos. Del mismo modo, el artículo 10 establece la atribución al Tribunal de facultades sancionadoras respecto de aquellos sujetos que incurran en las conductas descritas en los artículos antes mencionados.

Los citados preceptos —artículos 1, 6 y 7— tipifican las conductas infractoras: el primero describe las conductas prohibidas, el segundo, los supuestos de abuso de posición de dominio, el tercero, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales; coincidiendo todos los preceptos en tipificar conductas encaminadas a falsear la libre competencia.

Pues bien, lo que los artículos 9 y 10 de la Ley 16/1989 antes citada atribuyen al Tribunal de Defensa de la Competencia es la facultad de

sancionar las conductas tipificadas como infracción, declarar su concurrencia, e intimar a los autores de las mismas para que cesen en su actuación infractora. De tal suerte, el artículo 46 de la repetida Ley, determina que la declaración de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia podrán consistir en la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos, existencia de abuso de posición de dominio, o no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas, entre otras; igualmente tales Resoluciones podrán contener la orden de cesación de las prácticas prohibidas, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público y la imposición de multas, entre otras.

Siendo así, el Tribunal de Defensa de la Competencia se constituye en el órgano administrativo encargado de velar por la libre competencia y transparencia del mercado desde tal principio, y por ello ostenta las competencias administrativas sancionadoras para perseguir y castigar las conductas que, tipificadas por la Ley como infracción administrativa, atenten contra el principio de la libre competencia.

Ahora bien, hasta ahora hemos analizado las competencias sancionadoras del Tribunal desde la óptica de su contenido objetivo, esto es, desde la perspectiva de las conductas infractoras y las sanciones que puedan imponerse. Pero debemos preguntarnos sobre qué sujetos el Tribunal puede ejercer su competencia sancionadora, y, obviamente, la respuesta aparece evidente si atendemos al bien jurídico protegido, la libre competencia: los sujetos sometidos al control del Tribunal son aquellos que, con su comportamiento, puedan vulnerar el principio de libre competencia, esto es, quienes producen bienes y servicios y los que intermedian tales bienes y servicios en el mercado. Sin embargo, lo que en apariencia es una cuestión simple, en la aplicación e interpretación de la Ley se complica sobremanera. De una parte, no olvidemos que en el tráfico mercantil aparecen sujetos con muy variadas formas jurídicas, ejercen en el mismo facultades muy diversas, e incluso concurren a él entidades de naturaleza pública en ejercicio de potestades públicas o facultades privadas, o incluso con forma jurídico-privada. El alcance que las potestades del Tribunal tienen sobre ellas es cuestión sobre la que la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado, si bien con la casuística que caracteriza las Resoluciones judiciales.

El examen de la cuestión que nos ocupa parte del análisis del artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone: «El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas [...] multas ...». A continuación, el párrafo 3.º del mismo precepto establece:

«Además de las sanciones que corresponda imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo

o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones, o hubieran votado en contra o salvado su voto.»

Observamos la amplitud de los términos de la Ley: agente económico, empresa, asociación o agrupación de aquéllas; todo el que intermedia en el tráfico mercantil puede ser autor de las infracciones previstas en la Ley, y por ello sometidos a las potestades sancionadoras del tribunal, así como los administradores de las personas jurídicas que contribuyeron a la adopción del acuerdo infractor, bien por acción, votando a su favor, bien por omisión, no oponiéndose o salvando su voto, salvo, naturalmente, votando en contra, salvando el voto, o no encontrándose presente al tiempo en que se adoptó el acuerdo.

La amplitud de los términos del precepto ha sido constatada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que en su sentencia de 29 de septiembre de 1997, dictada en el recurso 1623/93, en la que se examinó el alcance de comportamientos tendentes a la fijación de precios, declaraba en su fundamento jurídico tercero:

«El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: «Se 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 mercado nacional, y en particular los que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios...».

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: “El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... multas de hasta 150.000.000 de pesetas...”.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia, incluyéndose en ella la recomendación colectiva. No requiere, pues, la existencia de un acuerdo expresamente adoptado, basta con la correspondiente indicación colectiva, si bien manifestada en forma que revista aptitud para provocar el efecto prohibido; o bien, con la realización de conductas conscientemente concurrentes con otros operadores económicos, que persigan el fin señalado en la norma. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) En el caso concreto de la fijación de los precios, ello puede ser de forma directa o indirecta.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico —término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado—; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa —claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente—, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aun sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.»

Continúa la propia sentencia en su fundamento jurídico quinto:

«Rechazadas las examinadas alegaciones, y atendiendo a las argumentaciones sobre la cuestión de fondo, ha de precisarse:

A) Como se decía, la conducta infractora puede ser cometida, no sólo por empresas, sino por agentes económicos, o asociaciones o uniones de aquéllos. La actora viene constituida por asociaciones de concesionarios de automóviles, cuyo carácter de operadores económicos es incuestionable.

B) Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendaciones colectivas tendentes a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Como correctamente se señala en la Resolución recurrida, tales conductas consisten en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de una entidad que integra a los principales concesionarios de automóviles del mercado, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo al ente del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento.

C) Que las recomendaciones no tuviesen efecto en el mercado es algo intrascendente, puesto que ya se ha señalado que tal efecto no es exigido por el tipo de la infracción. Pero desde luego eran aptas para producir el efecto de falseamiento de la competencia.

D) Respecto a la ausencia de intención, ya se ha dicho que la norma admite la comisión dolosa y culposa de la infracción; y que, al menos concurre negligencia, es evidente, si atendemos al efecto que puede producir que una federación con la implantación en el sector del mercado como la que nos ocupa, realice públicas manifestaciones de concretas políticas económicas cuya aplicación se declara deseable, y, respecto a las cuales, la decisión de su adopción se encuentra en manos de los asociados.

E) Que las afirmaciones que han sido objeto de sanción se dirigieran al público en general, no incide en la calificación de la infracción, en cuanto lo importante es que entre tal público se encontraban —y a ellas se dirigían especialmente las recomendaciones como resulta de su contenido—, las empresas concesionarias de automóviles integradas en la federación.

Tampoco importa, a efectos legales, que el mercado estuviese atomizado, precisamente porque lo perseguido era coordinar los distintos planteamientos económicos de las distintas unidades que operaban en el mercado.»

En la sentencia parcialmente transcrita, se trataba de una asociación de empresas, que si bien ella misma no intermediaba en el mercado, lo hacían las empresas asociadas.

Ahora bien, ya se decía que el citado artículo 10, recoge en términos muy amplios los sujetos susceptibles de ser autores de las infracciones; así, aunque ninguna referencia expresa existe a personas físicas que operan en el mercado, lo cierto es que el término «agente económico» las engloba. Por otra parte, nuestro sistema mercantil admite la presencia de comerciantes —empresarios para la Ley—, que lo son personas físicas, y que, por su actividad, pueden incurrir en las conductas tipificadas en la Ley. En la sentencia de 29 de septiembre de 1997, dictada en el recurso 1636/1997, la antes citada Sala afirmó en su fundamento jurídico quinto:

«A) Como se decía, la conducta infractora puede ser cometida, no sólo por empresas sino por agentes económicos, o asociaciones o uniones de aquéllos. F. viene constituida por asociaciones de concesionarios de automóviles, cuyo carácter de operadores económicos es incuestionable y, por ello, tal entidad, así como los integrantes de sus órganos directivos, quedan sujetos a la aplicación de la Ley 16/1989.

B) Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Como correctamente se señala en la Resolución recurrida, tales conductas consisten en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. Pues bien, en el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva del presidente de una entidad que integra a los principales concesionarios de automóviles del mercado, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo a la fuente de la que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento.

Ahora bien, el actor niega la concordancia de lo declarado por él y lo publicado, de ahí que afirme que no ha sido desvirtuado el principio de presunción de inocencia, al no existir constancia de las declaraciones por

él realizadas. Sin embargo, del examen del expediente resulta, de una parte, la real existencia de la nota de prensa elaborada y difundida por el recurrente, en la que ya se hacía referencia a los altos costes y en especial de la mano de obra, y de otra, existieron manifestaciones sobre el costo concreto de la mano de obra en los talleres, afirmándose ser elevada en relación al precio cobrado al usuario. Cuestión distinta es el contenido exacto del titular de prensa —desmentido por el actor—, que a estos efectos no es relevante, y en el que se afirmaba la existencia de una recomendación. Porque lo que es evidente, es que los operadores del sector, pudieron perfectamente entender las manifestaciones sobre los altos costos —al margen del titular de prensa—, como una indicación sobre la necesidad de ser revisados. Quedó pues desvirtuada la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución».

En el supuesto que se cita, la Sala examinó las sanciones impuestas a una asociación de empresas —no otra cosa es la agrupación de concesionarios de automóviles— y a su presidente; pero actuando este último como persona física llamada a formar la voluntad de la asociación o a representarla, y no como operador económico, sino en su calidad de presidente de la asociación, y por ello el Tribunal de Defensa de la Competencia, sancionó en aplicación del párrafo tercero del artículo 10.

Tal distinción es importante, el artículo 10.1 contempla el supuesto de agentes económicos —entre los que se incluyen personas físicas y jurídicas—, que son autores directos de infracciones administrativas configuradas en la Ley, sin embargo en el supuesto del párrafo 3.º, nos encontramos ante una autoría mediata: es necesario que la infracción haya sido cometida por otra entidad de la cual la persona física es representante legal o administrador. Sin embargo, tal diferencia no siempre aparece clara —y la cuestión es importante dada la diferencia cuantitativa de las multas a imponer—, sobre todo en aquellos casos en que los representantes legales de las entidades no actúan como tales, esto es, será necesario diferenciar cuándo un representante legal de una entidad actúa como tal y manifiesta la voluntad de dicha entidad, o por el contrario, aún actuando en su calidad de representante, la actuación es sólo imputable a su voluntad. En el primer caso, la entidad sería sancionada en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 y el representante legal en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.3; no así en el segundo caso, en el que el representante legal se encontraría en el supuesto del artículo 10.1 y la entidad sería ajena al comportamiento infractor.

Otro supuesto en el que existe una responsabilidad infractora indirecta, lo es el contemplado en el artículo 8.º de la Ley:

«A los efectos de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinada por ésta.»

Se observa claramente, que en todo caso la Ley busca, no solo a los autores directos de las infracciones, aquellos que por sus comportamientos han incurrido en el tipo infractor regulado en la Ley, sino también a quienes contribuyeron a formar o determinaron la formación de la voluntad que originó la comisión de la infracción. Aunque el tratamiento de las figuras contenidas en el artículo 10.3 y 8 es muy distinto. En el primer caso, existe un máximo en la cuantía de la multa a imponer, muy inferior al supuesto del artículo 10.1, mientras que en el caso del artículo 8.º, se imputa la conducta misma de la entidad dominada a la dominante, lo que lleva a la aplicación respecto de esta última del primer párrafo del artículo 10. Tal diferencia obedece al desvalor de la acción: es más grave y se atenta más intensamente al bien jurídico protegido, cuando se determina el comportamiento infractor, caso de la entidad dominante, que cuando se contribuye, entre otros y con más o menos conocimiento, a la formación de la voluntad causante de la infracción, caso de los representantes legales y miembros de la dirección de la entidad.

Volviendo ahora a la cuestión, ya apuntada, de la naturaleza jurídica de las entidades susceptibles de ser sancionadas, podemos citar a título de ejemplo dos casos:

1. La sentencia de 17 de septiembre de 1997, dictada en el recurso 84/1991, analiza las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el seno de un expediente sancionador seguido frente a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. En su fundamento jurídico cuarto, la sentencia afirma:

«La adopción de cualquier medida cautelar requiere la existencia de un peligro inminente de un resultado lesivo, en este caso para la libre competencia, si la medida no se adopta [...]. El Tribunal de Defensa de la Competencia analiza cómo las consecuencias para las cadenas de televisión que no tienen acceso a las imágenes de los encuentros de fútbol de las competiciones oficiales españolas entre equipos de categoría superior son evidentemente negativas. Este deporte es el de mayor aceptación e interés para los ciudadanos. En el momento en que se adoptaron las medidas, finales de 1991, señalaba que “las consecuencias para el mercado son de mayor alcance” porque se estaba desarrollando y transformando el mercado de la televisión, recientemente abierto tras una prolongada situación de monopolio, y “cualquier interferencia anticoncurrencial en este mercado puede tener consecuencias de largo alcance y muy difícil reparación”.»

2. La sentencia de 24 de enero de 1997, dictada en el recurso 2010/93, confirmó el inicio y continuación de un expediente sancionador, frente a Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), en virtud de denuncia por abuso de posición de dominio.

Se decía que todo operador económico que incurra en alguno de los comportamientos sancionados, queda sujeto a las potestades sanciona-

doras del Tribunal, dados los amplios términos de la norma: agentes económicos, empresas, asociaciones de ellas, uniones (temporales o permanentes) de las mismas, agrupaciones, cualquiera que sea su forma jurídica.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de una entidad viene determinada no sólo por su forma o personalidad jurídica, sino por la calidad con la que actúa. Así, básicamente podemos encontrarnos con tres supuestos distintos:

- 1) Entidad privada que actúa facultades reconocidas por Ley
- 2) Ente de Derecho Público actuando potestades públicas o privadas
- 3) Sociedades Mercantiles de capital estatal, total o parcialmente y entidades privadas que prestan servicios públicos.

1) El artículo 2 de la Ley 16/1989 excluye de su aplicación en materia sancionadora aquellos comportamientos que se encuentren amparados en una Ley o Reglamento dictado en ejecución de Ley. Lo que es una conducta generalmente infractora, se convierte en una conducta ajustada a Derecho cuando la norma, con rango suficiente, lo autoriza. Pues bien, las empresas privadas están autorizadas, en concretos casos, a concertarse para establecer determinadas condiciones mercantiles semejantes o idénticas para todas ellas, esto es, establecer conciertos, o actuar de cualquier otra forma subsumible en un tipo infractor.

Un caso en el que se discutían tales extremos, fue analizado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 22 de enero de 1997, dictada en el recurso 2120/92, en la que se decía en su fundamento jurídico cuarto:

«... Del examen del expediente administrativo resulta que, el 15 de junio de 1989, A. elabora un documento denominado “Documento base para negociación con aseguradoras”, que contiene una serie de directivas a seguir por los talleres concesionarios pertenecientes a A. (asociación de los mismos). En el mismo [...], se señala, entre otras cuestiones relevantes a los efectos estudiados, que debe seguirse respecto a las aseguradoras no firmantes, una actuación rígida, y que “el cliente deberá sentirse incómodo con su aseguradora de forma que decida cambiar a una adherida al convenio al vencimiento de la póliza”. El 22 de febrero de 1990 A. envía a la M. (aseguradora) una circular comunicando la forma de actuación de los talleres en el futuro, con una lista de precios, suscrita únicamente por los concesionarios de F., que implicaba un aumento de las tarifas cercano al 50% en su conjunto, en el apartado relativo al precio de mano de obra —los llamados tarifarios de tiempo de la marca—. Continúa la citada sentencia en su fundamento jurídico quinto: «en el supuesto enjuiciado no se trata, como alega la actora, de que se sancione un simple acuerdo de negociar colectivamente. Se adoptó un acuerdo de fijación unitaria de precios y se inició su puesta en práctica...».

Pues bien, es indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico admite la unificación de condiciones de contratación laboral —fundamentalmente mediante la negociación y convenios colectivos— tal era el argumento subyacente en el caso antes referido. Indiscutible es, por ello, que tal negociación colectiva es ajustada a Derecho, aunque la misma tiende a uniformar las condiciones de contratación laboral, y no sólo en el ámbito de la empresa, y en puridad a restringir la competencia. Ahora bien, la paz social y la garantía de uniformidad, en determinados aspectos de las condiciones laborales, son valores superiores en nuestro ordenamiento jurídico que han de prevalecer sobre la libre competencia en la contratación laboral, asegurando unas condiciones mínimas en la misma, que en la sociedad actual se consideran imprescindibles.

Observamos, pues, cómo entes y sujetos privados pueden, en casos concretos —en el supuesto al que nos referimos lo es la unificación de condiciones laborales—, realizar conductas que, en principio, encajan en los tipos descritos en la Ley 16/1989, pero respecto de las cuales existe cobertura por norma jurídica de suficiente rango. Todo lo expuesto nos lleva a afirmar, que en la determinación subjetiva del sometimiento a las potestades sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha de considerarse, no sólo la naturaleza jurídica de los agentes económicos, sino también las facultades que actúan, ya que, de venirles conferidas legalmente, el Tribunal tiene vedada, por imperativo del artículo 2.º de la Ley, el ejercicio de sus competencias sancionadoras —y ello, básicamente, porque aunque la conducta es típica, no es antijurídica.

En el supuesto antes descrito, las argumentaciones actoras fueron rechazadas porque la actuación no encajaba en el concepto de negociación colectiva amparada por la norma —se trataba de entidades empresariales diversas, no existiendo relación laboral alguna.

2) Graves problemas plantea el tratamiento de las Administraciones públicas. El planteamiento general es que las Administraciones actúan con sometimiento al principio de atribución de competencias, esto es, la Administración sólo puede ejercer aquellas competencias que la Ley o norma con rango suficiente le atribuye y, por tanto, su actuación se encuentra delimitada por normas jurídicas. Sin embargo, es conocido que, en nuestro actual sistema económico, la Administración actúa, en muchos casos, como agente económico, bien directamente, bien mediante formas con personalidad jurídica propia y, en muchos casos, sometida a Derecho Privado. No es el caso de sociedades de participadas por Administraciones Públicas que son auténticas personas jurídicas independientes de la Administración, si bien ésta concurre a la formación de la voluntad societaria mediante el voto que corresponda por su participación, ya sea incluso, completamente de capital público.

Pues bien con carácter general, cuando la Administración actúa sometida al Derecho Público, en ejercicio de potestades exorbitantes y revestida de imperio, lo hace en ejercicio de potestades públicas, atribui-

das por Ley o norma que la desarrolle, persiguiendo fines de interés público, y por ello ajena a las normas reguladoras del mercado. No es posible admitir la competencia del Tribunal en tales casos, en primer lugar, porque en tal actuación, la Administración no está sometida a la Ley 16/1989 al no actuar como agente económico participante en relaciones mercantiles y sometida a las normas que regulan el comercio. En segundo lugar, porque el propio Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano Administrativo revestido de imperio y con potestades exorbitantes, cuya función es garantizar la libre competencia en el mercado, como un bien necesario —en el estado actual de nuestro desarrollo social—, para alcanzar el eficaz cumplimiento de intereses públicos —bienestar social, mayor riqueza y desarrollo, eficacia en el mercado, etc.—; pero ocurre que en nuestro Derecho, el control de órganos administrativos por otros órganos administrativos se desarrolla expresamente por el ordenamiento jurídico y bajo el principio de jerarquía y ocurre, también, que el Tribunal no ha sido llamado por la Ley 16/1989 para controlar la actividad económica de las Administraciones Públicas —frente a la cual cabe interponer recursos ante otros órganos administrativos, y posteriormente ante la jurisdicción contenciosa—. Y en tercer lugar, porque tampoco puede asimilarse conceptualmente la actuación de las Administraciones Públicas sometidas al Derecho Público, al establecimiento de relaciones comerciales, caracterizadas por el ejercicio de facultades privadas.

Pero ya se apuntaba, y es bien conocido, que las Administraciones Públicas actúan a menudo sometidas a Derecho Privado. Es aquí donde mayores escollos en la determinación del alcance competencial del Tribunal, encontramos.

Respecto a las Administraciones territoriales, auténticas depositarias de las facultades de imperio, es muy dudoso que, en su actividad mercantil —sin adopción de personificación alguna—, puedan ser controladas por el Tribunal, entre otras cosas, porque toda su actuación y el procedimiento seguido, se encuentra regulado por normas con rango legal, y el ajuste a las mismas en la actuación concreta, es control que le viene encomendado a otras instancias administrativas y judiciales. Sobre tal cuestión no ha existido pronunciamiento judicial por la Sala cuya doctrina examinamos.

Ahora bien, la Administración corporativa, institucional y Entes públicos, muy a menudo, ejercen potestades administrativas, pero en otros casos actúan facultades privadas, con absoluta desconexión de la idea de fin público —que justifica las potestades exorbitantes—, e interviniendo en el tráfico mercantil como entes privados, en defensa de intereses privados. En tales casos, y con carácter general, podemos afirmar que las potestades de control del Tribunal les son aplicables. Hasta 1998, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, no se pronunció sobre el problema que analizamos, y lo hizo respecto de una Administración corporativa, en ejercicio de facultades privadas y afirmando el sometimien-

to a las potestades sancionadoras del Tribunal. Lo esencial en estos casos será determinar la naturaleza público-privada de la entidad, así configurada por el Derecho, y las facultades que actúa.

3) El tercer supuesto antes descrito, contempla dos situaciones distintas. La primera es el caso de una sociedad participada por capital público. Es evidente que la Administración, mediante su presencia en los órganos de dirección de la sociedad, determina o incide en la determinación de la voluntad de la sociedad. Pero no por ello tal sociedad mercantil deja de serlo y es también evidente que en su tráfico mercantil actúa como agente económico privado, comprendido en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989. Su sometimiento al control y potestad sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia es evidente, como cualquier otro operador económico. A esta idea de total asimilación con cualquier otra sociedad mercantil, responden los desvelos de la Unión Europea para conseguir colocarlas en situación de igualdad en la actividad económica con cualquier otro agente económico, especialmente prohibiendo las subvenciones a tales empresas —práctica muy común en el pasado de todos los Estados miembros—, evitando así un falseamiento de la competencia mediante ayudas financieras públicas que las colocaban en posición ventajosa frente a otros competidores que, ante una situación de desventura económica, se veían obligados a acudir a las líneas de créditos ordinarios, con los correspondientes costes financieros.

En el supuesto de prestación de un servicio público —en el ámbito mercantil—, por una entidad privada, tampoco tal entidad se coloca al margen de las potestades sancionadoras del Tribunal, y ello porque, por más que nos encontremos ante un supuesto de gestión indirecta, la entidad privada no adquiere ni la naturaleza de Administración ni las potestades que les son propias, aunque es cierto que en determinados casos se le reconocen facultades análogas a las públicas de imperio —fundamentalmente de policía para el correcto funcionamiento del servicio—, ello no las deja al margen de las normas sobre libre competencia. Obviamente de existir potestades exorbitantes, las mismas serán controladas por la Administración titular del servicio, bajo cuyo control lo actúa, pero cualquier aspecto mercantil relacionado con la libre competencia se encuentra sometido a la supervisión del Tribunal, e incluso las antes señaladas facultades, si encubren comportamientos anticoncurrenciales, careciendo de cobertura el concreto uso de tales potestades. Lo mismo podemos afirmar respecto de facultades de colaboración otorgadas a empresas privadas de capital estatal o privado, si el ejercicio de las mismas, más allá de sus límites, afecta a la libre competencia.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, examinó el supuesto que se comenta en su sentencia de 24 de septiembre de 1997, dictada en el recurso 155/95, en cuyo fundamento jurídico sexto se afirma:

«El contrato del Estado con T., no concede a T. la potestad de efectuar, respecto de la utilización de las líneas, un examen a priori; por el

contrario, se indica que deberá controlar a posteriori, que el uso de las líneas no es fraudulento o indebido. En caso que se estimase que se están utilizando de modo indebido o para usos distintos de los programados, se le impone la obligación de informar a la Administración (hoy Ministerio de Fomento), para que, en ejercicio de sus potestades, adopte las medidas oportunas a fin de poner fin a tales usos fraudulentos. Únicamente se ha previsto que T. actúe desconectando la línea cuando la no adopción de tal medida pueda afectar gravemente al funcionamiento normal del servicio telefónico o causar grave daño a las redes de telecomunicación. En tal caso deberá dar cuenta a la Administración en el plazo de cuarenta y ocho horas... una cosa son las actividades de regulación y control que en el supuesto de autorización u homologación de los equipos, son competencia de los órganos legalmente previstos al efecto dentro de la Administración... y otras las actividades de suministro de bienes y prestación de servicios...»

Respecto a este último aspecto, el Tribunal se declaró competente y la Sala confirmó tal pronunciamiento.

En conclusión, podemos afirmar que la extensión subjetiva de las potestades del Tribunal son muy amplias y vienen referidas a todos los operadores económicos que intervienen en el mercado, siempre que su comportamiento se conecte con la libre competencia. Ahora bien, este amplio ámbito viene delimitado desde dos aspectos, el primero, en atención a la naturaleza jurídico-pública o privada del sujeto, el segundo desde las facultades que actúa. Si bien existen supuestos claros, otras zonas grises plantean problemas de interpretación de la norma, muchas de ellas aún no realizadas durante el tiempo en que lleva vigente la Ley 16/1989, y otras, se encuentran en un momento de incipiente interpretación, respecto de las cuales pueden, hasta el momento, encontrarse pronunciamientos aislados y aún casuísticos, desde los que no es posible realizar una clasificación y ordenación de los supuestos, de forma global y sistemática. Será necesario el transcurso del tiempo, y la aparición de otras situaciones de las hasta ahora analizadas para que pueda aparecer un conjunto de pronunciamientos judiciales que permitan hacer la descrita labor.

POSICIÓN DE DOMINIO Y PRECIOS DISCRIMINATORIOS EN MATERIA DE INSPECCIÓN Y CONTROL TÉCNICO DE INDUSTRIAS

Carlos PADRÓS REIG

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El presente comentario, necesariamente breve y circunscrito, nace a raíz de la Resolución del TDC en el expediente 173/96, Instituto Catalán de Inspección y Control, de 16 de enero de 1997, resolución que desestima el recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se archivó la denuncia contra ICICT, SA y la Entidad Colaboradora de la Administración, SA.

El caso tiene su origen en la denuncia presentada por AENICRE (Asociación de Entidades de Inspección y Control Reglamentario) que tiene asociadas varias entidades de ese ramo de ámbito estatal, contra el Instituto Catalán de Inspección y Control Técnico, SA (ICICT, SA) y la Entidad Colaboradora de la Administración (ECA), de ámbito catalán.

El control y la inspección técnica en materia de industria divide en primer lugar entre inspección voluntaria e inspección reglamentaria u obligatoria. Asimismo, la inspección industrial se distribuye entre las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. De ello se desprende que serán precisamente las Comunidades las encargadas de autorizar las entidades susceptibles de realizar ese control e inspección reglamentarios. Mientras que la Administración del Estado utiliza la simple autorización para realizar esas actividades, la catalana somete las mismas al instituto de la concesión administrativa.

Las denunciadas son concesionarias de la actividad de inspección y control industrial en Cataluña. Además, sus actividades no se limitan sólo a este ámbito geográfico sino que realizan operaciones de inspección

en todo el territorio nacional. El fundamento de la denuncia es precisamente que ICICT, SA y ECA, SA operan en base a dos tarifas distintas por sus servicios de inspección: una tarifa para el mercado catalán (mercado monopolizado) y otra muy inferior para el resto de operaciones (mercado libre). En definitiva, ICICT, SA y la ECA practican, cuando operan fuera de la Comunidad Autónoma, precios sensiblemente inferiores a las tarifas que tienen administrativamente fijadas por la Administración de la Generalitat de Cataluña en tanto que Administración concedente. Se añade a esto que la aplicación de precios discriminatorios se realiza desde una posición de dominio del mercado, ya que ostentan según AENICRE, el 60% del mercado total.

El análisis desde el punto de vista del derecho de la competencia se centra en el hecho de que los precios distintos cobrados por las denunciadas, aplicados para prestaciones iguales, son discriminatorios al ser ofertados desde una posición de dominio. Además, argumenta la denunciante que los precios aplicados para las actividades fuera de Cataluña, son predatorios al ser inferiores a los costes, medida que pueden permitirse las entidades denunciadas al compensar estas tarifas predatorias con los beneficios obtenidos de unas tarifas muy superiores que perciben dentro del mercado catalán gracias a su exclusividad.

El caso no plantea de forma directa la compatibilidad con el derecho de la competencia de la reserva del mercado catalán en materia de inspección (aunque creemos que ello tiene también importancia en la resolución del expediente) sino el hecho de que ICICT, SA y la ECA operen fuera del territorio catalán aplicando precios discriminatorios desde una posición de dominio.

II. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LAS DIFERENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA EN MATERIA DE INSPECCIÓN Y CONTROL DE INDUSTRIAS

La regulación nuclear de la actividad industrial en España la constituye la Ley 21/1992 de 16 de julio, Ley de Industria, donde se reconoce la creciente importancia de las disposiciones referentes a normalización, homologación y certificación desarrolladas en muchos casos por entidades colaboradoras de las Administraciones Públicas o por laboratorios estrictamente privados ¹.

Asimismo, el Real Decreto 1407/1987 de 13 de noviembre, por el que se regulan las Entidades de inspección y control reglamentario en

¹ Así, se establece en su artículo 15 que «Los Organismos de Control serán Entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica, que habrán de disponer de los medios materiales y humanos, así como de la solvencia técnica y financiera e imparcialidad necesarias para realizar su cometido [...]».

materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales, establece que basta una simple autorización para actuar como entidad de inspección. La norma específica, además, que las entidades que deseen ser autorizadas para actuar en más de una Comunidad Autónoma deberán solicitarlo al Ministerio de Industria y Energía (art. 9 que como veremos ha sido declarado inconstitucional). El citado Real Decreto 1407/1987, vigente al momento de la interposición inicial de la denuncia, ha sido derogado por el Real Decreto 2200/1995 de 28 de diciembre que aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial.

En referencia a esta última norma, la caracterización de las entidades que pueden realizar inspección y control técnico de industrias no sufre ninguna variación sustancial. El Reglamento, para lo que aquí interesa, establece una división entre los organismos supervisores de la calidad industrial y los que hacen lo propio respecto de la seguridad industrial. Los primeros se definen como aquellos que certifican la conformidad respecto a normas industriales voluntarias mientras que los organismos de control de la seguridad verifican el cumplimiento de normas con carácter obligatorio. Tanto los primeros como los segundos pueden ser entidades públicas o privadas. Es significativo, sin embargo, que ambos tipos de organismos deben ser acreditados por una entidad de acreditación definida como una entidad privada sin ánimo de lucro (art. 14). Finalmente, tanto los artículos 14 a 19 (entidades de acreditación) como 41 a 53 (organismos de control) se dictan al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución).

En definitiva, la legislación del Estado caracteriza las entidades de inspección, a pesar de su trascendente papel en materia de seguridad industrial, que podríamos calificar de semi-público, como entidades acreditadas por una entidad privada y que operarán mediante simple designación administrativa una vez cumplidos los requisitos previstos en la legislación.

Bien distinta es, en cambio, la legislación de la Comunidad de Cataluña en este campo. Así, la Ley del Parlamento de Cataluña 13/87 de 9 de julio de Industrias en general, prevé el régimen concesional para las actividades que se desempeñen por parte de los Organismos de Control. Inequívocamente, establece el artículo 7.2 de la norma catalana que:

«La inspección y control de la instalación podrán ser ejercidos directamente por el Departamento de Industria y Energía o por medio de entidades concesionarias que asuman su ejecución.»

De ello, se desprende meridianamente que el legislador catalán ha sustraído la materia de las entidades colaboradoras en la inspección del juego del libre mercado. Dicho en otras palabras, la necesidad de obtención de una concesión administrativa para poder acreditarse como entidad de control reserva el mercado de la inspección y el control en Cata-

luña a una serie de concesionarios que hayan obtenido la concesión administrativa y excluye a las entidades de control reglamentario que válidamente estén operando en el resto del territorio nacional en virtud de autorización.

Este doble régimen provoca algunas disfunciones que conviene analizar. De una parte, existe el aspecto constitucional relativo a la posibilidad de reservar un determinado ámbito de actuación a los concesionarios mientras que el resto de Administraciones lo somete a la libre concurrencia. Dicho en otras palabras, se debe conjugar el principio de unidad con el de diversidad de las legislaciones autonómicas. El tema se hace especialmente importante si tenemos en cuenta que los artículos de la Ley estatal de Industria que regulan el sistema de las entidades de control se dictan en base al artículo 149.1.1 y 13 de la Constitución como se desprende la Disposición Final de la citada Ley.

El otro aspecto, no menos importante, es el de la segmentación del mercado que se produce como consecuencia de los distintos regímenes legales existentes. Mientras las entidades inspectoras catalanas tienen acceso a un mercado mucho más liberalizado como es el estatal, las estatales en cambio se ven imposibilitadas para hacer lo recíproco a menos que sean concesionarias del servicio. La discriminación, sin embargo, no se detiene aquí, pues como se acredita en la resolución del expediente, las entidades catalanas compiten en el exterior de forma exitosa mediante unas tarifas sensiblemente inferiores a las que aplican para las mismas actividades al inspeccionar las industrias catalanas.

III. LA STC 243/1994 DE 21 DE JULIO

La Generalitat de Cataluña impugnó el Real Decreto 1407/1987 antes citado al entender que invadía las competencias autonómicas establecidas en el artículo 12.1.2 del Estatuto de Autonomía que reserva para la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de industria ².

Se trata pues de dilucidar el contenido fundamental de la competencia en materia de industria. Al respecto, resulta sentado por la jurisprudencia constitucional que el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria. Sin embargo, la regulación de las entidades colaboradoras, sobrepasa la simple regulación de la ejecución en materia de industria. Según se desprende del Fundamento Jurídico 4 de la sentencia: «la Comunidad Autónoma que promueve el conflicto alega que el Real Decreto, considerado en su totalidad, vulnera el orden constitucio-

² V. GÓMEZ NEBRERA, C., «Industria» en *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994*, Fundación Carles Pi i Sunyer de Estudios Autonómicos y Locales, Barcelona, 1995, p. 427.

nal y estatutario de competencias ya que no se limita a regular las características que, en orden a preservar la seguridad, deben tener los equipos, productos e instalaciones industriales, sino que establece un conjunto de reglas instrumentales de aquéllas o procedimentales encaminadas a regular “el régimen y actuación” de las entidades colaboradoras. Esta alegación, formulada genéricamente, debe ser rechazada.»

Destaca, pues, en primer lugar el rechazo a la pretensión de la caracterización de las entidades colaboradoras en materia de industria como una actividad solamente enmarcable dentro de la competencia ejecutiva en materia de industria. Y es que, como nuevamente expresa el Alto Tribunal, «las reglas que en él (Reglamento) se contienen poseen, globalmente consideradas, claros efectos externos sobre derechos e intereses de los administrados ya que determinan las funciones atribuidas a estos entes, así como una serie de mecanismos que tienden a asegurar su independencia, su solvencia económica o su solvencia técnica. No cabe, por tanto, negar al Estado la posibilidad de que, en ejercicio de sus funciones normativas en la materia de seguridad industrial, regule las referidas características con relieve externo de las entidades colaboradoras de inspección y control».

En definitiva, el criterio de la territorialidad supracomunitaria no basta para que el Estado asuma la competencia en esa concreta materia que se reconoce como de ejecución por parte de la Comunidades³. Ello no significa sin embargo que decaiga todo título de intervención en la materia ya que en algunos casos se justificará la intervención del Estado cuando la actividad pública que se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y cuando ese objetivo de unidad no pueda conseguirse mediante mecanismos de cooperación o coordinación⁴.

Sentados estos dos principios, la sentencia constitucional declara inaplicables algunas de las disposiciones del Real Decreto 1407/1987, concretamente en lo referente a la necesidad de obtener una autorización del Ministerio de Industria para las entidades inspectoras que quieran operar en más de una Comunidad Autónoma. Como bien describe el Fundamento Jurídico sexto, «La primera cuestión que debemos dilucidar es la de si el hecho de que una Entidad de inspección y control actúe en más de una Comunidad Autónoma justifica por sí solo que el Estado se reserve la facultad de autorización en una materia en la que todas las Comunidades Autónomas han asumido funciones ejecutivas. La respuesta a ese interrogante debe ser negativa [...]. De lo dicho se desprende que el artículo 10.1, en cuanto atribuye al Estado la autorización de las Entidades de investigación y control que pretenden actuar en el territorio de más de una Comunidad Autónoma vulnera el orden de distribución de competencias diseñado en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña».

³ Jurisprudencia reafirmada con posterioridad en la STC 16/1996 de 1 de febrero.

⁴ FJ 6, STC 243/1994.

Sin embargo, a nadie se le escapa que el tema de la inspección y el control de la actividad industrial debe combinarse con la estructuración del Estado Autonómico, especialmente en lo que el Tribunal Constitucional ha venido a llamar «los efectos externos». Dicho en otras palabras, que la competencia para la autorización de entidades recaiga en la Comunidad Autónoma no significa que no deban articularse, desde el Estado, mecanismos jurídicos de relación para los casos en los que una entidad actúe allende del territorio de la Comunidad que la autorizó. Así lo anuncia la Ley 21/1992 de Industria al establecer, para lo que nos interesa, los siguientes principios:

— La autorización de los Organismos de control corresponde a la Administración competente en materia de industria del territorio donde los organismos ejerzan su actividad (art. 15.3). Siendo así que varios Estatutos de Autonomía recogen entre sus competencias la de Industria, será la Administración Autonómica la encargada de autorizar esos organismos.

— Las autorizaciones otorgadas a los Organismos de Control tendrán validez para todo el ámbito del Estado (art. 15.4). Fijémonos en que la disposición normativa habla de las autorizaciones otorgadas «a los Organismos» y no «por los Organismos». La diferencia es fundamental, mientras que en el primero de los casos, se establece que cualquier administración autonómica deberá reconocer como válidamente autorizada una entidad cualquiera, el segundo se referiría sólo a la aceptación de las actuaciones de dichos Organismos. Por tanto, se establece una especie de reconocimiento mutuo interautonómico de las entidades creadas y autorizadas fuera del territorio propio.

— En tercer lugar, se establece la necesidad de comunicación a la Administración competente en materia de industria de la Comunidad de las intenciones de realizar actividades de control en un territorio distinto al de la inicial autorización (art. 15.4). A modo de ejemplo, una empresa de inspección y control industrial autorizada en Madrid que pretenda efectuar una inspección en Valencia, deberá de comunicar que va a actuar en el territorio de la Comunidad Valenciana, pudiendo, a partir de dicha notificación, iniciar su actividad.

IV. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO

Como hemos visto, la diversidad de legislaciones inherente cuando un determinado aspecto competencial, como el presente, está conferido a las Comunidades y no al Estado, no puede desembocar en una merma del principio de unidad de mercado⁵. Resulta pues imprescindible encontrar

⁵ ALBERTÍ I ROVIRA, E., *Autonomia Política i Unitat Econòmica*, Barcelona, 1993; TENA PIAZUELO, V., *La Unidad de Mercado en el Estado Autonómico*, Madrid, 1997.

mecanismos de conciliación de esa diversidad legislativa con la unidad económica. Por ello, resulta oportuno traer a colación la relación que establece del Tribunal Constitucional en cuanto a la diversidad en materia competencial y el principio de unidad de mercado en el FJ 4 de la STC 29/1986: «La unicidad del ordenamiento económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores».

Asimismo, resulta doctrinalmente aceptado que la unidad de mercado no supone un título habilitante para el ejercicio de competencias por parte del Estado. Sí, en cambio, puede presentarse como un límite al ejercicio de las competencias autonómicas. En cualquier caso, la unidad de mercado habilita al Estado para dictar normas de coordinación o de colaboración. Los principios formulados en la Ley estatal de Industria de 1992 —por ende dictados en base al artículo 149.1.13 sobre bases y coordinación general de la actividad económica— comportan indefectiblemente que no pueda privarse a las entidades autorizadas fuera de Cataluña el derecho a participar en las actividades de inspección y control reglamentario mediante simple comunicación. Las previsiones relativas al sistema concesional deben regir sólo para aquellas empresas inspectoras que tengan su sede en Cataluña, independientemente de dónde desarrollen su actividad.

Además, de forma significativa la legislación del Estado establece la «libre circulación» de las entidades de inspección por todo el territorio por lo que en cierta medida produce un *desplazamiento* de la normativa autonómica. Los principios establecidos en la Ley de Industria del Estado hacen que sea imposible discriminar en base a la «nacionalidad» de la empresa inspectora puesto que establece la validez nacional de las autorizaciones. Sin embargo, que se impida la discriminación no supone que no pueda darse una *discriminación inversa*, es decir, que la Administración catalana pueda mantener, para sus empresas, normas más rígidas de las que aplica a sus competidores ⁶.

Podría argumentarse que el establecimiento de un régimen concesional para las actividades de inspección y control industrial no constituye una materia económica propiamente dicha sino que deriva de la potestad de autorganización de la Administración autonómica en esta materia. Sin duda, desde el punto de vista constitucional es perfectamente admisible esta matización. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia está llamado a analizar conductas, públicas o privadas, desde el punto de vista de su contenido económico. Siendo esto así, las actividades de inspección que tratamos deberán someterse al principio de unidad de mercado.

⁶ Sobre el potencial como instrumento de integración de mercados del principio de discriminación inversa *vide*, BALLBÉ, M. Y PADRÓS, C., *Estado Competitivo y Armonización Europea*. Ariel, 1997.

De lo anterior pueden derivarse dos primeras consecuencias: en primer lugar, si bien es cierto que el Tribunal de Defensa de la Competencia no es el órgano jurisdiccional apropiado para discutir la constitucionalidad de la estructuración nacional de las entidades de inspección y control, éste no desconoce que el régimen concesional implica una fragmentación del mercado nacional. Por ello, el Tribunal se dirigirá al Gobierno para que considere esta circunstancia para una acción legislativa al igual que se anunció para el caso de la Inspección Técnica de Vehículos (Resolución TDC Expediente A 64/93 ITV de 30 de diciembre de 1993), en aplicación de la previsiones del artículo 2.2. de la Ley de Defensa de la Competencia ⁷. En segundo lugar, el TDC está llamado a tener en consideración este principio de unidad de mercado a la hora de analizar las conductas económicas de los operadores, en el sentido de considerar el mercado de referencia como el mercado nacional y no los mercados autonómicos individualmente considerados o sin relación entre estos últimos y el primero.

V. EL EXAMEN DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En primer lugar, conviene destacar que la defensa de la competencia se erige en un mandato constitucional por lo que es de obligado cumplimiento por parte de todas las administraciones públicas, incluidas las autonómicas y las locales. Resulta indiscutido por el propio redactado de la Ley de Defensa de la Competencia y por la aplicación de la misma que ha hecho su Tribunal que las prohibiciones del artículo 1 de la misma no se aplican cuando los acuerdos o prácticas restrictivas tengan su fundamento en la aplicación de una norma legal o reglamentaria dictada en aplicación de una Ley ⁸. Así, por todas, la Resolución al expediente 64/93 de 30 de octubre de 1993 en el caso de las Inspecciones Técnicas de Vehículos no deja lugar a dudas al afirmar que:

«Cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolla al amparo de dichas normas quedará bajo tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia.»

Sin embargo, la invocación del artículo 1 al caso que nos ocupa no es relevante puesto que lo que se plantea en el presente expediente no es

⁷ Recordemos además cómo el Tribunal en su Informe de 1993 con el nada equívoco título de *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, advertía ya sobre la necesidad de emprender medidas liberalizadoras con respecto a los servicios de inspección.

⁸ CASES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, 1995, pp. 389 y ss.

la adecuación del monopolio concesional catalán en materia de inspecciones técnicas a las normas de defensa de la competencia. Sin lugar a dudas, cabría plantear dicha objeción en materia de competencia pero ésta no es propiamente la pretensión de la denunciante. No se cuestiona la normativa que reserva el mercado catalán a las empresas concesionarias. No es tampoco demasiado aventurado apuntar que tal monopolización, en tanto que práctica restrictiva de la competencia estaría amparada en una regulación legal (la Ley del Parlamento de Cataluña 13/87 de 9 de julio de Industrias en general).

En definitiva, lo único que cabría discutir en base al artículo 1 es la compatibilidad de la normativa catalana con la estatal, operación que no corresponde al TDC. En el mejor de los casos, podríamos plantearnos la necesidad de dotar de legitimidad procesal al TDC para remitir al Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad. El planteamiento resultaría relevante en esos casos donde precisamente la conducta restrictiva resulte amparada por una norma legal o reglamentaria presuntamente inconstitucional. El TDC no puede sancionar la conducta por la mera apariencia de inconstitucionalidad de la norma que la ampara y por ello sería conveniente establecer la consulta a la sede constitucional. En caso de que el Tribunal Constitucional apreciara la inconstitucionalidad de la norma, desaparecería, en consecuencia, el amparo que ésta ofrece a una práctica restrictiva de la competencia.

Incidentalmente, apuntamos que la estructuración de los servicios públicos se ve condicionada por el derecho de defensa de la competencia. Así, el artículo 90.2. del TCE permite excepcionar las normas del Tratado a las empresas encargadas de la gestión de servicios públicos sólo en la medida en que la aplicación pudiera impedir el cumplimiento de su misión. El derecho de la competencia es pues también un límite a la autoorganización de estos servicios. No entenderlo así supondría tanto como amparar un «regreso al derecho administrativo»⁹ para que éste se convirtiera en burladero de la libre competencia.

En cualquier caso, este aspecto no debe desviarnos que lo que es propiamente el contenido de la denuncia ni confundir acerca de lo que verdaderamente se plantea en el presente expediente. En resumidas cuentas, la alegación proviene del distinto tratamiento de los mercados de referencia que aplican las empresas concesionarias catalanas. En efecto AENICRE no plantea la inconveniencia de no poder acceder al mercado de la inspección en Cataluña ni tampoco lo gravoso que resulta para las empresas catalanas tener que someterse a un régimen de inspección que, por monopolizado, resulta más costoso que en el resto del Estado. Lo que se cuestiona es que ICICT SA y la ECA accedan al mercado “liberalizado” de la inspección en el resto de España y puedan realizar inspec-

⁹ En el sentido contrario de la huida del Derecho administrativo bien conocida por la doctrina administrativista española.

ciones a un precio predatorio gracias a un sistema de subvenciones cruzadas con los beneficios anticompetitivos que obtienen en el mercado monopolizado ¹⁰. La denuncia, pues, no se basa en la distinta caracterización de los dos mercados. La lógica de la distribución constitucional en materia de inspección industrial permite que esto sea así. Por contra, la comunicabilidad asimétrica de los dos mercados hace nacer las dudas acerca del respeto al derecho de la competencia.

Dicho esto, resulta también claro que las disposiciones relativas al abuso de posición dominante son de aplicación a las empresas que mediante concesión efectúen actividades de servicio público. Al contrario de lo que sucede con el artículo 1 no existe deferencia respecto de éstas en materia de defensa de la competencia. El artículo 6.3 de la Ley 16/89 expresa meridianamente que:

«Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

Por tanto, si bien una disposición legal puede amparar una de las conductas descritas en el artículo 1 de la Ley, la misma disposición no consiente que se exima a los operadores de la prohibición de ejercicio de abuso de posición dominante. Lisa y llanamente, la Ley puede crear o amparar situaciones de dominio pero nunca las conductas que supongan un abuso de las mismas.

De la combinación de estos dos principios —acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia y prohibición de abuso de posición dominante— debe surgir la solución a este tipo de casos. Las empresas concesionarias catalanas, según acredita AENICRE, ostentan el 60% del mercado español en materia de inspección industrial. Esta porción del mercado se distribuye de la siguiente forma: 100% del mercado catalán que constituye el 50% del total, más un 10% del mercado español. Vistos estos porcentajes, resulta que la posición de dominio del mercado se obtiene gracias a la reserva en monopolio del mercado en Cataluña. El hecho de que el mercado catalán suponga de por sí el 50% del total del mercado español unido a la reserva en exclusiva en favor de las concesionarias de dicho mercado explica que, a poco que se penetre en el mercado español, resultará una clara posición de dominio ¹¹.

¹⁰ En este aspecto, véase FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *Revista La Ley* n.º 2971, 31 de marzo de 1992.

¹¹ A propósito del cálculo de la posición de dominio, el TJCE determinó en su sentencia de 3 de julio de 1991, as. C 62/86, Akzo Chemie BV c. Comisión, Rec. I, p. 3359 que una cuota del 50% del mercado relevante constituye la prueba de la existencia de posición dominante. Nuestro TDC ha manejado incluso porcentajes más bajos como indicación de una posición dominante en Indas, SA c. Arбора Corporación, SA y Laboratorios Ausonia, SA Exp. 291/1990 de 7 de enero de 1992.

Un tema paralelo al que no podemos dedicar nuestra atención aquí es el de si el TDC debería ser más, igual o menos condescendiente con los abusos de posición dominante cuando esa posición dominante la origina una disposición legal. Resulta distinto que una empresa ostente una posición de dominio en un determinado mercado por su excelencia empresarial y por su buen hacer, situación perfectamente posible en lógica económica, que no una actividad que tenga esa posición de dominio «otorgada» por una disposición legal. De hecho, es fácilmente argumentable que los mercados donde los operadores estén sujetos a alguna restricción de entrada en razón a la actividad que realizan, son un caldo de cultivo ideal para los abusos de posiciones dominantes. Pero éste no es ahora nuestro debate. Sea como fuere, cualquier posición de dominio, incluso la obtenida por virtud de una disposición legal, permite aplicar al caso la prohibición de abuso del apartado *d*) del artículo 6 de la LDC, consistente en:

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

VI. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. PRECIOS PREDATORIOS Y PRECIOS DISCRIMINATORIOS

Según reza en el Fundamento de Derecho 3.3 de la Resolución, «Respecto del fondo, el Servicio ha archivado la denuncia porque, como resumen del estudio sobre la documentación aportada, concluye que las denunciadas no vienen aplicando en el resto del territorio nacional precios sensiblemente inferiores a los que aplican y perciben el resto de sus competidores; y que, en los casos en que aquéllos son inferiores, no están situados por debajo de los costes del servicio».

La alegación de práctica de precios predatorios, en el sentido de precios inferiores a los costes, no resulta probada por la documentación aportada por la denunciante ni por las actuaciones del Servicio con lo cual procede el archivo de la denuncia en ese aspecto. La cuestión de la prueba así como del «onus» de la misma resulta crucial en este tipo de asuntos por lo que nada hay que objetar al archivo. Sin embargo, que no existan precios predatorios no significa que no existan precios discriminatorios ¹².

Prosigue el Tribunal que al no haberse probado los hechos que son la base de la denuncia, procede, sin la necesidad de discutir la existencia de

¹² Véase HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Madrid, 1997.

una posición de dominio de las denunciadas en todo el territorio del Estado o fuera del mercado catalán, confirmar el archivo de la denuncia efectuado por el Servicio.

Con respecto a la vulneración del artículo 6.2 apartado *d*), es decir, aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, el Tribunal efectúa un razonamiento, a nuestro modo de ver, incompleto. Es cierto que, en la mayoría de los casos, las tarifas que cobran las concesionarias catalanas cuando operan fuera de Cataluña no son sensiblemente inferiores a las que aplica AENICRE para sus inspecciones. La comparación, sin embargo, es incompleta porque se funda en la conceptualización de los mercados —el catalán y el del resto del Estado— como mercados estancos entre los que no existe comunicabilidad. Si comparamos las tarifas aplicadas en el territorio nacional —excepto Cataluña— para el conjunto de las inspecciones, olvidamos una parte importante del comportamiento del mercado en materia de inspección técnica. Como bien indica Hernández Rodríguez en su reciente monografía «cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo también en otros mercados. Es más, el mantenimiento de precios altos donde no opera el competidor le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus precios. En este tipo de casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente, y la empresa acusada es responsable de ambas conductas, pero esto no quiere decir que puedan confundirse en el plano teórico, ni tampoco en el práctico. Ambas conductas gozan de sustantividad propia»¹³.

Por tanto, que el TDC constate la inexistencia de precios predatorios en el sentido de precios inferiores a los costes, no significa automáticamente que podamos hablar de una actuación conforme al derecho de la competencia pues subyace la aplicación de precios discriminatorios. Tanto los primeros como los segundos pueden constituir un supuesto de abuso de posición dominante.

2. DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

El mercado, como se demuestra por el hecho de que empresas catalanas actúen fuera de su ámbito territorial, es el mercado nacional en su conjunto. Otra interpretación conduciría a renunciar al principio de unidad de mercado en esta materia. Que las distintas administraciones públicas quieran aplicar a sus empresas inspectoras distintos requisitos o quieran dictar legislación complementaria a la del Estado no supone que

¹³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Madrid, 1997, p. 43

el mercado se deba segmentar en tantos mercados como Comunidades Autónomas. Por tanto, como hemos intentando argumentar con anterioridad, el mercado es nacional y así lo interpretan las denunciadas cuando realizan inspecciones fuera de Cataluña ¹⁴.

Siguiendo esta línea argumental, lo que debe ser objeto de comparación son las tarifas que se aplican en una y otra parte del mercado por unos operadores que ostentan una posición de dominio. Así, cuando comparamos las tarifas aplicadas por ICICT, SA y las ECAS en el territorio catalán y en el resto del mercado nacional, resulta claro que nos hallamos ante condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Desde este punto de vista, podemos decir que el TDC cae en la tentación de seguir el razonamiento que el Tribunal Constitucional hace para la distribución de competencias en la materia. Esto es así, pues no hay duda que la jurisprudencia constitucional fragmenta la autoridad en materia de ejecución de la competencia sobre industria entre todas las Comunidades Autónomas con competencia. La perspectiva del TDC, sin embargo, debe ser la de considerar cuál es la realidad económica del mercado, que ineludiblemente se considera como un mercado nacional.

El abuso de posición dominante prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia no se limita al análisis del mercado español (excluida Cataluña). Si esto fuera así, ciertamente no podría hablarse de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes puesto que tanto ICICT, SA como las empresas asociadas a AENICRE perciben precios similares para las actividades de control reglamentario. Por contra, si se concibe el mercado en su totalidad, los precios, aunque sean mínimamente inferiores, facturados por ICICT, SA fuera del territorio catalán, suponen la aplicación de condiciones desiguales que colocan a AENICRE en situación de desventaja. En otras palabras, si comparamos los precios de AENICRE y de ICICT, SA en el mercado nacional se observa que los precios no son sensiblemente diferentes (a pesar de que los de ICICT, SA son, en algunos casos, inferiores). Por contra, si comparamos la diferencia de los precios de ICICT, SA en los dos partes del mercado de referencia (el catalán y el nacional), los precios discrepan abultadamente.

Además, el efecto de la posición de dominio no debe sólo analizarse desde el punto de vista de los precios reales que se facturan por un determinado servicio en un determinado momento. Probablemente, no es difícil aventurar que los precios muy reducidos que aplican las empresas denunciadas impiden un crecimiento de los precios de las asociadas a AENICRE. En este caso, quien ostenta la posición de dominio se halla en una situación de control de los precios de sus competidores que no pueden variarlos ya que de otra forma agrandarían la diferencia entre ellas

¹⁴ La determinación del mercado relevante es esencial en la gran mayoría de casos de abuso de posición dominante. Sobre el concepto de mercado relevante, véase FERNÁNDEZ NOVOA, C. «Significado y delimitación del mercado relevante», *Actas de Derecho Industrial*, 1979-1980.

y las denunciadas en perjuicio de su porción de mercado. En este caso, quien ostenta el dominio es insensible a las fluctuaciones del mercado libre ya que puede efectuar compensación de pérdidas (o de exiguas ganancias) mediante los ingresos de su mercado cautivo. Esta situación, como reza en la Ley, sin lugar a dudas, coloca a unos competidores en una posición desventajosa frente a otros.

En definitiva, la conceptualización amplia del mercado relevante es fundamental para un correcto análisis de casos como el presente.

3. PARALELISMO CON EL *DUMPING* INTERNACIONAL

Una situación similar a la que hemos presentado se produce en el comercio internacional respecto a los precios de los mercados nacionales y los precios a la exportación. El *dumping* consiste, pues, en cobrar precios inferiores por un mismo producto cuando éste se vende en un mercado distinto del nacional. Los Estados pueden, de esta forma, afrontar los costes de las reducidas ganancias exteriores mediante las rentas que se obtienen —monopolísticamente o no— en su mercado.

Así, en los casos de *dumping*, «la comparación de precios ha de hacerse entre los establecidos en el Estado de origen y en el de destino de las mercancías y no entre distintos precios establecidos en el mercado nacional»¹⁵.

Puede ocurrir, como en nuestro caso, que al analizar los precios dentro del mercado exterior, los que provengan del Estado en cuestión no difieran sustancialmente de aquellos nacionales. Sin embargo, la comparación entre mercado de origen y de destino, detecta la presencia de una actividad anticompetitiva. Ciertamente, el paralelismo entre *dumping* y precios discriminatorios no puede extenderse mucho. Lo que interesa resaltar es el análisis conjunto de los mercados a efectos de calificar una actividad como tal. Por ello y para el caso de la inspección y el control técnico, incluso si consideramos los dos mercados de forma aislada, como hace el TDC, no bastaría con examinar el mercado nacional independientemente del catalán. Incluso si consideramos que no existen prácticas predatorias o que no existe abuso de posición, sí cabría hablar en cualquier caso de cierto *dumping* interautonómico que realizan las denunciadas.

VII. CONCLUSIONES

Del resultado de la resolución del expediente tratado, se pone en evidencia que las denunciadas obtienen un doble beneficio: de una parte,

¹⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *op. cit.*, p. 82.

cierran su mercado local al beneficiarse de un sistema concesional y por otra parte, consiguen que el TDC considere el mercado como fragmentado a la hora de aplicar el derecho de defensa de la competencia. El reverso de la moneda lo sufre, sin duda alguna, AENICRE que ve cómo el mercado está fragmentado a nivel normativo, lo que impide su entrada en Cataluña y en cambio el mercado es nacional cuando se trata de las operaciones de ICICT, SA y de la ECAS en el resto de España.

El libre acceso al mercado es, sin lugar a dudas, el mejor correctivo para las empresas tentadas a ejercer abusos en el mismo. Las soluciones coherentes con nuestro sistema de distribución de competencias consistirían en, o bien aislar completamente los mercados, rompiendo así el principio de unidad de mercado, o bien considerarlo único a dos efectos:

— Permitir que las asociadas a AENICRE efectuaran inspecciones en Cataluña de acuerdo con la legislación autonómica de origen, cumpliendo así el mandato del artículo 15.4 de la Ley de Industria cuando afirma que las autorizaciones otorgadas a los Organismos de Control tendrán validez para todo el ámbito del Estado.

— Considerar el mercado de las inspecciones y controles técnicos como un mercado nacional a los efectos de examinar las discrepancias de tarifas que se aplican por unas mismas prestaciones en Cataluña y en el resto del Estado por parte del mismo operador económico.

Ciertamente el primer efecto es el más complicado pues supondría erosionar la reserva concesional para las inspecciones en Cataluña. El sistema concesional sólo podría aplicarse a aquellas empresas que estuvieran domiciliadas en Cataluña con lo que no es difícil predecir que éstas, o bien presionarían a su gobierno para que cambiara el sistema o bien se constituirían fuera de Cataluña para beneficiarse de una legislación más favorable y operarían en el mercado catalán como empresas españolas reconocidas.

Del caso examinado, resulta que la Administración autonómica utiliza, con la aquiescencia del TDC, la combinación de los principios de nacionalidad y de territorialidad de forma interesada para beneficiar a ICICT, SA y la ECA. Nada hay que objetar en que la Generalitat considere que las inspecciones técnicas deben realizarse mediante la institución concesional. Es más, probablemente está justificado que empresas que ejercen una función inspectora pública o casi-pública operen con la cobertura de una concesión en la que la Administración ostenta las facultades del concedente y no simplemente por autorización. Esta justificación es la que funda la imposibilidad de que empresas del resto del Estado realicen actividades de inspección obligatoria en Cataluña (aplicación del principio de nacionalidad).

Dicho esto, la incoherencia aparece cuando se autoriza que las empresas registradas en Cataluña operen en el resto del Estado en un régimen de simple autorización. Hay que presumir que la Administración de

Cataluña considera igualmente relevante, a efectos de garantías, las inspecciones realizadas en su territorio y las realizadas en el resto del Estado. Por ello, la consecuencia lógica sería que se exigiera a ICICT, SA y a las ECAS la obtención de concesión para actuar en el resto del Estado y con dicha concesión, la fijación reglamentaria de las tarifas que necesariamente deberían ser iguales a las catalanas.

En resumidas cuentas, la Administración catalana aplica el principio de nacionalidad cuando exige que las empresas que efectúan inspecciones en Cataluña obtengan la correspondiente concesión mientras que se beneficia del régimen de territorialidad cuando sus empresas concesionarias hacen lo propio en el resto del Estado ¹⁶.

Finalmente, el TDC basa el archivo de la denuncia en un hecho controvertible ya que la legislación sobre defensa de la competencia prohíbe los precios discriminatorios independientemente de que éstos sean predatorios o no.

¹⁶ Sobre las contradicciones entre los principios de nacionalidad y de territorialidad, véase PARÓS, C., «La globalización del Derecho Bancario», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, en prensa.

THE 1997 EUROPEAN COURT OF JUSTICE JUDGEMENTS REGARDING EXCLUSIVE IMPORT AND EXPORT RIGHTS IN THE ENERGY SECTOR

Hendrik BOURGEOIS ¹

Advocat

Member of the Brussels Bar

Member of the New York Bar

Abstract

El artículo analiza las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 1997 que resuelven los recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión contra diversos Estados miembros por mantener monopolios de importación y exportación en los sectores de la electricidad y del gas. El Tribunal desestima los recursos sosteniendo que el objetivo de conseguir el mercado único y competitivo de energía debe atender a la encomienda de servicios de interés económico general a empresas ubicadas en el sector público. El comentario, que califica a estas sentencias como no esperadas, analiza las complejas relaciones entre las libertades comunitarias y la regulación pública y el desarrollo normativo en los sectores del gas y la electricidad

I. INTRODUCTION

On October 23, 1997, the European Court of Justice (the «ECJ») dismissed the legal actions brought by the European Commission against four Member States for maintaining export and import monopolies in the electricity (France, Italy, the Netherlands, and Spain) and gas sectors (France)². The actions were a result of a 1989 investigation, which the Commission had launched and further conducted pursuant to Article 169 of the EC Treaty, originally against the twelve Member States, in its effort to establish a single and competitive energy market in gas and electricity³. The facts of

¹ Associate - Jones, Day, Reavis & Pogue (Brussels).

² Judgements of 23 October 1997, Cases C-157/94, *Commission v. the Netherlands*; C-158/94, *Commission v. Italy*; C-159/94, *Commission v. France*; and C-160/94, *Commission v. Spain*. The case against the Netherlands only involved exclusive import rights.

³ See, in this respect, DOHMS, R., LEVASSEUR, C., «Commentaire des arrêts de la Cour du 23.10.97. relatifs aux monopoles d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité», *Competition Policy Newsletter*, February 1998, p. 18. In the course of the investigation and of the litigation proceedings, eight Member States had been able to convince the Commission that their respective legislation did not provide for export or import monopolies.

each case are fairly straightforward: the Member State had adopted legislation providing, in some way or the other, a State-owned company with exclusive import and export rights of certain goods (gas and/or electricity). The Commission brought action on the ground that the Member States infringed Article 30 EC Treaty (prohibiting quantitative restrictions on imports and measures having equivalent effect), Article 34 EC Treaty (prohibiting quantitative restrictions on export and measures having equivalent effect, and Article 37 EC Treaty, applicable to State monopolies of a commercial character, and prohibiting discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed between nationals of Member States. In an at first blush unexpected series of judgements, the ECJ dismissed these legal actions, suggesting that the achievement of the goal of creating a single and competitive European energy market should be, on balance, trumped by the performance of particular tasks of certain undertakings entrusted in a Member State with the operation of services of general economic interest (as referred to in Article 90(2) EC Treaty).

II. THE JUDGEMENTS

Only in the proceedings against France, Italy, and the Netherlands did the Court find that the respective legislations provided for exclusive import and export rights and only in these cases did the Court address the relationship between the rules governing free movement of goods and discrimination on the one hand, and those permitting Member States to derogate from the former on the other. The case against Spain is therefore briefly commented first.

1. COMMISSION V. KINGDOM OF SPAIN

The action against Spain for failure to comply with its obligations, more particularly those provided for under Articles 30, 34, and 37 of the Treaty, was dismissed more swiftly by the Court than the actions against France, Italy, and the Netherlands⁴. According to the Court, the Spanish legislation did not give the State-owned Red Eléctrica de España S.A. («Redesa») exclusive rights to import and export electricity. As a result, the Commission's legal action was found to be baseless. Nevertheless, it

⁴ The relevant parts of Article 37, applicable to the operation of State monopolies of a commercial character, forbid discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed between nationals of Member States. Under the ECJ's case law, quantitative restrictions or measures having equivalent effect are discriminating since (i) they deny or limit the possibilities for economic operators in one Member State to supply their goods to consumers in another Member State where such limitation is not imposed upon the economic operator supplying in the consumers' Member State, and (ii) they prevent potential customers from freely choosing their sources of supply in other Member States. See, for instance, Judgement of 19 March 1991, Case C-202/88, *France v. Commission*, ECR 1991, I-1233.

appears that the ECJ could, in line with some of its prior case-law, have reached the opposite conclusion.

The relevant parts of the legislation in question, Law No 49/84 of 26.12.84, provide that «the unified operation of the national electricity system over the high-voltage networks is a public State service, to be managed by Redesa; the functions and activities of that service include, among other things, (i) operating and maintaining all international facilities, and (ii) engaging in such international trade as is considered appropriate to ensure the supply of electric energy, to reduce production costs on a national scale *or, for reasons of national interest, to allocate to each undertaking its share of such international trade* and monitor its conduct thereof [emphasis added]».

It is clear that, as submitted by the Spanish government and by Advocate General Cosmas, the Spanish legislation comes short from explicitly and directly granting exclusive export and import rights to Redesa, and that, from a theoretical and technical legal point of view, it is not impossible under the Spanish legislation for other undertakings to import or export electricity. It is also clear that the Spanish legislation was adopted for purposes of coping with certain problems arising from the existence of numerous undertakings, generating and distributing electricity, and that all of these undertakings have not been «nationalized» into Redesa. The above two arguments appear to have been those retained by the ECJ for purposes of finding that the Spanish legislation was not contrary to the Treaty rules on free movement of goods. The fact, however, that Redesa appears to have been given discretionary powers to decide to what extent its (at least potential) competitors may engage in import and export activities⁵, could have prompted the ECJ to reach the conclusion that this legislation implicitly and indirectly, but nevertheless with enough certainty, provides Redesa with exclusive rights to import and export electricity and with a de-facto monopoly for those activities. Moreover, even assuming that, contrary to our views, the Court could not have found that the Spanish legislation provided exclusive import and export rights to Redesa (or that the conditions for application of Article 37 were not present), it could nevertheless have found that the (quasi) exclusive rights granted by Redesa were contrary to Articles 30 and 34.

More particularly, in its judgment, the ECJ could have adopted an approach similar to the one followed in other judgements, which consists in focusing on the economic reality which is brought about by the text of a particular legal provision. For instance, and without being exhaustive, in a case brought against France for having adop-

⁵ This is suggested by the last part of Article 2(1) (i) of Law No. 49/84, which provides that the public service includes, for reasons of national interest, the allocation to each undertaking of its share of such international trade and monitor its conduct thereof.

ted regulations that did not explicitly prohibited exports of waste oils, the ECJ found that France was nevertheless violating Article 34 because the legislative decrees in question in fact excluded the possibility of exporting waste oils, or would have, in any case, an inhibitory effect on export trade⁶. Another example of such an approach is found in certain Articles 90(1) and 86 cases, in which the Court has developed (what appears to be now settled) case law according to which an Article 86 infringement exists because of the adoption of Member State rules which have the effect of *inducing* a dominant undertaking to abuse its dominant position, without it being necessary to show an undertaking has explicitly engaged in a particular type of abusive conduct⁷.

Accordingly, the Court could have decided that, notwithstanding the absence of an explicit grant of exclusivity under the Spanish legislation for import and export activities, the provision which authorizes Redesa to solely decide to what extent other players in the Spanish electricity market are allowed to import or export electricity (the allocation of share of international trade), has the economic effect of at least inhibiting exports and imports, and of consolidating Redesa's factual monopoly position in those export and import markets, and thus has the propensity of violating, if not Article 37, at least Articles 30 and 34⁸.

2. THE OTHER JUDGEMENTS

After establishing the existence of exclusive import rights for electricity in the Netherlands (to the State company SEP), exclusive import and export rights for electricity in Italy (to ENEL), and exclusive import and export rights for electricity and gas in France (to EDF and GDF) the ECJ follows a similar general approach for purposes of analyzing the Commission's contentions: (A) the incompatibility of the exclusive rights with Article 37, and (B) the conditions under which the Member States may derogate from their obligations contained in Article 37 on the grounds of Article 90(2).

⁶ Judgement of the Court of 7 February 1985, Case 173/83, *Commission v. France*, ECR 1985, 491, at 7.

⁷ See, for instance, Judgement of 13 December 1991, Case 18/88, *RTT v. GB-Inno-BM S.A.*, ECR 1991, I-5941, at 20 (Member States must not, by laws, regulations or administrative measures, put public undertakings and undertakings to which they grant special or exclusive rights in a position which the said undertakings could not themselves attain by their own conduct without infringing Article 86). More recent examples are the Judgement of the Court of 17 May 1994, Case C-18/93, *Corsica Ferries*, ECR 1994, I-1783; and Judgement of the Court of 17 July 1997, Case C-242/95, *GT-Link A/S v. DSB*, ECR 1997, I-4453.

⁸ A reading of the judgement suggests there is in fact no undertaking other than Redesa that actually imports or exports electricity in Spain.

A. *The incompatibility of the exclusive rights with Article 37 ec Treaty*

Interestingly, and contrary to Advocate General Cosmas' opinion, the Court does not appear to find it necessary to analyze to what extent the litigious exclusive rights are contrary to the general rules on freedom of movement of goods, Articles 30, 34, and 36. Arguably, although the exclusive rights are not *stricto sensu* measures which directly contain a prohibition or quantitative restriction of exports or imports, they nevertheless have an impact on the conditions of export and import and are, by their very nature, apt to reduce intra-Community trade⁹. Hence, an analysis of the rights as quantitative restrictions (or as measures having equivalent effect), albeit within the scope of application of Article 37 covering State monopolies of a commercial character, would have appeared perfectly appropriate. Instead, the Court focuses its analysis on whether the rights are compatible with the specific non-discrimination rule of Article 37, regarding the conditions under which goods are procured and marketed, between nationals of Member States. By engaging in that exercise, the Court first notes that pursuant to the exclusive import rights, exporters established in another Member State are limited to a specific category of final consumers and thus suffer discrimination regarding marketing conditions as compared to the exclusive importer, which alone is authorized to import electricity (the Netherlands and France). With respect to exclusive export rights, the Court finds discrimination in that the holder of the exclusive export rights is able to reserve available national production as a matter of priority to national users, establishing a difference in treatment between domestic trade and export trade, in such a way as to provide a special advantage for the domestic market (Italy and France).

The results of this approach are quite obvious: by not characterizing the exclusive rights as quantitative restrictions or measures with equivalent effect, the Court was able to avoid the Article 36 debate, effectively cutting the grass under the feet of the Member States who could otherwise have invoked a series of non-economic justifications which in theory could have rendered the exclusive rights permissible. Instead, the Court simply noted that «*since the rights at issue are contrary to Article 37 it is unnecessary to consider whether they are contrary to Articles 30 and 34, or consequently, whether they might possibly be justified under Article 36 of the Treaty*»¹⁰.

One cannot but wonder whether this «strict» interpretation of Article 37, bringing the provisions in this Article to a certain degree outside

⁹ This has been expressly recognized in earlier case law. See, for instance, Judgement of the Court of 13 December 1990, Case C-347/88, *Commission v. Greece*, ECR 1990, I-4747, at 42.

¹⁰ Case C-157/94, *Commission v. the Netherlands*, see above note 1, at 24; Case C-158/94, *Commission v. Italy*, see above note 1, at 33; and Case C-159/94, *Commission v. France*, see above note 1, at 41. As noted above, the Court could have characterized the rights as quantitative restrictions and address the Article 36 debate. See Case C-347/88, *Commission v. Greece*, above note 8.

of the realm of the Treaty chapter¹¹ on the elimination of quantitative restrictions, is not contrary to the necessity of keeping an internal logical coherence to that chapter. Does the Court's refusal to analyze the exclusive rights under Article 36 mean that when a quantitative restriction is attached to the operation of a State monopoly of a commercial character, it is not susceptible of justification under Article 36, although the same restriction would be, if not linked to a monopoly? If the answer to this question is yes, what are the factors that warrant such a deviation? Or is this strict interpretation only reserved to various forms of monopoly discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed which do not directly and *stricto sensu* bring about quantitative restrictions (such as, for instance, discriminations in taxation covered by Article 95)?¹² If the answer to that question is yes, how does one articulate clear standards to determine the extent to which a discriminatory measure does not constitute a directly enough quantitative restriction? The judgements remain on that point sibylline.

Nevertheless, once the Court established that the exclusive rights indeed infringed the Treaty rules, it went on to consider the Member States' contentions according to which those rights were necessary for purposes of performing the particular tasks assigned to the undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest: SEP, ENEL, and EDF and GDF.

B. Applicability of Article 90(2) to derogate from the prohibition contained in Article 37 of the Treaty

The ECJ had earlier already been confronted with the question of the relationship between the provisions of Article 90(2) and trade restricting measures in the energy sector. In the 1994 preliminary ruling proceeding, the *Almelo* case, the Court analyzed an import ban on the import of electricity contained in the provisions of a supply contract between regional electricity and local electricity distributors¹³. The Court found the ban to infringe Article 85, because of among other things its cumulative effect of compartmentalizing the national market, but nevertheless left it to the national courts to decide whether this competition law infringement was necessary to enable to regional distributor to perform its task of general interest.

¹¹ For example, the Court's unwillingness to analyze the exclusive rights under Article 36 appears to be unreconcilable with the Court's efforts to demonstrate that Article 90(2) is applicable to State measures which infringe the Treaty rules on free movement of goods in general, *i.e.*, including Articles 30, 34, and 36 (see *infra* note 12). A more logical approach would have been to engage in an effort to demonstrate that Article 90(2) is applicable to State measures which infringe Article 37.

¹² See the similar observations by Advocate General Cosmas in his Opinion presented on 26 November 1996, at 26.

¹³ Judgement of 27 April 1994, C-393/92, *Gemeente Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, ECR 1994, I- 1477.

The Court's approach on this point in the three cases can be summarized as follows: (1) establishing that the holder of exclusive rights is indeed entrusted with the operation of services of general economic interest; (2) determining whether the exclusive rights are necessary for the performance of particular tasks reasonably linked to the operation of those services; and (3) whether the exclusive rights affect the development of trade to such an extent as would be contrary to the Community interests¹⁴. Since the first of these issues did not give rise to discussion (it was readily accepted that SEP, ENEL, EDF and GDF are entrusted with the operation of services of general economic interest), we turn our attention on the last two issues.

a. A balancing act for determining whether a State measure is permissible under Article 90(2)

During the proceedings, the Commission had put forward the argument that State measures contrary to Treaty rules can only be accepted when they are necessary for the financial equilibrium or the economic viability of the public undertaking itself¹⁵. Pursuant to this criteria, a State measure can almost never benefit from the application of Article 90(2), since most public undertakings in the energy sectors currently operate under de-facto monopoly market conditions. It appears hardly likely that there exist State measures, even if these do tend to create or reinforce a legal monopoly, whose repeal would jeopardize the operation of those undertakings to such an extent that it would bring about the undertakings' end. At the most, the withdrawal of such measures would reduce the undertakings' monopoly rents.

Consequently, under this Commission criterium, from a practical point of view, there are no State measures that meet the test and all existing State measures would be illegal, since contrary to the Treaty rules and not benefitting from the application of Article 90(2). The Court, in our view correctly, rejected this proposed standard, and brought forward an interpretation in line with the text of Article 90(2). Accordingly, the ECJ found that a State measure granting certain rights contrary to the Treaty rules is permissible as long as these rights are necessary to perform their particular public service tasks. In other words, the rule could be articulated in such a way to mean that the special advantage or profit which a public undertaking derives from a particular State measure must be of equal value, or counterbalance, the costs that result from the specific public service obligations imposed upon the public undertakings¹⁶.

¹⁴ The Court also analyzed whether Article 90(2) can permit State measures which infringe the Treaty rules on free movement of goods, as opposed to the Treaty rules on competition. The answer to that question appears to be clearly yes, based on prior ECJ case law.

¹⁵ The Commission relied on this point on the Judgement of 19 May 1993, Case C-320/91, *Corbeau*, ECR 1992, I- 2533; See Case C-157/94, *Commission v. the Netherlands*, see above note 1, at 35; Case C-158/94, *Commission v. Italy*, see above note 1, at 36 (referring to economically acceptable conditions); and Case C-159/94, *Commission v. France*, see above note 1, at 52.

¹⁶ The Court refers to the *causal link* between the removal of the exclusive rights and the performance of the public service task.

This standard implies that the Court has to face the arduous task of assessing whether the equilibrium is reached in each particular case, and such an analysis is prone to unpredictable results. A reading of the judgements illustrates this point in two respects.

First, unless the Commission precisely specifies why a particular right provides advantages which go beyond the costs associated with the public service burden, or which even lack a causal link for the performance of the undertakings' particular tasks, Member States are able to justify the adoption of measures contrary to the Treaty rules by presenting a *fumus boni iuris*. Hence, as the ECJ cannot be expected to examine whether alternatives to the litigious State measure are equally valuable from an economic, financial and social point of view, the Commission carries the heavy burden of proof of positively showing that the rights are unnecessary for the performance of a particular task, by refuting the Member States' (even general) allegations to the contrary. It is on that basis that the Commission appears to have lost its cases.

For instance, in the case against the Netherlands, after having described its national electricity supply system in detail and emphasizing the indissoluble links between the various components of the Dutch system, especially between import rights and the obligation to keep public electricity supply costs at as low a level as possible, the Dutch government generally claimed before the Court that «*the rules governing imports were drawn up to ensure that the Dutch electricity planning system was not thwarted by independent imports by generating and distribution companies and that their abolition would deprive the system of its raison d'être and its effectiveness*»¹⁷. The Commission apparently did never precisely articulate how this (bold) assertion could be refuted. Thus, although the Court recognized the competitive value of abolishing the exclusive rights by finding it *undeniable that if SEP's exclusive import rights were removed, not only certain customers but also the distribution companies would obtain supplies on foreign markets when the prices charged there were lower than those charged by SEP*¹⁸, it nevertheless found itself unable to consider whether the Netherlands had gone too far in providing facilities to the SEP because the Commission had failed to respond to the various factors which the Dutch government had drawn the attention to¹⁹.

Second, the case against France is also illustrative of the fact that the assessment of whether the balance between cost (public service) and benefit (exclusive right) has been reached is a delicate one²⁰. More particularly, although EDF and GDF clearly are entrusted with the operation of

¹⁷ Case C-157/94, *Commission v. the Netherlands*, see above note 1, at 49.

¹⁸ Case C-157/94, *Commission v. the Netherlands*, see above note 1, at 54.

¹⁹ For essentially the same reasons the Court dismissed the applications in the cases against Italy (at 60) and against France (at 107).

²⁰ Case C-159/94, *Commission v. France*, see above note 1.

services of general economic interest, not every type of conduct of these public undertakings is necessarily engaged in as a result of specific public service obligations. Accordingly, in balancing the costs and benefits, a discount (in the costs) should be made for those public activities which are not triggered by public service obligations specifically imposed upon the undertakings concerned. This is what the Court has tried to do in defining the «particular tasks» entrusted to EDF and GDF (paragraphs 60 to 89).

The French government had proposed to describe the following obligations as particular tasks in the sense of Article 90(2): (i) an obligation to supply all customers, (ii) ensuring continuity of supply, (iii) endeavouring to provide the most competitive tariffs and the lowest cost for the community, (iv) observing equal treatment between all customers, and (v) contributing actively to the implementation of national environmental and regional policies. The Court accepted the Commission's argument according to which the constraints of environmental protection and regional policy applied more or less generally to all economic operators and were not linked to the subject matter of the service of general economic interest. They were therefore discounted as not constituting particular tasks (at 69). Next the Court analyzed the alleged obligation to provide the most competitive tariffs and found that there was nothing to indicate that the maximum tariffs in force were necessarily the lowest possible tariffs. Hence, this obligation was also discounted as not constituting a particular task (at 83), and accordingly, only supply, continuity and equal treatment were retained as proper public service obligations.

However, it still appears quite artificial to view an obligation to ensure continuity of supplies (and to a lesser extent an obligation of equal treatment of customers) as «particular» or «public service» obligation. Under normal competitive conditions, would a normally behaving, profit-maximizing private undertaking not seek such continuity of supplies? Or in the words that the Commission used with respect to the goal of achieving the lowest cost, wouldn't the pursuit of achieving a continuity of supplies of goods such as electricity be a priori one of the objectives of any undertaking operating in this market? It appears that it would, and the Court therefore also could have eliminated this cost from its analysis.

*b. The development of trade contrary to the Community interests
(Article 90(2) second sentence)*

Even if a State measure, contrary to the Treaty rules, is justifiable to permit the performance of a public service task, it may nevertheless be incompatible with Community law if it affects trade to such an extent as would be contrary to the interests of the Community [Article 90(2), second sentence]. Since the Member States successfully invoked that a substantial part of electricity (and gas in the case of France) consumption in their domestic markets was supplied via imports (for instance

15% in the Netherlands and 17% in Italy), and since the Commission had failed to show how the exclusive rights affected and continued to affect the development of intra-Community trade in electricity to an extent contrary to the interests of the Community, the Court finally concluded that the Commission's applications had to be dismissed.

III. THE COURT'S RESTRAINT

In the introduction to this contribution, the judgements in question have been qualified as at first blush «unexpected». They are unexpected not only from a technical legal point of view, in that, for instance, the Court refused to consider the exclusive import or export rights as measures falling within the scope of application of Articles 30 and 34, but also from a broader policy perspective.

As the existing literature on this subject matter explains, Article 90 of the Treaty can be viewed as the concentrated reflection of the Western European debate of economic organization, between free market economy and competition on the one hand, and a more dirigiste and interventionist state planning of the economy on the other: the first paragraph of that Article consecrates open market economy, and the second permits government intervention and economic regulation to achieve a «public mission»²¹. Today this debate has probably been settled in favour of free market principles. Not only has the ECJ, since the mid-eighties, interpreted the exception contained in Article 90(2) in an increasingly narrow manner²², but the principle of free market economy also has been enshrined in the Treaty itself²³. This being said, the Treaty of Amsterdam nevertheless confirms that, without prejudice to the application of the competition rules, services of general economic interests retain their importance within the EU²⁴.

²¹ See, for instance, GARDNER, A., «The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors», *European Competition Law Review*, 2, 1995, p. 78. More recently, PAREJO ALFONSO, L., «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», *Anuario de la Competencia* 1996, p. 87.

²² See for instance the Court's ground-breaking judgement relating to the telecommunications sector, in which the Court found that the Member State had failed to prove that the introduction of private undertakings on the UK market would have put the performance of British Telecommunications' public mission in jeopardy, Judgement of 20 March 1985, Case 41/83, Italy v. Commission, ECR 1985, 873, at 33.

²³ Article 3a of the EC Treaty as amended by 1992 Treaty on the European Union.

²⁴ The Treaty of Amsterdam, signed on 2 October 1997, proposes to insert a new Article 16 in the Treaty establishing the European Community, according to which «without prejudice to Articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their missions».

In view of the above, it might appear that the judgements go against the trend of defining the public interest sphere as an increasingly limited exception to the «normal» functioning of the common market, since they impose upon the Commission the (heavy) burden of proving that, from a legal and factual point of view, the conditions for application of the Article 90(2) exception are not present²⁵. The Court's unwillingness to restrictively interpret the public mission exception in the discussed judgements is probably instrumental to the objective of not disturbing the existing market structure of the European energy sectors. As a result, the ECJ refrained from interfering with the latest EU legislative developments in this sector, and this should, after all, not be so surprising²⁶.

Exercising judicial restraint in view of these circumstances is not only in line with the traditional continental European position on the proper role of the judiciary²⁷, but it is also completely consistent with a particular strategy and approach in dealing with deregulation of state monopolies. This strategy, which has been proficiently articulated in this publication²⁸, consists in first introducing competition by restructuring a monopolized market (injecting competition), and only thereafter adopting measures to liberalize the restructured market (withdrawing state intervention).

Contrary to its final judgement in the discussed cases, if the Court would have accepted the pleadings of the Commission and condemned the Member States for maintaining measures violating the Treaty rules on free movement of goods (which are not justifiable on public interest grounds), the judgements probably would have had an immediate (but mere) liberalizing effect. Indeed, the Member States would have been forced to repeal the exclusive import and export rights granted to the public energy companies. This withdrawal would not, however, necessarily have guaranteed a «successful» monopoly deregulation, bringing about a

²⁵ Instead, the Court could have imposed a similar heavy burden of proof upon the Member States of showing that the conditions for application of Article 90(2) are present.

²⁶ Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996, concerning common rules for the internal market in electricity, 1997 O.J. L27/20, 30.01.97; there is also a draft Directive relating to the gas sector, see Common position (EC) adopted by the Council with a view of adopting a Directive of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in natural gas, Brussels, 12.02.98. Similarly, the Commission itself has announced that in view of those developments, Article 169 court proceedings in those cases no longer seem necessary. See XXVIIth Report on Competition Policy, 1997, at paragraph 116.

²⁷ It is submitted that a common law judge, faced with the same set of circumstances, probably would have had no (or at least less) qualms in interfering with a similar legislative development. See, for instance, the structural changes brought about in the US telecommunications market by the D.C. District Court's judgment in the AT&T case; *United States v. American Telephone and Telegraph Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), appeal dismissed, 714 F.2d 178 (D.C. Cir. 1983).

²⁸ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 1996*, p. 59.

truly competitive internal energy market, offering a higher degree of consumer choice, lower prices and a better quality of products. As the surge of competition cases in the recently liberalized telecommunications sector suggests, an ending of legal monopolies does not mean an end to dominant positions and abuses thereof²⁹. The judgements at issue and the ECJ's expressed restraint in these judgements, therefore, arguably, reflect the acknowledgment that deregulation or restructuring of a monopolized market (as opposed to the liberalization of such a market) requires a detailed and complicated act of state intervention. The legislative developments referred to above and discussed hereafter would fulfill this role.

IV. LEGISLATIVE DEVELOPMENTS

The recent Directive concerning common rules for the internal market in electricity is not the first step that has been undertaken for purposes of achieving a European electricity market, and is certainly not going to be the last, since it does not clear all obstacles to trade³⁰. Nevertheless, it is the most comprehensive initiative thus far, providing for common rules applicable to generation (production), transmission (high-voltage transport), and distribution (medium and low-voltage transport) of electricity.

How and to what extent the Directive precisely comes short of ensuring a truly competitive internal electricity market is beyond the scope of this contribution. However, it is noticeable that several provisions in the Directive have the aim of ensuring that the requirement of an open electricity market [Article 19(1)] through the organization of access to the transmission and distribution system (Chapter VII) goes hand in hand with additional safeguards designed to promote and protect competition. Article 3 of the Electricity Directive, setting forth the general rules for the organization of the electricity sector, contains the mirror reflection of the Article 90(2) methodology and provides that the Member States may indeed impose public service obligations upon undertakings operating in the electricity sector; these obligations must however be clearly defined, transparent, non-discriminatory, and notified to the Commission. Moreover, the Directive provides that the non-application of certain of its liberalizing requirements not only is conditioned upon a

²⁹ See, in this respect, UNGERER, H., «How much is too much?» speech at the 15th Competition Conference of the EU Committee, 28.05.98.

³⁰ Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996, concerning common rules for the internal market in electricity, see above note 25. Earlier measures include (1) Council Directive 90/547/EEC of 29 October 1990 on the transit of electricity through transmission grids, 1990 O.J. L313/30, 13.11.1990, amended by Commission Decision 95/162/EC; (2) Council Directive 90/377 EEC of 29 June 1990 concerning a Community procedure to improve the transparency of gas and electricity prices charged to industrial end-users, 1990 O.J. L185/16, 17.7.1990, amended by Commission Directive 93/87/EEC; and (3) Decision No. 1254/965/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 1996 laying down a series of guidelines for trans-European energy networks, 1996, O.J. L161/147, 29.06.1996.

showing that it is necessary for performing the above obligations, but also upon its compatibility with Community interests, including, *inter alia*, competition [Article 3(3)]. The Member States must also take necessary steps to ensure that integrated electricity undertakings (combining in the same legal entity the activities of generation, transmission and distribution) keep separate accounts for the various activities with a view to avoiding discrimination, cross-subsidization and distortion of competition [Article 14(3)]. Finally, Member State safeguard measures to respond to a sudden crisis in the energy markets must be amended or abolished, insofar as they distort competition and adversely affect trade in a manner which is at variance with the common interest [Article 23(2)].

The proposed Gas Directive, which closely resembles the Electricity Directive, also contains similar provisions designed to ensure competition in the gas sector. For instance, to prevent vertically integrated gas undertakings from abusing their dominant positions in an upstream supply market (or resulting from their capacity of system owner or operator) the draft Directive provides that the supplier or the undertaking that provides access may not discriminate between system users, particularly in favour of its related undertakings [Articles 6(2), 8(2) and 10(2)]³¹.

These Directives thus provide for a relatively detailed set of sector-specific rules, aimed at introducing (and maintaining) a certain degree of competition in the European energy markets, which should be distinguished from the liberalizing (but not necessarily competition introducing) effects that could have been brought about by the ECJ judgements in question. The judgements should be therefore read and interpreted in light of those developments.

As a concluding remark, one cannot help but notice that these legislative developments appear to significantly draw from the experience gained from the relatively successful restructuring efforts in the telecommunications sector, which have been undertaken by means of the adoption of a complex regulatory regime. However, contrary to what has been proposed by certain commentators³², the judgements (as read in the light of the legislative developments) suggest that the principles applicable in the telecommunications sector (such as non-discriminatory access and Open Network Provision and separate accounting requirements) will not be transposed in the energy sector solely through an individual decision-making practice under general competition rules of the EC Treaty. These principles are likely to be further developed via specific regulation applicable to the energy sector.

³¹ Common position (EC) adopted by the Council with a view of adopting a Directive of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in natural gas, see above note 25.

³² AMORY, B., «Vertical Aspects of Mergers, Joint Ventures and Strategic Alliances», presented at the 24th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy of the Fordham Corporate Law Institute (1997) (to be published).

DUELO DE TITANES: BOEING/McDONNELL DOUGLAS *VERSUS* AIRBUS

Catalina MARTÍNEZ

Lexecon Ltd.¹

I. INTRODUCCIÓN

Con el acuerdo de fusión entre Boeing y McDonnell Douglas, el 14 de diciembre de 1996, comenzó uno de los casos más comentados en la historia de la defensa de la competencia, y no precisamente por sus implicaciones económicas. El hecho de que Airbus y la empresa resultante de la fusión se convirtieran en respectivos baluartes del poder militar y comercial de la Unión Europea y los Estados Unidos, introdujo las armas de la política internacional en el terreno de la defensa de la competencia. Los Estados Unidos acusaban a la Unión Europea de utilizar el proceso para atacar a Boeing en beneficio de Airbus, mientras que en Europa se veía el interés de las autoridades estadounidenses en la aprobación de la fusión como un medio para convertir a Boeing/McDonnell Douglas en un «campeón nacional», en detrimento de su rival europeo.

Finalmente, la fusión fue aprobada por la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos el 1 de julio de 1997 y un mes más tarde, el 30 de julio de 1997, por la Comisión Europea². Sin embargo, hubo diferencias notables entre ambas decisiones.

Mientras en Estados Unidos la fusión fue aprobada sin condiciones, la Comisión Europea señaló que afianzaría la posición dominante de Boeing en el mercado de referencia, y en consecuencia, impuso una serie de medidas para intentar preservar el nivel de competencia en el mercado. Entre ellas la prohibición de los contratos en exclusiva que Boeing había firmado con tres grandes compañías aéreas.

¹ Lexecon Ltd. (Londres) y Lexecon Inc. (Chicago) fueron las consultorías económicas que aconsejaron a Airbus. Sin embargo, debido a un desliz del traductor, la versión en español de la decisión de la Comisión Europea Lexecon menciona a Lexecon como consejera de Boeing.

² Caso N.º IV/M.877, Doce L 336/16.

En efecto, el análisis de la situación del mercado durante los últimos años, como mostraré en este artículo, sugería que la adquisición de McDonnell Douglas por parte de Boeing podría provocar un descenso en el nivel de competencia existente en el mercado. La evidencia empírica mostraba que la presencia de McDonnell Douglas como productor independiente había presionado los precios a la baja durante los últimos tres años, por lo que probablemente su adquisición por parte de Boeing, y consiguiente desaparición como productor independiente para la obtención de los contratos, podría provocar un aumento de precios al reducir el nivel de competencia existente en el mercado.

La organización del artículo es la siguiente. En primer lugar, analizaré la situación del mercado antes de la fusión. En segundo lugar, comentaré la evidencia empírica que sugería que la fusión podría suponer un aumento de los precios en el mercado. En tercer lugar, analizaré la decisión de la Comisión Europea y en particular la serie de compromisos exigidos a Boeing para preservar el nivel de competencia del mercado tras la fusión. Y por último, presentaré las conclusiones.

II. EL MERCADO DE GRANDES AVIONES COMERCIALES

Aunque la fusión afectaba a empresas presentes en todos los sectores de la industria aeroespacial, el único sector investigado directamente por las autoridades de defensa de la competencia fue el comercial, donde el mercado de referencia fue definido como el mercado mundial de aviones comerciales nuevos de gran tamaño, es decir, con capacidad para más de cien pasajeros.

La producción mundial de grandes aviones comerciales estaba, hasta diciembre de 1996, en manos de sólo tres empresas. Por un lado las americanas Boeing y McDonnell Douglas y por otro Airbus, una agrupación europea de interés económico, integrada por las empresas públicas Aerospatiale de Francia y CASA de España y las empresas privadas DASA de Alemania y British Aerospace de Gran Bretaña.

Una situación que probablemente hubiera permanecido así durante un tiempo, debido a la existencia de grandes barreras de entrada. Causadas primero por la necesidad de realizar millonarias inversiones iniciales, y segundo por el hecho de que el proceso de producción presenta economías de escala y alcance, que sólo se traducen en una reducción de costes una vez alcanzado un nivel de producción suficientemente elevado. La historia reciente de la industria confirmaba que la entrada de empresas era un fenómeno bastante improbable pues Airbus había sido la última empresa en entrar al mercado hacía veinticinco años, en diciembre de 1971.

La situación del mercado en 1996 puede describirse gracias a la distribución de la flota de aviones en servicio según el productor y la pro-

porción de nuevos contratos de producción obtenidos por cada uno de ellos. En primer lugar, aproximadamente el 60% de los aviones en servicio había sido producido por Boeing, el 24% por McDonnell Douglas, el 14% por Airbus, el 2% restante correspondía a los aviones producidos por Lockheed que todavía continuaban en servicio. Es decir, los aviones McDonnell Douglas eran los que tenían una mayor presencia en el mercado, después de los producidos por Boeing.

En segundo lugar, el valor de la cartera de pedidos de nuevos aviones comerciales (valor de los pedidos de nuevos aviones menos valor de los pedidos cancelados), considerado como una aproximación del valor de las ventas anuales de aviones nuevos, dejaba a McDonnell Douglas en la última posición con un 6% de los pedidos, por detrás de Airbus con un 30% y Boeing con el 64%. Su situación mejoraba ligeramente al considerar la media de los pedidos realizados entre 1987 y 1996, donde McDonnell Douglas había conseguido el 12% de los pedidos, Airbus el 27% y Boeing el 61%, pero en definitiva, la evolución de la cartera de pedidos anuales durante los últimos diez años mostraba una tendencia decreciente para McDonnell Douglas.

El hecho de que la cuota de mercado de McDonnell Douglas hubiera decrecido de forma constante en los últimos años implicaba, según Boeing, que su adquisición no tendría ningún efecto anticompetitivo, pues su presencia como empresa independiente ya no afectaba al nivel de competencia del mercado. Sin embargo, era necesario analizar cómo se adjudicaban los contratos para la producción de nuevos aviones entre Boeing, Airbus y McDonnell Douglas para evaluar correctamente la relevancia de sus cuotas de mercado.

La demanda de aviones comerciales de gran tamaño se reparte entre más de doscientas compañías aéreas y empresas de financiación, que realizan sus pedidos mediante «campanas», es decir, subastas en las que los potenciales compradores describen las características de los aviones que necesitan y las empresas productoras de los mismos pujan por la adquisición de los contratos. De esta forma los precios de venta de los aviones nuevos pueden variar de una transacción a otra, dependiendo de las empresas que participen en cada campaña.

El hecho de que McDonnell Douglas no obtuviera nuevos contratos no significa que no pujara por la obtención de los mismos, por lo que su mera presencia en las campañas podía tener una influencia sobre el precio final.

III. NIVEL DE COMPETENCIA EN EL MERCADO

Un estudio realizado por Lexecon demostró que, durante los últimos tres años, los precios habían sido menores en las campañas en las que McDonnell Douglas había participado para la obtención de los contratos, que en aquellas en las que los únicos postores habían sido Boeing y Airbus.

La lógica del experimento realizado por Lexecon, conocido como «análisis de pujas»³, es bastante simple. La forma de averiguar cómo influye la presencia de la empresa A en el mercado sobre el precio de un producto es comparar los precios pagados por los consumidores cuando la empresa A no lo ofrece, con los precios pagados por los consumidores cuando la empresa A sí que lo ofrece. Si los precios son menores en el último caso, entonces la presencia de la empresa A en el mercado presiona los precios a la baja.

La única empresa que podía participar en todas las campañas era Boeing, como se puede apreciar en la tabla, al producir modelos de aviones comerciales con capacidad para más de cien pasajeros en todas las categorías existentes en el mercado.

AVIONES COMERCIALES DE GRAN TAMAÑO⁴

	<i>Cabina estrecha</i>		<i>Cabina ancha</i>		
	<i>100-120</i>	<i>120-200</i>	<i>200-320</i>	<i>320-400</i>	<i>400+</i>
Boeing	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
McDonnell Douglas	Sí	Sí	No	Sí	No
Airbus	No	Sí	Sí	Sí	No

El objetivo del análisis realizado por Lexecon era comparar los precios finales obtenidos en las «campañas triangulares», es decir aquellas en las que habían participado Boeing, Airbus y McDonnell Douglas, con los precios obtenidos en las campañas en las que sólo habían participado Boeing y Airbus.

El análisis de 54 campañas realizadas entre 1994 y 1996 reveló que los precios habían sido siempre menores cuando McDonnell Douglas había pujado por la obtención de los contratos compitiendo con Boeing y Airbus. Situación que se daba en 20 de las 54 campañas estudiadas. Los precios habían sido en media un 7,6% mayores en las campañas en las que McDonnell Douglas no había estado presente que en las que sí estuvo. Un resultado que se mantenía tras controlar estadísticamente las posibles diferencias entre campañas que podrían haber afectado el resultado. Por ejemplo, al analizar las campañas según la magnitud de los contratos, los precios resultaban ser un 5,3% mayores sin McDonnell Douglas.

Los resultados del análisis sugerían que la eliminación de McDonnell Douglas como productor independiente podría reducir la intensidad de

³ *Bidding study*.

⁴ La Comisión Europea consideró que los mercados de aviones de cabina estrecha y cabina ancha eran dos mercados de referencia separados. No obstante, fueron tratados conjuntamente a lo largo de la decisión debido a sus características similares y a que la fusión provocaría efectos muy parecidos en ambos.

la competencia en el mercado de grandes aviones comerciales, provocando un aumento de los precios, siempre y cuando los precios se continuaran fijando de la misma manera en el futuro.

Hay dos posibles razones por las cuales los resultados del experimento no serían aplicables a la situación del mercado en el futuro. Primero, que McDonnell Douglas desapareciera del mercado, lo que eliminaría cualquier efecto de la fusión sobre la competencia del mercado, y segundo que los contratos dejaran de adjudicarse en campañas.

La primera razón constituyó la base de la defensa de Boeing y el motivo fundamental por el cual la fusión fue aprobada sin condiciones en los Estados Unidos. Sin embargo, la evidencia sugería que la división comercial de McDonnell Douglas continuaría en el mercado al menos durante dos o tres años más, que no es más que el horizonte temporal utilizado normalmente para evaluar el efecto de las fusiones. Fundamentalmente porque acababa de lanzar un nuevo producto al mercado, el modelo MD-95 con capacidad para 100-120 pasajeros, y al menos tendría que esperar hasta recuperar los costes iniciales. En realidad los contratos de producción de ese modelo obtenidos hasta el momento iban a necesitar varios años de trabajo, y por lo tanto, varios años de presencia de McDonnell Douglas como productor independiente en este segmento del mercado. Por otro lado, el negocio de mantenimiento de aviones en servicio y venta de piezas de repuesto estaba en buen estado y aún produciría beneficios durante unos años más, dado que la vida útil de los aviones puede llegar a alargarse durante más de veinte años.

Respecto a la segunda razón, la permanencia de las campañas estaría en peligro si se propagaba el uso de los contratos de producción en exclusiva que Boeing había comenzado a utilizar con sus clientes.

Tres de las diez mayores compañías aéreas del mundo habían accedido a comprar sus aviones a Boeing de forma exclusiva durante los próximos veinte años: American Airlines en noviembre de 1996, Delta Airlines en marzo de 1997 y Continental Airlines en junio de 1997. De esta forma, Airbus, y cualquier otra empresa que pudiera comenzar a producir aviones comerciales durante la duración de los contratos, tendría cerrado el acceso a la producción de aviones para esas compañías. Es decir, los contratos en exclusiva reducirían el número de campañas en las que competir.

IV. DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

El 1 de julio de 1997, la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos decidió aprobar la fusión sin condiciones y un mes más tarde, el 30 de julio de 1997, la Comisión Europea tomó su decisión.

La Comisión Europea permitió la fusión entre Boeing y McDonnell Douglas, tras imponer una serie de medidas que intentaban subsanar los

efectos derivados del fortalecimiento de la posición dominante de Boeing en el mercado de referencia.

En primer lugar, la división comercial de McDonnell Douglas debía mantenerse como una entidad legalmente independiente de Boeing durante diez años. Una medida que no implicaba su independencia en el mercado puesto que, al mismo tiempo que exigía su independencia legal, la Comisión aseguraba que Boeing continuaría manteniendo el control total de las decisiones estratégicas sobre precios y producción. Es decir, era una medida que no tendría ningún efecto sobre la intensidad de la competencia en el mercado.

En segundo lugar, la Comisión Europea impuso dos medidas referentes a los contratos en exclusiva. Primero, Boeing se comprometió a no firmar contratos de producción en exclusiva con sus clientes hasta el 1 de agosto de 2007, excepto en aquellas campañas en las que sus rivales también hubieran incluido la producción en exclusiva como parte de sus ofertas. Y segundo, Boeing se comprometió a no llevar a la práctica los derechos de producción en exclusiva recién adquiridos con American, Delta y Continental Airlines. La Comisión optó por eliminar el efecto de exclusión que los contratos tenían respecto a Airbus, como único rival presente en el mercado, al prohibir los contratos ya firmados por Boeing. Pero, sin embargo decidió permitirlos cuando Boeing no fuese la única empresa que los ofreciera. Una medida que protegía la capacidad de Airbus para competir con Boeing, pero magnificaba las barreras de entrada del mercado.

Por último, muchas de las medidas no eran más que promesas sobre el futuro comportamiento de Boeing, cuyo cumplimiento sería casi imposible de comprobar: que Boeing se comprometiera a no aprovecharse del mantenimiento de la flota de McDonnell Douglas para vender nuevos aviones; o de su mayor tamaño para obtener un trato preferente por parte de los proveedores en perjuicio de Airbus; o por ejemplo, el obligar a Boeing a facilitar el acceso de sus competidores a la información tecnológica relevante para el sector comercial que hubiera obtenido con la ayuda de fondos públicos (excepto los proyectos clasificados), para evitar que se aprovechara de la posición de McDonnell Douglas como líder mundial en la producción de aviones de combate.

V. CONCLUSIONES

La evidencia empírica sugería que la fusión provocaría un aumento de los precios en el mercado, es decir, un efecto que perjudicaría a los compradores de aviones pero beneficiaría a cualquier empresa presente en el mercado. En cambio, Airbus se opuso a la fusión y ninguna de las compañías aéreas de Estados Unidos que compraban aviones a Boeing lo hizo.

En realidad, el desarrollo del caso en Europa indicaba que los contratos en exclusiva de Boeing eran considerados como la verdadera amena-

za para la competencia del mercado, al implicar la exclusión del resto de productores de aviones, presentes o futuros, para producir los aviones de las líneas aéreas implicadas.

Finalmente, la Comisión Europea decidió aprobar la fusión, pero prohibir los contratos que excluían a Airbus como competidor de Boeing.

Sin embargo, la desaparición de los contratos en exclusiva de Boeing no significaba que se hubieran eliminado los posibles efectos anticompetitivos de la fusión. La evidencia empírica, que sugería un posible aumento de los precios de los grandes aviones comerciales como consecuencia de la fusión, seguía siendo relevante. Y en consecuencia, la única forma de haber remediado los posibles efectos anticompetitivos de la fusión en el mercado de grandes aviones comerciales hubiera sido, bien impedir la fusión, o bien encontrar un comprador para la división comercial de McDonnell Douglas. Sin embargo, la primera posibilidad resultaba impensable, teniendo en cuenta que la fusión ya había sido aprobada en los Estados Unidos, y respecto a la segunda posibilidad, la Comisión Europea asegura que no fue posible encontrar ninguna otra empresa interesada en adquirir la división comercial de McDonnell Douglas.

A pesar de todo la Comisión Europea intentó encontrar una solución, y finalmente decidió obligar a Boeing a mantener la división comercial de McDonnell Douglas como una entidad legal independiente, aunque completamente bajo el control de Boeing, durante los diez años siguientes a la fusión. En definitiva, una medida que no afectaría la intensidad de la competencia en el mercado.

Por otro lado, la Comisión determinó que el período de aplicación de diez años podría ser reducido en el futuro, si Boeing no continuaba la producción de al menos dos modelos de los aviones antes producidos por McDonnell Douglas. Y efectivamente, el 4 de junio de 1998, menos de un año después de la aprobación de la fusión, Boeing anunció que el año 2000 dejaría de producir tres de los cuatro modelos de aviones comerciales de McDonnell Douglas⁵. Dos años y medio después de la fusión, el MD-95 (ahora conocido como Boeing 717) sería el único de los antiguos aviones de McDonnell Douglas que Boeing seguiría produciendo.

⁵ «Boeing announces halt to MD-11 production», *Financial Times*, 4 de junio de 1998.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA) DE 28 DE JULIO DE 1997 *

Inmaculada SANZ SANZ
Servicio de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario presenta importantes novedades que trataremos de abordar con detenimiento.

En primer lugar, trataremos el debatido tema del título competencial, que aunque no es objeto en sí de la Sentencia del Tribunal Supremo, se trata en las dos Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, la reclamación de actuaciones y la acumulación de diferentes recursos por el Tribunal Supremo, significa una magnífica solución adoptada por el órgano jurisdiccional para el pronunciamiento unívoco sobre los diferentes recursos.

En tercer lugar, analizaremos la naturaleza dual del procedimiento en materia de defensa de la competencia, procedimiento sancionador y declarativo de ilicitud; así como las consecuencias para los operadores económicos de llevar hasta el extremo los efectos de dicha naturaleza dual.

Pero sin duda, el aspecto más interesante que debe ser comentado en el presente artículo, es el principio de confianza legítima, sin duda un principio aplicado en los últimos años por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por el Tribunal Supremo español en numero-

* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997, en recurso contra el acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de mayo de 1991, y la Resolución del Consejo de Ministros de fecha 27 de marzo de 1992, respectivamente, sobre prácticas restrictivas de la competencia, imputables a la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE), y a algunas editoriales.

sas ocasiones, sin que se hayan especificado claramente sus contornos precisos, y sin que exista una línea doctrinal o jurisprudencial clara.

Por ello, trataremos de buscar el origen de este principio, la definición del mismo en la legislación alemana, así como su acuñación histórica por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para, finalmente, delimitar su aplicación jurisprudencial por el Tribunal Supremo en España.

Además se analizará en profundidad la idoneidad de la utilización de este principio en el presente caso, así como la importancia de su aplicación en el procedimiento sancionador, y no en el declarativo de comisión de la infracción. Finalmente, se detallará la trascendencia de esta sentencia para el derecho de la competencia.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Servicio de Defensa de la Competencia comenzó de oficio determinadas investigaciones, como consecuencia de un artículo publicado en el diario madrileño *YA*, de 1 de septiembre de 1988, que vaticinaba una subida del precio de los libros de texto para el curso 1988/1989, de un 12%. El Director General de Defensa de la Competencia dictó Providencia con fecha 16 de septiembre de 1988 por la que se ordena la incoación de expediente de oficio, siendo imputadas la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE) y 39 empresas editoriales.

Como resultado de las investigaciones, se elevó el Informe-Propuesta al Tribunal de Defensa de la Competencia, por infracción del artículo 11.1 en relación con el 31.a) de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC), siendo imputados ANELE y 15 empresas editoras de las 27 a las que se había formulado Pliego de Concreción de Hechos.

2. El Tribunal, en la Resolución de la Sección Segunda de 30 de octubre de 1990¹, declaró la existencia de práctica prohibida por el artículo 3.1.a) en relación con el 11, de la Ley 110/1963, consistente en la difusión de un acuerdo de fijar como criterios aplicables a la subida de los precios de los libros de texto, en el curso escolar 1988/1989: 5,5% tope máximo; 4% medio; tolerancia 5%, siempre que la media se mantenga en el 4%, imputable a la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE). Además declaró la existencia de práctica prohibida por el mismo artículo, consistente en haber seguido la recomendación de ANELE, imputable a 15 empresas editoriales.

¹ Resolución de la Sección Segunda de 30 de octubre de 1990. Expediente 254/89 y 539/88 del Servicio. ANELE y algunas empresas editoriales.

En dicha Resolución el Tribunal declaró la nulidad del acuerdo de la Asociación de 24 de marzo de 1988. También, y en virtud del artículo 15 de la LRPRC, el Tribunal propuso al Consejo de Ministros diferentes sanciones económicas, debido a la importancia de la práctica realizada, la fijación de precios, y al producto, los libros de texto que constituyen un elemento indispensable para el desarrollo y formación de la sociedad y afecta, además, a la mayoría de las familias españolas.

3. Se interpuso un recurso de súplica de todos los imputados, solicitando la revocación por el Pleno de la Resolución de la Sección Segunda del Tribunal de Defensa de la Competencia. Mediante Resolución de 14 de mayo de 1991², el Pleno desestimó los recursos de súplica interpuestos, y confirmó todos los términos de la Resolución de la Sección Segunda, relativos tanto a la comisión de infracción del artículo 11 y 31.a) de la LRPRC, como a la nulidad del acuerdo de la Asociación, y a la elevación al Consejo de Ministros de la propuesta de interposición de sanciones económicas.

Las Resoluciones mencionadas fueron acordadas con el voto particular del Ponente señor Bermejo Zoffío, que consideraba que la recomendación hecha por ANELE a sus asociadas era consecuencia de la preocupación del Ministerio de Educación y Ciencia por la posible subida de los precios de los libros de texto y «que la iniciativa de las recomendaciones ha partido del MEC, que ha sido éste quien ha instado a ANELE a limitar las subidas y que para ello se ha seguido el camino ya iniciado por la Junta», siendo la licitud de la acción suficiente para excluir posibles responsabilidades.

4. La propuesta de multas al Gobierno debía ser hecha a través del Ministro de Comercio, en ese momento de Economía y Hacienda, tal y como se establece en el artículo 98 del Decreto 538/65, de 4 de marzo, sobre el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Consejo de Ministros, por Acuerdo de 2 de agosto de 1991, en virtud de las competencias que le otorgan los artículos 15 y 28 de la LRPRC y a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, acordó la imposición de las multas de: 74.350.000 pts. a ANELE; 55.000.000 pts. a Anaya, S.A.; 1.500.000 pts. a Cincel, S.A.; 1.700.000 pts. a Ecir, S.A.; 6.600.000 pts. a Don Bosco (Edebe); 100.000 pts. a Miguel Azara Reberter; 1.500.000 pts a Marfil, S.A.; 9.200.000 pts. a Everest, S.A.; 45.500.000 pts. a Santillana, S.A.; 12.500.000 pts. a Luis Vives (Edelvives); 1.500.000 pts. a Mangold, S.A.; 1.500.000 pts. a Sociedad Española de Librería, S.A (S.G.E.L.); 2.300.000 pts. a Teide, S.A.; 2.500.000 pts. a Barcanova, S.A; 5.600.000 pts a Editorial Bruño y 1.700.000 pts. a Editex, S.A.

² Resolución del Pleno, de 14 de mayo de 1991. Expediente 254/89 y 539/88 del Servicio. ANELE y algunas empresas editoriales.

5. ANELE y 14 de las empresas editoriales imputadas interpusieron recurso de reposición contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1991, que fue desestimado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1992.

En virtud del artículo 30 de la LRPRC, Editorial Mangold, S.A. y Editorial Teide, S.A., interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos ante la Sala Tercera del Supremo.

6. Por escrito de 10 de julio de 1991, Editorial Mangold, S.A. formuló recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de mayo de 1991. Por auto dictado el 16 de marzo de 1993, el Tribunal Supremo reclamó las actuaciones, por considerarse competente en su tramitación. Además, mediante auto de 22 de junio de 1993, el Tribunal Supremo declaró la acumulación de los dos recursos interpuestos por Editorial Mangold, S.A.: uno contra el primer Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1991; y otro, contra el Acuerdo de 27 de marzo de 1992 citado.

7. Por escrito de 15 de julio de 1991, Editorial Teide, S.A. formuló recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Pleno de 14 de mayo de 1991, ante la Audiencia Nacional, que por auto de 11 de octubre de 1994 ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo.

8. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997, se resuelven los recursos interpuestos por Editorial Mangold, S.A. y Editorial Teide, S.A.. En el fallo, en cuanto a la comisión de infracción, se desestiman los recursos formulados contra las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de octubre de 1990, y de 14 de mayo de 1991; y en cuanto a la sanción impuesta, se estiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los Acuerdos del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1991, y de 27 de marzo de 1992, siendo anulados.

III. TÍTULO DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

Este tema no se plantea en la Sentencia del Tribunal Supremo analizada, sino en ambas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque, sin embargo, conviene que lo abordemos debido a la polémica suscitada sobre el mismo.

Los recurrentes alegan una cuestión de incompetencia del órgano administrativo estatal, dado que consideran que quien debe resolver es un órgano de la Comunidad Autónoma de Madrid, en virtud de las atribuciones que le son asignadas por el artículo 28.4 de su Estatuto de Autonomía, como es la función ejecutiva en materias de comercio interior y defensa del consumidor en dicha Comunidad.

Sin embargo, en el mismo artículo del Estatuto de Autonomía se señala que dicha función debe ser ejercida en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado, y aunque en este artículo del Estatuto de la Comunidad de Madrid no se recoge expresamente la exclusión del ejercicio de potestades administrativas autonómicas en materia de defensa de la competencia, hay que entender que está tácitamente sobreentendida en el mismo, y que debe ser comprendido en el marco de otros Estatutos de Autonomía, que expresamente la establecen. Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 12.1, claramente exceptúa como competencia exclusiva de la Generalitat, la legislación sobre defensa de la competencia³. En el mismo sentido se establece dicho límite en el Estatuto de Autonomía del País Vasco⁴, artículo 10.27; en el Estatuto de Galicia, artículo 30.4; en el de Andalucía, artículo 18.1.6; Valencia, artículo 35.1.5.; y Navarra, artículo 56.1.d).

A diferencia de otras competencias que se hallan transferidas a las distintas Comunidades Autónomas —si bien con la salvedad del respeto en el ejercicio de las mismas de la legislación básica del Estado— la competencia en materia de defensa de la competencia es exclusiva del Estado, puesto que sobre la base del artículo 38 de la Constitución, y como se expresa en la Resolución del Pleno de 14 de mayo de 1991:

«Supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a evitar prácticas que pueden dañar la competencia entre empresas, cuya defensa es necesaria y ha de incluirse en la competencia exclusiva del Estado en materia de bases y ordenación de la actividad económica general, expresada en el artículo 149, 1, 131 CE».

La Ley 16/ 1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en vigor desde agosto de 1989, ha recogido expresamente en su artículo 20 que la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia se extiende a todo el territorio español. No obstante, existen dos recursos de inconstitucionalidad⁵, uno de la Generalitat, y otro del Gobierno Vasco, aduciendo básicamente que en sus respectivos Estatutos se les otorga competencia exclusiva en materia de comercio interior en sus territorios autonómicos, y que la reserva estatutaria al Estado se refiere tan sólo a la legislación sobre defensa de la competencia, y no a la ejecución de dicha legislación estatal.

³ «De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, la competencia exclusiva en las siguientes materias:

5) Comercio interior, defensa del consumidor y usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia».

⁴ «Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia.»

⁵ Recurso de inconstitucionalidad planteado por Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña (n.º 2027/89) y Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco (n.º 2009/89). Ambos de 30 de octubre de 1989.

Sobre la base de esa potestad ejecutiva que consideran que está atribuida a las Comunidades Autónomas, argumentan que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene por qué ser un órgano estatal, sino que sus competencias pueden ser transferidas a distintos Tribunales autonómicos. Finalmente, reclaman, en el peor de los supuestos, la ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En mi opinión las argumentaciones de los recursos de inconstitucionalidad no tienen sentido, dado que la consideración de competencia exclusiva de la Comunidad en materia de comercio interior poco tiene que ver con las funciones propias de los órganos de defensa de la competencia, cuya función última consiste en establecer las condiciones o evitar las restricciones que puedan existir en el funcionamiento del libre mercado, con un comportamiento correcto, eliminando barreras y cortapisas al mismo, y, en definitiva, intentado que exista una unidad de mercado en el territorio español, finalidades que como el Tribunal Constitucional ha señalado corresponden al Estado. En este sentido existen varias sentencias ilustrativas⁶, entre ellas, la Sentencia 88/1986:

«...de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional que trae como consecuencia la existencia de un mercado único, que supone tanto la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica como la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica».

Por otro lado, en cuanto a la argumentación de los recurrentes, es absolutamente improcedente la atribución de potestades ejecutivas a órganos autonómicos de la legislación básica dictada por el Estado, así como la creación de Tribunales de Defensa autonómicos. Ello supondría que no existe un orden económico nacional y que podrían plantearse resultados disfuncionales como expresamente señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1/1982:

«La unicidad del orden económico general es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado como exclusivas de su integridad aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad.»

En cuanto a la doctrina, Soriano⁷ y Martín Retortillo⁸ sostienen que no cabe ninguna duda en cuanto al fundamento constitucional del principio de unidad de mercado.

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de abril y 30 de noviembre de 1982, 20 de febrero y 1 de julio de 1986 STC 88/1986. Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1982. STC 1/1982.

⁷ SORIANO, J. E., *Derecho Público de la Competencia*.

⁸ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*.

Por tanto, y pese a la amplia polémica que han introducido las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco, en el ordenamiento jurídico español no cabe otra interpretación del título competencial en materia de defensa de la competencia que la atribución de las funciones propias de defensa de la competencia a órganos de la Administración Central, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, órganos administrativos, dependientes del Ministerio de Economía y Hacienda.

IV. UNIDAD DE JURISDICCIÓN PARA LOS DIFERENTES RECURSOS

El problema que se plantea, y que resuelve magníficamente esta Sentencia del Tribunal Supremo, es que, en aplicación de la antigua Ley 110/63, LRPRC la revisión de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto a la determinación de si la práctica anti-competitiva existió o no, corresponde a la Audiencia Nacional una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo; y sin embargo, la revisión de las Resoluciones del Consejo de Ministros, en cuanto a la imposición de sanción económica, se plantea como recurso de reposición ante el mismo órgano, o bien, como recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo (directamente o tras el pronunciamiento del Consejo de Ministros sobre el recurso de reposición).

Con este marco legal, podía darse el supuesto, y es el que nos ocupa, que un mismo asunto se tramitase simultáneamente en diferentes instancias jurisdiccionales:

— Ante la Audiencia Nacional, por el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Editorial Mangold, S.A. mediante escrito de fecha 10 de julio de 1991, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, del Pleno de 14 de mayo de 1991.

— Ante el Tribunal Supremo, por el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Editorial Mangold, S.A. mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 1991, contra la desestimación presunta del recurso de reposición de la Resolución del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1991.

— Ante el Tribunal Supremo, por el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Editorial Mangold, S.A., mediante escrito de fecha 10 de abril de 1992, contra la resolución denegatoria expresa del Recurso de Reposición, por el Consejo de Ministros, de fecha 27 de marzo de 1992.

— Otros tres recursos por parte de Editorial Teide, S.A. en los mismos términos que los expresados: uno ante la Audiencia Nacional y dos ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, mediante la acumulación de recursos y la reclamación de actuaciones a la Audiencia Nacional, resuelve, mediante la subsunción de todos los recursos en uno solo, de una forma clara y contundente el posible problema que pudiese plantear el doble o triple pronunciamiento sobre el mismo caso, con el grave riesgo de que en numerosas ocasiones no se llegase a fundamentaciones o líneas jurisprudenciales exactas, y el importante daño que se puede producir a los recurrentes, que obtienen diferentes resultados si impugnan ante una instancia u otra, y en el largo plazo, la distorsión a los operadores económicos que buscan líneas de actuación conforme a la legalidad, que claramente debe ser interpretada y definida por la jurisprudencia de la Alta Autoridad Jurisdiccional.

Hay que señalar que en numerosas ocasiones se producen estos conflictos jurisdiccionales, debido a que, en muchos casos, por el retraso acumulado en la tramitación en las diferentes instancias administrativas y jurisdiccionales, aún se están resolviendo recursos contencioso-administrativos en aplicación de la Ley 110/1963, LRPRC, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia declara cometida una infracción en aplicación de lo dispuesto en la LRPRC y el Consejo de Ministros decide la imposición de una sanción propuesta por el Tribunal. Ello hace que se superpongan diferentes recursos ante diferentes órganos jurisdiccionales, Audiencia Nacional o Tribunal Supremo, cuando se plantean tanto el recurso contra la declaración de infracción como el recurso contra la imposición de sanciones, siendo finalmente el Tribunal Supremo quien decide. Sin embargo, a veces, tan sólo se plantea recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitándose por completo las actuaciones ante la Audiencia.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ha resuelto en parte estos conflictos jurisdiccionales, dado que atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia la capacidad de imponer sanciones y por tanto, la única vía de recurso es el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en primera instancia, y luego, una vez agotada dicha vía, el recurso ante el Tribunal Supremo.

Sin embargo, ha quedado sin resolver un posible conflicto jurisdiccional entre la Audiencia y el Supremo, en el caso de que exista una denuncia por prácticas restrictivas de la competencia, y a la vez se esté tramitando dicho expediente como control de concentraciones. Así, respecto del procedimiento de control de concentraciones, dado que el artículo 17 prevé la competencia del Gobierno, una vez resuelta la operación de concentración por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y contra la Resolución del Consejo de Ministros, una vez resuelto el recurso de reposición, sólo cabe recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. Simultáneamente, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia estimando o desestimando la existen-

cia de práctica restrictiva de la competencia, prohibida por la LDC, debe interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. Este caso puede darse cuando exista una denuncia por conductas restrictivas de la competencia que sea recalificada por el Servicio de Defensa de la Competencia como operación de concentración económica.

V. CARÁCTER DUAL DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

No cabe duda de la especial naturaleza del procedimiento de aplicación de las normas prohibitivas en materia de defensa de la competencia, de difícil encuadre, pues reúne determinadas características propias de un procedimiento administrativo, y otras que lo aproximan más a un procedimiento jurisdiccional. Del mismo modo, por un lado se trata de un procedimiento declarativo de existencia de infracción de la ley de competencia (LRPRC o LDC), y por otro, de un procedimiento sancionador con imposición de la correspondiente multa, si cabe. Ello hace que se rija por determinados principios del Derecho, de distinta naturaleza, aplicables a cada fase del procedimiento.

Sin embargo, no comparto la opinión del Alto Tribunal en la Sentencia comentada, cuando señala:

«La total independencia que existe entre los aspectos competitivos y los sancionadores, regidos unos y otros por diferentes criterios, de tal forma que, aún produciéndose un acto atentatorio a la libre competencia, ello no significa sin otro aditamento que se dé el reproche punitivo del mismo».

No puede existir dicha independencia entre ambos aspectos, pues qué sentido podría tener el declarar la existencia de conducta restrictiva de la competencia, si además, para la imposición de multas por comisión de infracción a los operadores económicos, hubiese que analizar «otro aditamento» al que la Sentencia se refiere.

Es más, cada vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia tuviese que resolver sobre la imposición de una determinada multa, debería demostrar que existe otro elemento adicional, que suponemos que se trata de dolo o conducta culpable, propia del procedimiento penal, sobre la base de las manifestaciones que continúa diciendo en la Sentencia:

«La doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual son transplantables, con ciertos matices, al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración los principios que rigen el Derecho Penal, al ser ambos campos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Conforme a ellos para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto

de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable; presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación, o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad.»

No parece que el Tribunal haya tenido en cuenta la nueva Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), sino que claramente se ha apoyado en la dualidad del procedimiento establecido por la Ley 110/1963, LRPRC, y ello por dos cuestiones:

«1. La LRPRC no concede al Tribunal de Defensa de la Competencia la capacidad de imponer sanciones económicas, sino tan sólo de proponerlas al Consejo de Ministros, quien finalmente resuelve sobre su procedencia, sin que se halle vinculado por la Resolución del Tribunal. Sin embargo, la LDC dota de capacidad jurídica al Tribunal para determinar las sanciones económicas que deben imponerse por la comisión de infracción.

2. El artículo 10 de la LDC establece claramente que “el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos [...], que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, [...] multas de [...]”.

Por tanto, no es necesaria la existencia de dolo para la imposición de multas por parte del Tribunal, sino que basta la negligencia dolosa.»

Por tanto, en el marco de la nueva LDC, parece que perdería sentido el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo, y si el Alto Tribunal ha determinado que efectivamente existe una práctica prohibida, anulado la decisión de ANELE de 24 de marzo de 1988, e intimado a las entidades imputadas, desestimando los recursos interpuestos contra la Resolución del Pleno de 14 de mayo de 1991, para estimar el recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1992, debe invocar una importante razón de interés general, o que justifique la no imposición de sanciones, pues a *sensu* contrario, en el marco de la LDC, no resulta suficientemente justificada la falta de dolo o el recurso a la aplicación del principio de confianza legítima, como más adelante abordaremos.

Tampoco estoy de acuerdo con Santiago Martínez Lage⁹ cuando, al hablar de la coexistencia de un procedimiento declarativo de la ilicitud de las conductas con un procedimiento propiamente sancionador, señala que en el primero, junto con el interés público, se hallan presentes en gran medida intereses privados, mientras que en el segundo tan sólo existen intereses públicos en sancionar, sometidos a los principios de un procedimiento sancionador. En mi opinión, he de señalar, en primer lugar, que el procedimiento debe regirse por los principios de un procedimiento sancionador, muy cercanos a los del derecho penal, como muy

⁹ MARTÍNEZ LAGE, S., «La confianza legítima y la naturaleza dual del procedimiento de aplicación de las normas prohibitivas en materia de competencia». *Gaceta jurídica de la CE*, Boletín 127, octubre de 1997.

bien determina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero siempre sin olvidar que estamos ante un procedimiento administrativo; en segundo lugar, no estoy de acuerdo en que en el procedimiento sancionador tan sólo existan intereses públicos, dado que los competidores actuales y potenciales, o en este caso los consumidores, la mayoría de familias españolas, sí tienen un interés económico, interés privado, en que ANELE y las empresas editoriales dejen de realizar las conductas prohibidas, hecho que quedará más garantizado con la imposición de sanciones económicas; y en tercer lugar, el máximo interés público no está en imponer o no una sanción económica, sino en cumplir el precepto constitucional invocado en el artículo 38 de libertad del mercado, es decir, que los precios sean el resultado del libre juego de la oferta y la demanda.

La jurisprudencia sentada en esta Sentencia y llevada hasta sus últimas consecuencias, podría caer en el absurdo, e incluso dotar de ineficacia cualquier Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dado que en la mayoría de los casos y en aplicación de los principios del Derecho penal, propios de un procedimiento sancionador, no cabría la imposición de multa, máxime cuando además de la ilicitud de la conducta hay que demostrar que existe una conducta dolosa. Por tanto, de nada serviría que se declarase una conducta prohibida, si no va a ser sancionada, o sólo en muy contadas ocasiones. Supongo que para la mayoría de los operadores económicos la infracción de la LDC dejaría de ser un elemento de preocupación y el efecto docente de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia prácticamente desaparecería.

VI. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

1. ANTECEDENTES

Para entender la aplicación de este principio al caso analizado hay que señalar que la Junta Superior de Precios acordó, con fecha 16 de abril de 1982, elevar a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la concesión de libertad de precios para los libros de texto, pero se estimó la necesidad de adoptar algunas garantías durante la fase transitoria de cambio de sistema. Las garantías que se definen son: de carácter permanente, la publicación de un catálogo de precios; y de carácter coyuntural, «consistentes en negociar con los editores un acuerdo para limitar la subida efectiva para el curso 1982/83».

La Junta Superior de Precios atribuyó al Ministerio de Educación y Ciencia la negociación, por un lado, de las limitaciones a las subidas de precios de los libros de texto, y, por otro lado, la observación de la evo-

lución del precio de los libros de texto y en general del mercado de los mismos.

El resultado fue que se publicaron los diferentes catálogos de libros de texto para cada curso, y ANELE se reunió con el Ministerio de Educación y Ciencia. Según manifestó la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Ciencia, sus Servicios se reunieron periódicamente con ANELE para ocuparse de temas relacionados con la reforma del sistema educativo, y simplemente, «transmite a los representantes de las editoriales su preocupación por el posible aumento de los precios de los libros de texto, y la necesidad de que estas subidas fueran limitadas».

En este contexto, el Tribunal Supremo considera que las recomendaciones de ANELE a las editoriales venían inducidas por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuando advertía la necesidad de que las subidas de precios fuesen limitadas. Además, señala que sería absurdo sancionar una conducta provocada por la propia Administración que ahora sanciona, pues se ha vulnerado el principio de confianza legítima, principio que se invoca sobre la base de una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como del Tribunal Supremo. Analizaremos en detalle dicha jurisprudencia, así como el origen y significado de este principio para ver la idoneidad de su aplicación en este caso.

2. ORÍGENES Y DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima (*Vertrauensschutz*) tiene sus orígenes en el Derecho administrativo alemán¹⁰, regulado por el artículo 48 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo. La continua invocación de este principio por los abogados alemanes en los pleitos planteados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha influido en la implantación de este principio como uno de los principios generales del Derecho.

Siguiendo a Meyer y Borgs¹¹, la protección tiene diferente intensidad en el marco del artículo 48:

1. Si el acto administrativo garantiza al administrado una prestación económica, y se han producido signos externos que han creado en el mismo la expectativa de la estabilidad y durabilidad del acto, no parece posible la revocación del acto, sobre la base de la aplicación del principio de confianza legítima del administrado. Ahora bien, esta confianza legítima es digna de protección después de la ponderación de los intere-

¹⁰ GARCÍA MACHO, R., «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en las jurisprudencia del Tribunal de Justicia». *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 56, octubre de 1987.

¹¹ MEYER/BORGS, «Comentario al artículo 48».

ses en juego, o sea el interés individual y el general, exigiéndose, además, en el apartado 2 del artículo 48, para la aplicación del principio de confianza legítima, que el beneficiario haya realizado gastos o inversiones, o haya tomado decisiones con repercusiones económicas, que no puedan ya ser restituidos, o bien sólo lo pueden ser con graves perjuicios para su patrimonio.

2. Menor protección reviste el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 48, así la protección de la confianza legítima no se garantiza por medio de la estabilidad del acto administrativo irregular, sino a través de una compensación en metálico, siempre que haya habido un perjuicio en el patrimonio del beneficiario. En este apartado se encuentran las licencias, autorizaciones, nombramientos de funcionarios, etc. No siempre es fácil poder establecer una compensación económica, sobre la base de la aplicación del principio de confianza legítima, y se producirá siempre cuando dicha confianza legítima se haya vulnerado de manera fehaciente.

Para poder entender el significado de este principio, hay que considerar su vinculación con la aplicación del principio de legalidad de la acción administrativa. Así, el juez deberá ponderar cuándo debe invocarse uno u otro, tras el análisis de los intereses particulares y generales en juego. En el supuesto del hecho concreto puede haberse vulnerado la confianza legítima de personas destinatarias de la norma o del acto administrativo, porque debido a diversas circunstancias que deberán analizarse se creó una expectativa de derechos¹², y por una nueva norma o acto administrativo quedan desvirtuadas dichas expectativas. Por tanto, en este caso, primaría el principio de seguridad jurídica¹³ del administrado o de confianza legítima, sobre el principio de legalidad, dado que el juez puede llegar a estimar que ha existido un abuso o extralimitación en el contenido de la norma o del acto administrativo.

El principio de la confianza legítima en el ámbito del Derecho administrativo significa que es legítimo y por tanto, jurídicamente exigible, que el ciudadano pueda confiar en la Administración, delimitándose así los derechos y obligaciones de ambos en un sentido objetivo, según lo que se puede esperar de acuerdo con las reglas del «tráfico jurídico», y no en sentido subjetivo, según la creencia de las partes. Así este principio no puede invocarse para amparar cualquier tipo de convicción psicológica producida en el ciudadano, sino la confianza que se basa en signos o hechos externos de la Administración, lo suficientemente conclu-

¹² Se habla de expectativa de derecho, puesto que si existiesen derechos reconocidos y adquiridos se podrían invocar directamente, sin necesidad de utilizar el principio de confianza legítima.

¹³ Se utiliza el principio de seguridad jurídica, dado que se trata de un principio con un significado muy próximo al que nos ocupa, y que, sin embargo, se utiliza con más frecuencia en los procedimientos contencioso-administrativos españoles. Lo mismo ocurre con el principio de buena fe, y en menor medida con los principios de equidad y equilibrio en las prestaciones.

yentes para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta moviendo su voluntad a realizar determinados actos ¹⁴.

Según F. Huebeau ¹⁵, en el ámbito en que tiene su máxima aplicación este principio es en el económico. Y esto es lógico debido, principalmente, a la rapidez exigida en las normas o actos administrativos para poder adaptarse a los profundos y vertiginosos cambios coyunturales que sufre la economía, y que requieren que la Administración se adapte rápidamente a los mismos, e incluso intervenga, mediante la promulgación de normas, o de actos administrativos que permitan reaccionar ante las diferentes coyunturas económicas, siempre respetando un período de transición mínimo, aunque, a veces, es difícil evitar esos perjuicios económicos producidos en determinados administrados que habían generado unas expectativas de derechos que han sido vulneradas.

Este principio no está incluido expresamente en ningún precepto legal de nuestro ordenamiento jurídico español. Puede especularse sobre si los principios generales no incorporados a una cláusula general legal pueden tener la misma eficacia que los que sí están recogidos en ella. Las funciones integradora e informadora son indudables. Además, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) no menciona entre sus principios generales el de la confianza legítima, pero las manifestaciones de este principio están presentes a lo largo de toda la Ley, en principios reconocidos por nuestro ordenamiento y de un alcance o significado bastante similar, como el principio de seguridad jurídica, o el de la buena fe.

3. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Debe evitarse el peligro de que el principio de la confianza legítima sea coartado para sustituir simplemente el Derecho escrito por el arbitrio judicial, para convertir el principio de la confianza legítima en mero recurso retórico a fin de evitar razonamientos más complejos o para sustituir la aplicación de las leyes por el sentimiento personal de justicia. La labor jurisprudencial no puede perder de vista el establecimiento de una línea de argumentación sobre el contenido de los distintos principios generales del Derecho, si se quiere obtener un grado adecuado de consenso y por tanto de seguridad en la certeza del Derecho.

¹⁴ STS. Sala 30, 8 de junio de 1990, Ar. 5180.

¹⁵ HUEBEAU, F., «Le principe de la protection de la confiance legitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», 1983, «CDC» número 2.

A. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

El principio de confianza legítima es frecuentemente utilizado, en el inicio, por litigantes alemanes, ante el Tribunal de Justicia, y por tanto, es un principio reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario. Pero, sin embargo, del análisis detallado de las sentencias comunitarias en las que se menciona se desprende que el Tribunal de Justicia apenas ha estimado que se produjese una violación de este principio¹⁶.

Muy rápidamente, porque excede del contenido de este trabajo, vamos a ver la evolución de la jurisprudencia comunitaria en la aplicación de este principio, y especialmente nos centraremos en las sentencias que menciona el Tribunal Supremo como fundamento para la aplicación del principio de confianza legítima al presente caso.

El principio de confianza legítima se discute por primera vez por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 13 de julio de 1965¹⁷, invocado por la sociedad Lemmerz-Werk que consideraba que no era ajustado a derecho el pago de unas compensaciones a la Administración, que ésta exige por decisión de 6 de noviembre de 1963, pues estaba dispensada del pago de dichas compensaciones. El Tribunal de Justicia deniega la aplicación de este principio señalando que no puede existir certeza de legalidad en la dispensa del pago compensatorio, y máxime en materia de contribuciones públicas, donde las exenciones no pueden suponerse.

La primera vez en que el Tribunal admite que se ha infringido el principio de la confianza legítima es en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 1973¹⁸, y ello es debido a que el Consejo, en la decisión de 21 de marzo de 1972, había asumido unos compromisos en materia de remuneración de funcionarios que trató de cambiar a los pocos meses. Aquí el Tribunal mantiene que se ha vulnerado el principio de confianza legítima de los administrados en que la Administración se regirá por la decisión que ella misma ha establecido.

Del análisis detallado de las Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, pueden extraerse diversas conclusiones:

1. El Tribunal en muy contadas ocasiones considera que se ha vulnerado el principio de confianza legítima, debido al carácter perturbador del mismo frente a los poderes públicos, y porque puede cuestionar el principio de legalidad.

¹⁶ Esta tesis también la sostiene GARCÍA MACHO, *op. cit.*

¹⁷ As. 111/63 (Lemmerz-Werke GmbH). Rec. 1965, p. 836.

¹⁸ As. 81-72 (Commission c. Conseil). Rec. 1973, p. 575.

2. Los demandantes lo suelen invocar desde ámbitos subjetivos ante algún cambio normativo que afecta a sus intereses personales, y cuando no encuentran argumentos mejores para evitar la pérdida de su *status quo*.

3. En todas las sentencias analizadas, el origen del recurso es un cambio normativo, generalmente la promulgación de un nuevo Reglamento comunitario que modifica el existente, y nunca sobre la base de un acto verbal de la Administración comunitaria, ni siquiera por la elaboración de una Comunicación.

4. Se utiliza especialmente en la esfera económica, concretamente ante nuevos Reglamentos producidos en el desarrollo de la política agraria comunitaria, específicamente en las organizaciones comunes de mercado. Tan sólo se considera vulnerado el principio de confianza legítima cuando el Reglamento entra en vigor sin ser notificado o sin respetar un período transitorio¹⁹. Sin embargo, no se considera que ha sido vulnerado dicho principio si existe un interés público perentorio para adoptar tal Reglamento²⁰.

5. Otro ámbito en el que se suele invocar el principio es en el acceso a la función pública dentro de la Comunidad²¹, donde un cambio normativo puede afectar a intereses privados, aunque tampoco el Tribunal considera dicha vulneración, dado que claramente se trata de derechos subjetivos.

En cuanto a las Sentencias mencionadas por el Tribunal Supremo, la STJCE de 16 de mayo de 1979, Sentencia Tomadini, señala expresamente la inaplicabilidad del principio de confianza legítima cuando entra en conflicto con el interés público²². En dicha sentencia se establece que la invocación del principio de confianza legítima no significa la imposibilidad de establecer nuevos reglamentos que modifiquen los ya vigentes y, por tanto, las expectativas de derechos adquiridos en el pasado, especialmente en cuanto a la organización común de mercados, que exige una continua adaptación a los cambios económicos de los sectores agrícolas. Con esta Sentencia se configuran unos límites muy precisos al principio de confianza legítima.

¹⁹ En la Sentencia de 14 de mayo de 1975, C.T.N.A. c Commission (As. 74-74. Rec. 1975, p. 548) se reconoce la violación de este principio porque la Comisión suprimió mediante el Reglamento 189/72, sin previa notificación y sin medidas transitorias, los montantes compensatorios aplicables en el sector de materias grasas.

²⁰ En la Sentencia de 1 de febrero de 1978, Lührs (As. 69/78. Rec. 1978, p. 169), el Tribunal considera que no es aplicable la confianza legítima porque existe un interés público perentorio, y porque se ha respetado un período de tiempo transitorio.

²¹ La Sentencia de 20 de junio de 1985, Pauvert (As. 228/84) puede ser un ejemplo de ello.

²² «Teniendo en cuenta que en el marco de una reglamentación económica como la de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas, el principio del respeto de la confianza legítima prohíbe a las instituciones comunitarias [...] modificar esta reglamentación sin combinarla con medidas transitorias, salvo que un interés público perentorio se oponga a la adopción de tal medida».

La Sentencia de 12 de abril de 1984 de Unifrex²³, determina también la inaplicabilidad de la vulneración de este principio. Unifrex, empresa francesa de exportación de productos agrícolas, denunció la pérdida de poder adquisitivo del montante compensatorio, por la entrada en vigor del Reglamento 974/71 del Consejo, por la modificación del tipo de cambio de la lira. El TJCE señala que no se puede alegar que, en virtud de la confianza legítima del administrado, se deba garantizar el riesgo por las modificaciones del tipo de cambio como parte de la cuantía del montante equivalente.

También hay que destacar otra sentencia mencionada por el Tribunal Supremo, la Sentencia Hauptzollamt Hamburg-Jonas²⁴, de 26 de abril de 1988, en donde el Tribunal de Justicia señala: «que el principio de la protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho comunitario».

El Tribunal Supremo en la sentencia objeto de estudio, también se basa en la «doctrina Leclerc», recogida en varias sentencias²⁵, y expresamente en una de ellas, la Sentencia de 10 de enero de 1985, el recurso tiene su origen en la fijación del precio de los libros. Sin embargo, en ninguna de ellas se menciona, ni utiliza expresamente el principio de confianza legítima, y por tanto, no entendemos por qué el Tribunal Supremo invoca dichas sentencias, pues no constituyen ninguna línea jurisprudencial comunitaria en torno al principio analizado. Es más, incluso en la Sentencia referida a la fijación de los precios de los libros, interpuesta por la «Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc», no sólo no se considera la vulneración del principio de confianza legítima, sino que el Tribunal de Justicia señala que en virtud del artículo 5 del Tratado en relación con el artículo 85.3, no está prohibido que los Estados miembros establezcan que los precios al detall puedan ser fijados por los editores o importadores, y se ofrezcan a todos los distribuidores, siempre que no se vulnere ni la libre circulación de mercancías ni lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado.

²³ Sentencia de 12 de abril de 1984 (Unifrex c. Commission) As. 281/82. Rec. 1984, p. 1969.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988, Hauptzollamt Hamburg-Jonas contra Sociedad P. Krücken. Rec. 1988, p. 2213.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977 (Rec. 1977). STJCE de 10 de enero de 1985, Leclerc c. Thomas Au blé vert (As. 229/83. Rec. 1985, p. 1). STJCE de 29 de enero de 1985, Leclerc c. Cullet (As. 231/83. Rec. 1985, p. 305). STJCE de 11 de julio de 1985, Leclerc c. Syndicat des libraires de Loire-Océan (As. 299/83. Rec. 1985, p. 2515). STJCE de 25 de septiembre de 1985, Leclerc c. Francia (As. 34/84. Rec. 1985, p. 2915). STJCE de 14 de julio de 1988, Leclerc c. Syndicat des librairies (As. 254/87. Rec. 1988, p. 4457).

Por tanto, puede concluirse, y no deja de ser asombroso, el hecho de que en ninguna de las Sentencias comunitarias mencionadas por el Tribunal Supremo se considera que ha existido motivo para la aplicación del principio de la confianza legítima, y en las referidas a la «doctrina Leclerc» ni siquiera se plantea el Tribunal de Justicia la aplicación o no del mismo. Se encuentra, por tanto, carente de significado la afirmación que hace el Tribunal Supremo: «En todas ellas, citadas en la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, se mantiene el referido principio de confianza legítima». Ello hace que sea absolutamente incomprensible la utilización de dichas sentencias como doctrina comunitaria que sirva de apoyo a la aplicación y comprensión del alcance del principio general del Derecho que va a ser aceptado por el Tribunal Supremo, para considerar nulos los Acuerdos del Consejo de Ministros de imposición de multas por un valor total de aproximadamente unos 223 millones de pesetas.

B. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

En nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos principios generales del Derecho, invocados por los jueces españoles, como la seguridad jurídica, la buena fe o el equilibrio de prestaciones, como principios muy próximos al que nos ocupa. Sin embargo, de forma expresa, se menciona por primera vez el principio de confianza legítima en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989²⁶.

En cuanto a la definición del principio de confianza legítima, se encuentra en la Sentencia de 1 de febrero de 1990²⁷ donde, tras explicar su origen germano y su naturaleza de principio general del ordenamiento jurídico comunitario, se señala que:

«Ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego —interés individual e interés general—, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar».

Desde un análisis rápido de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, pues excede del contenido de este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989/1458) sobre subvenciones del Ministerio de Educación y Ciencia (MEC).

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990/1258) sobre subvenciones.

1. Cuantitativamente, son un total de 23 sentencias las que invocan este principio: una de 1989²⁸, seis de 1990²⁹, dos de 1991³⁰, una de 1992³¹, una de 1994³², una de 1995³³, una de 1996³⁴, diez de 1997³⁵.

2. En todas sus sentencias, desde 1989 hasta 1996, el Tribunal Supremo considera que el principio de confianza legítima ha sido vulnerado. Por tanto, hasta esa fecha se aplica con mucha mayor amplitud que en la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo la tendencia cambia en 1996³⁶.

3. En la mayoría de las sentencias analizadas, el Tribunal estima que se ha vulnerado la confianza legítima del recurrente no sobre la base de un cambio normativo, una ley, un Decreto, o un Reglamento (como en el caso comunitario), sino que el Tribunal Supremo considera acto administrativo una mera comunicación del Director Provincial del MEC solicitando el número de unidades escolares del Centro, como un acto que genera un derecho a subvención; o las reuniones informales mantenidas entre ANELE y el Subsecretario, en la sentencia analizada. Parece, cuanto menos una forma bastante anómala de proceder del Tri-

²⁸ Sentencia de 28 de febrero de 1989 mencionada.

²⁹ Sentencia de 1 de febrero de 1990 mencionada. Sentencia de 3 de mayo de 1990 (subvenciones MEC). Sentencia de 8 de junio de 1990 (subvenciones MEC. RJ 1990/5180). Sentencia 15 de junio de 1990 (subvenciones MEC. RJ 1990/5185). Sentencia de 29 de junio de 1990 (subvenciones MEC. RJ 1990/5410). Sentencia de 5 de octubre de 1990 (subvenciones MEC. RJ 1990/7960).

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991 (subvención CA. Cataluña. RJ 1991/2669) y Sentencia de 7 de octubre de 1991 (Planes de Reestructuración de industrias harineras. RJ 1991/7520).

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1992 (subvenciones MEC. RJ 1992/1699).

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 (subvenciones del MEC. RJ 1994/3126).

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1995 (Industria: beneficio de prima específica a sociedad naval. RJ 1995/5024).

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996 (Propiedad intelectual: impugnación R.D. 1434/1992. RJ 1996/5408).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997 (Derechos adquiridos por Agentes de Aduanas antes de UE. RJ 1997/978). Sentencia de 17 de febrero de 1997 (Acuerdo del Órgano Autónomo denegando la licencia municipal de construcción. RJ 1997/1147). Sentencia de 24 de mayo de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/3983). Sentencia de 28 de mayo de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/5943). Sentencia de 31 de mayo de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/4415). Sentencia de 5 de junio de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/4599). Sentencia de 5 de junio de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/5944). Sentencia de 7 de junio de 1997 (Agente de Aduana. RJ 1997/4632). Sentencia de 28 de julio (analizada). Sentencia de 18 de septiembre de 1997 (Agentes de Cambio y Bolsa. RJ 1997/6917).

³⁶ Cuando se recurre el Real Decreto 1434/1992, que desarrolla la Ley de Propiedad Intelectual y que fija el 50% de la remuneración a los autores, no se admite la aplicación del principio. En 1997 se inadmite también en siete recursos de Agentes de Aduanas y uno de los Agentes de Cambio y Bolsa, que sienten vulnerada su confianza legítima respecto a los cambios producidos por la entrada en la UE. Como puede verse en estos últimos casos parece incluso imposible la invocación por los denunciantes del principio para mantener sus beneficios.

bunal en la aplicación de este principio, que se aparta de la propia jurisprudencia comunitaria que fue quien lo gestó.

4. En cuanto a los asuntos de fondo, la mayoría, un total de diez sentencias, tienen su origen en la expectativa de subvención creada por el MEC a determinados Centros, y que se deniegan a posteriori. También son importantes en número, un total de ocho, las sentencias referidas a los Agentes de Aduanas y Agentes de Cambio y Bolsa, que invocan este principio sin el más mínimo sentido. Existen otras dos sentencias de Industria: una referida a la imposición de modernización de las máquinas de harina en los Planes de Reestructuración de Industrias (Decreto 2244/1973); y otra referida al derecho al cobro de la prima específica de una Sociedad Naval (R.D. 1271/1984). Finalmente, una sentencia que recurre el Real Decreto 1434/1992, que fija en el 50% la remuneración a los autores; otra sobre un Acuerdo de un Órgano Autónomico denegando una licencia de construcción; y la sentencia analizada.

No deja de sorprendernos la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha realizado de un principio acuñado por el ordenamiento comunitario, y ello por diversos motivos. Por un lado, el grado de utilización por parte del Tribunal Supremo es mucho más elevado, y ha admitido su procedencia en la mayoría de los casos en que los litigantes lo invocan; muy al contrario de lo que ocurre en el Órgano Comunitario. Por otro lado, en cuanto al acto administrativo, el Tribunal Supremo, como ya hemos señalado, estima que una mera Comunicación o unas reuniones informales pueden ser considerados actos administrativos, y sin embargo, en las sentencias del Tribunal de Justicia donde se aplica el principio de confianza legítima, los actos administrativos son siempre Reglamentos. Así, se plantea el grave problema de qué puede considerarse o no un acto administrativo que puede generar una expectativa de derecho en el administrado, incluso cabe preguntarse si un mero acto verbal de un funcionario competente puede crear dicha confianza legítima en el administrado. No se sostiene una interpretación tan amplia de acto administrativo.

4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN LA SENTENCIA ANALIZADA

Continuando con lo señalado anteriormente, creo que en la sentencia analizada no procede la aplicación del principio de confianza legítima, y ello por diversos motivos que trataré de explicar.

En primer lugar, y en cuanto a los hechos acreditados, hay que señalar que del contenido del informe que la Junta remite a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos debe deducirse que la negociación del Ministerio con los editores, se refiere tan sólo al curso 1982-1983. Tampoco ha quedado demostrado en los hechos acreditados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución 254/89) ni

que el MEC llegara a celebrar la negociación que el informe preveía, ni que las negociaciones del MEC con los editores previstas por el informe para el curso 1982-1983 hayan continuado llevándose a la práctica en los cursos posteriores hasta el de 1988/1989.

No existe evidencia alguna de que las reuniones celebradas entre ANELE y el Subsecretario del MEC tuviesen por objeto la concertación de precios, sino llegar a un acuerdo respecto al programa educativo y a las tendencias futuras del mismo. E incluso, aunque el Subsecretario hubiese manifestado su deseo de que no existiesen subidas excesivas en los precios de los libros, ello no bastaría para considerar que se trata de un acto administrativo generador de unas expectativas de derechos para los administrados. No estamos ante un acto administrativo dotado de la eficacia jurídica necesaria para ser invocado como creador de unas expectativas de derechos para ANELE y las editoriales. Siguiendo la doctrina comunitaria planteada por el propio Tribunal Supremo, se debería haber concluido la inaplicabilidad de la invocación del principio de confianza legítima, pues en todo caso no estamos ante un acto administrativo para el que el Subsecretario del MEC tuviera otorgada competencia.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo reconoce que no ha resultado probado que las reuniones periódicas se realizasen después de 1992/93 y, tras criticar al TDC y al MEC que han imposibilitado la prueba (al primero por denegarla y al segundo por no haberla planteado adecuadamente), señala que cuando el denunciado, sin estar obligado, solicita la práctica de prueba para disipar las dudas, y la propia Administración la deniega, no debe cargar con los perjuicios de este hecho, y por tanto, estima el recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros. Por tanto, el Tribunal considera que ha existido vulneración del principio de confianza legítima, sin necesidad siquiera de que se pruebe que se celebraron las reuniones entre ANELE y el MEC; es decir, no sólo se considera acto administrativo que genera expectativas de derecho un acto verbal producido por el Subsecretario en una reunión para el que no tiene competencia, sino que el Tribunal admite que aunque ésta no se haya celebrado, la expectativa de ANELE y las editoriales de que el MEC quería limitar la subida de precios de los libros, existe en cualquier caso.

Por lo expuesto, disiento absolutamente de Santiago Martínez Lage³⁷, cuando escribe que: «en la jurisprudencia comunitaria el principio de confianza legítima ha sido utilizado con un alcance muy superior al que es objeto de esta sentencia —fundamentalmente para limitar el ejercicio de las potestades normativas de las instituciones comunitarias en una perspectiva muy cercana a la doctrina de los derechos adquiridos o del respeto debido a las expectativas legítimas». En mi opinión ocurre todo lo contrario, el Tribunal de Justicia en muy contadas ocasiones considera que se ha vulnerado el principio de confianza legítima, y si lo ha-

³⁷ MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*

ce es siempre con carácter restrictivo, y sólo alcanza a un derecho expresamente reconocido por un Reglamento, que es revocado por la entrada en vigor, sin notificación y sin período transitorio de otro nuevo Reglamento. Esta interpretación es mucho más restringida que la expresada por el Tribunal Supremo, que considera que una mera reunión, o la expectativa de ésta, entre el Subsecretario y ANELE, donde se menciona de pasada que se debe tratar de evitar una posible subida de precio de los libros, genera una expectativa de derecho, que en ningún momento ha quedado fijada por escrito, ni mucho menos probada.

En tercer lugar, la jurisprudencia comunitaria mencionada por el Tribunal Supremo, en ningún caso aplica el principio de confianza legítima, y no parece adecuada su invocación por el órgano jurisdiccional, que con la misma trata de hacer comprensible un principio general del Derecho, indeterminado y no expresado explícitamente en las normas. Las decisiones judiciales para estar fundamentadas deben pasar desde la excesiva vaguedad del principio a la interpretación del mismo en el marco de los hechos enjuiciados. Como ya hemos señalado, anteriormente, no parece adecuado que el Tribunal afirme que en todas las Sentencias comunitarias que menciona en la sentencia se mantenga el principio de confianza legítima.

Finalmente, el Tribunal Supremo considera que ha sido vulnerado el principio de confianza legítima respecto al procedimiento sancionador, y no respecto al declarativo de infracción de la LDC. Además de las consideraciones realizadas sobre este punto en el apartado cuarto, quiero señalar que los efectos de una desmesurada acogida del principio de confianza legítima a los procedimientos sancionadores de competencia traería consigo la virtual inaplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia, sobre todo cuando en las conductas participan organismos públicos.

DESMOTADORAS DE ALGODÓN. FUNCIONAMIENTO Y EFECTOS DE UN CÁRTEL «DE LIBRO»

Carlos PASCUAL PONS

Técnico Comercial y Economista del Estado.
Servicio de Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

Todos los que nos dedicamos a la política de defensa de la competencia estamos convencidos de la importancia y factibilidad de los comportamientos estratégicos de aquellos operadores que, movidos por la legítima búsqueda del máximo beneficio individual, actúan de forma no paramétrica respecto a los precios. Estamos igualmente convencidos de la necesidad de analizar los efectos de estas conductas sobre la estructura de los mercados, sobre la eficiencia asignativa y por ende sobre el bienestar social.

Poner de manifiesto el balance negativo de estos comportamientos contribuirá sin duda al arraigo de la cultura de defensa de la competencia en nuestra economía. Especialmente, en una etapa de estabilidad macroeconómica y globalización, en la que el funcionamiento eficiente de los mercados a nivel microeconómico se antoja imprescindible de cara a mejorar nuestra competitividad.

Estas conductas estratégicas no siempre tienen un balance concurrential negativo, y cuando lo tienen, es harto difícil desmantelarlas. En ocasiones, la dificultad radica en que el comportamiento no paramétrico deviene de forma endógena por la propia estructura del mercado y por el aprendizaje dinámico de los operadores. Éstos constatan, en definitiva, que es más rentable no entrar en guerras de precios con los rivales. Para estos casos de colusión tácita se cuenta con la vía de las conductas conscientemente paralelas del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, siempre que, como resultado de las mismas, se den unas condiciones de competencia que no se corresponden a las normales del mercado.

Pero en la mayoría de las ocasiones las dificultades nacen de la clandestinidad de los acuerdos entre los operadores, especialmente aquellos de corte horizontal o cárteles. En este sentido se ha expresado el Tribunal de Defensa de la Competencia ¹:

«Como es sabido, la gran mayoría de los acuerdos entre operadores económicos que se denuncian como contrarios a la libre competencia se realizan de forma verbal o, en caso de estar establecidos por escrito, se mantienen en secreto, por lo que serán las conductas que como consecuencia de su adopción se sigan, y los efectos que las mismas causen en el mercado, los que pondrán en evidencia su existencia. En otras palabras, dado que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es muy poco frecuente contar con medios de prueba tales como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados, es necesario recurrir a la prueba de presunciones.»

De suerte que, contar como pieza de análisis de una conducta anti-competitiva con el acuerdo firmado entre 21 entidades desmotadoras, para repartirse el mercado y para establecer precios mínimos de compra, no es ni mucho menos usual.

Los acuerdos y ententes a través de los que se articulan los cárteles suelen enmascararse bajo un gran número de sutilezas y artilugios. Sin embargo, el acuerdo firmado entre las desmotadoras es quizá uno de los acuerdos de cártel más explícito al que se pueda tener acceso.

Éste es un caso típico de *captura* de una asociación empresarial por parte de aquellos miembros más poderosos, pero también más ineficientes y expuestos a la desaparición, que montan un cártel embaucando al resto, no sólo para obtener el máximo beneficio del mercado, sino también para sobrevivir a los efectos de la selección de operadores eficientes, característica del libre mercado ².

El tener acceso a este acuerdo de reparto de mercado y fijación de precios gracias a la resolución del expediente sancionador permite analizar el acierto en su construcción, desde la perspectiva de los problemas a los que deben enfrentarse, así como evidenciar el porqué de su ruptura interna. El análisis del mercado y del acuerdo es abordado en la primera parte de este comentario.

¹ Resolución 384/96, de 28 de julio de 1997. Material Eléctrico de Murcia.

² Este caso de las desmotadoras de algodón incluye varias resoluciones: Resolución 370/96, de 10 de junio de 1997, del expediente sancionador, por la que se impone una sanción a las empresas desmotadoras firmantes del acuerdo. Resolución MC 9/95, de 9 de octubre de 1995, por la que se estiman las medidas cautelares ordenando la suspensión cautelar del acuerdo firmado. Resolución MC 12/96, de 24 de febrero de 1997, por la que se deniegan medidas cautelares solicitadas por las denunciadas para obligar a las denunciadas a firmar pagarés por las cantidades percibidas como compensaciones del acuerdo. Y Resolución r161/96, de 30 de julio de 1997, por la que se estima parcialmente el recurso contra el acuerdo de archivo del expediente de autorización.

Desde una óptica jurídica, la resolución planteó un aspecto interesante, al ser solicitada la autorización singular del acuerdo por tan sólo una parte de los firmantes del mismo. Esta cuestión es tratada en la segunda parte.

Finalmente, en la tercera, se ponen de manifiesto los efectos de la actuación en los mercados del cártel, que se extienden más allá del mercado en el que éste opera.

II. LOS HECHOS

1. EL MERCADO

La agricultura de la Unión Europea es una de las más proteccionistas del mundo. Según estimaciones de la OCDE, el 47% de los ingresos de los agricultores comunitarios en 1992 procedían de las políticas de protección a la agricultura³. El mercado algodónero comunitario, que experimenta un alto grado de intervención, presenta además una serie de interesantes peculiaridades.

La desmotación del algodón en bruto es el primer proceso de transformación que sufre el algodón y consiste, fundamentalmente, en eliminar las semillas y otros materiales para limpiarlo y obtener así la fibra de algodón.

Las empresas desmotadoras adquieren la materia prima, el algodón en bruto, directamente a los agricultores. En España, el 38% de la capacidad de desmotación pertenece a los agricultores a través de cooperativas. Existe, por tanto, un considerable grado de integración vertical en el sector.

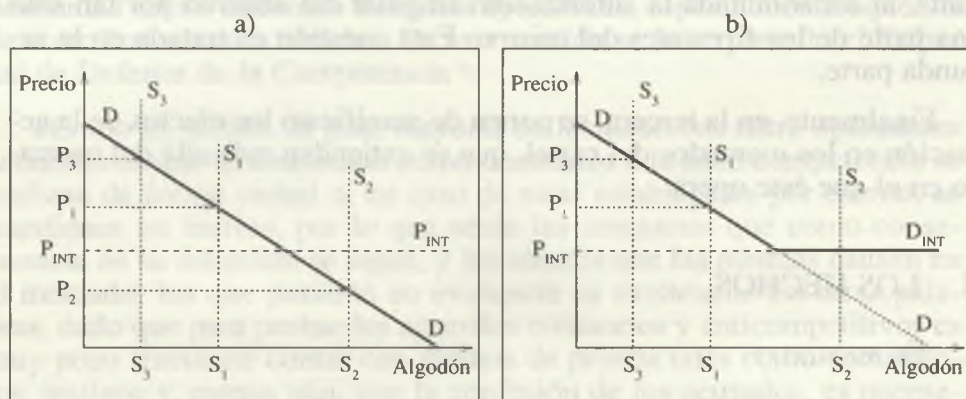
La producción de algodón a nivel mundial está muy extendida y dispersa. Los intercambios internacionales de algodón en bruto son prácticamente insignificantes, mientras que existe un comercio internacional de fibra de algodón muy abundante. Ambos productos no están sometidos a ningún régimen arancelario fuera del establecido en la UE por la PAC.

La producción de algodón, sin Organización Común de Mercado (OCM) propia, sólo obtuvo el abrigo de la protección de la PAC con la adhesión de Grecia en 1981. No en vano Grecia es el primer país productor de la UE, seguido de España. La producción conjunta apenas supone el 2% de la producción mundial y el algodón desmotado por estos dos países sólo cubre el 25% de las necesidades de la industria comunitaria, que importa alrededor de un millón de toneladas anuales de fibra de algodón.

El esquema de intervención de la PAC está condicionado por sus principales objetivos que, pese a las múltiples reformas experimentadas por la más antigua de las políticas comunitarias, han permanecido invaria-

³ BARCELÓ, V.L.; COMPÉS, R., y otros, *Organización económica de la agricultura española. Adaptación de la agricultura española a la normativa de la UE*, Madrid, 1995.

GRÁFICO 1



bles desde 1957. Entre ellos, se encuentran dos: el mantenimiento del nivel de vida de los agricultores y el abastecimiento de los consumidores a un precio razonable, cuya observancia simultánea no deja de ser costosa e incluso contradictoria. En el caso de la fibra de algodón, el precio en el mercado exterior no permite garantizar la subsistencia de los agricultores. Consiguientemente, sus rentas deben ser sostenidas a través de un sistema de «*Deficiency Payments*».

A través del siguiente esquema se representa gráficamente el funcionamiento del cártel de compra establecido por las desmotadoras en el mercado del algodón en bruto. La oferta representa la producción agrícola de algodón en bruto y la demanda las compras agregadas de las desmotadoras.

Se podría considerar, no sin objeciones, que la oferta se determina fundamentalmente por las condiciones climáticas y, por tanto, presenta una forma inelástica⁴. Es decir, sería un dato exógeno que viene dado para cada temporada. Así, S₁, S₂ y S₃ representarían las ofertas para tres diferentes cosechas, correspondientes a un año de climatología favorable (S₂), otro de condiciones regulares (S₁) y uno de sequía (S₃). La oferta presenta, en suma, una alta variabilidad y una considerable rigidez.

La política algodонера común es simple y similar a aquella de los productos en los que la UE es deficitaria. Las ayudas a la producción se fijan a través de un mecanismo de precios compuesto por un precio objetivo y un precio mínimo o de garantía, determinados para cada campaña. El primero es el que se aspira lleguen a cobrar los agricultores. Mientras que el segundo, muy próximo al anterior, determina el precio mínimo garantizado. Las ayu-

⁴ Cabría argumentar en contra de la total inelasticidad de la curva de oferta planteada, que la producción de algodón también variaría con el precio, teniendo en cuenta que tanto el esfuerzo, como la productividad de los agricultores y como la superficie cultivada pueden alterarse. De hecho, los cultivos están, en la actualidad, enormemente influidos por los incentivos de la PAC. No obstante, mantendremos el supuesto de inelasticidad por su mayor simplicidad ilustrativa y por la existencia de una cuota máxima garantizada, que limita la oferta.

das se calculan por la diferencia entre el precio mundial, aproximadamente calculado⁵, y el objetivo, para una superficie o cuota de producción máxima garantizada⁶. Las ayudas se pagan a través de las desmotadoras, que deben abonar al agricultor un precio equivalente, al menos, al precio mínimo.

Si representamos por DD la demanda competitiva de algodón en bruto por parte de las desmotadoras [gráfico 1.a)], y por PINT, el precio mínimo garantizado, la demanda resultante de la intervención la podemos representar por DDINT [gráfico 1.b)]. En un año de sobreproducción, como por ejemplo S_2 , los precios caerían a P_2 , motivando la intervención que aseguraría P_{INT} a los agricultores. Por el contrario, en un año de sequía y escasez de producción como S_3 , los precios percibidos por los agricultores ascenderían a P_3 .

Se hace necesario hacer abstracción acerca de la naturaleza de la industria desmotadora, para inferir cuáles son las pautas de comportamiento derivadas de un funcionamiento competitivo en el mercado del algodón en bruto.

Las desmotadoras son, en principio, libres de importar algodón en bruto del mercado exterior. La inexistencia de comercio internacional de algodón en bruto sin desmotar proporciona una idea de la naturaleza de la industria de la desmotación. Ésta tenderá a situarse lo más próxima a la producción, para ahorrar costes del transporte. No ocurre así con el algodón desmotado o en fibra, que sí tiene un considerable volumen de intercambios internacionales; no en vano, el algodón desmotado en la UE sólo satisface un 25% de las necesidades de la industria textil comunitaria. La competencia exigirá a las desmotadoras racionalizar sus procesos productivos e incorporar innovaciones tecnológicas que les permita ahorrar costes, para poder pagar mayores precios a los agricultores. De esta forma, se contendrá el coste de la intervención en el mercado para el contribuyente.

En definitiva, el sostenimiento a través de la PAC de la producción agrícola de algodón en Europa, como reflejo de una elección social ajena al presente comentario, permite la subsistencia de la industria desmotadora. Su funcionamiento competitivo aseguraría una eficiente implantación geográfica y una continua adaptación y mejora tecnológica de los medios empleados, minimizando los costes de los intercambios interzonales de algodón en bruto y unos precios más elevados a los agricultores, especialmente, en años de sequía. No obstante, como se desprende del informe del Ministerio de Agricultura⁷ y de la propia Resolución, en los años en los que operó el cártel, se incrementaron los flujos interprovinciales y se estancaron los precios.

⁵ Puesto que no existe mercado internacional de algodón en bruto.

⁶ Inicialmente Grecia y España compartían cuota. Grecia rebasaba sistemáticamente la suya, lo que provocaba la penalización de los productores españoles. Finalmente, en 1993, se produjo una separación de las cuotas de ambos países.

⁷ Informe sobre el cultivo del algodón en Andalucía en el año 1993. *Boletín de información agraria y pesquera*. Septiembre 1994. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

2. EL ACUERDO. LA CONSTRUCCIÓN DE UN CÁRTEL Y SUS DIFICULTADES

Uno de los teoremas básicos de la Teoría Económica asegura que toda economía, formada por un conjunto de mercados operando en competencia perfecta, genera asignaciones eficientes de los recursos. En el caso particular del mercado de la desmotación de algodón tendría los efectos antes descritos. Desde la perspectiva de las empresas desmotadoras, la libre competencia conllevaría la desaparición de las menos eficientes.

«La selección de los operadores económicos es una de las funciones de la competencia en los sistemas de mercado. A través de esta función de selección de las empresas más eficientes en perjuicio de las ineficientes se entiende que la competencia contribuye a asegurar la adaptación continua del aparato productivo a las situaciones siempre cambiantes del mercado.»⁸

Otra afirmación básica, en este caso razón de ser de la política de defensa de la competencia, predice que el funcionamiento competitivo del mercado, sustentado en la búsqueda individual del máximo beneficio, genera, en no pocas ocasiones, incentivos para el comportamiento estratégico de los agentes. Los incentivos al desarrollo de conductas estratégicas se ven potenciados desde las asociaciones de empresarios. Como dijo Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones*: «... pocas son las reuniones de gente de la misma profesión, incluso festejos y celebraciones, en las que la conversación no degenera en una conspiración contra el público o en algún invento para subir los precios».

El apartado expositivo del acuerdo profesional firmado entre las 21 empresas implicadas es lo suficientemente elocuente en este sentido, por lo que destacamos las siguientes partes:

«EXPONEN:

1.^a Que la producción de algodón en bruto en España es muy inferior a la capacidad de desmotación del sector.

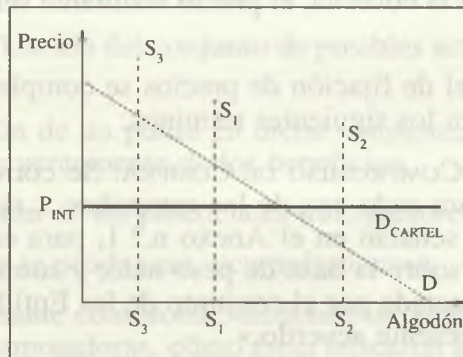
2.^a Que en tanto no se produzca un razonable equilibrio entre el volumen de la cosecha nacional y la capacidad de desmotación, se requiere la adopción de medidas correctoras, que permitan una actuación uniforme de todas las entidades firmantes del presente acuerdo.»

Las medidas correctoras incluían tan sólo un mecanismo de fijación de precios camuflado como una cláusula obligatoria de compra al precio mínimo de intervención y un reparto del mercado a través de coeficientes históricos de desmotación.

El compromiso de compra a precio mínimo queda recogido en la Base Segunda del acuerdo. Una cuidadosa lectura de la misma junto con la

⁸ COSTAS COMESAÑA, J., *Los Cárteles de Crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, 1997.

GRÁFICO 2



última parte de la Base Sexta revelan que, en la realidad, se estaba imponiendo un acuerdo de fijación de precios para evitar que el precio subiera por encima de dicho precio mínimo. En la práctica, cabría hablar de precios máximos y no mínimos. El texto de ambas bases señala:

«Base Segunda. COMPROMISO DE PRECIO MÍNIMO: De acuerdo con lo indicado en el expositivo 3.º, las Entidades desmotadoras firmantes del presente acuerdo, abonarán a sus productores de algodón, como mínimo, el precio mínimo oficial, que se establezca por la comunidad Económica Europea [...].

No obstante y habida cuenta que la normativa establecida por el SENPA, prevé una liquidación provisional, en base a los datos consignados en el acta de recepción, los firmantes del presente acuerdo se obligan a consignar en dicha acta, exclusivamente el precio mínimo oficial, según calidad, abonando, en su caso, a los cultivadores, el sobreprecio que pudiera existir o los retornos cooperativos, sólo a partir de. 1 de febrero del año siguiente.

Tampoco podrá abonarse, antes de la expresada fecha, pago alguno en especie o prestación de servicios gratuitos a los productores»

Base Sexta. LIQUIDACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL ACUERDO:

[...]

Los incumplimientos a que se refiere la base segunda serán penalizados con el séxtuplo del importe de los sobrepagos consignados en las actas de recepción, pagos en especie o servicios gratuitos prestados, cuyos importes serán calculados por la Mesa de Seguimiento, en virtud de acuerdo adoptado con mayoría cualificada.

El efecto de este mecanismo de fijación de precios de compra quedaría reflejado en nuestra representación gráfica del mercado a través del gráfico 2.

Ahora el mercado queda dominado por la actuación del cártel, que convierte la ya intervenida demanda de algodón en bruto en totalmente

elástica al precio de intervención, D_{CARTEL} (gráfico 2). Cualquiera que fuese el volumen de la cosecha, el precio resultante sería el mínimo oficial, P_{INT} .

Además, el cártel de fijación de precios se complementa con un reparto del mercado en los siguientes términos:

«Base Primera. COMPROMISO DE COMPRA: Se conviene un compromiso de compra, para cada una de las campañas..., de acuerdo con los coeficientes que se señalan en el Anexo n.º 1, para cada Entidad Desmotadora firmante, sobre la base de peso neto, y sobre la masa total de algodón bruto recolectada por el conjunto de las Entidades Desmotadoras, firmantes del presente acuerdo.»

No cabe duda de que las entidades desmotadoras más ineficientes, que como se deduce de la lectura de la resolución, parecen ser las más grandes y poderosas en cuanto a *contactos*, buscan una autorregulación total del sector para evitar tener que padecer los efectos de la aludida selección de operadores por el mercado.

El sector presenta todas las condiciones idóneas para la germinación del cártel: producto homogéneo con escaso margen para competir en calidad o servicio, costes similares de producción y exceso, aparente, de capacidad o situación de crisis. Además cuenta con una asociación que representa los intereses conjuntos y permite acometer la autoproclamación del estado de crisis en el sector.

Teóricamente, un cártel busca maximizar el beneficio conjunto del mercado, «obtener todo el jugo» del mismo, actuando como un monopolista. Existen fundamentalmente dos tipos de cárteles, el cártel de fijación de precios, y el cártel de reparto de cuotas de mercado, en función de cuál sea la variable del mercado sobre la que se plantea el acuerdo. Sin embargo, en este caso, el acuerdo se articula sobre ambas variables, de ahí su calificación «de libro» en el título del presente comentario. En este sentido, el TDC señala en la Resolución⁹ «... pues la realidad es que el cártel está perfectamente montado, sin dejar detalle alguno que impida su funcionamiento...».

No obstante, montar un cártel y sobre todo mantener la disciplina interna no es tarea sencilla, lo que en cierta manera facilita, en ocasiones, el trabajo de las autoridades de defensa de la competencia. La OFT (autoridad británica de competencia) señala a este respecto¹⁰:

«Carried out with care, a cartel ring may be silent to the point of being almost undetectable. Yet we all end paying the cost in terms of higher prices for goods and services.»

⁹ Resolución 370/96.

¹⁰ «Levelling the playing ground. Progress in the war against collusion and cartels», *Fair Trading Magazine*, n.º 17, 1998, OFT.

Los cárteles se enfrentan fundamentalmente a cuatro tipos de problemas internos ¹¹:

1. La identificación del conjunto de posibles acuerdos entre los oligopolistas.
2. La elección de un punto en dicho conjunto, es decir, el reparto de cuotas y consecuentemente de los beneficios.
3. La detección de los potenciales transgresores del acuerdo.
4. Evitar que se produzcan incumplimientos.

Resulta interesante comprobar, mediante un análisis del acuerdo firmado entre las desmotadoras, cómo éstas buscaron afrontar los distintos problemas con un mayor o menor grado de acierto.

Los dos primeros problemas están estrechamente interrelacionados. Si todas las desmotadoras tuvieran la misma estructura de costes, y por tanto operasen con el mismo grado de eficiencia productiva, podrían llegar a sacar el máximo beneficio conjunto posible al mercado, puesto que, independientemente de cómo resultase el reparto entre ellas, actuarían como un monopolista de cara a los agricultores. Bajo este supuesto sería irrelevante quién efectuase la desmotación, siempre que, a las que mantuvieran las máquinas paradas, se les compensase por su inactividad (*Side Payments* o pagos compensatorios), beneficiándose todos los miembros del cártel en la misma proporción. Pero el problema de los pagos compensatorios radica no sólo en su prohibición por el artículo 1 de la LDC; el verdadero problema reside en cómo garantizar el pago a las empresas que han permanecido cerradas por parte de las que han desarrollado la actividad. Para solucionar este problema el acuerdo prevé la firma de avales bancarios que aseguren la liquidación al final de la campaña. La Base Quinta del acuerdo dice:

«FONDO DE GARANTÍA: Para garantizar el cumplimiento de cuanto en este documento se establece, y especialmente el pago de las penalizaciones establecidas en la Base Tercera, en la cantidad concurrente, se constituirá, por cada Entidad Desmotadora firmante, una garantía, en pagarés, extendidos a favor de ADAE...»

Pese a prever este problema inherente al funcionamiento de los cárteles, el acuerdo y sus instigadores erraron en el diseño del mecanismo para prevenir el peligro fundamental al que se enfrentaban, que además es la principal fuente de inestabilidad de los cárteles. Nos referimos a los distintos niveles de costes, y, por tanto, de eficiencia productiva de cada miembro del acuerdo.

El acuerdo fue promovido y enmascarado bajo un aura de legalidad y legitimación por las entidades más ineficientes. Las desmotadoras más

¹¹ SEGURA, J., *Teoría de la Economía Industrial*, 1993.

pequeñas y dinámicas no tardaron, afortunadamente, en percatarse de la *encerrona* a la que habían sido sometidas.

Estas diferencias en los costes son a su vez fuente de dos problemas. En primer lugar, el cártel no podrá alcanzar un resultado «eficiente», desde el punto de vista del acuerdo, es decir, desde la perspectiva de la maximización del beneficio conjunto. Sólo lograrían dicho nivel eficiente, el máximo beneficio posible, si produjesen las entidades desmotadoras con los menores costes, compensando a las menos eficientes por su inactividad. Evidentemente no vamos a entrar a fondo en esta cuestión para explicar cómo el acuerdo podría haber obtenido el máximo provecho al mercado ¹².

El segundo y más evidente problema lo constituyen los incentivos a la inestabilidad y al incumplimiento de los compromisos suscritos. Aparecen entonces los problemas 3) y 4) relativos a cómo detectar a los transgresores y de cómo articular un castigo para evitar el incumplimiento.

Los redactores del acuerdo eran ampliamente conscientes de estos problemas y procuraron prevenirlos mediante la redacción de las bases del mismo. De éstas cabe destacar ahora las siguientes:

«Base Tercera. PENALIZACIONES Y COMPENSACIONES (IMPORTES): Una vez finalizada cada una de las campañas algodonerías, a las que se refiere el presente acuerdo, sobre la base de los datos oficiales del SENPA, se compararán las cantidades de algodón bruto, realmente recibidas por cada Entidad Desmotadora firmante, con la cantidad que resulte de la aplicación de su coeficiente de compra sobre la totalidad de algodón recolectado por el conjunto de las Entidades Desmotadoras firmantes.

Se determinarán, así, las cantidades que cada Entidad Desmotadora firmante haya resultado excedentaria o deficitaria.

Se establece como penalización la cantidad de veinte pesetas por kilo peso neto de exceso.

Se establece como compensación la cantidad de quince pesetas por cada kilo peso neto de defecto.

Base Cuarta. MESA DE SEGUIMIENTO: Estará constituida por un representante de cada Entidad Desmotadora firmante...

Tendrá la finalidad de conocer periódicamente los kilos de algodón bruto recolectado por cada Entidad Desmotadora firmante y compararlos con la totalidad de los kilos recibidos por el conjunto de las Entidades Desmotadoras firmantes, a fin de poder detectar constantemente las posibles desviaciones que se produzcan, respecto a los coeficientes asignados a cada entidad desmotadora firmante...

Para garantizar el exacto cumplimiento de esta obligación de información veraz, se establece, como sanción, aplicable a toda Entidad Des-

¹² La existencia del precio mínimo garantizado podría haber impedido al cártel llegar a bajar el precio todo lo necesario para maximizar los beneficios.

motadora firmante que la incumpla, la de cinco millones de pesetas por cada reunión de la Mesa de seguimiento en que se falte a la veracidad de la información facilitada...»

La finalidad de estas dos bases no puede ser más obvia: se construye un mecanismo de detección de transgresores del acuerdo, a través de la mesa de seguimiento, y otro de castigo de los incumplimientos, a través de las penalizaciones y compensaciones.

Parece que las entidades desmotadoras promotoras del acuerdo eran conscientes, desde el comienzo, de que las entidades más eficientes terminarían desmotando una cantidad de algodón superior a su coeficiente asignado.

Cabría pensar sin embargo que, bajo esta total seguridad de ingresos establecidos en función de unos coeficientes históricos de desmotación, las entidades desmotadoras podrían sencillamente echar el cierre y esperar los frutos de su inactividad presente, gracias a su actividad pasada. No obstante, el acuerdo preveía incluso esta posibilidad a través de la parte final de la Base Tercera, que señala:

«Se establece, asimismo, como límite máximo de las compensaciones a recibir por cada Entidad que resulte deficitaria, las que correspondan a los siguientes porcentajes de su compromiso de compra...»

Los porcentajes mencionados llegan a la nada despreciable cifra del 80%, ¡por permanecer inactivas! No sorprende que el TDC, al juzgar los efectos del acuerdo, hiciera el siguiente comentario ¹³:

«... las entidades MEDITERRÁNEO, COOPERATIVA MARISMAS, ALGYSOL y ALGODONERA UTRERANA por su ineficiencia reciben la nada despreciable suma de 229.199.597 pesetas.

Por el contrario, las que más producen y, consecuentemente, adquieren más algodón, al superar el cupo que les venía impuesto, resultan penalizadas por el cártel.»

El caso más llamativo es el de una desmotadora disuelta legalmente tras haber sido comprada por otras dos entidades y que, obviamente, no recibió ningún kilo de algodón. Pues bien, las adquirentes se embolsaron el coeficiente asignado a la entidad disuelta.

Con estos resultados no es de extrañar que el acuerdo fuese finalmente denunciado. Las entidades instigadoras no sólo montaron un cártel para sacar el mayor beneficio al mercado e incluso garantizar su supervivencia, sino que además se puede afirmar, sin miedo a errar, que trataron de abusar del resto de entidades y de su buena fe.

En definitiva, las entidades promotoras del acuerdo eran plenamente conscientes que un *simple* acuerdo de reparto del mercado y de fijación de precios no sería suficiente para garantizar su subsistencia dada su menor

¹³ Resolución 370/96, página 37 (FD 2).

eficiencia productiva. Por lo que trataron de construir unos mecanismos de detección y castigo de los incumplimientos que asegurasen la supervivencia del acuerdo. No obstante, podríamos decir que «se les fue la mano» y el resultado fue un acuerdo abusivo, que llegó a retribuir incluso por no producir nada, y que terminó saltando en pedazos, como era de esperar.

III. LA CRISIS DEL SECTOR

Probablemente, uno de los aspectos más llamativos del caso y de sus múltiples resoluciones fue la alegación, enarbolada como *leitmotiv* expositivo del acuerdo, de la situación de crisis del sector para solicitar una autorización singular de las previstas en el artículo 3.2.b) de la LDC.

Es llamativo, no por solicitar la autorización una vez incoado el expediente, sino por el hecho de que tan sólo una parte de los imputados estaban de acuerdo con dicha solicitud de autorización, y por ende con la calificación de crisis del sector. Concretamente, de las 21 entidades, 11 solicitaron la autorización, 6 se opusieron y el resto no se pronunció. Esta divergencia de posturas fue el hecho determinante en el archivo de la solicitud por parte del Servicio. No obstante, el acuerdo fue recurrido ante el TDC, que estimó parcialmente el recurso y ordenó la unión del expediente de autorización al expediente principal¹⁴.

En esta Resolución el TDC señala que, tal y como prevé el artículo 4.2 del Real Decreto 157/1992¹⁵, la solicitud puede ser presentada por un grupo de las empresas incurso en las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, siempre que éstas informen al respecto al resto de las imputadas por dichas conductas.

Sin embargo, este precepto, con una finalidad garantista, olvida la realidad de los sectores cartelizados.

Efectivamente, no sólo es difícil mantener la disciplina en un cártel, como ya hemos comprobado, sino que, para poder hablar de un exceso de capacidad antieconómico y, por tanto, se cumplan los requisitos de artículo 3.2.b), deben darse dos exigencias. En primer lugar, una necesidad de reducir el exceso de capacidad existente y, en segundo lugar, el libre juego competitivo del mercado debe conducir a una situación distinta a dicha necesaria reducción. En suma, la necesidad de reducir la capacidad debe ser una necesidad experimentada por todos y cada uno de los operadores existentes en el mercado. Pero, como recoge acertadamente la resolución, la capacidad de desmotación del sector, no sólo no se redujo, sino que, por el contrario, se vio incrementada por parte de las desmotadoras más eficientes. Hecho que refleja sin ninguna duda la au-

¹⁴ Resolución r. 161/96, de 30 de julio de 1997. Desmotadora de algodón.

¹⁵ Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

sencia de crisis estructural en el sector. El acuerdo actuó verdaderamente como freno a la natural adaptación del sector.

En cualquier caso, son varios los aspectos que evidencian que el sector se encontraba lejos de una crisis antieconómica y, por tanto, de cumplir los requisitos del artículo 3.2.b).

La primera evidencia es que en años anteriores, de cosechas normales, se absorbe toda la producción, lo que implica que el nivel de capacidad era el normal y que en 1993 se produjo una variación coyuntural de la producción agrícola, consustancial a la naturaleza del mercado e insuficiente para declarar el estado de crisis antieconómico. Además, prácticamente ninguna entidad desmotadora había solicitado las ayudas ofrecidas por la Junta de Andalucía y alguna de ellas habían incrementado su capacidad productiva. Y quizá, como hecho más llamativo, cabe resaltar cómo se produjeron negativas de venta de maquinaria al extranjero ante la seguridad total de ingresos proporcionados por el acuerdo, que en definitiva estaba premiando la inactividad. Parece anormal que en un mercado en crisis no se encuentre a la venta maquinaria de desmotación de segunda mano. Evidentemente, en ausencia del acuerdo y en situación de crisis, el mercado de la maquinaria de desmotación habría garantizado una asignación más eficiente de la capacidad productiva y las entidades no se habrían negado a realizar dicha venta.

IV. LOS EFECTOS DE UN CÁRTEL EN LOS MERCADOS

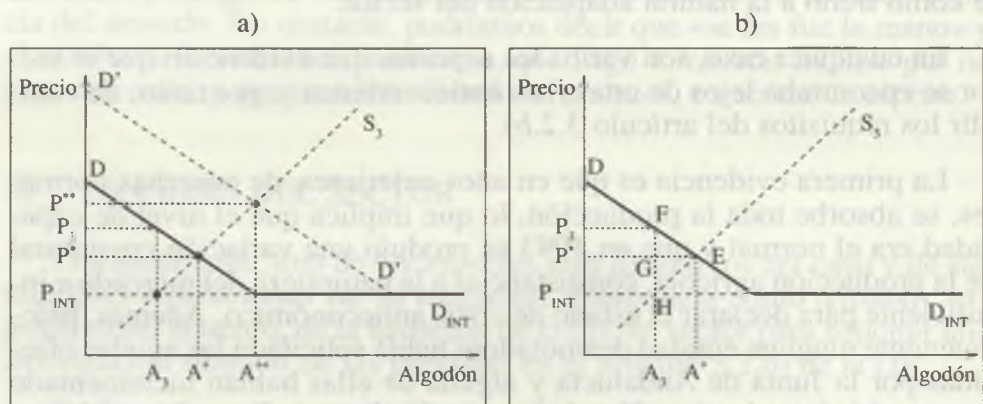
Un cártel genera diversos tipos de efectos en los mercados en los que está presente. El argumento general en contra del monopolio o de cualquier otra forma de competencia imperfecta es que éstas implican una asignación ineficiente de los recursos en la economía. Sería extremadamente complejo obtener una enumeración y valoración precisa de los efectos producidos en todos los mercados ¹⁶.

En este comentario, no describiremos exhaustivamente todos los costes generados por la actuación de las desmotadoras, sino que proporcionaremos una visión gráfica, en términos de equilibrio parcial ¹⁷, así como una descripción a grandes rasgos de los mismos.

¹⁶ Teóricamente habría que plantear un análisis en términos de equilibrio general y analizar las repercusiones en todos los mercados. Sin embargo, el análisis tradicional se desarrolla en un marco de equilibrio parcial completado por una valoración de otros efectos en mercados ligados y de los efectos en términos dinámicos, probablemente los más significativos.

¹⁷ El análisis de los efectos en términos de equilibrio parcial sostiene que se puede obtener una valoración de la pérdida neta de bienestar para cualquier industria en particular igual a la pérdida de excedente de los consumidores (neta de las ganancias en el excedente del productor). En cualquier caso, conlleva también realizar supuestos restrictivos. Rigurosamente requeriría contar con curvas de demanda compensada de muy difícil observación empírica, o bien que los efectos renta de las variaciones en los precios fuesen igual a cero.

GRÁFICO 3



Arnold Harberger¹⁸ fue el primero en identificar y proporcionar una valoración del coste del monopolio en términos de eficiencia a través del excedente del mercado perdido por la actuación monopolística. Un buen resumen de los estudios empíricos y teóricos realizados sobre los efectos de los monopolios y cárteles en los mercados puede encontrarse en Clarke¹⁹.

Retomaremos el esquema de representación gráfica mantenido hasta el momento, en el que introduciremos un cierto grado de elasticidad en la curva de oferta, dada la importancia de los efectos causados a los agricultores. La explicación es sencilla, como ya comentábamos en la nota 4. Aunque la producción de algodón en bruto es considerablemente rígida, al estar predeterminada por las condiciones climáticas, sí cabría asumir una cierta sensibilidad de la cantidad producida de algodón al precio percibido por los agricultores. Éstos estarían dispuestos, por ejemplo, a incrementar el nivel de mecanización empleado y obtener así un mayor rendimiento. Asumiendo la sensibilidad en la oferta, la nueva representación, quedaría recogida en los gráficos 3.a) y b).

En el gráfico 3.a) recogemos las diferencias entre el que sería el funcionamiento competitivo en un año de sequía y el equilibrio que finalmente se produce como consecuencia de la actuación del cártel. Los agricultores sin los efectos del cártel habrían producido una cantidad como A^* de algodón en bruto y el precio habría subido a P^* . Pero a raíz de la actuación del acuerdo entre las desmotadoras, al limitar el precio a P_{INT} , la cantidad producida se habrá reducido a A_3 . Para dicho volumen de oferta de algodón en bruto, la competencia entre las desmotadoras si no hubiesen ido de la mano del acuerdo, habría empujado los precios hasta P_3 . Pero como ya hemos dicho, éstos se quedan en P_{INT} . Si además

¹⁸ ARNOLD C. HARBERGER, «Monopoly and resource allocation», American Economic Association, *Papers and Proceedings*, n.º 44, 1954.

¹⁹ CLARKE, R., *Economía Industrial*, 1993.

incluimos los efectos dinámicos de mejora tecnológica y adecuada implantación geográfica, ya comentados al analizar el mercado, la curva de demanda se habría desplazado a $D'D'$ [gráfico 3.a)]. La cantidad producida habría ascendido a A^{**} y los precios percibidos por los agricultores a P^{**} . El cártel privó al mercado de estos efectos al impedir la selección de operadores eficientes.

Quedémonos no obstante, con los efectos estáticos (A_3 y P_{INT} en lugar de A^* y P^*). Los perjuicios saltan a la vista: caída de los precios percibidos por los agricultores y reducción de la oferta de algodón en bruto. Los agricultores experimentaron una contracción en sus rentas percibidas. La prensa llegó a estimar las mismas en torno a 3.000 millones de pesetas.

En el gráfico 3.b) se proporciona una valoración de los efectos a través del excedente del mercado. El efecto más obvio y ya citado es la caída en las rentas de los agricultores, que puede reflejarse en el área P^*EHP_{INT} .

Por otro lado, las entidades desmotadoras ven incrementarse su excedente en el área P^*GHP_{INT} , y reducido en el área FGE, perdida como consecuencia de la menor cantidad demandada. No obstante, el efecto neto para los oligopsonistas será positivo, ya que de lo contrario no habrían sellado el acuerdo.

De tal manera que, en términos globales, nos encontramos ante dos efectos netos bien diferenciados, un área igual a P^*GHP_{INT} , que es el excedente arrebatada por las desmotadoras a los agricultores, y otra parte de excedente perdido igual al triángulo FEH, asimilable a una pérdida neta de bienestar por la actuación del cártel.

Encontrar una justificación o realizar una descripción de esta pérdida de eficiencia causado por el cártel no es complicado, especialmente, si tenemos en cuenta los efectos dinámicos que puede generar. El cártel frena la renovación de los equipos productivos, la mecanización y, por tanto, mejoras en la productividad de las explotaciones agrícolas. Paraliza la innovación, la adaptación tecnológica y la adecuada implantación geográfica en la industria de la desmotación. De igual modo afecta a los precios pagados por la industria textil, y aumenta innecesariamente los costes de transporte, lo que repercutiría negativamente sobre el medio ambiente. Es decir, sus efectos se extienden más allá de las fronteras del mercado del algodón en bruto, y finalmente no sólo los agricultores salen perjudicados, todos terminamos pagando los costes del cártel.

A todos estos costes habría que añadir el precio de los recursos empleados en montar y mantener con vida el acuerdo, y que no recibieron un uso directamente productivo.

El informe del Ministerio de Agricultura²⁰, antes citado, es contundente al afirmar:

²⁰ Ver nota 7.

«Ninguna de las provincias andaluzas desmota todo el algodón que produce. [...] Esto puede ser debido a una inadecuada ubicación de las factorías. Este flujo encarece los costes ya que en muchos casos se produce un trasvase de forma innecesaria. El total del flujo teóricamente innecesario que se ha producido en Andalucía ha sido de 13.842 Tm.»

El cártel es bastante más caro de lo que inicialmente se podría intuir. No podemos olvidar que, en este caso, el coste del cártel incrementa la factura de la PAC, que ya absorbe un porcentaje cercano al 50% del presupuesto comunitario.

Este acuerdo evidencia cómo, al abrigo y aprovechándose de una explotación agrícola que permanece activa gracias a la intervención y sostenimiento público, pueden germinar otras estructuras que, manipulando el juego del mercado, incrementan los costes de la intervención. Una competencia efectiva entre las desmotadoras habría coadyuvado a una minimización de los costes nada despreciables²¹ de la PAC, y evidentemente, habría mejorado las rentas, ya de por sí mermadas, de los agricultores.

También se pone de manifiesto, cómo las asociaciones empresariales, que deben defender fines comunes, pero del conjunto del colectivo y no sólo de unos pocos, pueden ser capturadas por los miembros más poderosos para la consecución de metas particulares, en este caso el nada reprochable objetivo de la propia subsistencia en el mercado.

²¹ Las ayudas comunitarias al algodón son cuantiosas; así, en el año 1994, ascendieron a 694 millones de ecus.

LIDERAZGO EN PRECIOS EN LA INDUSTRIA LÁCTEA

Pilar SÁNCHEZ NÚÑEZ

Asesora.

Tribunal de Defensa de la Competencia

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA

Subdirectora de Precios Regulados.

Comisión Nacional del Sistema Eléctrico

I. ANTECEDENTES

El sector lácteo está regulado en la Unión Europea mediante una Organización de Mercado Común (OMC) establecida mediante el Reglamento CEE 804/1968. Esta OMC comprende tanto la leche como todos los productos derivados de ella. La regulación se articula en torno a dos instrumentos básicos: un sistema de cuotas y uno de fijación de precios indicativos, que se complementan con un sistema de intervención.

El sistema de cuotas fija, para cada campaña, una cantidad máxima garantizada para todo el conjunto de la UE. Esta cantidad se reparte por países y dentro de éstos se distribuye bien entre los ganaderos o bien entre la industria transformadora (industrias lácteas). Se llega así a una cantidad determinada e individual. Inicialmente se preveía una duración del sistema de cuotas de 5 años (había entrado en vigor en la campaña 1984/85), pero éste fue primero prorrogado y después consolidado, al menos hasta la campaña 2000/2001, mediante los Reglamentos 3950/92 y 536/93 que modificaron la regulación de este sector.

Con el fin de evitar que los excesos de producción supongan un sobrecoste para el presupuesto comunitario se crea la «tasa suplementaria», que consiste en una «multa» que han de pagar aquellos productores que superen su parte de cuota asignada, tratando así de desincentivar producciones superiores a la cuota. La cuantía de esta tasa se ha ido elevando hasta representar el 115% del precio indicativo. Aunque se siguen

produciendo cantidades por encima de la cuota, en general se puede afirmar que la implantación del sistema de cuotas ha resultado en la ralentización del ritmo de expansión de la producción de leche a nivel comunitario, que era claramente excedentaria.

El sistema de cuotas se complementa con un sistema de precios. En primer lugar, existe el denominado «precio indicativo», que es el precio al que se considera que los productores deberían vender la leche y que se establece para cada campaña. El «precio de intervención» es el precio al que el organismo de intervención está obligado a comprar la mantequilla (grasa) y la leche en polvo (proteína) y representa, por tanto, el precio mínimo garantizado a los productores. Por último, se fija el «precio umbral» para proteger al mercado comunitario de las posibles importaciones de leche a precio internacional, que es muy inferior al comunitario.

Junto a este sistema de precios existe en el sector lo que se denomina «pago de leche por calidad», aspecto fundamental en el expediente que aquí se analiza. En España, el origen de este sistema se remonta al Decreto 2478/66 de 6 de octubre, en el que se determinó la existencia de una leche «base» sobre la cual operara en el mercado un sistema de «primas y descuentos». El objetivo era no sólo aumentar la producción sino mejorar la calidad con que la leche debía llegar a la industria de transformación. La calidad «base» se definió como aquella que tuviera un mínimo de materia grasa del 3%, un mínimo de proteína del 3,2% y un mínimo de extracto seco magro del 8,2%. Así, toda la leche cuya composición excediera estas cantidades mínimas gozaría de una serie de primas sobre el precio base por cada punto de exceso y, por contra, aquella que no llegara a estos mínimos sufriría una penalización sobre el precio base.

El contenido mínimo de materia grasa fue modificado al alza en sucesivos Decretos, en los que se incluyó también un pago por «calidad higiénica», aunque en este caso de carácter voluntario y no obligatorio como el pago por calidad. Tanto el precio de la leche al ganadero como el sistema de bonificaciones y penalizaciones se fijó por Real Decreto hasta 1986, momento de la adhesión de España a la CEE, tratando, eso sí, de que el precio fijado fuese el acordado entre todas las partes.

En España, en 1986 comienza una liberalización parcial del sector, dejando de fijarse los precios por el gobierno y dando paso a los llamados «Acuerdos Interprofesionales para la Comercialización de la Leche en España», que existieron hasta 1989. En 1990 no se logró ningún acuerdo a nivel nacional, pero se adoptaron «Acuerdos Regionales». Después de esta fecha no se ha vuelto a firmar ningún acuerdo.

En la UE también existe el pago de la leche por calidad y viene regulado por el Reglamento CEE 1411/71 de 29 de junio, en el que se establece que «La leche utilizada en la fabricación de leche de consumo deberá haberse sometido a un sistema diferenciado de pago por calidad».

Sin embargo, no existen precios oficiales ni sobre el precio base ni sobre las primas o descuentos.

En resumen, la regulación en este sector ha sido, y todavía sigue siendo, notable. Ahora bien, hay que insistir en que si bien es cierto que existe un precio indicativo, ello no implica que exista una regulación sobre precios mínimos de compra al ganadero. El precio indicativo sirve únicamente como referencia para fijar los precios umbral y de intervención, y constituye el precio que se considera «deseable» que perciba el ganadero.

En este contexto ha sido habitual desde que dejaron de firmarse los acuerdos, que la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) distribuya entre sus asociados circulares en las que se establecen variaciones en el precio para el pago por calidad de la leche. Esta práctica ha contribuido a alimentar la sospecha de que existían ciertos acuerdos sobre el precio de la leche, y ha motivado finalmente la existencia del expediente sancionador que aquí se estudia.

II. LA RESOLUCIÓN 352/94 DEL TDC

El sindicato Unión de Pequeños Agricultores (UPA) presentó, el 18 de junio de 1992, denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) contra la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) por estimar que, al haber éste acordado un precio base para la adquisición de leche de los ganaderos por parte de las industrias lácteas, se estaba incumpliendo el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Junto a la denuncia presentada ante el Servicio se acompañaron fotocopias del «borrador del acta de FENIL de 3 de septiembre de 1991» declarado confidencial por el Servicio, y fotocopias de liquidaciones mensuales de pago de leche de algunas industrias a ganaderos durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1991.

El 7 de julio de 1994 se recibió en el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) el Informe de SDC en el que se proponía:

«PRIMERO que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que las actuaciones denunciadas constituyen un acuerdo restrictivo de la competencia, conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia imputable a la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) en cuanto a la recomendación de precios y a las empresas (que se relacionan en un Anexo), en cuanto al seguimiento de la recomendación efectuada por FENIL.

SEGUNDO que se adopten los demás pronunciamientos que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de existencia de prácticas prohibidas.»

El expediente fue admitido a trámite por el Tribunal el 12 de julio de 1994, poniéndose a su vez de manifiesto a los interesados para que éstos

podieran solicitar la celebración de vista y las pruebas que estimaran necesarias.

En lo que respecta a la solicitud de pruebas se propusieron, por parte de diversas empresas denunciadas, diferentes pruebas documentales, así como pruebas periciales y testificales. El Tribunal, por su parte, requirió una serie de documentos a FENIL y a alguna de las empresas denunciadas, tendentes a verificar el acuerdo sobre precios objeto del expediente. También solicitó sendos informes a la Comisión Europea y al Ministerio de Agricultura sobre la regulación y funcionamiento del sector lácteo. Requirió además a todas las empresas encausadas en el expediente para que remitiesen todas las facturas existentes de compra de leche a ganaderos, correspondientes a los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992, acompañadas de un informe de auditoría o de experto independiente que acreditase los siguientes puntos:

1. La remisión de todas las facturas existentes, correspondientes a dichos meses.

2. La información sobre los siguientes precios medios aplicados en cada uno de los meses de referencia.

2.1. Precio base del litro de leche.

2.2. Incremento en pesetas/litro por décima de grasa para leche que supere la calidad tipo.

2.3. Disminución en pesetas/litro por décima de grasa para leche que no alcance la calidad tipo.

2.4. Incremento en pesetas/litro por décima de proteína para leche que supere la calidad tipo.

2.5. Disminución en pesetas/litro por décima de proteína para leche que no alcance la calidad tipo.

2.6. Incremento en pesetas litro por contenido en gérmenes para leche que contenga menos de 100.000/ml.

2.7. Disminución en pesetas/litro por contenido en gérmenes para leche que contenga más de 500.000/ml.

3. Información sobre la existencia de primas comerciales, su cuantía media para cada uno de los meses indicados y sus condiciones de aplicación.

Tras los períodos probatorios se procedió a la valoración de las pruebas y se realizó la celebración de la vista el 9 de abril de 1996, en la que todos los agentes implicados tuvieron ocasión de intervenir. Tras este acto el Tribunal, mediante diligencia para mejor proveer, requirió a las empresas denunciadas algunos datos adicionales. Solicitó además, a la Subdirección General de Estudios del Tribunal, la elaboración de un «Estudio sobre el sector lácteo».

Finalmente el Tribunal deliberó y falló el 3 de diciembre de 1996. El fallo declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, por parte de FENIL y de cuarenta y ocho empresas del sector, quedando sólo una de las empresas denunciadas totalmente exculpada.

III. LA IDENTIDAD DE PRECIOS

Para centrar la cuestión hay que empezar aclarando que el acuerdo en precios que se denuncia no es sobre el precio final de la leche percibido por cada ganadero, sino sobre el precio base de la leche y los porcentajes de bonificación y descuento según calidad del producto, que son las variables que configuran el precio final.

Las pruebas en las que se basa el denunciante son el documento denominado «borrador del acta de la Junta de FENIL de 3 de septiembre de 1991» y una serie de facturas emitidas a los ganaderos por diversas empresas transformadoras. En cuanto a la primera prueba, el Tribunal decidió no tomarla en consideración por «existir fundadas dudas sobre su autenticidad o las garantías que rodearon su obtención». Esta decisión provocó que el Tribunal declarara que «en el presente expediente no existen pruebas que acrediten que FENIL elaboró una recomendación para que todos sus asociados aplicaran en una determinada fecha los mismos precios base por litro de leche de vaca en las compras a los ganaderos».

Anulada esta prueba, el Tribunal tenía que investigar por otras vías si, en primer lugar, la identidad de precios objeto de la denuncia realmente se había producido, y en caso afirmativo demostrar, en segundo lugar, que este resultado no se derivaba necesariamente de las circunstancias del mercado. O, en otras palabras, que la identidad de precios constatada procedía de un acuerdo entre los operadores del sector, práctica prohibida en el artículo 1. de la Ley 16/1989.

El resultado del análisis de las aproximadamente 400.000 facturas remitidas al Tribunal, a instancias del mismo, por parte de las industrias transformadoras denunciadas en el expediente fue concluyente. En septiembre de 1991 se constató la coincidencia en un precio base por litro de leche de 37 pesetas, en diciembre de 1991 de 39 pesetas y en abril de 1992 de 33,5 pesetas. Sobre este precio base se aplicaron, durante septiembre de 1991, bonificaciones por contenido graso de 0,46 pesetas; bonificaciones por contenido proteico de 0,23 pesetas; descuentos por contenido graso de 0,50 pesetas y descuentos de contenido proteico de 0,25 pesetas. En diciembre de 1991 y abril de 1992 se aplicaron idénticas bonificaciones y descuentos, siendo éstos de 0,4 pesetas de bonificación y de 0,4 a 0,6 pesetas de descuento por contenido graso y de 0,6 pesetas de bonificación y 0,8 pesetas de descuento por contenido proteico. La

aplicación de estos precios fue seguida en su totalidad por el 80% de las empresas denunciadas, un 14,3% de ellas los aplicaron sólo en determinadas zonas, un 4% aplicó precios diferentes sólo en alguno de los meses investigados y el resto —una única empresa— no tuvo actividad alguna durante el período denunciado.

Una vez puesta de manifiesto la identidad en precios, cabe preguntarse si las características económicas del mercado de la leche podían justificar tal coincidencia. Al fin y al cabo, la teoría económica postula que en un mercado perfectamente competitivo todas las transacciones se harán a un mismo precio, el precio de equilibrio competitivo. Para descartar esta hipótesis es preciso analizar más detenidamente cómo era, en el período en cuestión, el mercado de la leche considerada como materia prima, esto es, como factor productivo.

Los oferentes eran muchos, relativamente pequeños, dispersos en el territorio, y con distinta capacidad productiva y tecnológica que justificaba diferencias en costes y en la calidad del producto ofertado. Además, el carácter perecedero del producto ofertado y la especificidad de los activos de producción, eran factores que podían ser relevantes para explicar la rigidez de la oferta ante posibles cambios en los precios.

Por contra, por el lado de la demanda, las condiciones estructurales eran distintas. Si bien había un buen número de demandantes de este factor productivo, la industria no estaba tan atomizada. El grado de concentración era elevado —las diez mayores empresas acaparaban el 80% del mercado— y, dada la localización de las empresas, se podía reconocer un cierto grado de monopolio local. A pesar de la concentración, estas empresas se diferenciaban en cuanto a su capacidad financiera, a sus posibilidades tecnológicas de transformación y a su posicionamiento en los mercados de productos finales, lo cual generaba demandas diferenciadas en cuanto a cantidad y a calidad.

Por último, es preciso hacer mención a la forma en que se llevaba a cabo el intercambio. Para algún tipo de bienes, el intercambio se realiza en mercados organizados centralizadamente que pueden propiciar una cierta uniformidad en los precios a los que se cierran las transacciones. Éste, sin embargo, no era el caso de la leche. Las negociaciones se establecían bilateralmente entre el ganadero y el industrial que generalmente se hacía cargo de la recogida de la leche.

Puede concluirse que con esa diversidad y dispersión en el territorio, es difícil que la información sea perfecta. El Tribunal finalmente afirmó que «todas estas circunstancias hacen inconcebible que “naturalmente” —esto es, de forma no coordinada, actuando las empresas competitivamente—, se produzca en el mercado una tan amplia coincidencia de precios».

Por ello y a partir de la evidencia antes mencionada, el Tribunal concluyó que «existían pruebas indiciarias del mismo (del acuerdo), entre las que destacan la identidad de los precios base y de las bonificaciones

y descuentos por calidad contenidos en las facturas de las empresas encausadas correspondientes a los meses de septiembre de 1991, diciembre de 1991 y abril de 1992». Esta identidad de los precios base fue reconocida por escrito por once de las empresas denunciadas y alguna de ellas también la reconocieron en la vista oral.

Ahora bien, para que exista práctica prohibida no es suficiente con la acreditación de la identidad de los precios, sino que ella ha de deberse a un acuerdo colusivo, o práctica conscientemente paralela. Obviamente es en este punto donde se centran la mayor parte de las alegaciones de las empresas denunciadas y, asimismo, el fallo del Tribunal.

IV. EL LIDERAZGO EN PRECIOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA IDENTIDAD DE PRECIOS

Las razones alegadas por las empresas expedientadas se pueden agrupar en torno a dos cuestiones. La primera de ellas se fundamenta en el hecho de que se trata de un sector fuertemente regulado, tanto en la actualidad como en épocas pasadas. Al fin y al cabo, los precios fueron primero fijados por la Administración, y luego por acuerdos interprofesionales, y hoy en día se mantiene, por parte de la UE, la recomendación de un precio indicativo. Todo ello ha creado en el sector un clima de inercia que podría justificar la continuidad de la identidad de precios pagados a los ganaderos por parte de la industria.

La segunda de las razones alegadas es la aplicación a este sector del modelo del liderazgo en precios. Este modelo surge en la teoría económica al estudiar cuáles son o pueden ser las condiciones de mercado que facilitan o dificultan una coordinación oligopolística entre los operadores. El primer problema al que se enfrentan las empresas que, bien de forma explícita o bien secretamente, establecen acuerdos colusivos para fijar precios de monopolio o monopsonio, es el hecho de cometer con ello un acto considerado ilegal en prácticamente todos los países que disponen de una legislación antimonopolio y de defensa de la competencia desarrollada. De éste se deriva un segundo problema para las empresas implicadas en un acuerdo colusivo como es el de la articulación de un sistema de comunicación que les permita acometer los cambios en el acuerdo que sean necesarios para mantener el interés común de la industria, sin ser con ello detectadas.

Una de las formas en que esto puede llevarse a cabo es a través de lo que se ha denominado «liderazgo de precios». Se dice que existe liderazgo en precios cuando en una determinada industria los precios vienen marcados por una empresa concreta que, en general, ha sido aceptada como líder por los demás. En la literatura económica se distinguen tres modelos de liderazgo en precios, como son el de la empresa dominante, el del líder colusivo y el del líder barométrico.

El liderazgo en precios de la empresa dominante se produce cuando una única empresa «domina» una industria en el sentido literal de la palabra, siendo el resto de empresas del sector de pequeño tamaño, y por lo tanto con una influencia imperceptible sobre el precio del producto. La empresa dominante fija el precio que mejor se ajusta a sus objetivos, anticipando la reacción que pueden tener el resto de competidores. Las demás reaccionan como si fueran competidores que maximizan sus beneficios enfrentándose a un precio dado. El caso de la empresa dominante implica que no hay elementos de interdependencia oligopolística. En este tipo de liderazgo no puede hablarse de colusión o acuerdo propiamente dicho, pero quizá podría pensarse en una actuación «consistentemente paralela».

La definición de liderazgo en precios colusivo responde a una situación en la que se produce una solución de monopolio a los problemas de coordinación de precios entre oligopolistas. En efecto, tal y como el Tribunal expresó en su resolución: «Uno de los problemas más importantes al que se enfrentan las empresas en un mercado oligopolístico u oligopsonístico es desarrollar sistemas de comunicación que permitan coordinar sus decisiones con el fin de defender sus intereses comunes. Los mecanismos que pongan en práctica han de ser suficientemente sutiles como para que no se detecten las prácticas colusivas por parte de las autoridades, y flexibles como para acomodar fácilmente cambios en la estructura de demanda o en las condiciones de costes, sin que ello ponga en peligro la estabilidad del acuerdo colusivo al malinterpretar los participantes dichos ajustes como desviaciones unilaterales del mismo».

Cuando se trata de mercados de factores productivos, este tipo de liderazgo en precios que se materializa mediante acuerdos, se ve claramente propiciado cuando la industria satisface una serie de características. Entre ellas destacan las siguientes: que la estructura sea oligopsonística; que los productos de las competidoras sean sustitutivos cercanos; que los *inputs* demandados sean relativamente homogéneos; que las curvas de costes de los oligopsonistas sean similares; que existan barreras a la entrada de nuevos competidores y que la oferta del factor productivo que precisan los oligopsonistas sea relativamente inelástica.

Por último, en el caso del liderazgo barométrico, el líder, como su nombre indica, no hace más que actuar como un barómetro de las condiciones del mercado, resultando unos precios de mercado que son los que aparecerían en condiciones de competencia. Este modelo presenta características propias entre las que destacan las siguientes. Pueden producirse cambios ocasionales en la identidad del líder (aunque evidentemente siempre será una de las principales empresas); el líder puede no tener suficiente poder para forzar al resto a aceptar su precio; en ocasiones el líder puede emular, en un mercado de factores productivos como el que nos ocupa, aumentos en precios que otros operadores hayan comenzado a practicar; las reducciones de precios sólo podrían justificar-

se bien por una contracción de la demanda debida, por ejemplo, al encarecimiento de otras materias primas; o bien por la expansión de la oferta; por último, puede haber desfases ocasionales para seguir las iniciativas del líder e incluso rechazos de las mismas.

Con respecto a este modelo el Tribunal manifestó que: «Implícitamente se le reconoce al líder una capacidad superior de identificar o anticipar cambios en el mercado, aproximándose en última instancia la asignación de precios a la situación que terminaría prevaleciendo en competencia, o mejor dicho, en circunstancias en que las decisiones de las empresas no se coordinaran. Nótese que la sola presencia de un líder barométrico no necesariamente implica la coincidencia de precios..., aunque sí implica la coincidencia en cuanto al cambio o evolución de los mismos».

Como ya se ha mencionado, las alegaciones de algunos de los demandados justifican la identidad de precios aludiendo a la existencia de un líder en el mercado. En este sentido, las argumentaciones que se presentan resultan en ocasiones confusas y hasta contradictorias, sin especificar qué tipo de liderazgo es el que se produce.

La primera referencia, en el expediente, a la existencia de un líder en este sector se transcribe a continuación: «El precio del mercado vendrá determinado fundamentalmente por la necesidad de comprar leche de esas industrias especialmente fuertes o líderes en el mercado. En la propia vista ante el TDC, Lactaria Española, S.A., se confesó como la principal industria láctea española en el momento de los hechos sobre los que versa el expediente. Afirma así que, en función de la leche que compraba, era capaz de hacer oscilar el precio de base de la leche. Las demás industrias iban un poco a “remolque” de las más fuertes o líderes, intentando no salirse de una banda de fluctuación, pues en otro caso quedarían fuera del mercado y o bien no compraban leche (precio muy inferior) o sus costes serían tan elevados (precios altos) que sus productos no serían competitivos».

De esta explicación, podría interpretarse que se están refiriendo a aquel modelo de liderazgo en precios en que existe una empresa dominante, aunque no se catalogue así en ningún momento.

Por el contrario la siguiente referencia sí habla de «líder barométrico», aunque de forma muy escueta, señalando sólo que: «Los precios base vienen determinados por las condiciones generales del mercado natural... La posición del líder barométrico es una de las razones fundamentales por las que en determinados períodos el precio base practicado ofrece un primer precio que es seguido por los demás».

Por último, la alegación que más recurre al modelo de liderazgo en precios expone argumentos que llevan a pensar en el modelo de la empresa dominante, como por ejemplo:

«... Es decir, que se produjo un alineamiento defensivo en torno al precio base que primero practicaba la industria líder. Este precio se convertía así en un precio de equilibrio que, evidentemente, tendía a ser un precio base mínimo, por debajo del cual las empresas no se atrevían a pagar a los ganaderos.»

«... El líder del mercado es siempre una empresa con un alto volumen de contratación y que, al comprar una gran cantidad de leche, puede imponer un precio de referencia en el mercado. En aquella época, dada la limitación de cuotas lecheras, las industrias, incluso las grandes, compraban leche solamente hasta cubrir sus necesidades. Una vez cubiertas estas necesidades, no podían comprar más, y los ganaderos tenían que llevar sus excedentes de leche a los organismos de intervención comunitarios. Esta conducta era generalizada, excepto en un caso: LA LACTARIA ESPAÑOLA. Esta empresa, no solamente tenía un volumen de compra de leche importantísimo (468 millones de litros en 1991 y 481 millones en 1992), sino que su potencial de compra era, a diferencia de las demás industrias, ilimitado; y ello porque era la única industria láctea que en aquella época contaba con tres fábricas de leche en polvo, que le permitían comprar leche por encima de sus necesidades del momento, para transformarla y almacenarla. Así pues, puede decirse que esta situación de privilegio, unida a su condición de empresa pública (en esa época) y por tanto transparente, y a su importantísimo volumen de compras, hacían de “La Lactaria Española” el líder del mercado en ese momento; y así lo reconoció el letrado de esta empresa en la vista celebrada ante el pleno del Tribunal...»

«... Por otra parte, la formación de un precio de referencia en torno al precio que lanzaba el líder del mercado (La Lactaria Española en aquella época) es perfectamente explicable, pues debe tenerse en cuenta que el pago de la leche al ganadero se realiza normalmente al mes siguiente o mes y medio de su entrega. Esto da un margen temporal amplio que permite que el precio base se vaya formando y se divulgue antes de ser efectivamente aplicado.»

En estas mismas alegaciones nos podemos encontrar también con otras argumentaciones que nos pueden llevar a pensar en la definición de «líder barométrico», como es:

«En conclusión, puede decirse que todos estos factores explican sobradamente que durante un corto período de tiempo coincidieran los precios base por las propias circunstancias del mercado.»

«Se produce una situación en que, como señala Lamo de Espinosa en su Dictamen, el mercado sigue al líder (principalmente “La Lactaria Española”), que puede variar en cada caso. Y el líder actúa a la vista de la situación del mercado.»

Determinar cuál de los tipos de liderazgo descritos es el que existe en una industria concreta no es tarea fácil y las implicaciones que puede te-

ner para la resolución de un caso de defensa de la competencia son importantes.

En principio, lo más que podría llegar a imputársele a una empresa dominante a la que siguen todos los demás operadores del sector es una práctica conscientemente paralela, ya que no se precisa concertación alguna para que este modelo funcione. Por el contrario el caso del líder colusivo sí precisa de la existencia de un «acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada» sobre variables de producción o precio. Por último en una situación de líder barométrico podría no ocurrir ninguna de las circunstancias anteriores y, por tanto, la probabilidad de que las autoridades de competencia fallen contra empresas cuyo comportamiento pudiera explicarse por este modelo son menores que en los dos casos anteriores. Ésta puede ser la razón última por la que, durante la celebración de la vista oral, se invocase la figura del líder barométrico y posteriormente se volviera a mencionar en algunas de las alegaciones.

Ahora bien, aun siendo éste el modelo de liderazgo pertinente, lo que puede ser un error es llegar a la conclusión de que un mercado con un líder barométrico es un mercado en el que no se plantea problema alguno de competencia. O en otras palabras, argumentar que, al contrario de lo que sucede ante un liderazgo colusivo, los resultados de ese mercado son los mismos que los que resultarían en un mercado en competencia. Pensemos, por ejemplo, el caso en que el líder barométrico, en un oligopsonio como el que nos ocupa, aumenta el precio del factor productivo que demanda sólo porque termina constatando que existen desviaciones generalizadas con respecto a sus precios. Esta actuación, en contra de lo que en principio pueda suponerse, no es necesariamente inofensiva, ya que con un aumento drástico de los precios, el líder puede conseguir restablecer la disciplina del mercado y desalentar subidas posteriores de precios. El líder puede así plantear la amenaza implícita de que posteriores alejamiento de los precios por él marcados pueden provocar aumentos adicionales de dichos precios, reduciéndose aún más las oportunidades de lograr una operación rentable.

Se puede, por tanto, concluir que las intenciones de un líder barométrico pueden ser idénticas a las de un líder colusivo: la maximización de los beneficios totales de la industria. Lo que varía es el éxito que el líder tenga en conseguir ese objetivo. El efecto del liderazgo en precios tanto colusivo como barométrico en un oligopsonio tiende a ser el establecimiento de unos precios menores que los que resultarían en otro caso, manteniendo el resto de condiciones iguales.

Dada la estructura de la industria de transformación de la leche en España, parece razonable descartar el modelo de empresa dominante como un modelo que pueda aplicarse a este caso. Esta industria no se caracteriza por la existencia de una empresa dominante que convive con una serie de empresas de pequeño tamaño. Por el contrario, entre las 49 empresas exportadoras (el sector tiene más de 250) puede decirse que existe un grupo de

empresas de gran tamaño (no menos de siete u ocho), seguido por unas quince o veinte de mediano tamaño y el resto de pequeño tamaño.

Esta estructura oligopolística, junto con otras características como las de ser demandantes de un producto poco diferenciado, tener productos finales sustitutivos y una demanda de productos relativamente inelásticos, sí encaja tanto con el modelo de líder colusivo como con el de líder barométrico. Sin embargo existen otras características, como son el que las empresas presenten diferentes capacidades productivas, diferentes niveles de eficiencia, o diferentes demandas de calidad en cuanto a la materia prima, que les hacen incurrir en costes muy distintos y que justifican que sus precios se diferenciaron mucho más de lo que se vino observando en el período investigado. Es decir, el precio de compra ofertado por una empresa no tendría por qué ser el precio que maximizara los beneficios de otras muy distintas a ella.

Por tanto, si esas condiciones de mercado no justifican la identidad de precios de forma espontánea y dicha identidad existe, puede pensarse en la existencia de claros indicios del modelo del líder colusivo.

V. CONCLUSIONES

La identidad de precios denunciada en este expediente, y que inicialmente fue rechazada por todos los agentes, fue, mediante las pruebas practicadas por el Tribunal, finalmente contrastada y asumida por una parte importante de los denunciados. La línea argumental de la defensa versó finalmente sobre que dicha identidad de precios no era producto de concertación o acuerdo alguno sino de las propias condiciones del mercado. Esta argumentación se trató de demostrar invocando el modelo de liderazgo en precios.

A este respecto hay que señalar los siguientes aspectos. En primer lugar hay que distinguir entre diferentes tipos de liderazgo en precios, dado que de alguno de ellos se deriva claramente la necesidad de una concertación entre los operadores del mercado. En segundo lugar resulta poco creíble que el sector de la industria de transformación de la leche responda al modelo que se pretende en las alegaciones, el del líder barométrico, y que teóricamente presupone un comportamiento de sus agentes no colusivo. Y por último ni siquiera en este modelo se puede asegurar, en contra de lo que se pretende con su invocación, que los resultados, desde el punto de vista de competencia, no se vean distorsionados.

La conclusión del Tribunal con respecto a esta cuestión fue que «el modelo del líder barométrico podría explicar la coincidencia en cuanto a los movimientos de los precios pero no justifica, en un mercado con las condiciones que caracterizan el de la leche en origen, la identidad de los mismos. En cambio este tipo de comportamiento resulta mucho más plausible si se analiza bajo el prisma del líder colusivo».

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IN DER DEUTSCHEN WETTBEWERBSPOLITIK *

Ulrich Welf

Zentrum für Wettbewerbspolitik

TERCERA PARTE

CRÓNICAS

I. DIE WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSPOLITISCHE LAGE

Die Wettbewerbspolitik stand auch im vergangenen Jahr im Zeichen des Trends zur Globalisierung des Marktes und Weltmarktintegration. Die sich vor allem im industriellen Bereich manifestierten, für sie ist ein rascher Anstieg der internationalen Marktöffnung kennzeichnend. Die nicht nur aus steigendem Weltmarkt, sondern auch die Produktion anfalls und immer mehr Unternehmen in wachsenden Dimensionen denken und handeln läßt.

Die Öffnung des Marktes, die zunehmende Mittel und den Kapital und die aufgrund der modernen Kommunikationstechniken schnelle und weite Verbreitung dieser Information, die Wissenschaftler von den Unternehmen die produktive und organisatorische Anpassung an die neuen Bedingungen des Wirtschaftens. Gewisse Tendenzen sind die im Bereich der Wirtschaft. Die Unternehmen gehen sich beim wirtschaftlichen Entscheidungsfindung und Anpassung, sich wieder auf ihre Kernkompetenzen. Die Systeme dieser Entscheidungsfindungen sind zunehmend wettbewerbsfähige Entscheidungsstrukturen. Die alten sind in sich nicht mehr stabil, um sich erfolgreich im internationalen Wettbewerb zu positionieren. Hauptkennzeichen sind die rasche Entscheidungsfindung, die in veränderten Bedingungen der Marktstruktur und Anpassung in sich stabilen, auf die jeweiligen Märkte und den regionalen Entwicklungen angepassten Entscheidungsstrukturen umzusetzen.

Die Bundesregierung wird immer in wachsenden Wettbewerbsleistung. Diesem zentralen begründeten Wettbewerbsleistung, die im wesentlichen, insbesondere durch, wachsenden und Anstieg von Output, nicht mehr Gefährdung. Das ist die Wettbewerbsleistung.

* ...

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IN DER DEUTSCHEN WETTBEWERBSPOLITIK *

Dieter WOLF

Präsident des Bundeskartellamtes

I. DIE WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSPOLITISCHE LAGE

Die Wettbewerbspolitik stand auch im vergangenen Jahr im Zeichen des Trends zur Globalisierung der Markt- und Wettbewerbsprozesse, die sich vor allem im industriellen Bereich manifestieren. Für sie ist eine neue Stufe der internationalen Arbeitsteilung kennzeichnend, die nicht nur den klassischen Warenhandel, sondern auch die Produktion umfaßt und immer mehr Unternehmen in weltweiten Dimensionen denken und handeln läßt.

Die Öffnung der Märkte, die zunehmende Mobilität des Kapitals und die aufgrund der modernen Kommunikationstechniken schnelle und weltweite Verbreitung neuen technischen Wissens verlangen von den Unternehmen die produktions- und organisationsmäßige Anpassung an die neuen Bedingungen des Wirtschaftens. Gewisse Tendenzen sind dabei bereits erkennbar: Die Unternehmen geben sich neue, «schlanke» Organisationsstrukturen und konzentrieren sich wieder auf ihre Kernkompetenz. Das Ergebnis dieser Restrukturierungsmaßnahmen sind international «wettbewerbsfähige Kostenstrukturen». Sie allein sind jedoch nicht hinreichend, um sich erfolgreich im internationalen Wettbewerb zu positionieren. Hinzu kommen muß ein «Innovationsmanagement», das die vorhandenen Erfindungen zur Marktreife führt und zeitgerecht in eine attraktive, auf die jeweiligen Märkte und ihre regionalen Besonderheiten zugeschnittene Produktpalette umsetzt.

Das Bundeskartellamt mißt diesem dynamischen Wettbewerb hohe Bedeutung bei. Denn zeitlich begrenzte Wettbewerbsvorsprünge, die im vorstoßenden Innovationswettbewerb entstehen, sind Ausdruck von Wettbewerb, nicht seiner Gefährdung. Eine solche innovationsorientierte

Anwendung des GWB ist wettbewerbsrechtlich geboten; denn zumindest in der gegenwärtigen Phase der Globalisierung ist der aus der erhöhten internationalen Verflechtung folgende Wettbewerbsdruck so stark, daß die Gefahr dauerhafter Marktbeherrschung bei überregional und international gehandelten Gütern die Ausnahme bleiben wird. Das Bundeskartellamt trägt dieser Lage bei der Beurteilung wettbewerblicher Sachverhalte Rechnung. So können selbst relativ hohe Marktanteile auf dem Inlandsmarkt bei intensivem potentiellen Wettbewerb und niedrigen Marktzutrittsschranken aus wettbewerblicher Sicht unproblematisch sein.

Allerdings zeigen die Marktuntersuchungen des Bundeskartellamtes immer wieder, daß keineswegs alle Märkte grenzüberschreitend sind. Das gilt zunächst für endverbrauchernahe Leistungen, zum Beispiel im Einzelhandel oder bei Presseerzeugnisse. Hier werden regionale oder lokale Märkte die Regel sein. Es gilt aber auch für hochtechnologische Erzeugnisse, die Servicebedarf, etwa Wartungsarbeiten, nach sich ziehen. Wenn ausländische Anbieter in Ermangelung eines eigenen Vertriebsnetzes entsprechende Serviceleistungen nicht bzw. nicht kurzfristig erbringen können, sind sie häufig keine Alternative für die inländischen Nachfrager. Denn ein Stillstand der mit hohem Kapitaleinsatz verbundenen Investitionen länger als nötig wird von den Nachfragern regelmäßig vermieden. Auch die zunehmende Bedeutung absatzorientierter Dienstleistungen, die sich in allen hochentwickelten Volkswirtschaften zeigt, eröffnet ein neues Feld nationaler oder regionaler Märkte. Klare Tendenzen zu globalen Märkten zeigen sich vor allem bei Rohstoffen und bestimmten industriellen Gütern.

Die sich aus der Schaffung des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes und den Globalisierungstendenzen ergebende Intensivierung des Wettbewerbs führt nicht nur auf der Unternehmensebene zu tiefgreifenden Anpassungen. Sie erzwingt auch die Überprüfung und Änderung von institutionellen Regelungen in Bereichen, die seit vielen Jahrzehnten durch ein von der normalen wettbewerblichen Ordnung abgehobenes Sonderregime gekennzeichnet sind. Dies gilt zum Beispiel für Post und Telekommunikation, aber auch für Energiewirtschaft und Bahn. Reformen zur wettbewerblichen Öffnung dieser Bereiche sind inzwischen auf den Weg gebracht oder bereits abgeschlossen. Selbst auf dem Arbeitsmarkt, der der Anwendung des Kartellrechts entzogen ist, zeigen sich gewisse Auflockerungen des hier bestehenden Systems kollektiv vereinbarter Mindestpreise für Arbeitsleistungen.

Aufgabe des deutschen Kartellrechts ist es, bestehenden Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. Das heißt jedoch nicht, daß das GWB nicht auch Möglichkeiten böte, bislang monopolistische Bereiche dem Wettbewerb zu öffnen und somit überhaupt erst die Voraussetzungen für wettbewerbliche Prozesse zu schaffen. Als Instrument zur Marktöffnung kommt vor allem die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen in Betracht. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt vor-

geschlagen, die Öffnung bisheriger wettbewerblicher Ausnahmebereiche mit Netzstrukturen wie Energiewirtschaft, Telekommunikation und Bahn über die Aufnahme des neuen Tatbestands «Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen» («essential facilities») zu erleichtern. Soweit in einzelnen Wirtschaftsbereichen der bisherige Monopolist aufgrund besonderer Marktbedingungen über eine so starke Stellung verfügt, daß das bisherige Kartellrecht zur Marktöffnung nicht ausreicht, kann die Ergänzung der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht durch weitergehende Regulierungsinstrumente geboten sein. Wichtig ist jedoch, daß man nicht das Ziel der Liberalisierung der bisherigen wettbewerblichen Ausnahmebereiche aus dem Auge verliert: die Entlassung dieser Branchen nach einer mehr oder minder langen Übergangsfrist in die allgemeine Wettbewerbswirtschaft. Diesem Ziel wird nach Auffassung des Bundeskartellamtes durch die Schaffung neuer bereichsbezogener Regulierungsbehörden, wie die für Telekommunikation und Post, nicht gedient. Denn sie führen zu einer Sektoralisierung der Wettbewerbspolitik und damit zu der Gefahr, daß sich die Anwendung des Wettbewerbsrechts in diesen Bereichen von der generellen wettbewerbsrechtlichen Entwicklung abkoppelt; außerdem ist zu befürchten, daß spezielle Regulierungsbehörden, sind sie erst einmal errichtet, nicht ohne weiteres wieder aufzulösen sind.

Mit zunehmender Globalisierung werden auch Defizite bei dem Zusammenspiel von Handels- und Wettbewerbspolitik zum Problem. Zwischen beiden Bereichen gibt es Interdependenzen, und es wird immer dringlicher, sie in einem einheitlichen Ordnungsrahmen für international tätige Unternehmen zusammenzuführen. Was die Handelspolitik anbelangt, so ist mit der Welthandelsorganisation (WTO) und der ihr zur Verfügung stehenden Instrumente ein festes, ausbaufähiges Fundament geschaffen worden. Ein Pendant in Form einer internationalen Wettbewerbsordnung ist jedoch bislang nicht recht in Sicht. Hier behilft man sich einstweilen mit bilateralen Abkommen, wie jenem, das die Europäischen Gemeinschaften mit den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossen haben, die jedoch einen multilateralen Rahmen von Regeln zur Bekämpfung privater Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu ersetzen vermögen.

II. DIE NOVELLE DES KARTELLGESETZES

Die Bundesregierung hatte erstmals im Jahreswirtschaftsbericht 1995 angekündigt, das GWB möglichst noch in dieser Legislaturperiode in seiner Gesamtheit an das europäische Wettbewerbsrecht anzupassen. «Anpassung an das Referenzmodell Europa» war zunächst der Begriff, der die Richtung angeben sollte. Dem vorausgegangen war Kritik aus der Wirtschaft, insbesondere vom Bundesverband der Deutschen Industrie, die das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in vielen Punkten als unflexibel und die deutschen Unternehmen benachteiligend,

kurz: als nicht mehr zeitgemäß kritisierte und die weitgehende Übernahme europäischen Rechts forderte.

1. HARMONISIERUNG - «SOWEIT WIE MÖGLICH» VERSUS «SOWEIT WIE NÖTIG»

Das Bundeskartellamt stand einer Angleichung des deutschen und europäischen Kartellrechts mit dem Ziel einer einheitlichen europäischen Wettbewerbsordnung im Grundsatz positiv gegenüber. Übereinstimmung wird jedoch nicht durch die Übernahme der Wortlaute des europäischen Rechts erreicht, sondern muß ein Prozeß sein. Die Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Bundeskartellamt zeigt, daß unterschiedliche Entscheidungen vor allem auf die Organisation des Entscheidungsprozesses für die Behandlung der Einzelfälle und nur zum geringeren Teil auf materiell-rechtliche Unterschiede zurückzuführen ist. Die Harmonisierung der Wettbewerbsordnungen sollte zudem keine Einbahnstraße sein. Bewährte deutsche Regelungen sollten, soweit gute Gründe für eine eigenständige Lösung sprechen, beibehalten werden; auch das europäische Recht und seine Anwendungspraxis müssen einer kritischen Analyse und eventuellen Änderungen zugänglich sein.

Vor diesem Hintergrund sprachen gewichtige Gründe gegen eine einseitige Anpassung des deutschen Rechts an die EG-Wettbewerbsregeln. Wesentliche wettbewerbspolitische und -rechtliche Defizite, die für sich genommen und losgelöst von der Zielsetzung einer Rechtsangleichung eine Überarbeitung des GWB notwendig erscheinen ließen, waren nicht erkennbar. Das europäische Wettbewerbsrecht zeigt sowohl im Hinblick auf die wettbewerbspolitische Konzeption als auch auf seine Ausformung und seine Praxis bisher in weiten Bereichen noch unscharfe Konturen; von einem «Referenzmodell Europa» kann deshalb - wenn überhaupt - nur mit starken Einschränkungen gesprochen werden. Dagegen ist das deutsche Kartellrecht in hunderten von höchstrichterlichen Entscheidungen klar umrissen, Rechtssicherheit somit in hohem Maße gegeben. Die Unternehmen können in der Regel schon im Vorfeld absehen, was kartellrechtlich zulässig ist und was nicht.

Von Seiten der deutschen Industrie wurde eine Angleichung des Rechts auch mit dem Hinweis gefordert, andere Mitgliedstaaten paßten ihr Recht ebenfalls an die EG-Wettbewerbsregeln an. Auch diesem Argument begegnete das Bundeskartellamt mit Skepsis. Die Zielsetzung, durch weitestgehende Angleichung des GWB im Gefolge einiger Mitgliedstaaten, die in jüngerer Zeit die EG-Wettbewerbsregeln mehr oder minder vollständig übernommen haben, zur Vereinheitlichung der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen in der EU beizutragen, rechtfertigt einen weitgehenden Verzicht auf deutsche Rechtstradition nicht. Zum einen ist es nicht überraschend, daß Mitgliedstaaten wie z.B. Italien, die keine eigene wettbewerbsrechtliche Tradition haben, sich bei der Einführung eines Kartellgesetzes an den EG-Normen orientieren. In-

wieweit damit eine Angleichung der Rechtsanwendung erreicht wird, bleibt abzuwarten. Zum anderen bestünden auch nach einer «Totalharmonisierung» des GWB weiterhin erhebliche Differenzen zwischen den Wettbewerbsrechten großer Mitgliedstaaten wie z.B. England und Frankreich und dem EG-Recht, vor allem was die Fusionskontrolle angeht. Eine Harmonisierungsdebatte in diesen Ländern wird, wenn überhaupt, nur unter dem Ansatz «so weit wie nötig» geführt. Deutschland ist damit gegenüber den anderen EU-Mitgliedstaaten keinesfalls ein «Nachzügler» in Sachen Harmonisierung, wie von verschiedenen Seiten immer wieder behauptet wurde. Letztlich ist darauf zu verweisen, daß die materiell-rechtliche Substanz der EG-Wettbewerbsregeln in weiten Teilen mit dem deutschen Recht übereinstimmt.

2. EINZELFRAGEN

Eine Gegenüberstellung des deutschen und des europäischen Kartellrechts unter der Prämisse nicht um jeden Preis anzugleichen, sondern eine Harmonisierung «soweit wie nötig» zu suchen, zeitigte folgende Ergebnisse:

— Eine vollständige Übernahme von Art. 85 Abs. 1 EGV empfiehlt sich nicht, weil er undifferenziert auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen dem Verbotsprinzip unterwirft. Eine Mißbrauchsaufsicht über Vertikalbindungen ist demgegenüber wesentlich realitätsnäher, da vertikale Verträge in vielen Fällen wettbewerbsbelebend und nicht -dämpfend sind. Die gegenwärtige Diskussion um das Grünbuch «Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen» auf europäischer Ebene bestätigt diese Einschätzung.

— Abgelehnt wurde die Übernahme der Generalklausel des Art. 85 Abs. 3 EGV, stattdessen spricht viel für die Beibehaltung der im einzelnen definierten Kartellausnahmen. Eine Generalklausel hat ihrer Natur nach einen weiter gefaßten Anwendungsbereich als ein Katalog von einzeln definierten Kartellausnahmen. Die Einführung einer Generalklausel hätte daher als Signal (miß-)verstanden werden können, der Gesetzgeber wolle den Spielraum für horizontale Wettbewerbsbeschränkungen signifikant erweitern. Ein solches Signal, das zur Schwächung des Wettbewerbsschutzes in Deutschland geführt hätte, sollte von der GWB-Novelle aber nicht ausgehen. Im übrigen erlauben die einzelnen Freistellungstatbestände eine Differenzierung des Freistellungsverfahrens entsprechend der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung. Zum Beispiel können mittelständische Kooperationen schneller und unkomplizierter freigestellt werden als die Zusammenarbeit von Großunternehmen. Ein Bedarf für Gruppenfreistellungen besteht nicht, da Vertikalbindungen nicht dem Verbot unterworfen sind.

— Das Verbotsprinzip des Art. 86 EGV empfiehlt sich zur Übernahme in das deutsche Recht. Allerdings sind die Beispielformulierungen

des Art. 86 antiquiert, schwer lesbar und ohne Kenntnis der Rechtsprechung kaum verständlich. Der Beispielkatalog im deutschen Recht ist im Lichte der jahrzehntelangen Anwendungspraxis mehrfach verändert worden und inzwischen klar und eindeutig. Ergänzt werden sollte er, wie eingangs erwähnt, um einen Anspruch auf Zugang zu Netzen und wesentlichen Einrichtungen.

— Daneben soll allerdings ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot für marktstarke Unternehmen, also nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen, beibehalten werden. Dieses Diskriminierungsverbot dient vor allem dem Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen und trägt daher der spezifisch mittelständischen Struktur der deutschen Wirtschaft Rechnung.

— In Übernahme der EG-rechtlichen Regelung bietet sich die Einführung einer generellen Prävention im Bereich der Fusionskontrolle an. Die bisherige deutsche Regelung, bei der kleinere Fusionen erst nach dem Vollzug der wettbewerblichen Kontrolle unterworfen werden, bringt im Untersagungsfall regelmäßig das schwierige Problem der Entflechtung mit sich.

— Der Zusammenschlußtatbestand des Kontrollerwerbs, Art. 3 Abs. 1 b) EG-Fusionskontrollverordnung, deckt nicht alle Anwendungsfälle der deutschen Fusionskontrolle ab. Insbesondere erfaßt das deutsche Recht auch Minderheitsbeteiligungen als Zusammenschlüsse, ohne daß diese notwendig mit der Ausübung von Kontrolle verbunden sein müssen. Diese frühzeitige Erfassung wettbewerblicher Gefährdungslagen soll beibehalten werden.

— Die Marktbeherrschungsdefinition im deutschen Recht entspricht materiell weitgehend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 86. Änderungsbedarf ist daher nicht ersichtlich.

Im Mai 1998 verabschiedete das Parlament eine Novelle des Kartellgesetzes, die im wesentlichen den gerade skizzierten Leitlinien entspricht. Sie wird am 1. Januar 1999 in Kraft treten.

III. ANWENDUNG DES KARTELLRECHTS DURCH DAS BUNDESKARTELLAMT

1. WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDE ABSPRACHEN

Die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bildete erneut einen Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes. In mehreren Verfahren wurden Bußgelder wegen verbotener Absprachen verhängt. Hervorzuheben ist das Verfahren gegen Hersteller von Starkstromkabeln und Organisationen der Kabelindustrie, die mit einem branchenweiten Kartell - im Grundsatz seit Jahrzehnten - den Markt für Starkstromkabel nach Quoten unter sich aufgeteilt hatten. In diesem Fall hat das Bundeskartellamt insgesamt Geldbußen in Höhe von fast 290 Mio. DM verhängt.

Basis für die Höhe der Geldbußen gegen die einzelnen Unternehmen war der von ihnen erzielte kartellierte Umsatz in dem noch nicht verjährten Zeitraum von drei Jahren. Die Buße beträgt für die Großunternehmen 10% dieser Umsätze. Bei den kleinen und mittleren Unternehmen sind die Geldbußen wegen ihres geringeren Tatbeitrags und unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum Teil auf etwa 5% ihres Kartellumsatzes herabgesetzt worden.

In einem weiteren Verfahren hat das Bundeskartellamt die Absprachen über eine Marktberreinigung bedeutender westdeutscher Mühlenbetriebe, die zur Stilllegung einer mit der Wiedervereinigung neu in den Markt eingetretenen Produktionsstätte in den neuen Bundesländern führte, mit Geldbußen geahndet.

Ebenso wie Kartelle wertet das Bundeskartellamt auch Händlerpreisbindungen durch Hersteller als Eingriff in die unternehmerische Preissetzungsfreiheit. In mehreren Verfahren ist das Amt daher gegen solche Bindungen im Wege des Bußgeldverfahrens eingeschritten.

2. MIßBRAUCHSAUFSICHT

Der intensive Wettbewerb, der im Berichtszeitraum in der deutschen Wirtschaft herrschte, ließ generell nur wenig Raum für die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Dies gilt insbesondere für die Preismißbrauchsaufsicht, die einen erheblichen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit der Unternehmen darstellt. Das Bundeskartellamt begrüßt diese Entwicklung. Aufgrund der methodischen Probleme, welche der Nachweis eines Preismißbrauchs aufwirft, der den hohen Anforderungen der Rechtsprechung genügen muß, ist das Instrument der Mißbrauchsaufsicht über Preise mit der gebotenen Vorsicht einzusetzen. Schwerpunktmäßig geschah dies in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft; daneben hat das Bundeskartellamt jedoch auch eine Preißmißbrauchsverfügung gegen eine Fluggesellschaft erlassen.

In diesem Verfahren hat das Bundeskartellamt der Deutsche Lufthansa AG, Köln, untersagt, auf der Strecke Berlin - Frankfurt/M. Preise zu fordern, die um mehr als 10,— DM pro einfacher Strecke über den Preisen liegen, die die Lufthansa selber auf der vergleichbaren Strecke Berlin - München verlangt. Die Lufthansa ist die einzige Fluggesellschaft, die die Strecke Berlin - Frankfurt/M. bedient. Auf dieser Monopolstrecke fordert sie deutlich höhere Preise als auf anderen vergleichbaren innerdeutschen Strecken, auf denen sie im Wettbewerb insbesondere mit der Deutschen BA fliegt. Eine derartige Preisspaltung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist mißbräuchlich. Nach den Feststellungen des Amtes sind die Preisunterschiede auch nicht sachlich gerechtfertigt. Gegen eine sachliche Rechtfertigung spricht zum einen, daß die Unterschiede in den Kosten auf den verglichenen Strecken lediglich geringfügig

sind. Zum anderen können auch die von der Lufthansa vorgetragene Verluste auf den innerdeutschen Strecken die höheren Preise nicht rechtfertigen. Wettbewerbspreise müssen nicht notwendig kostendeckend sein, kein Unternehmen hat im Wettbewerb einen Anspruch auf Kostendeckung. Hinzu kommt jedoch, daß die Lufthansa insgesamt Gewinne erzielt und die interne Kosten- und Ertragsrechnung nur für die innerdeutschen Strecken Verluste ausweist. Das Verfahren ist noch streitig.

Im Wege der Mißbrauchsaufsicht ist das Amt auch gegen die Vergabepraxis von öffentlichen Auftraggebern vorgegangen. Einzelne Bundesländer fordern bei der Vergabe staatlicher Bauaufträge - über die europäische Entsenderichtlinie und ihre Umsetzung in ein nationales Entsendegesetz hinaus -, daß die Auftragnehmer Mindestlöhne entsprechend den Tarifverträgen garantieren sollen. Diese Praxis führt vor allem dazu, daß nichttarifgebundene und ausländische Anbieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge diskriminiert werden und verstößt daher gegen Kartellrecht.

3. FUSIONSKONTROLLE

Im Jahr 1997 stieg die Zahl der vom Bundeskartellamt kontrollierten Fusionen deutlich auf 1751 an. Wettbewerbliche Bedenken löste jedoch nur ein kleiner Teil der Fälle aus. In sechs Fällen untersagte das Bundeskartellamt Fusionen oder Fusionsvorhaben, in anderen Fällen konnten die Untersagungs Voraussetzungen durch die Entgegennahme von Zusagen beseitigt werden.

Von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung war die Untersagung des beabsichtigten Erwerbs von 51 % der Anteile an der Kali und Salz Beteiligungs AG, Kassel, durch die kanadische Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS), Saskatoon. Die kanadische PCS ist der weltweit größte Hersteller von Kalidüngern. Sie ist bereits auf dem europäischen Markt für Kalidünger tätig, allerdings nicht in Deutschland. PCS würde nach dem Zusammenschluß gut ein Drittel der Weltkapazitäten kontrollieren. K + S hat auf dem deutschen Markt für Kalidünger einen Marktanteil von über 80%. Die Verbindung des einzigen deutschen Anbieters mit der auf dem Weltmarkt führenden PCS würde die marktbeherrschende Stellung von K + S in Deutschland langfristig absichern. Weltweit besteht ein relativ enges Oligopol weniger Kalianbieter, die in der Vergangenheit weitgehend gegenseitig ihre Heimatmärkte respektiert haben. Dabei trägt PCS über die Drosselung der eigenen Kapazitätsauslastung maßgeblich zur Aufrechterhaltung des Weltmarktpreises bei. Aufgrund ihrer günstigen Kostenstruktur und ihrer Kapazitätsreserven könnte sie sogar in Deutschland zu den hohen Inlandspreisen Kalidünger absetzen. Auf diesen wichtigsten potentiellen Wettbewerber müßte K + S nach dem Zusammenschluß keine Rücksicht mehr nehmen. Darüber hinaus würden Dritte vom Zutritt auf den deutschen Markt abgeschreckt, da sie mit Abwehrreaktionen von PCS zu rechnen hätten, die einen weltweiten Preisverfall auslösen würden. Die Unternehmen

haben im Anschluß an das Fusionsverbot versucht, eine Erlaubnis durch den Bundesminister für Wirtschaft zu erlangen; eine solche nachträgliche Genehmigung kann nach deutschem Recht im Ausnahmefall erteilt werden, wenn überragende Gemeinwohlgründe dies rechtfertigen. Der Minister hat jedoch in diesem Fall die Erteilung einer Erlaubnis abgelehnt.

In Anwendung des Subsidiaritätsprinzips hat das Bundeskartellamt wieder in mehreren Fällen Mitteilungen nach Art. 9 Abs. 2 EG-Fusionskontrollverordnung an die Europäische Kommission gerichtet, in denen unter der Verordnung angemeldete Zusammenschlüsse schwerpunktmäßig nationale Märkte betrafen. Die Kommission hat den Verweisanträgen entsprochen. Sämtliche Fälle, die auf den deutschen Märkte für Wehrtechnik, leitungsgebundene Energieversorgung und Touristik zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen geführt hätten, konnten freigegeben werden, nachdem die Unternehmen den wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes durch die Abgabe von Zusagen Rechnung trugen.

Die Wettbewerbsbehörden Deutschlands, Großbritanniens und Frankreichs haben ferner beschlossen, die Prüfung von grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen zu erleichtern. Unternehmen können für Fusionsvorhaben, die in zwei oder drei dieser Länder geprüft werden müssen, nunmehr ein gemeinsames Formblatt verwenden, das von allen drei Wettbewerbsbehörden akzeptiert wird. Unterlag ein Unternehmenszusammenschluß in mehreren Ländern der Fusionskontrolle, so mußten die Unternehmen bisher in allen diesen Ländern verschiedenen Informationspflichten nachkommen und unterschiedliche Angaben bei den nationalen Wettbewerbsbehörden machen. Um diesen Aufwand zu reduzieren, können Unternehmen jetzt den Wettbewerbsbehörden der drei beteiligten Länder jeweils die gleichen Angaben zur Verfügung stellen, indem sie das von den drei Wettbewerbsbehörden gemeinsam entwickelte, zweiseitige Formblatt ausfüllen. Binnen eines Monats erfahren die Unternehmen, ob der Zusammenschluß Bedenken auslöst, die eine weitere Prüfung erfordern. Die Wettbewerbsbehörden aus Frankreich, Großbritannien und Deutschland ermuntern auch andere Länder, sich an dem gemeinsamen Formblatt zu beteiligen.

IV. DEZENTRALE ANWENDUNG DES EUROPÄISCHEN RECHTS

1. DIE BEKANNTMACHUNG DER KOMMISSION ZUR DEZENTRALEN ANWENDUNG DER EG-WETTBEWERBSREGELN

Die im Oktober 1997 im Amtsblatt veröffentlichte Bekanntmachung der Kommission zur dezentralen Anwendung von Artikel 85 und 86 EGV geht auf einen Beschluß des Generaldirektoren-Treffens vom Oktober

1993 zu einem von den Mitgliedstaaten zu diesem Thema erstellten Arbeitspapier zurück. Der Bekanntmachung gingen zahlreiche Vorentwürfe voraus, an deren inhaltlicher Ausgestaltung und Formulierungen das Bundeskartellamt maßgeblich mitgearbeitet hat.

Ziel der Bekanntmachung ist es, daß Fälle mit überwiegend nationalem Bezug von den nationalen Wettbewerbsbehörden entschieden werden, sofern sie hierzu durch ihre nationalen Rechtsvorschriften berechtigt sind. Grundsätzlich sollen künftig Fälle, die im wesentlichen nur Auswirkungen auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates entfalten und bei denen eine erste Prüfung ergibt, daß sie nicht nach Art. 85 Abs. 3 EGV freigestellt werden können, von den nationalen Wettbewerbsbehörden aufgegriffen werden. Die Kommission behält sich jedoch vor, in denjenigen Fällen zu entscheiden, die nach ihrer Auffassung von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind. So will die Kommission in Zukunft Fälle, mit denen sie zuerst befaßt war, an die nationalen Wettbewerbsbehörden zurückverweisen, wenn diese keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Ferner soll mit dieser Bekanntmachung auch Obstruktionsanmeldungen begegnet werden.

2. PRAKTISCHE ERFAHRUNGEN DES BUNDESKARTELLAMTES BEI DER DEZENTRALEN ANWENDUNG VON ART. 85, 86 EGV

Bereits vor der Veröffentlichung der Bekanntmachung hat das Bundeskartellamt - vor allem im Bereich der Energiewirtschaft - Verfahren nach Art. 85 EGV aufgegriffen. Die Verfahren richteten sich gegen nach deutschem Recht freigestellte Gebietsschutzverträge auf überregionaler Ebene (Demarkationsverträge) und kommunaler Ebene (exclusive Konzessionsverträge). Das Bundeskartellamt hat in zwei Musterverfahren jeweils einen Vertrag der genannten Typen in Anwendung von Art. 85 Abs. 1 EGV untersagt. In beiden Fällen haben die Unternehmen die Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamtes gerichtlich angegriffen. Daraufhin hat das Beschwerdegericht, das Kammergericht Berlin, die zentralen Fragen der Anwendung von Art. 85 EGV durch nationale Behörden dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes entsprach dabei im wesentlichen dem in der Bekanntmachung zur dezentralen Anwendung vorgesehenen Verfahren.

Vor Eröffnung des Verfahrens wegen Verstoßes gegen Art. 85 EGV hinsichtlich des Konzessionsvertrages in dem Fall RWE/Stadt Nordhorn und dem Demarkationsvertrag in dem Fall Ruhrgas/Thyssengas hatte das Bundeskartellamt die Kommission informiert und ihre Zusage erhalten, daß sie nicht beabsichtige, eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EGV zu erteilen. Der Demarkationsvertrag zwischen Ruhrgas und Thyssengas wurde im Hinblick auf die künftige Liberalisierung des Erdgasmarktes vor kurzem aufgehoben. Das Vorlageverfahren beim EuGH in

dieser Sache, in dem es vor allem um die Anwendung von Art.85 Abs.1 EGV durch die nationalen Behörden unter verfahrensrechtlichen und materiellen Aspekten ging, hat sich damit erledigt. In dem Fall RWE/Stadt Nordhorn steht eine Entscheidung über den Vorlagebeschluß des Kammergerichts durch den EuGH noch aus.

Zwei weitere wichtige Fälle der Anwendung der Art. 85 EGV durch das Bundeskartellamt waren die Untersagungsverfügungen gegen die Reiseveranstalter Touristik Union International GmbH und NUR Touristik GmbH wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages. In diesen Fällen versuchten die führenden deutschen Reiseveranstalter spanische Hotels vertraglich zu verpflichten, nicht mit anderen deutschen Veranstaltern zu kontrahieren. Die Unternehmen wollten sich damit dem Preisvergleich und letztlich dem Preiswettbewerb entziehen. Das Bundeskartellamt hatte in einem ausschließlich auf Art. 85 Abs. 1 EGV gestützten Verfahren die sowohl von TUI als auch von NUR verwendeten Exklusivitätsklauseln, die sich selektiv gegen einzelne, namentlich benannte Wettbewerber richteten, beanstandet. Die Entscheidungen wurden vom Bundesgerichtshof bestätigt.

Im Januar 1998 hat die Kommission unter Hinweis auf die Bekanntmachung zur dezentralen Anwendung und die von ihr getroffene «Leitentscheidung» Fährhafen Rodby angeregt, daß das Bundeskartellamt das Mißbrauchsverfahren gegen das Tochterunternehmen der DB AG, der DFO Deutsche Fährgesellschaft Ostsee mbH, übernimmt. Das norwegische Schifffahrtsunternehmen Eidsva und ein schwedisch-dänisches Schifffahrts-Konsortium unter Beteiligung der größten europäischen Fährgesellschaft Stena Line begehren unabhängig voneinander die Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden, um die Route Puttgarden/Rodby zu bedienen. Das Bundeskartellamt prüft derzeit, ob die Hafenbetreiberin verpflichtet ist, den beiden Fährunternehmen Zugang zu gewähren.

Das Bundeskartellamt überprüft weiterhin auf der Grundlage des Art.88 EGV parallel zu dem von der Europäischen Kommission auf Art.85 und 89 EGV gestützten Verfahren den Kooperationsvertrag zwischen der Lufthansa und der US-Fluggesellschaft United Airlines. Der Schwerpunkt dieser Zusammenarbeit liegt auf den Transatlantik-Routen. Da es für den Luftverkehr zwischen Flughäfen der Gemeinschaft und Drittstaaten keine Durchführungsverordnung zu Art.85 EGV gibt, hat die Europäische Kommission keine rechtliche Grundlage für eine Freistellung nach Art.85 Abs.3 EGV. Die Befugnis liegt vielmehr bei den Mitgliedstaaten. Das bei der Europäischen Kommission eingeleitete Verfahren erfaßt deshalb die Kooperation zwischen den beiden Luftfahrtunternehmen nur unvollständig. Die Einleitung eines eigenen Verfahrens durch das Bundeskartellamt war schon von daher geboten. Bedingt durch die konkurrierende Zuständigkeit der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes hat sich eine enge Zusammenarbeit auch unter Einbeziehung weiterer beteiligter nationaler Wettbewerbsbehörden entwickelt.

V. AUSBLICK

Nach der Verabschiedung der Novelle des deutschen Kartellgesetzes, die zum 1. Januar 1999 in Kraft treten wird, ist das Bundeskartellamt bereits jetzt bestrebt, die Unternehmen auf das neue Recht vorzubereiten. Wiederum wird das Amt mit der Herausgabe von Merkblättern und Bekanntmachungen die Anwendung des neuen Rechts erleichtern. Zeitgleich mit der Kartellgesetz-Novelle tritt auch ein neues Vergaberecht in Kraft, das die verschiedenen europäischen Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe umsetzt. Das Vergaberecht wird in das GWB inkorporiert, dem Bundeskartellamt werden dementsprechend neue Aufgaben im Bereich der Vergabeüberwachung zuwachsen.

Materiell wird nach der rechtlichen Liberalisierung der Energiemärkte die Schaffung von Wettbewerb auf diesen Märkten mit den Mitteln des Kartellrechts auf der Tagesordnung sehr weit oben stehen. Die Tauglichkeit des neuen Mißbrauchstatbestandes der «Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen» wird sich voraussichtlich erstmals in der Praxis erweisen müssen, wenn es darum geht, das Recht auf «third party access» mit kartellrechtlichen Mitteln durchzusetzen.

Nur aufgeschoben und nicht aufgehoben sind auch die Reformanliegen auf europäischer Ebene, zu denen das Bundeskartellamt stets seinen Beitrag geleistet hat. Nach der Revision der Fusionskontrollverordnung bildet die Neubestimmung einer adäquaten Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen einen wichtigen Bereich. Ungelöst ist aber auch der verfahrensrechtliche und institutionelle Reformbedarf auf europäischer Ebene. Nur zwei Punkte, die auf der wettbewerbspolitischen Agenda ganz oben stehen müssen, seien hier genannt.

Auf Dauer kann es nicht befriedigen, daß den Mitgliedstaaten das Recht zur unmittelbaren Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EGV vorenthalten bleibt. Das Freistellungsmonopol der Kommission beeinträchtigt die volle Wirksamkeit der dezentralen Anwendung des EG-Rechts. Ich erkenne das Bemühen der Kommission, mit der Bekanntmachung zur dezentralen Anwendung die Probleme anzugehen, durchaus an, aber auf Dauer werden wir um eine substantielle Reform der Verordnung 17/62 nicht herumkommen. Eine solche Reform ist nach dem Subsidiaritätsprinzip, das seit dem Maastrichter Vertrag quasi Verfassungsrang besitzt, auch geboten, denn das sekundäre Gemeinschaftsrecht muß mittelfristig mit den Prinzipien des Vertrages - und dazu gehört zwischenzeitlich eben auch das Gebot der Subsidiarität - besser in Einklang gebracht werden.

Last but not least muß die institutionelle Struktur der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik selbst auf dem Prüfstand stehen. Der Ruf nach einem unabhängigen europäischen Kartellamt wird immer lauter, auch wenn seine Gegner die Reform bis jetzt blockieren konnten. Ich bleibe dabei - eine unabhängige Behörde für den Wettbewerb ist der bes-

te Garant dafür, daß die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln nicht zum Spielball unterschiedlicher politischer Interessen wird, sondern so erfolgt, wie sie von den Vätern der Römischen Verträge konzipiert war - als Rechtsanwendung, frei von politischer Einflußnahme. Inzwischen verfügen die meisten Mitgliedstaaten über unabhängige Wettbewerbsbehörden - es ist hohe Zeit, daß sich auch Brüssel diesem Trend nicht länger verschließt.

TRADUCCIÓN

LA ACTUAL EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA ALEMANA DE LA COMPETENCIA

DIETER WOLF

Presidente del Bundeskartellamt

I. LA SITUACIÓN DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

El año anterior, la política de la competencia ya se percibía como un indicio de la tendencia hacia la globalización de los mercados y de competencia, que se manifiesta sobre todo en el ámbito industrial. Para la competencia representa un nuevo nivel en la división internacional del trabajo que abarca no sólo el clásico comercio de mercancías, sino también la producción, y que hace que las empresas piensen y comercien cada vez en dimensiones más amplias.

La apertura de los mercados, la creciente movilidad del capital y la rápida y amplia difusión de nuevos conocimientos técnicos gracias a las modernas técnicas de comunicación, exige que las empresas adapten su producción y organización a las nuevas condiciones de la economía. Ya se pueden apreciar ciertas tendencias: las empresas se dotan de nuevas y «delgadas» estructuras organizativas y se concentran de nuevo en su competencia esencial. El resultado de estas medidas de reestructuración son «estructuras de costes competitivas» internacionalmente. Sin embargo, ello no basta para posicionarse en la competencia internacional con éxito. A ello hay que añadir un «management innovativo», que conduce las invenciones existentes hasta que entran en el mercado, y que a tiempo las convierte en una atractiva gama de productos concebida para cada mercado y sus particularidades regionales.

La Oficina Federal Anticártel da una gran importancia a esta competencia dinámica, ya que las ventajas competitivas limitadas en el tiempo derivadas de la competencia en el ámbito de las innovaciones que avanza cada vez más son una manifestación de la competencia, no su amenaza. Por eso es conveniente una aplicación de Ley contra las Limitaciones de la Competencia orientada hacia la innovación; pues al menos en la actual fase de la globalización, la presión competitiva derivada del gran número de interrelaciones a nivel internacional es tan fuerte, que el peligro de que exista un dominio duradero en el mercado de productos comerciados a nivel suprarregional e internacional será la excepción. La Oficina Federal Anticártel tiene en cuenta esta situación mediante la evaluación de los casos de competencia. De este modo, cuotas de mercado relativamente elevadas en el mercado interior pueden no ser problemáticas desde un punto de vista de la competencia si se favorece una competencia potencial intensiva y se bajan las restricciones de entrada al mercado.

Sin embargo, las investigaciones de mercado de la Oficina Federal Anticártel muestran una y otra vez que no todos los mercados son transfronterizos. Esto es aplicable ante todo a los servicios cercanos al consumidor, por ejemplo el comercio minorista o la prensa. La regla general en estos casos serán los mercados locales o regionales. Pero también es aplicable a productos de alta tecnología, que van acompañados de la necesidad de asistencia técnica, como por ejemplo trabajos de mantenimiento. Cuando los oferentes extranjeros no pueden, o no pueden a corto plazo, proporcionar dichos servicios por carecer de una red de distribución, no suelen ser una alternativa para la demanda interior. La creciente importancia de los servicios complementarios a la venta, que se manifiestan en todas las economías nacionales más desarrolladas, abre también un nuevo campo para los mercados nacionales o regionales. En cambio, en el ámbito de las materias primas, y en determinados bienes industriales, se manifiestan claras tendencias hacia los mercados globales.

La intensificación de la competencia derivada de la creación del mercado interior europeo nos lleva no sólo a realizar importantes adaptaciones a nivel empresarial. También nos lleva necesariamente a examinar y cambiar la regulación institucional en ámbitos que desde hacía décadas se habían caracterizado por tener un régimen especial diferenciado del orden de competencia normal. Esto es aplicable por ejemplo al correo y a las telecomunicaciones, pero también al mercado energético y a los ferrocarriles. Las reformas para abrir a la competencia estos ámbitos han sido iniciadas o ya se han terminado. Incluso en el mercado de trabajo, que está excluido de la aplicación del derecho anticártel, se va flexibilizando el sistema existente de precios mínimos colectivos acordados para prestaciones laborales.

El Derecho Anticártel alemán tiene como objeto proteger la competencia de las restricciones. Eso no significa, sin embargo, que la Ley Anticártel no ofrezca posibilidades para alterar hasta que se abran a la competencia ámbitos monopolísticos, y con ello, en fin, crear las condiciones de competencia. La inspección de abusos en empresas mercado-dominantes está especialmente indicada como instrumento para la apertura del mercado. Además de ello, la Oficina Federal Anticártel ha propuesto facilitar la apertura de los sectores exceptuados con estructuras de red como el sector energético, las telecomunicaciones y el ferrocarril, teniendo en cuenta la nueva situación de «negativa de acceso a instalaciones esenciales» («*essential facilities*»). En algunos sectores económicos el monopolista, debido a condiciones de mercado especiales, tiene una posición tan fuerte que el derecho anticártel existente no ha sido suficiente para abrir el mercado, de modo que puede ser conveniente complementar la inspección de abuso de la autoridad anticártel mediante instrumentos reguladores adicionales. No obstante, lo importante es no perder de vista el objetivo de la liberalización de los sectores exceptuados de la competencia hasta ahora: tras un período transitorio más o menos largo, incorporar estos sectores a la economía de competencia general. Según la opinión de la Oficina Federal Anticártel, la creación de nuevas autoridades reguladoras sectoriales, como telecomunicaciones o correos, no sirve para lograr este objetivo. Éstas conducen a la sectorialización de la política competencial, y con ello al peligro de que la aplicación del derecho de la competencia en estos sectores se desacople del desarrollo general jurídico-competencial; hay que temer, además, que dichas autoridades reguladoras sectoriales, una vez hayan sido creadas, no podrán ser eliminadas fácilmente.

Con la creciente globalización, los déficit en la interacción de la política comercial y de competencia se convierten en un problema. Existen interdependencias entre ambos sectores y cada vez es más urgente reunirlos en un único marco normativo para empresas que actúan a nivel internacional. En cuanto a la política comercial, con la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus instrumentos se ha creado un fundamento sólido y ampliable. Hasta el momento no está prevista, sin embargo, una regulación de la competencia equivalente a nivel internacional. Por el momento se sigue adelante con convenios bilaterales, como el que la Comunidad Europea celebró con los Estados Unidos de América, que sin embargo no podrán sustituir dicho marco normativo multilateral para luchar contra las restricciones de la competencia privadas.

II. LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ANTICÁRTEL

El Gobierno federal anunció por primera vez en el Informe económico anual de 1995 que, a ser posible en esa legislatura, la Ley Anticártel sería adaptada en su totalidad al Derecho de la Competencia europeo. «Adaptarse a Europa como modelo de referencia» era el concepto que debía marcar la dirección. Iba precedido de la crítica que desde el sector económico, sobre todo por parte de la Unión Federal de la Industria Alemana, se formula contra la Ley contra limitaciones de la Competencia al considerar que es inflexible en muchos aspectos y perjudicial para las empresas alemanas.

1. ARMONIZACIÓN —«TODO LO POSIBLE» FRENTE A «TODO LO NECESARIO»

La Oficina Federal Anticártel afrontaba positivamente la adaptación del derecho anticártel alemán y europeo con el objeto de conseguir una regulación de la competencia uniforme a nivel comunitario. Sin embargo, no se logra el consenso recibiendo literalmente el derecho europeo, sino que debe existir un proceso. El análisis de la toma de decisiones de la Comisión y de la Oficina Federal Anticártel muestra que las diferencias se reducen sobre todo a la organización del proceso de decisión en el tratamiento del caso concreto, y sólo en menor medida a diferencias jurídico-materiales. Además, la armonización de las normas de competencia no debería ser una vía de sentido único. Las normas alemanas eficaces deberían permanecer siempre que haya buenos motivos para mantener una solución autónoma; el derecho europeo y su aplicación práctica deberían también ser susceptibles de un análisis crítico y de eventuales modificaciones.

Ante esta situación, había motivos de peso que hablaban en contra de una adaptación del derecho alemán al derecho de competencia comunitario. No se podían reconocer déficit político-competenciales y jurídicos que en sí mismos, y sin perseguir una adaptación jurídica, hicieran pensar en la necesidad de la revisión de la Ley Anticártel. Tanto respecto a la concepción político-competencial, como también a su formulación y su práctica hasta el momento, el derecho de la competencia europeo muestra un contorno aún borroso en amplios sectores; por eso sólo se puede hablar de un «modelo de referencia europeo» —si es que acaso se puede— de forma muy limitada. Por contra, el derecho anticártel alemán está claramente delimitado por cientos de sentencias del Tribunal Federal Supremo, que proporcionan en gran medida seguridad jurídica. Por lo general, las empresas pueden ver de antemano lo que está permitido por el derecho anticártel y lo que no.

La industria alemana reclamó que se llevara a cabo una adaptación jurídica teniendo en cuenta que los otros estados miembros adaptaban a su vez su derecho a la normativa europea sobre competencia. También este argumento fue acogido con escepticismo por la Oficina Federal Anticártel. Tener como finalidad la recepción en poco tiempo de las normas de competencia comunitarias a través de la máxima adaptación a la Ley Anticártel, como han hecho en algunos estados miembros, no justifica una renuncia general a la tradición jurídica alemana. Por un lado, no debe sorprender que estados miembros como por ejemplo Italia, que no tienen una tradición jurídica propia en materia de competencia, al introducir una ley anticártel se hayan guiado por las normas de la CE. Habrá que esperar para ver en qué medida se consigue con ello una adaptación de la aplicación jurídica. Por otro lado, tras una «armonización total» de la Ley Anticártel siguen existiendo diferencias importantes entre el derecho de la competencia de estados miembros grandes como Inglaterra y Francia, y el derecho comunitario, sobre todo en cuanto al control de fusiones. Un debate sobre la necesidad de armonización en estos países, si es que se da, sólo se llevaría a cabo bajo el principio de «todo lo necesario». Así pues, en comparación con el resto de estados miembros de la UE, Alemania no es en modo alguno un «rezagado» en temas de armonización como se había repetido desde varios sectores. Por último, hay que remarcar que el contenido jurídico-material de las normas de competencia comunitarias son compatibles en gran parte con el derecho alemán.

2. CUESTIONES PARTICULARES

Una contraposición del derecho anticártel alemán y europeo bajo la premisa de no unificar a cualquier precio sino de buscar una armonización bajo el principio «todo lo necesario», produjo los siguientes resultados.

— No es recomendable una recepción completa del artículo 85.1 TCE, pues, sin hacer diferenciaciones, somete también al principio de prohibición las restricciones competitivas verticales. Por otro lado, un análisis sobre el abuso en las relaciones verticales se acerca mucho más a la realidad, ya que los contratos verticales estimulan en muchos casos la competencia en vez de reducirla. La actual discusión entorno al Libro Verde «Restricciones verticales de la competencia» a nivel europeo confirma esta apreciación.

— Se rechazó la recepción de la cláusula general del artículo 85.3 TCE, aunque se ve favorablemente el mantenimiento de los distintos casos concretos exceptuados. Una cláusula general tiene por su naturaleza un ámbito de aplicación más amplio que un listado de excepciones específicas. La introducción de una cláusula general se hubiera podido (mal)entender como un signo de la voluntad del legislador de ampliar significativamente el margen de maniobra a las restricciones de competencia horizontales. Un signo como éste, que hubiera llevado a la debilitación de la protección de la competencia en Alemania, no podía emanar de la Ley de modificación de la Ley Anticártel. Además, los casos que pueden ser exceptuados permiten diferenciar el procedimiento según la importancia de la restricción. Por ejemplo, la cooperación en las medianas empresas es más rápida y sencilla que en el caso de grandes empresas. No es necesario crear grupos exceptuados, pues las relaciones verticales no se encuentran sometidas a la prohibición.

— Es conveniente introducir el principio de prohibición del artículo 86 TCE en el derecho alemán. No obstante, la formulación ejemplificativa del artículo 86 está anticuada, es de difícil lectura y sin conocimientos jurídicos apenas se entiende. La lista de ejemplos del derecho alemán ha sido modificada varias veces a la luz de la aplicación práctica a lo largo de varias décadas, y es clara y unívoca. Esta lista debería completarse, como se ha dicho más arriba, con el derecho a acceder a las redes e instalaciones esenciales.

— Sin embargo, debe mantenerse también una prohibición explícita de discriminación para las empresas fuertes en el mercado, es decir, no sólo para las empresas mercado-dominantes. Esta prohibición de discriminación sirve ante todo para proteger a las pequeñas y medianas empresas, que son tenidas en cuenta porque conforman la base de la estructura específica de la economía alemana.

— En la recepción de las normas comunitarias se puede introducir una prevención general en el ámbito del control de fusiones. La regulación alemana hasta el momento, en la que las pequeñas fusiones se llevaban a cabo sólo tras someterse a un control de competencia, en caso de prohibición comporta por norma general el difícil problema de dar marcha atrás.

— La fusión que comporta la adquisición del control, prevista en el artículo 3.1.b) del Reglamento de Control de Fusiones de la CE, no cubre todos los casos en los que se aplica el control de fusiones alemán. En concreto, el derecho alemán también considera fusión la participación minoritaria, sin que ésta tenga que estar necesariamente relacionada con el ejercicio del control. Debe mantenerse esta consideración temprana de las situaciones que pongan en peligro la competencia.

— La definición de mercado-dominante en el derecho alemán, desde el punto de vista material se corresponde ampliamente con la dada por la jurisprudencia del TJCE en relación con el artículo 86. De ello se desprende que no hay necesidad de cambiarlo.

En mayo de 1998 el Parlamento aprobó una Ley de modificación de la Ley Anticártel, que en esencia tiene en cuenta las directrices aquí esbozadas. Esta ley entrará en vigor el 1 de enero de 1999.

III. APLICACIÓN DEL DERECHO ANTICÁRTEL POR PARTE DE LA OFICINA FEDERAL ANTICÁRTEL

1. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

La lucha contra los acuerdos restrictivos de la competencia constituyó de nuevo un punto esencial del trabajo de la Oficina Federal Anticábel. En varios procedimientos se impusieron multas por haber celebrado acuerdos prohibidos. Es de destacar el proceso contra los fabricantes de cables de alta tensión y organizaciones de la industria del cable que, con un cábel a nivel de sector —en principio desde hacía décadas— se habían repartido entre sí este mercado en cuotas. En este caso, la Oficina Federal Anticábel impuso multas que ascendieron en total a casi 290 millones DM.

La base para calcular la cuantía de la sanción contra cada empresario era el volumen de negocio obtenido durante la vigencia del cábel si no había pasado el plazo de prescripción de tres años. Para las grandes empresas la multa asciende al 10% de dicho volumen de negocio. En el caso de las pequeñas y medianas empresas, como su contribución en los hechos era inferior, y teniendo en cuenta su capacidad de producción económica, se ha reducido en parte a un 5% de su volumen de negocio durante el cábel.

En otro procedimiento, la Oficina Federal Anticábel ha sancionado con multas los acuerdos celebrados por centros de producción incorporados al mercado tras la reunificación para eliminar del mercado las empresas harineras occidentales más importantes, que condujo a la paralización de una de ellas.

Además de los cábeles, la Oficina Federal Anticábel toma en cuenta también los acuerdos comerciales de fijación de precios por parte de los productores, pues consideran una injerencia en la libertad empresarial para fijar precios. En varios casos la Oficina ha procedido contra dichos acuerdos por la vía del procedimiento sancionador.

2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

La intensa competencia presente en la economía alemana durante el período de estudio dejó en general poco espacio a la inspección de abuso en empresas con posición de dominio por parte de la autoridad anticábel. Esto es así sobre todo en el caso de abuso de posición de dominio en materia de precios, que representa una importante injerencia en la libertad de fijación de precios por parte de las empresas. A causa de problemas metodológicos, como el de probar dicho abuso de forma suficiente para las elevadas exigencias de la jurisprudencia, el abuso sobre precios debe establecerse con las debidas precauciones. Esto ocurrió esencialmente en el mercado energético; sin embargo, la Oficina Federal Anticábel ha dictado además una orden sobre el abuso de precios contra una compañía aérea.

En este proceso, la Oficina Federal Anticábel ha prohibido a la empresa Deutsche Lufthansa AG de Colonia reclamar el precio del trayecto Berlín-Frankfurt, que está a más de 10 DM por billete de ida sobre el precio que Lufthansa mismo pide para el trayecto Berlín-Munich, totalmente equiparable. Lufthansa es la única compañía aérea que ofrece el trayecto Berlín-Frankfurt. En este trayecto monopolizado Lufthansa pide precios claramente más elevados que los de otros trayectos nacionales similares, en los cuales debe competir especialmente con la Deutsche BA. Una diferencia de precio de este tipo establecida por una empresa con posición de dominio es abusiva. Además, según la apreciación de la Oficina, las diferencias de precio no están objetivamente justificadas. En contra de una justificación objetiva encontramos, por un lado, que la diferencia en el coste de los trayectos comparados es prácticamente insignificante. Por otro lado, las pérdidas declaradas por Lufthansa en los trayectos nacionales no justifican la eleva-

ción de precios. Los precios de competencia no tienen necesariamente que cubrir los costes, en situación de competencia ninguna empresa tiene un derecho a cubrir costes. Sin embargo hay que añadir que Lufthansa globalmente obtiene beneficios, y que la cuenta de costes y beneficios sólo registra pérdidas en los trayectos nacionales. El proceso aún está en curso.

En el ámbito del abuso de posición de dominio, la Oficina también procede contra las prácticas irregulares en la adjudicación de contratos públicos. Algunos *länder* exigen para la concesión de contratos de obra estatales que el concesionario garantice los sueldos mínimos correspondientes a los convenios colectivos. Esta práctica conduce sobre todo a que los oferentes no sujetos al convenio y los extranjeros sean discriminados en la concesión de contratos públicos, y por eso es contraria al derecho anticártel.

3. CONTROL DE FUSIONES

En 1997 el número de fusiones controladas por la Oficina Federal Anticártel ascendió claramente a 1751. Pero sólo una pequeña parte de los casos se analizó si incidían en la competencia. La Oficina prohibió en seis casos la fusión o proyectos de fusión; en otros casos en los que la prohibición era condicional, ésta podía levantarse si se aceptaban compromisos.

La prohibición del intento de adquisición del 51% de las acciones de la Kali und Salz Beteiligungs AG (K+S) de Kassel por parte de la canadiense Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (PCS) de Saskatoon tuvo una importancia económica relevante. La canadiense PCS es el mayor productor del mundo de abono potásico. Ya actúa en el mercado europeo del abono potásico, aunque no en Alemania. Después de la fusión, la PCS controlaría un tercio de la capacidad mundial. La cuota del mercado de abono potásico alemán de la K+S es superior al 80%. La unión del único ofertante alemán con la empresa líder en el mercado mundial aseguraría una posición de dominio de la K+S en Alemania a largo plazo. A nivel mundial existe un oligopolio relativamente limitado a unas pocas empresas de potasa que en el pasado respetaban en gran parte sus respectivos mercados nacionales. Con ello la PCS contribuye decisivamente a que no se utilice a pleno rendimiento la propia capacidad para así mantener los precios en el mercado mundial. Debido a su estructura de costes barata y a sus reservas de potasa, incluso podría comercializar abono potásico en Alemania a precios interiores elevados. Tras la fusión, la K+S tendría que tomar más en consideración esos potenciales competidores importantes. Además desalentarían a que terceros entraran en el mercado alemán, ya que tendrían que contar con las reacciones defensivas de la PCS, que producirían una caída de precios a nivel mundial. A raíz de la prohibición de fusión, las empresas han intentado obtener una autorización del Ministro de Economía; en el derecho alemán, una autorización de este tipo se puede conceder en casos excepcionales, si motivos de interés general relevantes lo justifican. Sin embargo el Ministro en este caso denegó la concesión de dicha autorización.

En aplicación del principio de subsidiariedad, la Oficina Federal Anticártel ha dirigido en varios casos notificaciones a la Comisión Europea según el artículo 9.2 del Reglamento la CE sobre el Control de Fusiones en las que, según el Reglamento, los proyectos de fusión afectaban esencialmente a los mercados nacionales. La Comisión ha dado su conformidad a la propuesta de prohibición. Podían ser autorizados todos los casos que tendieran al establecimiento o refuerzo de posiciones de dominio en el mercado alemán de la industria militar, del suministro de energía mediante líneas y del turismo siempre después de que las empresas prometieran tener en cuenta las consideraciones de la Oficina Federal Anticártel.

Las autoridades anticártel de Alemania, Gran Bretaña y Francia han decidido además facilitar el control de las fusiones transfronterizas. Las empresas que proyecten fusionarse y que deban someterse a controles en dos o tres de estos países pueden utilizar en

adelante un mismo formulario aceptado por las tres autoridades. Cuando una unión de empresas está sometida a controles de fusión en varios países, hasta ahora las empresas debían cumplir con deberes de información en los distintos países y hacer distintos informes para las autoridades anticártel nacionales. Para reducir este esfuerzo, ahora las empresas pueden poner a disposición de las autoridades anticártel de los estados parte los mismos informes, en los que se rellena dicho formulario. Dentro de unos meses las empresas verán si la fusión presenta dificultades que requieran un examen posterior. Las autoridades anticártel de Francia, Gran Bretaña y Alemania exhortan al resto de estados a que formen parte del formulario común.

IV. APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO EUROPEO

1. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMUNITARIAS

La Comunicación de la Comisión sobre la aplicación descentralizada de los artículos 85 y 86 TCE, publicada en octubre de 1997 en el Diario oficial, se remonta a un acuerdo adoptado en la reunión de Directores Generales de octubre de 1993 sobre un documento de trabajo elaborado por uno de los estados miembros sobre este tema. La Comunicación estuvo precedida de numerosos anteproyectos. La Oficina Federal Anticártel ha contribuido decisivamente a la formación de su contenido y a su formulación.

El objeto de la Comunicación es que en aquellos casos en los que la relación sea predominantemente nacional, la decisión quede en manos de las autoridades anticártel nacionales, siempre que sus disposiciones jurídicas nacionales las autoricen a ello. Básicamente, los casos futuros que esencialmente repercutan tan sólo sobre el territorio de un estado miembro, y de los que de un primer examen se desprenda que según el artículo 85.3 TCE no se puede exceptuar, serán competencia de las autoridades anticártel nacionales. No obstante, la Comisión se reserva la decisión en aquellos casos que, según su opinión, tengan relevancia comunitaria. Así pues, en el futuro la Comisión quiere remitir a las autoridades anticártel nacionales aquellos casos de los que inicialmente se ocupaba cuando no tengan relevancia comunitaria. Además, con esta Comunicación también se pueden prevenir comunicaciones obstruccionistas.

2. EXPERIENCIAS DE LA OFICINA FEDERAL ANTICÁRTEL EN LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

Ya antes de la promulgación de la Comunicación, la Oficina Federal Anticártel —sobre todo en el sector energético— inició procesos basados en el artículo 85 TCE. Los procesos se dirigieron contra acuerdos de protección del territorio a nivel suprarregional (contratos de demarcación) y local (contratos de concesión en exclusiva), que son excepciones según el derecho alemán. En dos procesos modelo, la Oficina Federal Anticártel ha prohibido respectivamente cada uno de dichos contratos en aplicación del artículo 85.1 TCE. En ambos casos las empresas impugnaron judicialmente la orden de prohibición de la Oficina Federal Anticártel. A continuación, el Tribunal Colegiado de Berlín, el competente en la materia, planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE sobre las cuestiones esenciales relativas a la aplicación del artículo 85 TCE por parte de las autoridades nacionales. La forma de proceder de la Oficina Federal Anticártel estaba conforme en lo esencial con el procedimiento previsto en la Comunicación sobre la aplicación descentralizada.

Antes de abrir el procedimiento por contravenir el artículo 85 TCE desde el punto de vista del contrato de concesión en exclusiva en el caso RWE contra la ciudad de Nordhorn, y del contrato de demarcación en el caso Ruhrgas contra Thyssengas, la Oficina

Federal Anticártel informó de ello a la Comisión y obtuvo el compromiso por su parte de que no tenía intención de conceder la excepción del artículo 85.3 TCE. El contrato de demarcación entre Ruhrgas y Thyssengas ha sido rescindido recientemente con vistas a la futura liberalización del mercado del gas natural. El proceso ante el TJCE en este asunto, que trataba sobre todo de la aplicación del artículo 85.1 TCE por parte de las autoridades nacionales bajo aspectos jurídico-procesales y materiales, terminó con la rescisión. En el caso RWE contra la ciudad de Nordhorn, aún está pendiente la sentencia del TJCE sobre las decisiones del Tribunal Colegiado.

Otros dos casos importantes sobre la aplicación del artículo 85 TCE por parte de la Oficina Federal Anticártel fueron las órdenes de prohibición contra las agencias de viajes mayoristas Touristik Union International GmbH y NUR Touristik GmbH por acciones contrarias a las normas de competencia del TCE. En estos casos, estas empresas alemanas líderes intentaron obligar contractualmente a hoteles españoles para que no contrataran con otros mayoristas alemanes. Las empresas querían evitar la comparación de precios y en último término la competencia de precios. En un procedimiento basado exclusivamente en el artículo 85.1 TCE, la Oficina Federal Anticártel rechazó las cláusulas de exclusividad utilizadas tanto por la TUI como por la NUR, que se dirigían selectivamente contra competidores individuales mencionados por su nombre. Las sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Federal Supremo.

En enero de 1998, la Comisión, en atención a la Comunicación sobre la aplicación descentralizada y a su «decisión modelo» Fährhafen Rodby (puerto de transbordadores Rodby), propuso que la Oficina Federal Anticártel se hiciera cargo del procedimiento de abuso de posición de dominio contra la empresa filial de la DB AG (Deutsche Bundesbahn), la DFO Deutsche Fährgesellschaft Ostsee GmbH. La empresa naviera noruega Eidsva y un consorcio naviero sueco-danés, con la participación de la Stena Line, la compañía de transporte europea más importante, solicitaron utilizar independientemente el puerto de Puttharden para atender la ruta Puttgarden-Rodby. La Oficina Federal Anticártel examina actualmente si la empresa portuaria está obligada a garantizar la entrada a las dos empresas de transbordadores.

Sobre la base del artículo 88 TCE, y paralelamente al procedimiento que sigue la Comisión apoyado en los artículos 88 y 89 TCE, la Oficina Federal Anticártel también examina el acuerdo de cooperación entre Lufthansa y la compañía aérea americana United Airlines. La cooperación se centra en las rutas transatlánticas. Como el tráfico aéreo entre aeropuertos de la comunidad y de terceros estados no cuenta con ningún reglamento de aplicación del artículo 85 TCE, la Comisión Europea no tiene base jurídica alguna para una excepción del artículo 85.3 TCE. Su competencia radica más bien en los estados miembros. Por eso el proceso iniciado por la Comisión Europea abarca la cooperación entre ambas compañías aéreas sólo de forma incompleta. Ésta es la causa de que se pidiera a la Oficina Federal Anticártel que iniciara un proceso propio. Debido a que la Comisión Europea y la Oficina Federal Anticártel tienen competencias concurrentes, se ha desarrollado una estrecha colaboración, también junto con la participación de otras autoridades anticártel nacionales.

V. PERSPECTIVAS

Tras la promulgación de la Ley de modificación de la Ley Anticártel alemana, que entrará en vigor el 1 de enero de 1999, la Oficina Federal Anticártel ya ha procurado preparar a las empresas para la nueva regulación. La Oficina facilitará la aplicación del nuevo derecho mediante la publicación de folletos informativos y comunicaciones. Una nueva norma de adjudicación entrará en vigor al mismo tiempo que la Ley de modificación de la Ley Anticártel, la cual sustituye las distintas Directivas europeas sobre concesión de contratos públicos. La norma sobre adjudicación será incorporada a la Ley Anticártel, y va a ver aumentadas sus competencias en el ámbito del control de las adjudicaciones.

Desde el punto de vista financiero, después de la liberalización jurídica del mercado energético, la creación de la competencia en dichos mercados con los medios del derecho anticártel será una prioridad. La idoneidad del nuevo caso de abuso, la «negativa de acceso a instalaciones esenciales», probablemente se tendrá que ver en la práctica cuando se trate de imponer con medidas anticártel el derecho sobre «el acceso de terceros».

Las peticiones de reforma a nivel europeo, a las que ya ha contribuido la Oficina Federal Anticártel, tan sólo se han pospuesto, no se han abandonado. Tras la revisión del Reglamento sobre el Control de Fusiones, es importante la nueva determinación de un trato adecuado de las restricciones verticales de la competencia. Pero aún no se ha resuelto la necesidad de reforma jurídico-procesal e institucional a nivel europeo. Aquí sólo se han mencionado dos puntos que deberían ser prioritarios en la agenda de la política sobre competencia.

A la larga no puede satisfacernos que los estados miembros no detenten el derecho a aplicar directamente el artículo 85.3 TCE. El monopolio de la Comisión perjudica toda la eficacia de la aplicación descentralizada del derecho comunitario. Reconozco enteramente el esfuerzo de la Comisión por combatir el problema con la Comunicación para la aplicación descentralizada, pero a la larga será inevitable una reforma sustancial del Reglamento 17/62. Una reforma de este tipo es conveniente según el principio de subsidiariedad, el cual tiene rango casi-constitucional desde el Tratado de Maastricht, pues a medio plazo el derecho comunitario secundario tiene que ser más compatible con los principios del Tratado —y de ahí la conveniencia entretanto de la subsidiariedad.

Por último, aunque no por ello menos importante, la estructura institucional de la política de competencia comunitaria debe estar en el banco de pruebas mismo. Cada vez es más fuerte el llamamiento para crear una Oficina Anticártel europea independiente, aunque por el momento sus detractores han podido bloquear la reforma. Yo insisto en una aplicación jurídica libre de la influencia política —una autoridad anticártel independiente es el mejor garante de que la aplicación de las normas de competencia europeas no será un juguete para los distintos intereses políticos, sino que seguirá tal como fue concebida por los padres de los Tratados de Roma. Entretanto, la mayoría de los estados miembros disponen de autoridades anticártel independientes. Es el momento de que Bruselas no se cierre a esta tendencia.

POLITICA DELLA CONCORRENZA E NORMATIVA ANTITRUST IN ITALIA

Alberto PERA*

Secretario Generale dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato

Abstract

En estas notas, se pretende reseñar la experiencia alcanzada en la aplicación de la normativa *antitrust* introducida por primera vez en Italia en 1990.

Conviene tener presente que el retraso con el que se introduce en Italia una ley de la competencia deriva de la desconfianza de las principales fuerzas políticas y culturales ante el mercado y la iniciativa económica privada, así como de una situación institucional caracterizada por los numerosos vínculos públicos para su funcionamiento. En estas condiciones, la introducción de una ley *antitrust* no sólo ha conducido a una más difusa aplicación de los principios de la competencia en Italia sino que ha puesto en cuestión, necesariamente, muchos de los vínculos públicos con el mercado.

Esto ha contribuido a prestar un carácter peculiar a la experiencia italiana de aplicación de la normativa de la competencia y, en particular, al papel que el organismo destinado a aplicarla, la Autoridad garante de la competencia y del mercado, ha desempeñado al determinar la política de la competencia nacional.

1. LA INTRODUZIONE DELLA NORMATIVA IN ITALIA

L'introduzione di una normativa antitrust è avvenuta in Italia con notevole ritardo rispetto sia alle previsioni relative alla concorrenza contenute nel Trattato di Roma (1957), che all'emanazione di leggi analoghe negli altri maggiori paesi europei. [Germania (1948; poi 1957), Gran Bretagna (1948), Francia (1945; poi 1986) e Spagna (1963; poi 1989)]. La causa di ciò è da ravvisarsi nell'atteggiamento di sfavore verso il mercato, l'iniziativa economica individuale e la concorrenza, a lungo prevalente in ambito istituzionale, politico e culturale¹. Dal punto di vis-

* Le opinioni espresse nel lavoro sono del tutto personali e non riflettono necessariamente quelle dell'Autorità. Ringrazio Paolo Cassinis e Claudio Cristofani per gli utili commenti e suggerimenti, e Monica Cattaneo per l'assistenza nella redazione del lavoro.

¹ Sull'atteggiamento delle forze politiche e culturali italiane del dopoguerra, è particolarmente interessante la testimonianza «dall'interno» di Guido Carli, negli anni '60 e '70 Governatore della Banca d'Italia, e poi Ministro del Tesoro, in CARLI, G., *Cinquanti'anni di vita italiana*, Bari, Laterza, 1993.

ta istituzionale l'Italia, rispetto ad ogni altra importante nazione industrializzata, è stata per lungo tempo caratterizzata da una vasta presenza pubblica diretta nell'economia attraverso imprese pubbliche e a partecipazione statale. Le linee di sviluppo di queste imprese, che spesso si trovavano in posizione dominante o monopolistica nei mercati in cui operavano, venivano sovente elaborate in risposta a sollecitazioni di natura politica.

Dal punto di vista politico, l'atteggiamento dei partiti verso l'iniziativa economica ed il mercato si è dimostrato spesso ambivalente. Per lungo tempo le forze di ispirazione socialista e comunista si sono dichiarate apertamente ostili ad un sistema di mercato. Anche quando questa ostilità si andò attenuando permase la propensione per uno sviluppo programmato dell'economia, che privilegiava gli indirizzi politici rispetto all'autoregolamentazione propria del mercato. L'atteggiamento dei cattolici, invece, vedeva contrapposti ai sostenitori della libera impresa, sicuri che gli obiettivi di solidarietà fossero conciliabili con il mercato, politici convinti che solo un vasto intervento pubblico, che riuscisse a sottoporre a controllo il mercato, potesse consentire l'attuazione di appropriate politiche sociali.

Dal punto di vista culturale, infine, l'influenza del pensiero liberale nel nostro paese è stata, nell'ultimo dopoguerra, più limitata rispetto agli altri paesi europei, in particolare la Germania e la Gran Bretagna. Pertanto in Italia, sia in economia che in diritto, prevalsero filoni di pensiero secondo i quali l'intervento discrezionale del potere pubblico nel mercato avrebbe condotto a più elevati livelli di benessere.

Come ha notato Giuliano Amato, presidente dell'Autorità Antitrust dal 1994 al 1997, l'influenza dell'insieme di questi fattori si è avuta fin dal momento in cui vennero stabilite, attraverso la stesura della Carta Costituzionale, le regole fondamentali di governo del nostro sistema economico e sociale². L'articolo 41 della Costituzione, infatti, che tutela la libertà di iniziativa economica, e che quindi è a buon titolo il presupposto della disciplina del mercato, fornisce una tutela condizionata dall'indirizzo all'utilità sociale, e prevede la possibilità che essa possa essere sottoposta a «programmi e controlli». In questo contesto, la interpretazione prevalente ha inquadrato la concorrenza come vincolo all'iniziativa economica privata, piuttosto che come risultato della libera interazione delle imprese.

In questo contesto culturale e politico non ci si deve pertanto stupire se la legge appariva superflua o addirittura dannosa: superflua per il settore pubblico, che riteneva di intervenire più efficacemente garantendo

² Vedi AMATO, G., «Il mercato nella Costituzione», in *Quaderni Costituzionali*, aprile 1992.

un corretto assetto dei mercati tramite le imprese controllate, piuttosto che non attraverso regole liberali; dannosa per il settore privato, perché forte era il sospetto che le norme sarebbero state eluse dalle imprese pubbliche, e applicate unicamente a quelle private, con conseguente ampliamento dell'intervento pubblico nell'economia. Questa interpretazione trova conferma nel fatto che l'interesse per l'introduzione di una normativa della concorrenza nel nostro paese termina con la fine dell'esperienza politica centrista, nel 1961. Durante gli anni '50, infatti, proposte di legge di varia provenienza, che si ispiravano largamente al Trattato di Roma e alla normativa tedesca, erano state presentate nelle varie legislature, senza peraltro giungere all'esame parlamentare; una Commissione tecnica per l'esame della concorrenza fu nominata dal governo, con risultati pregevoli. Tuttavia, dopo la presentazione di un disegno di legge da parte del Governo nel 1961, per venticinque anni le tematiche riguardanti la concorrenza cedettero il passo alla programmazione e all'intervento pubblico selettivo.

Da questo punto di vista, la riproposizione di progetti per l'introduzione della normativa della concorrenza nel nostro paese, nella seconda metà degli anni '80, deve esser interpretata come il risultato di una vera rivoluzione copernicana nell'interpretazione giuridica dei rapporti economici. Le cause di questo fenomeno sono, molto probabilmente, da ravvisarsi in alcuni elementi di carattere economico e culturale. In primo luogo, come è stato notato dalla maggioranza dei commentatori, ha avuto grande rilievo la crescente integrazione della nostra economia nella Comunità Europea, e quindi l'esigenza di adeguamento del nostro sistema istituzionale a quello europeo, introducendo limiti all'intervento pubblico discrezionale nel mercato. Inoltre, si percepì che la crisi dell'industria pubblica, che aveva colpito l'Italia a metà degli anni '80, era stata la conseguenza disastrosa della strategia interventista perseguita nei decenni precedenti. Pertanto, la stessa concezione culturale alla base di quella impostazione cedeva il passo a schemi che ritenevano più appropriato il contenimento dell'intervento pubblico a favore dell'autonomo funzionamento del mercato.

2. LE CARATTERISTICHE DELLA NORMATIVA

E' partendo da queste considerazioni che è opportuno considerare sia le caratteristiche della legge di tutela della concorrenza italiana, la legge n.° 287 del 10 ottobre 1990, che le modalità con cui è stata applicata in questi anni.

Per quanto riguarda la legge, le previsioni sostanziali relative alle intese (articolo 2), all'abuso di posizione dominante (articolo 3) ed alle concentrazioni (articolo 6) sono del tutto simili a quelle comunitarie. L'analogia è rafforzata da una previsione, contenuta nell'art. 1 della leg-

ge, che specifica che l'interpretazione delle norme deve avvenire in base ai principi della normativa e della giurisprudenza comunitaria. Ciò al fine di consentire alle imprese di muoversi in un ambiente caratterizzato da regole uniformi, a testimonianza di una volontà di piena armonizzazione e integrazione del modello economico-sociale italiano in quello comunitario.

Tuttavia, a queste previsioni sostanziali se ne affiancano altre, di principio. Infatti il Parlamento italiano, nell'introdurre norme per la tutela della concorrenza in tutto simili a quelle comunitarie, ne ha voluto enfatizzare la finalità a «*tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica*» sancito dall'articolo 41 della Costituzione, e ha pertanto considerato il mercato concorrenziale come il quadro entro il quale si svolge la libertà di tale iniziativa; ha altresì riconosciuto, in alcuni passaggi, che la norma si applica a tutte le imprese, private, pubbliche e a partecipazione statale.

Inoltre, la legge contiene previsioni volte a limitare l'area di monopolio legale, che nel nostro paese vuol dire soprattutto monopoli pubblici. In primo luogo, non sono previste limitazioni di carattere settoriale all'applicazione della legge. In secondo luogo, la legge italiana ha ripreso dalla normativa comunitaria la previsione, contenuta nell'articolo 90, paragrafo 2, del Trattato di Roma, per cui le norme concorrenziali non si applicano nei settori in monopolio, limitatamente alle attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità per cui il monopolio o la riserva sono stati istituiti. Ciò ha consentito di esporre le imprese monopolistiche alla disciplina della concorrenza, per tutta una serie di attività che esse svolgono in campi in principio liberalizzati, ed ha anche permesso di esaminare i comportamenti delle imprese nei settori sottoposti a riserva, così da valutare quanto eventuali restrizioni fossero giustificate dai fini di interesse pubblico affidati alle imprese. Come vedremo, l'interpretazione che è stata adottata ha avuto effetti di notevole rilievo nel dar luogo all'apertura della concorrenza in numerosi settori.

In terzo luogo, la legge italiana contiene, all'articolo 9, una previsione particolare per i settori in monopolio legale, poiché prevede che, in generale, è comunque consentita l'autoproduzione del bene o del servizio in monopolio da parte delle imprese utilizzatrici. La previsione, volta principalmente a stimolare l'efficienza dei monopolisti attraverso la creazione di una concorrenza «potenziale», ha avuto come vedremo un ruolo importante nella liberalizzazione di alcuni mercati.

Infine, nella percezione che in molti mercati distorsioni della concorrenza derivino da previsioni normative e amministrative, nei confronti delle quali una normativa diretta alle imprese, quale quella antitrust, non ha efficacia, gli artt. 21 e 22 della legge prevedono che l'Autorità, a cui è affidato il compito di applicare la legge, possa segnalare al Parlamen-

to e al Governo le norme che abbiano effetti restrittivi sulla concorrenza, ovvero proposte volte a introdurle.

La applicazione della normativa antitrust è affidata ad un organismo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del tutto indipendente dal potere esecutivo: il presidente e i componenti, esperti di economia o diritto, sono infatti nominati dai presidenti di Camera e Senato, per un periodo di 7 anni e non sono rinnovabili. Il presidente deve inoltre avere ricoperto incarichi di grande rilievo istituzionale³. L'Autorità svolge sia attività istruttoria che decisoria; ha esclusivamente poteri sanzionatori, ed il ricorso sulle decisioni è possibile, in primo grado, presso il Tribunale Amministrativo di Roma e, in secondo grado, presso il Consiglio di Stato.

La composizione dell'Autorità, la sua assoluta indipendenza dall'esecutivo, e il fatto che il suo operato sia sindacabile solo dalla magistratura le conferiscono un ruolo particolare nell'ordinamento italiano; il fatto, poi, che l'Autorità possa rivolgersi direttamente a Governo e Parlamento, attraverso la sua attività di segnalazione, accentua tale ruolo e ne fa una sorta di rappresentante dell'interesse della concorrenza.

Per ragioni largamente storiche, l'applicazione della normativa in due settori particolari, quello bancario e quello delle comunicazioni (televisione e editoria) era stata affidata non all'autorità generalmente competente per la tutela della concorrenza ma, rispettivamente, alla Banca d'Italia e al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria: si riteneva opportuno tener conto di interessi quali la stabilità del settore finanziario e il pluralismo dell'informazione, nonché giovare della conoscenza del settore posseduta dalle istituzioni. Tuttavia, almeno nel settore della comunicazione, col tempo queste considerazioni appaiono essere controbilanciate da altre, relative all'opportunità che la concorrenza sia tutelata in maniera uniforme, e la convinzione che essa non è necessariamente in contrasto con l'interesse del pluralismo informativo: di fatto, nel 1997, la legge che ha istituito la Autorità di regolamentazione delle telecomunicazioni e dei mass-media (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), ha ritenuto opportuno eliminare la condizione particolare per questo settore e ha attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato le funzioni di tutela della concorrenza. E' da osservare che, nel 1996, la legge comunitaria ha consentito alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la possibilità di applicare direttamente gli artt. 85 e 86 del Trattato⁴.

³ Il primo presidente, Francesco Saja, era stato in precedenza Presidente della Corte Costituzionale; Giuliano Amato, subentrato a Saja nel 1994, professore di diritto costituzionale, era stato Presidente del Consiglio e Ministro del Tesoro; l'attuale presidente, Giuseppe Tesouro, entrato in carica nel 1998, professore di diritto internazionale, era stato in precedenza Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia.

⁴ Finora tale possibilità non è mai stata utilizzata. Sul tema vedi, TIZZANO, A., «L'applicazione decentrata degli articoli 85 e86 CE in Italia», *Foro Italiano*, 1997, IV, pg. 43.

TABELLA 1. ATTIVITÀ DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI CONCORRENZA*

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	In corso **	Totale
Intese	13	34	32	25	32	66	64	31	13	310
Abusi	4	21	22	18	31	54	47	6	6	209
Concentrazioni	121	237	253	342	282	357	292	157	—	2.041
Segnalazioni	3	4	12	19	28	18	38	28	—	150

* Casi esaminati per anno di conclusione.

** Istruttorie aperte.

3. L'ATTIVITÀ DELL'AUTORITÀ

Nella tabella 1 è riassunto l'andamento dell'attività dell'Autorità, mentre nella tabella 2 sono riportati i procedimenti formalmente aperti dall'Autorità nei casi di intese, abusi di posizione, o concentrazioni restrittive della concorrenza. Il numero di casi di fattispecie anticoncorrenziali (intese e abusi) esaminati dall'Autorità, è andato stabilmente crescendo fino al 1996, e si è quindi stabilizzato a un centinaio circa ogni anno. Solo una parte di questi casi dà luogo a aperture di istruttorie formali, al termine delle quali l'Autorità può vietare il comportamento e eventualmente comminare una sanzione. Nel complesso, tra il 1991 e il 1998, sono stati esaminati oltre 500 casi di intese o abusi e sono state aperte circa 150 istruttorie.

Le concentrazioni tra imprese indipendenti al di sopra di certe soglie di fatturato realizzato in Italia devono essere comunicate preventivamente all'Autorità, che valuta se esse diano luogo a costituzione o rafforzamento di una posizione dominante che possa eliminare o ridurre in modo sostanziale e duraturo la concorrenza. L'Autorità esamina, mediamente, circa 300 concentrazioni l'anno, essendo il numero determinato dall'andamento nell'attività di fusioni e acquisizioni. Il numero delle istruttorie aperte nei confronti di concentrazioni è stato peraltro limitato a circa il 2 per cento delle operazioni comunicate.

L'Autorità ha inoltre utilizzato ampiamente il potere di segnalazione previsto dagli artt. 21 e 22 della legge, evidenziando in 150 casi l'esistenza di restrizioni normative alla concorrenza in diversi settori, spesso sollecitando il recepimento di direttive comunitarie. Infine, sono state svolte numerose indagini conoscitive a largo raggio su particolari settori (quali quello portuale, della trasmissione dati e della telefonia mobile, farmaceutico, dell'energia elettrica, del gas, il settore della finanza aziendale o l'ordinamento degli ordini professionali, del latte, del cinema) con l'intento di esaminare la situazione concorrenziale nei diversi settori, al fine di identificare l'esistenza di restrizioni derivanti da com-

TABELLA 2. PROCEDIMENTI ISTRUTTORI IN MATERIA DI CONCORRENZA*

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	In corso	Totale
Intese di cui	3	14	12	13	5	21	11	3	13	95
a) verticali	—	—	6	4	1	6	3	1	1	22
b) orizzontali e joint ventures	3	14	8	11	3	13	8	2	12	74
Abusi di cui	—	5	5	4	10	8	5	—	6	43
a) in settori a riserva di legge	—	3	5	3	6	6	4	—	2	29
b) in settori 'di mercato'	—	2	—	1	4	2	—	—	4	13
Concentrazioni di cui vietate	1	5	9	3	1	3	7	2	—	31
	—	2	2	—	—	—	1	—	—	5

(*) Per anno di conclusione.

portamenti privati o disposizioni pubbliche. Spesso da tali indagini sono scaturiti procedimenti istruttori e segnalazioni relative a normative restrittive.

Le cifre relative all'attività svolta mostrano una vasta applicazione della normativa, il che, già di per sé, rappresenta un successo poiché, come è stato notato, l'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza è stata tradizionalmente assai ridotta in Italia, anche per la limitata dimensione media delle imprese, cosicché la introduzione della legge ha realmente coinciso con un'effettiva diffusione dei principi di un ordinamento concorrenziale⁵.

Tuttavia, dato il contesto politico in cui la introduzione della normativa è avvenuta, è interessante esaminare non solo l'ampiezza dell'intervento, ma anche verso quali settori si è diretto. Ci si poteva attendere che l'intervento dell'Autorità toccasse non solo restrizioni derivanti da comportamenti privati in settori di mercato, ma anche quelle derivanti da posizioni in qualche modo originate da interventi pubblici. In effetti, l'intervento in settori regolamentati è stato importante e, attraverso di esso l'Autorità ha fornito un notevole contributo al processo di liberalizzazione dell'economia nazionale che si è andato svolgendo negli anni '90. Può essere interessante esaminare come l'Autorità abbia utilizzato gli

⁵ Come nota Heimler, nel periodo 1964-1996, la Commissione ha aperto mediamente non più di un caso l'anno riguardante il mercato italiano. HEIMLER, A. in «National Priorities, National law and European law: the Italian experience», in *European Competition Law Review*, luglio 1998, pg. 315.

strumenti a sua disposizione in settori caratterizzati da diverse condizioni di mercato⁶.

4. L'APPLICAZIONE DELLE NORME SUGLI ABUSI NEI SETTORI IN MONOPOLIO LEGALE

L'applicazione delle norme dell'art. 3 della legge, relativa agli abusi di posizione dominante, ha avuto un ruolo particolare nei confronti delle imprese titolari di diritti esclusivi: infatti, oltre due terzi dei 43 procedimenti di abuso di posizione dominante intrapresi dall'Autorità, hanno riguardato imprese in monopolio legale e comportamenti di queste tesi a mantenere o a estendere la posizione di monopolio che la legge attribuiva loro.

Tuttavia, nell'esaminare questi casi, l'Autorità ha naturalmente dovuto affrontare complessi problemi relativi ai suoi poteri in presenza di norme che presuppongono la restrizione della concorrenza. In particolare, ha dovuto in ciascun caso perimetrare l'area di attività delle imprese sottratta alla applicazione della normativa concorrenziale, sulla base della missione attribuita dalla legge alle imprese alla luce di principi di necessità e proporzionalità. Nel far ciò l'Autorità ha costantemente seguito un approccio decisamente restrittivo, considerando i limiti a tale missione alla luce, non solo della normativa originaria, ma anche delle modifiche introdotte dalla normativa nazionale, incluse alcune norme della legge antitrust, e dai processi di integrazione e liberalizzazione comunitaria in atto.

In effetti, in tutti questi casi l'Autorità si è grandemente giovata di un'ampia collaborazione con la Commissione Europea. L'Autorità ha in genere preliminarmente informato la Commissione del suo intervento e degli aspetti che avrebbero eventualmente potuto essere di suo interesse. Da parte sua, la Commissione ha spesso fiancheggiato l'Autorità, specie quando i comportamenti all'esame riguardavano in qualche modo misure statali. Spesso, d'altronde, la stessa Commissione era interessata al successo delle iniziative dell'Autorità, che consentivano sostanziali passi in avanti nei processi di apertura dei mercati.

In questo modo l'intervento dell'Autorità ha avuto spesso un effetto decisamente liberalizzatore, come può vedersi se si esaminano gli interventi svolti in alcuni settori chiave.

Nel settore delle telecomunicazioni, la cui completa liberalizzazione è avvenuta in Italia solo con una legge del 1997, in seguito ai ritardi nel recepimento delle direttive comunitarie, e in particolare della 388/90 ri-

⁶ Per una rassegna, vedi FRIGNANI, A., «Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *Diritto commerciale internazionale*, 1997, pg. 549.

guardante i servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale, e delle relative norme interne di attuazione, l'Autorità ha proceduto con una serie di decisioni a limitare drasticamente il campo di attività sottoposto a riserva di legge.

In un primo intervento nel settore, il caso 3C del 1992, riguardante il rifiuto da parte del monopolista di fornire le linee a un'impresa che operava nella gestione di terminali pubblici, installati in aeroporti, grandi alberghi e altre localizzazioni particolari, che consentivano il pagamento con carta di credito, l'Autorità definiva il mercato interessato dalla restrizione come quello dei servizi telefonici caratterizzati da funzionalità aggiuntive tra cui le particolari modalità di pagamento, quindi distinto dai servizi telefonici di base a cui era limitata la riserva legale prevista dalla normativa italiana. Peraltro, in un inciso l'Autorità notava che, in ogni caso il servizio in esame doveva ritenersi liberalizzato ai sensi della direttiva 388 del 1990⁷.

L'Autorità traeva le conseguenze di questo inciso in un procedimento conclusosi all'inizio del 1995: in questo caso, l'Autorità vietava il comportamento di Telecom che rifiutava di fornire le linee dei circuiti diretti urbani all'operatore Telsystem, che offriva servizi di telefonia privata virtuale a imprese, basando il suo rifiuto sul fatto che la normativa nazionale non aveva ancora liberalizzato questo tipo di servizio. L'Autorità osservava, tuttavia, che il servizio doveva ritenersi liberalizzato dalla direttiva 388/90 che, pur non essendo stata formalmente recepita, poteva ritenersi direttamente applicabile in quanto sufficientemente chiara e precisa. Dall'applicabilità diretta derivava una riduzione nell'ambito della riserva legale, e quindi delle attività del concessionario pubblico di monopolio legale, le quali pertanto, in parte, non potevano essere opposte a terzi. Questa decisione dell'Autorità, che veniva riconosciuta sia dal giudice amministrativo che da quello civile chiamato ad accertare i danni causati da tale abuso, era assai dirompente, poiché conduceva alla effettiva liberalizzazione del sistema di telefonia, sia pure in una situazione di vuoto regolamentare: l'attività dell'Autorità, pertanto, sollecitava implicitamente il Governo ad un rapido adeguamento del quadro normativo⁸.

Quello delle telecomunicazioni è anche il settore in cui più frequente è stata la collaborazione con la Commissione Europea: essa è stata particolarmente rilevante nel caso GSM, del 1993. Da un lato l'Autorità si è basata sulle valutazioni espresse dalla Commissione riguardo le condizioni concorrenziali che dovevano prevalere nel settore della telefonia mobile cellulare digitale GSM, definito come mercato distinto dal servizio

⁷ 3C Communications, in Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 5, 1992.

⁸ Telsystem, in Bollettino AGCM, n. 1-2, 1995. Per un commento, vedi CASSINIS, A., «Libertà di accesso alla rete e servizi in concessione nell'analisi del caso Telsystem», *Contratto e impresa*, 3/1995, pg. 1200.

di telefonia mobile cellulare analogico (sistema TACS). Su questa base l'Autorità vietava al gestore pubblico, il quale forniva in condizioni di monopolio il servizio TACS, di commercializzare anche il servizio di sistema GSM, così estendendo la propria posizione dominante. Nel frattempo la Commissione metteva in mora lo stato italiano, per non avere predisposto le condizioni per consentire la concorrenza nel mercato della telefonia cellulare digitale. L'intervento congiunto di Autorità e Commissione conduceva alla predisposizione di una gara per un secondo gestore GSM, e quindi a un'effettiva liberalizzazione della telefonia mobile nel nostro paese^{9, 10}.

Mentre nel settore delle telecomunicazioni l'Autorità si è basata soprattutto sull'esistenza di una normativa comunitaria di liberalizzazione, per limitare l'area sottratta alle regole di concorrenza, nel settore aeroportuale, invece, ha utilizzato a questo fine la norma della legge n. 287 che consente l'autoproduzione. In una serie di casi relativi agli aeroporti di Roma e a quelli di Milano, l'Autorità ha accolto i ricorsi di operatori stranieri del trasporto aereo a cui veniva rifiutata la possibilità di svolgere i servizi di *handling* in autoproduzione, e ha sanzionato gli aeroporti, richiedendo loro di mettere a disposizione le infrastrutture necessarie perché le compagnie aeree potessero svolgere direttamente queste attività. Risultavano escluse dalla decisione dell'Autorità solo quelle attività che, per motivi di sicurezza, dovevano essere coordinate centralmente¹¹.

In alcuni casi successivi l'Autorità ha poi condannato le stesse società di gestione aeroportuale, poiché pretendevano di esercitare il monopolio di servizi quali la vigilanza, la sicurezza, o il *catering*, che non rientravano nell'ambito della riserva legale loro concessa per la gestione degli aeroporti¹².

Attraverso questi procedimenti l'Autorità iniziava un processo di liberalizzazione dei servizi negli aeroporti, addirittura in anticipo rispetto all'approvazione delle direttive comunitarie n. 67 del 1996.

Nel settore portuale la normativa italiana ha tradizionalmente attribuito il monopolio dell'attività a compagnie cooperative locali; nel 1991, a seguito di una sentenza della Corte di Giustizia¹³, questo monopolio è stato ritenuto incompatibile con il Trattato. Tuttavia, la legge di riforma

⁹ L'Autorità ha concluso numerose altre istruttorie nel settore delle telecomunicazioni per lo più a carico del gestore pubblico; nel 1997 ha concluso 3 procedimenti per abuso di posizione dominante.

¹⁰ Sistema di telefonia cellulare GSM, in Bollettino AGCM, n. 32, 1993.

¹¹ IBAR/Aeroporti di Roma, in Bollettino AGCM, n. 6, 1993; IBAR/SEA, in Bollettino AGCM, n. 11, 1994.

¹² Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma, in Bollettino AGCM, n. 35, 1993; De Montis catering/Aeroporti di Roma, in Bollettino AGCM, n. 9, 1995.

¹³ Merci convenzionali Porto di Genova/ Gabrielli (sentenza della Corte di Giustizia n. 179/90).

del settore, emanata nel 1994, ha consentito la formazione di monopoli locali nella fornitura di manodopera portuale, in capo alle stesse compagnie. Nel 1997 l'Autorità ha dichiarato abusivo il comportamento di una di queste compagnie (quella di Brindisi), ritenendo che la previsione normativa e i relativi regolamenti applicativi fossero in contrasto con la giurisprudenza della Corte, e quindi dovessero essere disapplicati¹⁴.

Numerosi casi hanno riguardato imprese in monopolio legale che approfittavano del controllo di infrastrutture (per esempio la rete ferroviaria o quella di telecomunicazione; un oleodotto per il rifornimento delle navi) o le informazioni esclusive che erano connesse alla loro posizione di monopolio legale (per esempio i dati sulle imprese derivanti dalla iscrizione alle Camere di Commercio, o i dati relativi agli abbonati telefonici), per monopolizzare i mercati liberalizzati, quali quello del trasporto intermodale di *container*, delle informazioni commerciali o degli annuari telefonici, per il funzionamento dei quali era essenziale l'uso dell'infrastruttura o delle informazioni. In questi casi l'Autorità ha stabilito che l'accesso dei concorrenti alle risorse essenziali detenute dal monopolista legale doveva avvenire a condizioni eque e non discriminatorie^{15, 16}.

In alcuni casi la risorsa essenziale che consentiva comportamenti escludenti o discriminatori, era il potere regolamentare impropriamente esercitato da un'impresa precedentemente in monopolio: nel settore dei trasporti aerei l'Autorità ha rilevato che la compagnia di bandiera Alitalia, a cui il Ministero dei trasporti aveva affidato il compito di gestire la *clearance* aeroportuale, in modo da garantire l'armonizzazione delle partenze e degli arrivi in tutti gli aeroporti e per tutte le compagnie, in effetti utilizzava le relative informazioni per la propria strategia commerciale, arrivando a perseguire comportamenti abusivi, quale quello di sovrapporre propri voli a quelli in partenza dei concorrenti¹⁷.

Analogamente, nel settore dei servizi autostradali, l'Autorità ha rilevato che la società di gestione autostradale opponeva la propria concessione d'area a tutti gli operatori che intendevano offrire servizi sulla rete autostradale, limitando così la concorrenza. In particolare, riteneva abusivo che la società autostradale impedisse a imprese di soccorso stradale di accedere all'autostrada e pretendesse di fissare condizioni circa la prestazione di servizi di ristoro nelle aree di servizio¹⁸.

¹⁴ Compagnia portuale di Brindisi, in Bollettino AGCM n. 28, 1996.

¹⁵ Fremura/Ferrovie dello Stato, in Bollettino AGCM n. 18-19, 1993; ANIC/CERVED IBAR, in Bollettino AGCM n. 7, 1992; Sign/STET-SIP, in Bollettino AGCM n. 17, 1995; FINA/Italpetroli, in Bollettino AGCM, n. 23, 1996.

¹⁶ Per un'analisi dei casi di *essential facility* decisi dall'Autorità: SIRAGUSA, M., *Le essential facility nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, Atti III Convegno dell'Unione degli Avvocati Europei «Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario», maggio 1997.

¹⁷ Associazione Consumatori Utenti/Alitalia, in Bollettino AGCM n. 45, 1996.

¹⁸ Adusbef/Autostrade, in Bollettino AGCM n., 27 1996; Gestori impianti di distribuzione autostradale/Autostrade-Autogrill, in Bollettino AGCM n. 48, 1996.

Nel complesso, nella applicazione della normativa sugli abusi di posizione dominante nei settori caratterizzati dalla presenza di monopoli legali, l'Autorità ha proposto soluzioni spesso ardite, al fine di risolvere i complessi problemi relativi ai suoi poteri in presenza di norme che consentono la restrizione della concorrenza ed i rapporti tra normative comunitarie e nazionali. E' notevole il fatto che tali soluzioni abbiano in genere ben resistito al vaglio giurisdizionale: sia il TAR di Roma che il Consiglio di Stato e, in alcuni casi, i tribunali ordinari in sede di risarcimento del danno, hanno condiviso l'orientamento dell'Autorità di contenere l'area dell'economia sottratta al funzionamento della concorrenza.

5. L'ATTIVITÀ DI SEGNALAZIONE DI NORME RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

Gli interventi appena esaminati hanno naturalmente reso particolarmente incisivo il ruolo che la legge della concorrenza ha giocato nei settori regolamentati. Questo ruolo è stato acuito dalla ampia attività di segnalazione svolta dall'Autorità, che ha messo in luce la pervasività di norme di legge che possono restringere la concorrenza non solo attraverso lo stabilimento di monopoli, ma anche attraverso la limitazione degli accessi al mercato, la fissazione di tariffe o altre condizioni contrattuali, la discriminazione tra imprese.

L'importanza di una attività di segnalazione di questo tipo di restrizioni veniva riconosciuta nella stessa legge 287, che nell'articolo 24 richiedeva all'Autorità di predisporre tre rapporti sulla situazione esistente nei settori della distribuzione commerciale, delle imprese concessionarie e degli appalti pubblici. I tre rapporti, apparsi tra il 1992 e il 1994, segnalavano, al termine di una accurata analisi dei settori in esame, l'esigenza di profonde misure di liberalizzazione¹⁹.

Ulteriori segnalazioni venivano effettuate dall'Autorità di sua iniziativa, in relazione a normative esistenti che restringevano la concorrenza, ovvero in relazione a proposte di legge o, più in generale, alla situazione concorrenziale di particolari settori²⁰.

In alcuni casi, le segnalazioni hanno rappresentato un complemento dell'intervento diretto, e sono state volte a indicare la necessità di rimuovere, attraverso una liberalizzazione complessiva, le norme che erano all'origine dei comportamenti restrittivi rilevati. In particolare, l'Autorità ha effettuato un'intensa attività di segnalazione nel settore delle te-

¹⁹ Appalti pubblici e concorrenza, Bollettino AGCM, 01/07/1992, Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza, Bollettino AGCM n. 1, 1993; Concorrenza e regolamentazione nei settori di pubblica utilità, Bollettino AGCM n. 25-26, 1994.

²⁰ CLARICH, M., «L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?», in *Diritto Amministrativo*, 1997, pg. 85.

lecomunicazioni (oltre trenta interventi), sollecitando una tempestiva e adeguata introduzione della direttiva comunitaria 388/90, di liberalizzazione dei servizi delle telecomunicazioni, introdotta con quasi 5 anni di ritardo, e la rapida adozione, pertanto, di successivi provvedimenti di adeguamento normativo fino alla direttiva 96/19, segnalando inoltre la necessità che le modalità di introduzione della normativa non fossero tali da favorire il gestore monopolista ²¹.

Nel settore portuale e dei trasporti marittimi, l'Autorità è intervenuta frequentemente per segnalare la necessità di adeguamenti normativi che portassero al superamento del monopolio esistente fino agli anni recenti nella gestione dei porti da parte delle compagnie portuali, e una serie di misure discriminatorie nella fissazione delle tariffe per i servizi portuali ²².

Nel settore aeroportuale l'Autorità è intervenuta per rimarcare la necessità di un adeguamento normativo al fine di eliminare i vincoli alla gestione concorrenziale dei servizi aeroportuali, rilevata dai procedimenti intrapresi ²³.

In altri casi, l'intervento ha seguito una riflessione sulle caratteristiche dei settori e sui fattori che limitavano in essi la concorrenza. Spesso questa riflessione si è svolta attraverso l'effettuazione di formali indagini conoscitive, che hanno comportato numerose audizioni e confronti con gli operatori del settore ²⁴.

Una indagine a vasto raggio ha riguardato il sistema degli ordini professionali, e si è conclusa, in generale, con l'affermazione dell'applicabilità della normativa antitrust alle professioni intellettuali sulla scorta della prassi della Commissione ²⁵, della giurisprudenza della Corte di Giustizia ²⁶, e quindi con suggerimenti diretti alla riconsiderazione dell'ambito di attività protetta dall'ordinamento, all'eliminazione di tariffe concordate, alla liberalizzazione degli accessi e all'esclusione di ogni limite prefissato al numero degli operatori ²⁷.

Al termine di indagini analoghe, l'Autorità ha espresso raccomandazioni in materia della distribuzione di prodotti farmaceutici, dell'assetto

²¹ I primi interventi di segnalazione nel settore delle TLC sono del 1991. Il primo intervento in relazione alla direttiva comunitaria è la Direttiva 90/388 CEE, Bollettino AGCM, n. 4, 1993. Segnalazioni ulteriori sono state effettuate tra il 1994 e il 1997.

²² Tra le altre vedi: Riordino della legislazione in materia portuale, Bollettino AGCM, n. 26, 1993; parere Decreto attuativo legge 84/94 Bollettino AGCM, 32-33, 1994; e vari pareri sulle tariffe portuali.

²³ Normativa settore aeroportuale, Bollettino AGCM, 24, 1995; liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti, Bollettino AGCM, n. 7, 1998.

²⁴ In questi anni sono state avviate 19 indagini conoscitive, e ne sono state concluse 16.

²⁵ Decisione COAPI, del 30.011.1995, e Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali del 30.06.1993.

²⁶ Cfr. sentenza del 18.06.1998, C-35/96.

²⁷ Vedi Indagine conoscitiva sugli Ordini e Collegi professionali, Bollettino AGCM, n. 40, 1997.

del sistema sanitario, nonché riguardo l'assetto del settore della produzione e distribuzione di prodotti petroliferi ed energetici (in particolare gas), suggerendo modifiche nella pianificazione strutturale dei mercati. In alcuni casi l'Autorità, rilevando che ciò era peraltro condizionato dal ruolo giocato dalle imprese pubbliche, ha suggerito modifiche strutturali nell'assetto delle imprese, da attuarsi in connessione ai processi di privatizzazione che le riguardavano²⁸.

In particolare, in alcune segnalazioni relative al settore elettrico, l'Autorità ha suggerito che la progettata privatizzazione del settore fosse subordinata a una vasta liberalizzazione, attraverso la istituzione di un mercato dell'elettricità all'ingrosso e la suddivisione dell'unico ente produttore e distributore in una pluralità di imprese di produzione e in varie imprese locali di distribuzione²⁹.

Accanto a queste segnalazioni di ampia portata, ve ne sono poi state numerosissime relative a normative assai specifiche, spesso di carattere locale, dalla limitazione del numero dei taxi nelle grandi città, ai regolamenti relativi alle tariffe di noleggio autobus pubblici, alla relativa alle modalità di vendita dei quotidiani e dei giornali, a quella che limita le possibilità di apertura delle sale cinematografiche, agli aiuti per la società pubblica di navigazione, alle previsioni a favore delle imprese organizzate in forme cooperative, alla formazione professionale.

L'insieme delle segnalazioni ha mostrato, pertanto, quanto pervasivo sia nel nostro paese l'intervento pubblico limitativo della concorrenza. Le più importanti segnalazioni hanno costituito oggetto di ampia discussione in sede governativa o parlamentare, e sono state spesso all'origine di proposte di riforma nell'assetto dei settori esaminati: così è stato, in particolare, per le recenti proposte governative di liberalizzazione del settore commerciale, che sono esplicitamente basate sulle segnalazioni dell'Autorità, sia pure a quattro anni dalla sua apparizione, nonché su successivi interventi in tale settore.

In generale, un'analisi mostra che circa il trenta per cento delle segnalazioni conduce a modifiche nella normativa individuale³⁰. Al di là del suo successo specifico, l'attività di segnalazione appare comunque avere aumentato la sensibilità dell'opinione pubblica riguardo gli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dall'attività normativa. Inoltre, l'intervento diretto e di segnalazione dell'Autorità fa sì che essa sia con-

²⁸ Indagine conoscitiva nel settore farmaceutico Bollettino AGCM n. 10, 1998; Determinazione del prezzo dei farmaci, Bollettino AGCM, n. 12, 1998; Regolamentazione degli esercizi farmaceutici, Bollettino AGCM, n. 23, 1998; Distribuzione di gas naturale, Bollettino AGCM, n. 17, 1995; Prezzi per carburanti per autotrazione, Bollettino AGCM, n. 11, 1997; Indagine conoscitiva nel settore del gas, Bollettino AGCM, n. 47, 1997.

²⁹ Privatizzazione ENEL, Bollettino AGCM, 25-26, 1994; Riforma del settore elettrico, Bollettino AGCM, n. 13, 1997.

³⁰ Vedi al riguardo PARCU, P. L., *Stato e Concorrenza: l'attività di segnalazione dell'Autorità Antitrust*, Collana *Temi e Problemi* dell'AGCM, Roma, 1996.

siderata dal Governo e dal Parlamento come un valido e importante interlocutore. Ciò è particolarmente vero in alcuni settori come quello delle telecomunicazioni in cui, anche dopo la piena liberalizzazione a livello normativo di infrastrutture e servizi, l'Autorità ha continuato a svolgere attività consultiva al Ministero delle Comunicazioni per espressa previsione delle normative di settore che per iniziativa del Ministro circa gli effetti concorrenziali della regolamentazione attuativa volta a volta introdotta, e a quello dei trasporti. In generale, tuttavia, sempre più spesso Governo e Parlamento richiedono all'Autorità di esprimere parere preventivo su progetti normativi che abbiano un impatto sul mercato.

6. L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA NEGLI ALTRI SETTORI E IL DIVIETO DI INTESA

Nonostante l'intervento nei settori caratterizzati da barriere regolamentari alla concorrenza abbia forse avuto un impatto maggiore nell'opinione pubblica, data la pervasività di questi vincoli nell'ordinamento italiano, le norme sulla concorrenza sono state ampiamente applicate anche nei settori di mercato. Tuttavia lo strumento prevalentemente applicato è stato quello del divieto di intese, mentre sono ancora limitati gli interventi in relazione a comportamenti abusivi.

Tra le pratiche abusive di maggiore rilevanza, sono da segnalare alcuni casi nel settore marittimo, dove l'Autorità sanzionava pratiche fidelizzanti poste in essere da un'impresa con posizione dominante nel settore del trasporto dei traghetti con la Sardegna, e individuava pratiche predatorie, facilitate dall'integrazione verticale attuata attraverso l'acquisizione di imprese produttrici di calcestruzzo, da parte del principale produttore sardo del cemento, che tentava di scoraggiare le importazioni da parte di un consorzio di produttori di calcestruzzo³¹.

Nell'applicazione della normativa sulle intese l'Autorità ha seguito criteri di valutazione basati sull'analisi economica, piuttosto che sulle caratteristiche formali. Al riguardo è da osservare che la normativa italiana sulle intese prevede sia il divieto delle intese restrittive (nell'art. 2 della legge) che una possibilità di esenzione (nell'art. 4) per le intese che diano luogo ad effetti positivi sulla distribuzione, il progresso tecnico e tecnologico, purché abbiano effetti benefici per il consumatore. L'esistenza di questa previsione avrebbe consentito modalità di applicazione della normativa basate sulle caratteristiche formali delle intese, sulla falsariga dell'esperienza comunitaria. Tuttavia l'Autorità ha, fin dall'inizio, privilegiato un'interpretazione del divieto di intese contenute nell'articolo 2 sulla base della *rule of reason*, basata sull'analisi dell'impatto delle restrizioni sulla concorrenza nel mercato rilevante. Corrispondente-

³¹ Marinzulich/Tirrenia, in Bollettino AGCM, n. 7, 1992; TEKAL/Italcementi, in Bollettino AGCM, n. 6, 1995.

mente, l'Autorità ha evitato di emanare esenzioni per categoria, ed ha limitato l'autorizzazione ai pochi casi in cui intese che avevano effetti restrittivi fossero finalizzate a ottenere sostanziali aumenti di efficienza, con esiti che si riverberassero positivamente sui consumatori.

Di conseguenza, l'applicazione della previsione normativa relativa alle intese è avvenuta prevalentemente nei confronti di quelle orizzontali, che rappresentano il 70 per cento dei casi esaminati, ed è stata invece relativamente limitata nei confronti delle intese verticali, ad eccezione di quelle utilizzate ai fini di rafforzare posizioni di sostanziale dominanza sul mercato, ovvero di quelle che ne favorivano la sua ripartizione, creando barriere ai concorrenti in considerazione anche del loro effetto cumulato, o, ancora, delle intese che sembravano favorire la cooperazione orizzontale di impresa. Nel primo caso rientrano alcuni accordi di distribuzione esclusiva, tra i quali il più recente è la concessione alla società Panini, da parte della Associazione Italiana Calciatori, di distribuire il materiale collezionabile con l'immagine degli stessi calciatori. Questo accordo escludeva dal mercato altre imprese che, fino a tempi recenti, avevano invece potuto distribuire tale materiale. L'Autorità riteneva che l'accordo di esclusiva, trasferendo la posizione di monopolio di AIC nel mercato del materiale collezionabile, desse luogo a una limitazione della concorrenza nel mercato, non giustificata dalla esistenza di un diritto di immagine dei singoli calciatori³².

L'Autorità ha dedicato una particolare attenzione a intese verticali di distribuzione di prodotti assicurativi da parte di banche, al fine di esaminare se esse dessero luogo al blocco dell'entrata di nuovi concorrenti attraverso il canale bancario, attraverso un «effetto rete», ovvero al rafforzamento di posizioni dominanti detenute sul mercato assicurativo: in effetti l'Autorità ha ritenuto che quest'ultima ipotesi si verificasse in alcune province italiane nel caso dell'accordo di distribuzione sottoscritto tra le Assicurazioni Generali e l'Unicredito, una banca con forte presenza territoriale nelle province in cui le Generali godevano di particolare forza di mercato³³.

In altri casi la intesa verticale appariva finalizzata a facilitare un accordo orizzontale: ad esempio nel mercato dei gelati confezionati la esistenza di una rete di accordi di acquisto esclusivo, che legava il 70 per cento degli esercizi commerciali, veniva individuata come strumentale al mantenimento della struttura oligopolistica del mercato, e a creare barriere all'entrata di nuovi concorrenti³⁴. Inoltre, meccanismi di fissazione degli sconti massimi praticati dagli editori a librai e imprese di grande distribuzione miravano a limitare la concorrenza tra dettaglianti, ulteriormente indebolita dall'esistenza di pratiche di prezzo imposto³⁵.

³² Associazione Italiana Calciatori, in Bollettino AGCM, n. 44, 1996.

³³ Assicurazioni Generali/Unicredito, in Bollettino AGCM, n. 22, 1997.

³⁴ Contratti di distribuzione esclusiva gelati, in Bollettino AGCM, n. 52, 1996.

³⁵ Associazione Librai Italiani/Editori, in Bollettino AGCM, n. 25, 1996.

L'attività dell'Autorità nei confronti delle intese orizzontali ha mostrato l'esistenza di pervasive situazioni di collusione in numerosi mercati, fossero queste attuate attraverso espliciti cartelli, supportati da clausole di suddivisione del mercato, ovvero attraverso pratiche concertate che risultavano in comportamenti paralleli delle imprese.

Accordi di cartellizzazione sono stati individuati estesamente nel settore dei materiali da costruzione: cemento, calce e calcestruzzo. In quest'ultimo mercato, l'Autorità ha individuato oltre una ventina di accordi che avevano l'effetto di eliminare ogni concorrenza nei mercati locali che caratterizzano questo prodotto. Accordi simili sono stati rilevati, tra l'altro, nel settore delle assicurazioni, in cui l'Autorità ha individuato e sanzionato un accordo nel ramo dell'assicurazione rischi diversi, che coinvolgeva le principali imprese nazionali; nel settore dei tubi di acciaio, in cui accordi di fissazione dei prezzi erano complementati da un esteso scambio di informazioni, e nel settore degli esplosivi. In molti casi questi accordi passavano attraverso l'intervento delle associazioni di categoria³⁶.

In altri casi, quali quello del trasporto locale, dei servizi di vigilanza, o delle assicurazioni per i grandi rischi, gli accordi di cartello erano finalizzati alla ripartizione delle commesse pubbliche³⁷. In qualche circostanza questi fenomeni di *bid rigging* —oltre che tramite pratiche concordate—, avvenivano attraverso l'uso di strumenti tendenzialmente leciti di cooperazione, quali il raggruppamento temporaneo di imprese o, nel caso delle assicurazioni, della coassicurazione: tuttavia, coinvolgendo gran parte delle imprese sul mercato, questi strumenti rappresentavano elementi per il mantenimento della collusione.

Assai diffuse nel settore dei servizi sono risultate intese per la fissazione di tariffari minimi, o la determinazione di condizioni contrattuali: l'Autorità ne ha individuate, tra l'altro, nei mercati della revisione contabile, degli amministratori di condominio, degli spedizionieri e delle agenzie di pubblicità³⁸.

In altri settori sono state identificate pratiche concertate. Nel caso della distribuzione del GPL, la pratica commerciale, diffusa in tutto il mercato, di cedere in comodato i serbatoi per il gas liquefatto, associata con la stipula di contratti di fornitura esclusiva a lungo termine, veniva ritenuta dall'Autorità finalizzata a favorire la ripartizione del mercato tra i distributori, e quindi a limitare la concorrenza³⁹.

³⁶ ANIA, in Bollettino AGCM, n. 15-16, 1993; Tubi Dalmine Ilva/General Sider Italia, in Bollettino AGCM, n. 50, 1995; Operatori nel settore degli esplosivi da mina, in Bollettino AGCM, n. 26, 1997.

³⁷ Noleggio Autobus Scolastici, in Bollettino AGCM, n. 41, 1996; Istituti Vigilanza Sardegna, in Bollettino AGCM, n. 50, 1996; Assicurazione Rischi Comune di Milano, in Bollettino AGCM, n. 39, 1997.

³⁸ Assirevi, in Bollettino AGCM, n. 7, 1991; Tariffe amministratori di condominio, in Bollettino AGCM, n. 50, 1994.

³⁹ Centro Italiano GPL, in Bollettino AGCM, n. 8, 1993.

Più recentemente, tali pratiche sono state individuate nei casi della produzione e vendita di bottiglie di vetro e della commercializzazione di *compact disc*. In entrambi, sono state ravvisate pratiche diffuse di scambio di informazioni, in settori oligopolistici, finalizzate alla concertazione dei prezzi e delle commissioni contrattuali. In genere questi procedimenti hanno richiesto complesse analisi economiche, oltreché fattuali, per la ricostruzione dell'intento cooperativo dello scambio di informazioni⁴⁰.

Infine, è da ricordare che la normativa relativa alle intese è stata applicata anche ad alcuni casi di accordi in cui il coordinamento era favorito da norme di legge. In particolare, in alcuni casi riguardanti consorzi, protetti normativamente, di tutela di prodotti di trasformazione agricola, rispettivamente prosciutti (consorzi di S. Daniele e Parma) e formaggi grana (Grana Padano e Parmigiano) gli statuti dei consorzi contenevano clausole che consentivano loro di fissare la produzione dei singoli produttori associati. L'Autorità ha ritenuto che la limitazione non fosse necessaria al fine di garantire il perseguimento delle finalità di tutela della qualità per cui i Consorzi erano stati istituiti, e impediva invece la concorrenza tra produttori con standard qualitativi adeguati⁴¹.

In conclusione, l'attività dell'Autorità in settori «di mercato» ha mostrato l'esistenza di una diffusa attività di cooperazione tra imprese: il divieto dei comportamenti «cartellizzanti» è stato spesso accompagnato dalla comminazione di sanzioni pecuniarie che, nel caso del cartello delle assicurazioni, o in quello dei produttori di bottiglie di vetro, hanno raggiunto rispettivamente i 20 e i 30 miliardi di lire.

È tuttavia da osservare che l'intervento dell'Autorità nei settori di mercato, nonostante ponesse problemi di raccordo normativo tutto sommato assai minori di quelli evidenziati nel caso dell'applicazione nei settori in regime di riserva legale, ha avuto esiti alterni nello scrutinio giurisdizionale, in particolare quando le pratiche non trovavano un riscontro documentale in accordi formalizzati, ma venivano dedotte da comportamenti paralleli e qualificate come pratiche concordate. Il giudice amministrativo ha infatti spesso questionato le analisi economiche, a volte assai complesse, poste a base dei provvedimenti. L'attitudine del Tar e del Consiglio di Stato è stata ancora più prudente, quando l'Autorità aveva comminato sanzioni. Ciò ha generato un vasto dibattito circa le cause di questi esiti: la insufficienza dell'analisi giuridico-economico dell'Autorità, o la difficoltà dei tribunali amministrativi, ai vari gradi di giurisdizione, nell'esaminare adeguatamente argomenti di grande complessità sostanziale, nei tempi ristretti consentiti dalle procedure del giudizio amministrativo e nei limiti di giudizi di legittimità.

⁴⁰ Produttori Vetro Cavo, in Bollettino AGCM, n. 24, 1997; Associazione Vendomusica, in Bollettino AGCM, n. 43, 1997.

⁴¹ Consorzio del prosciutto San Daniele, in Bollettino AGCM, n. 25, 1996; Consorzio Parmigiano Reggiano, in Bollettino AGCM, n. 43, 1996.

7. IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI

Nonostante in Italia, come negli altri paesi europei, sia previsto normativamente un controllo preventivo per le operazioni di concentrazione, strutturato in due fasi in maniera simile alla disciplina comunitaria, il numero delle istruttorie aperte al termine della prima fase è relativamente limitato, e spesso esse si sono concluse con modifiche nella struttura delle operazioni piuttosto che con divieti. Le poche operazioni vietate riguardavano acquisizioni da parte di imprese con posizioni di grande dominanza sul mercato, che cercavano di estendere, per crescita estrema, la loro posizione sul mercato in settori come le telecomunicazioni, la produzione di gas tecnici, o la produzione di impianti di confezionamento di bevande⁴². In tempi recenti le imprese hanno evitato di sottoporre operazioni che potessero essere vietate.

Più frequente è stato il caso di modifiche nella struttura delle operazioni nel corso di istruttorie avviate dall'Autorità. Ciò si è verificato in particolare nei casi in cui le operazioni riguardavano una pluralità di mercati del prodotto o più mercati geografici. Così nel caso dell'acquisizione da parte di Henkel della società Loctite, che riguardava i mercati degli adesivi e dei sigillanti per uso industriale e domestico, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione avesse effetto solo nel mercato degli adesivi per uso domestico, in quanto dava a Henkel il controllo dei principali marchi. Pertanto l'operazione era subordinata alla cessione da parte della società acquirente di alcuni dei suoi marchi. Esito del tutto analogo si è avuto nel caso dell'acquisizione da parte del produttore olandese Heineken del produttore di birra Moretti⁴³.

Nel caso dell'acquisizione da parte di Italcalsestruzzi, società che fa capo al gruppo cementiero Italcementi, degli impianti di produzione facenti capo a Calcestruzzi, il maggiore produttore italiano di calcestruzzo, l'Autorità ha verificato che l'operazione non dava luogo a situazioni di dominanza nel mercato nazionale, in cui la quota di mercato complessiva non eccedeva il 10 per cento, tuttavia, in virtù del carattere locale dei mercati del prodotto, e di possibilità di integrazione verticale, dava luogo a un notevole rafforzamento del gruppo Italcementi nei mercati della Sardegna e della Sicilia. Pertanto l'acquisizione è stata subordinata alla cessione di buona parte degli impianti acquisiti in queste regioni⁴⁴.

Di particolare interesse è che l'Autorità italiana sia a volte intervenuta in operazioni che avevano rilevanti risvolti internazionali e che erano state sottoposte al suo esame in quanto non ricadevano nelle soglie

⁴² Italtel/Mistel, in Bollettino AGCM, n. 23, 1992; Italtel/General 4 Elettronica, in Bollettino AGCM, n. 23, 1992; Sio/Pergine, in Bollettino AGCM, n., 1-2, 1994; Emilcarta/Agrifood Machinery, in Bollettino AGCM, n.20-21, 1993; Telecom Italia/Intesa in Bollettino AGCM, n. 46, 1997.

⁴³ Henkel/Loctite, in Bollettino AGCM, n. 19, 1997; Heineken/Birra Moretti in Bollettino AGCM, n. 27, 1996.

⁴⁴ Italcalsestruzzi/Calcestruzzi, in Bollettino AGCM, n. 23, 1997.

comunitarie del Regolamento 4064 del 1989. Due casi hanno in particolare attirato l'attenzione, anche all'estero, per le modalità che l'intervento dell'Autorità ha assunto.

Nel caso dell'acquisizione da parte di Solvay, società belga, dell'impresa bulgara Sodi, l'Autorità rilevava che Solvay, che è l'unico produttore italiano di soda per uso industriale, deteneva l'ottanta per cento del mercato della soda, mentre le importazioni di Sodi coprivano il restante venti per cento. L'Autorità rilevava, inoltre, che tale situazione era determinata dal fatto che l'esistenza di dazi antidumping impediva l'importazione di soda dagli Stati Uniti. Pertanto, l'Autorità subordinava il suo consenso alla operazione ad una richiesta di Solvay alla Commissione Europea affinché i dazi fossero ritirati⁴⁵.

Infine, nel caso dell'acquisizione da parte di Mannesmann di una parte della impresa Italmimpianti, l'Autorità rilevava che ciò dava luogo all'acquisizione da parte della impresa tedesca di due delle tre tecnologie disponibili per la produzione di tubi d'acciaio senza saldature: poiché si trattava delle due tecnologie più moderne, ciò dava di fatto a Mannesmann il monopolio mondiale in questo settore. L'Autorità riteneva incompatibile con la normativa italiana una posizione di dominanza che si estendesse perlomeno ai territori dell'intera Unione Europea, di cui il mercato italiano fa parte integrante: richiedeva pertanto a Mannesmann di concedere in licenza per un periodo di almeno dieci anni la tecnologia ad un'altra impresa⁴⁶.

In conclusione, il controllo delle concentrazioni nel nostro paese appare avere avuto l'effetto di far strutturare le operazioni di concentrazioni in maniera da evitare che esse dessero luogo a acquisizioni di posizioni di dominanza. Peraltro, l'Autorità ha interpretato il controllo non solo in relazione al territorio domestico, ma con riferimento all'intero spazio europeo di cui l'Italia fa parte, tenendo quindi conto, sia degli effetti che le operazioni avrebbero potuto avere nel più ampio mercato, sia dei condizionamenti che l'assetto di questo più ampio mercato possono avere nel nostro paese.

L'Autorità ha inoltre chiesto ed ottenuto il rinvio, nell'un caso parziale, nell'altro totale, di due operazioni rientranti nell'ambito di applicazione esclusiva del Regolamento sulle concentrazioni⁴⁷.

8. CONCLUSIONI

Abbiamo osservato in precedenza come l'introduzione della normativa antitrust sia avvenuta nel nostro paese in ritardo a seguito delle ten-

⁴⁵ Solvay/Sodi, in Bollettino AGCM, n. 15, 1997.

⁴⁶ Fiatimpresit-Mannesmann/Techint-Italmimpianti, in Bollettino AGCM, n. 7, 1996.

⁴⁷ Promodes/Schemaventuno/Gruppo GS, decisione della Commissione del 10.03.1998 e decisione dell'AGCM, in Bollettino AGCM, n. 25, 1998; Alliance Unichem/Unifarma, decisione della Commissione del 23.07.198 (rinvio totale), operazione non ancora decisa dall'Autorità.

denze culturali e politiche, sostanzialmente ostili al mercato, prevalenti fino a tempi recenti. L'introduzione della normativa antitrust è quindi avvenuta con l'aspettativa che essa conducesse ad un'apertura degli spazi di mercato, anche affrontando i nodi di carattere strutturale e normativo che impedivano lo sviluppo della concorrenza. Lo sviluppo nell'applicazione della normativa sembra avere sostanzialmente confortato queste aspettative. L'Autorità non ha mancato di intervenire in numerosi settori regolamentati, spesso direttamente, limitando i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese in monopolio legale e conducendo a volte alla limitazione dell'ambito di riserva, come è avvenuto in particolare nel settore delle telecomunicazioni, aeroportuale e portuale. In altri casi ha messo in rilievo l'esistenza di ambiti di attività concorrenziale in precedenza negati. Naturalmente l'efficacia della attività dell'Autorità nei confronti di comportamenti in qualche misura tutelati dalle norme è limitata. Ciò spiega l'ampio ricorso dell'Autorità allo strumento della segnalazione.

In generale, si è avuta una ampia applicazione della normativa, peraltro in misura crescente, anche nei settori «di mercato», in cui l'Autorità ha prestato attenzione alle interrelazioni internazionali dei comportamenti o delle situazioni strutturali. Tuttavia, il ruolo assunto dall'Autorità nei settori protetti da normative regolamentari ha fatto sì che essa non solo sia divenuto il giudice privilegiato di comportamenti anticoncorrenziali, ma specie tramite il suo ruolo di advocacy sia divenuto anche portavoce della concorrenza nell'ambito delle istituzioni, con funzioni di interlocuzione con gli altri organismi, in particolare il Governo. Questo ruolo ha contribuito, e contribuisce tuttora a rendere più forte la tendenza verso la liberalizzazione nell'economia italiana.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES ¹

A. *Entrada de expedientes*

Un ejercicio más la entrada de nuevos asuntos en el SDC aumenta. No obstante, en el ejercicio 1997 el aumento es especialmente significativo. Se ha pasado de 181 nuevos asuntos en 1996, que representaba prácticamente el doble que en el año 1991, a 268 en 1997 que representa prácticamente el triple que la cifra de 1991. El incremento puede ser calificado de espectacular.

Como muestra el cuadro siguiente el principal motivo de este incremento es, a todas luces, las denuncias presentadas, que han pasado de 120 en el ejercicio anterior a 214 en 1997, por cuanto los asuntos iniciados de oficio o por petición de autorización incluso han descendido. Los particulares, por medio de la administración pública, se convierten en principales instigadores de la aplicación del derecho de la competencia. Ello obliga a dotar a la administración pública de los medios oportunos para ofrecer una adecuada respuesta a esta demanda.

En este punto merece señalarse que los expedientes iniciados de oficio por la administración permanecen en una cifra, más o menos, estable. Desde el año 1991 la proporción de expedientes iniciados de oficio por año se sitúa en 11,14. En el actual marco de mayor atención a la problemática de la competencia y donde se han abierto nuevos ámbitos a su plena virtualidad por el proceso de liberalización cabría pensar en dotar de medios a la administración para, de forma paulatina, ir ejerciendo una mayor labor de detección de vulneraciones de la libre competencia.

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

¹ Datos extraídos de Informe anual de gestión del Servicio de Defensa de la Competencia, año 1997, Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, Secretaría de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda.

expediente (denuncia, de oficio o autorizaciones); y el total de nuevos expedientes que han entrado en el SDC:

<i>Año</i>	<i>Saldo Inicial</i>	<i>Denuncia</i>	<i>De Oficio</i>	<i>Autorizaciones</i>	<i>Total</i>
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
1997	129	214	14	40	268

Es evidente que la cifra más destacable de 1997 es la de las denuncias practicadas. De las 214 formuladas el SDC ha inadmitido únicamente 6. Esta inadmisión en tres casos se efectúa en aplicación del artículo 2 de la LDC y en los tres restantes por considerar que a los hechos alegados no les son de aplicación la LDC. De ello resulta que el SDC ha de hacer frente a 208 denuncias lo que implica una tarea ingente en orden a dar una respuesta adecuada a cada una de ellas.

B. Salida de expedientes

En consonancia con los ejercicios precedentes, los expedientes que concluye el SDC en 1997 también aumentan, aunque no se produce el incremento de 1996 en relación con 1995. En 1997 se han cerrado 196 expedientes, frente a 182 en el ejercicio anterior.

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.

<i>Año</i>	<i>AR.</i>	<i>AC.</i>	<i>SOB.</i>	<i>TDC</i>	<i>Total</i>
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
1997	95	15	19	67	196

De las cifras anteriores derivan, en especial, dos comentarios. En primer lugar, que prácticamente permanece igual el número de expedientes que el SDC remite al TDC, como acontece en los últimos cuatro años. Con lo cual el aumento del número de expedientes de que conoce el SDC no se traduce en una mayor posible aplicación efectiva del derecho de la competencia que corresponde al TDC.

En segundo lugar, es preciso poner de relieve que estas cifras generan un incremento notable del saldo de expedientes que obran en el SDC. Fruto del extraordinario incremento de los nuevos asuntos y de que la cifra de expedientes concluidos no se ha incrementado ni mucho menos en parecidos términos, se genera un saldo de expedientes en el SDC no muy saludable. El saldo inicial del ejercicio posterior será de 201 expedientes, cuando se empezó el ejercicio con un saldo de 129. Se trata de un incremento preocupante que delata la necesidad de dotar de más medios al SDC, en orden a ofrecer una respuesta adecuada a la progresiva mayor virtualidad del derecho de la competencia en España.

2. CONDUCTAS PROHIBIDAS

Como puede observarse en el cuadro relativo a entrada de expedientes el SDC ha iniciado acciones en 228 casos, 214 derivados de denuncias y 14 de oficio. Por sectores sigue destacando especialmente el elevado número referido al sector servicios, 194; en comparación con el sector industrial, 28, y el sector primario, 6. Es decir, en el sector servicios se concentra el 85,08% de los casos que debe revisar el SDC; mientras que el sector industrial representa el 12,28% y el primario el 2,63%. Cabe afirmar, en consecuencia, que en España se produce una altísima concentración de las controversias relativas a la libre competencia en el sector servicios.

Estos 228 expedientes sobre prácticas restrictivas versan sobre una variedad muy amplia de conductas. Se detecta que existe una relativa igualdad en el número de casos referentes al artículo 1 (85 casos), el artículo 6 (70 casos) y el artículo 7 LDC (73 casos). En una primera aproximación este acercamiento que no existía en el ejercicio anterior, donde las cifras respectivas era de 41, 57 y 27, deriva del incremento de las denuncias presentadas, donde se plantea la apertura de los procedimientos en asuntos de competencia desleal al amparo del artículo 7 de la LDC. Ello plantea la necesidad de delimitar con cierta precisión la operatividad de este precepto, conociendo la imposibilidad de efectuar un marco de trazos perfectos.

A continuación indicamos el precepto de la LDC a la que se refieren los expedientes, la conducta analizada y su número:

<i>Art. LDC</i>	<i>Conducta Analizada</i>	<i>Núm.</i>
1.a	Fijación de precios	36
1.b	Limitación o control	34
1.c	Reparto de mercado	1
1.d	Condiciones desiguales	14
6.a	Imposición de precios o condiciones	25
6.b	Limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico	12
6.c	Negativa de venta	17
6.d	Imposición de condiciones discriminatorias	11
6.e	Prestaciones suplementarias innecesarias	5
7	Competencia desleal	73

3. AUTORIZACIONES SINGULARES

En el año 1997 continúa la tendencia iniciada ya en el ejercicio anterior de descenso del número de expedientes que tramita el SDC relativos a autorizaciones singulares. Mientras que en 1995 fueron 59, en 1996 fueron 46 y en 1997 han sido 40. Igualmente, ha descendido el número de estos expedientes que el SDC ha remitido al TDC. Mientras que en 1996 fueron 41 en 1997 han sido 32.

Asimismo, debe advertirse que 6 solicitudes de autorización se acumularon a expedientes sancionadores que ya estaban abiertos y que se ha instruido 1 expediente de revocación de la autorización concedida y 1 expediente de renovación.

A continuación, se refiere la materia sobre la que versan las solicitudes de autorización singular presentadas:

<i>Materia</i>	<i>Núm.</i>
Registros de morosos	26
Restricciones verticales (contratos de franquicias distribución exclusiva y selectiva)	3
Acuerdos de producción	2
Fijación de precios o condiciones comerciales	4

Una vez más, destaca el número de expedientes relativos a registros de morosos, que representa en 1997 el 74,28% del total. Ello hace que el montante global de expedientes de autorizaciones constituya, en cierto modo, una cifra equívoca.

II. CONCENTRACIONES

En 1997 el número de notificaciones voluntarias de operaciones de concentración de empresas descendió ligeramente respecto a 1996, 19 frente a 23. El promedio general desde el año 1990 de notificaciones voluntarias es de 16 por ejercicio.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990 a 1997, 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.):

Año	E.NOT.	E.I.OFI.	E.TDC	E.P.I.OFI
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
1997	19	0	7	26

En la aplicación de la LDC en esta materia sigue destacando la inexistencia de expedientes iniciados de oficio, aunque sigue en cifras numéricas muy altas los expedientes previos que tramita el SDC.

Destaca también que ha aumentado notablemente el número de expedientes que se remiten al TDC para que emita informe, 7 frente a 2 cuando además el número global se ha reducido. No obstante, cabe señalar que el TDC en el año 1997 únicamente ha informado el 36,84% de los expedientes de concentración que tramita el SDC.

Las operaciones de concentración analizadas han sido en su inmensa mayoría procesos de adquisición (84,21%). En segundo lugar, a mucha distancia, se encuentran las fusiones (10,53%) y en tercer lugar, las empresas en participación (5,26%).

Por sectores económicos las operaciones de concentración notificadas en 1997 se distribuyen como sigue:

SECTOR	%
Distribución comercial	15,79
Electrónica/Mat. Eléctrico	10,53
Envases y embalajes	10,53
Telecomunicaciones	10,53

SECTOR	%
Ind. Química	10,53
Construcción	10,53
Gestión de residuos	5,26
Hostelería	5,26
Minería	5,26
Higiene femenina	5,26
Catering	5,26
Alimentación, bebidas	5,26

Finalmente, aunque no se refiera propiamente a actuaciones del SDC, cabe reseñar que el Consejo de Ministros ha adoptado tres acuerdos en aplicación del artículo 17 de la LDC. A continuación se exponen estos acuerdos señalando su fecha, su contenido, la fecha Orden Ministerial por la que se dispuso su publicación, y la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado:

FECHA	ACUERDO	O.M.	B.O.E.
27.06.97	Aprobación de la operación de concentración económica consistente en la fusión por absorción de las sociedades «Entrecañales y Távara, Sociedad Anónima» y «Eursa, Sociedad Anónima», por parte de la compañía «Cubiertas y MZOV, Sociedad Anónima»	11.07.97	N.º 178 26.07.97
24.07.97	Aprobación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición de la totalidad de las acciones de la sociedad española «Johnson Control Plastics, Sociedad Anónima», por parte de la compañía alemana «Schmalbach-Lubeca AG», subordinada a la observancia por el adquirente de determinadas condiciones	01.08.97	N.º 219 12.09.97
29.08.97	Aprobación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición de la empresa de seguridad «Ura Sistemas de Seguridad, Sociedad Limitada» por parte de «Legrand, Sociedad Anónima», subordinada a la observancia de condiciones	20.10.97	N.º 267 07.11.97

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El TDC ha adoptado en el año 1997 175 resoluciones. Esta cifra supone un notable aumento respecto a ejercicios anteriores, aunque deba observarse que se incluyen 23 resoluciones de naturaleza incidental. Pese a esta inclusión el incremento es cuantitativamente significativo. Sin embargo, desde una perspectiva cualitativa el incremento no merece igual significación por cuanto se concreta especialmente en la resolución de recursos contra acuerdos de archivo dictados por el SDC.

El cuadro adjunto permite observar 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. Respecto al ejercicio de 1997 se incorporan las resoluciones dictadas con carácter incidental (INC.). 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>	<i>INC.</i>
1996	16	5	41	32	13	1	-
1997	16	11	48	64	13	0	23

En función del porcentaje los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

	<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>
1996	14,81	4,62	37,96	29,62	12,03	0,92
1997	10,66	7,33	30,66	42,66	8,66	0

En el ejercicio de 1997 si incorporamos ya las resoluciones de carácter incidental los porcentajes de los distintos tipos de resoluciones son los siguientes:

	<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>	<i>INC.</i>
1997	9,14	6,28	27,42	36,57	7,42	0	13,14

Estas cifras, desde una perspectiva global, provocan especialmente tres consideraciones. En primer lugar, desciende porcentualmente las resoluciones de expedientes sancionadores, si bien se mantiene nominalmente en 16. En segundo lugar, aumentan notablemente las resoluciones relativas a medidas cautelares. Y en tercer lugar, se produce un aumento espectacular de las resoluciones que resuelven recursos contra acuerdos de archivo de las actuaciones del SDC, de 32 a 64.

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 referencia de publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda (BOMEH)*; y de la materia sobre la que versa. Respecto 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.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.) y aquellas dictadas de naturaleza incidental (INC.).

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
10.01.97	A168/96	Distribución Minolta	p. 1513/IV-67	A.S.
13.01.97	A190/96	Morosos consignatarios Barcelona	p. 1517/IV-71	A.S.
13.01.97	R172/96	BP España	p. 1520 / IV-74	R.S.E.
16.01.97	r173/96	AENICRE	p. 1607 / IV-79	R.A.A.
16.01.97	r171/96	Unión Explosivos	p. 1614 / IV-86	R.A.A.
17.01.97	378/97	Mayoristas de pescados y mariscos	p.1617 / IV-89	INC.
23.01.97	A196/96	Morosos Transportes Mercancías	p. 1618 / IV-90	A.S.
29.01.97	r177/96	Placas matrícula	p. 1619 / IV-91	R.A.A.
29.01.97	r179/96	Cruz Roja Española	p. 1610 / IV-82	R.A.A.
29.01.97	MC17/96	Ford España	p. 1622 / IV-94	M.C.
30.01.97	r188/96	Acuerdo ASCIDE	p. 1612 / IV-84	R.A.A.
04.02.97	MC18/96	Telefónica/Servicom	p. 1849 / IV-107	M.C.
05.02.97	A202/97	Morosos Eurofono	p. 1867 / IV-125	A.S.
12.02.97	383/96	Fabricantes de lencería	p. 1869 / IV-127	E.S.
12.02.97	A179/96	Acuerdo Marco Repsol	p. 1876 / IV-134	A.S.
12.02.97	A199/96	Contrato operaciones financieras	p. 1880 / IV-138	A.S.
19.02.97	r186/96	Funerarias Navarra	p. 1882 / IV-140	R.A.A.
24.02.97	MC12/96	Desmotadoras algodón	p. 1857 / IV-115	M.C.
24.02.97	MC16/96	Material eléctrico Murcia	p. 1861 / IV-119	M.C.
24.02.97	MC19/96	AENOR	p. 1864 / IV-122	M.C.
28.02.97	A200/96	Morosos AFIDAC	p. 2429 / IV-173	A.S.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
28.02.97	31/92	Contrato tipo de distribución selectiva	p. 2433 / IV-177	A.S.
03.03.97	MC20/97	Cajas rurales 2	p. 2434 / IV-178	M.C.
07.03.97	R184/96	Productos parafarmacéuticos	p. 2438 / IV-182	R.S.E.
07.03.97	r191/96	Autoescuelas Tenerife	p. 2441 / IV-185	R.A.A.
14.03.97	381/96	Funerarias Cataluña	p. 2443 / IV-187	E.S.
18.03.97	A197/96	Morosos maquinaria Andalucía	p. 2529 / IV-197	A.S.
19.03.97	r207/97	Derivados del petróleo	p. 2536 / IV-204	R.A.A.
19.03.97	A203/97	Incidencias pago Saksaución	p. 2537 / IV-205	A.S.
31.03.97	A206/97	Morosos Metinsta	p. 2531 / IV-199	A.S.
31.03.97	MC18/96	Telefónica/Servicom	p. 2539 / IV-207	INC.
31.03.97	R198/97	Cervezas Mahou	p. 2540 / IV-208	R.S.E.
31.03.97	R189/96	Vinilo Resopal	p. 2542 / IV-210	R.S.E.
01.04.97	R195/96	Enseñanzas aeronáuticas	p. 2551 / IV-219	R.S.E.
02.04.97	A194/96	Morosos información bancaria	p. 2533 / IV-201	A.S.
07.04.97	r196/97	ASEISA	p. 3279 / IV-231	R.A.A.
07.04.97	r204/97	Betta Informática	p. 3282 / IV-238	R.A.A.
17.04.97	388/96	Seguros a empresas transportistas	p. 3283 / IV-235	E.S.
22.04.97	A198/96	Morosos administradores Barna	p. 3288 / IV-240	A.S.
24.04.97	R192/96	Ambulancias Gerona	p. 3290 / IV-242	R.S.E.
30.04.97	r206/97	COFAS	p. 3431 / IV-252	R.A.A.
30.04.97	R200/97	Prensa Barcelona	p. 3435 / IV-255	R.S.E.
05.05.97	A211/97	COFAS	p. 3436 / IV-256	A.S.
12.05.97	398/97	Boletín estadístico Ganvam	p. 3441 / IV-261	E.S.
14.05.97	r180/96	Hidroeléctrica Ampurdán	p. 3443 / IV-263	R.A.A.
14.05.97	A213/97	MOROSOS FERCA	p. 3449 / IV-269	A.S.
14.05.97	r211/97	Funerarias Socuéllamos	p. 3452 / IV-272	R.A.A.
16.05.97	r199/97	Corredores Comercio	p. 3454 / IV-274	R.A.A.
19.05.97	r208/97	Entidades de Crédito (I0020)	p. 3458 / IV-278	R.A.A.
19.05.97	P2 24/91	Prórroga autorización singular sector vehículos a motor	p. 3460 / IV-280	INC.
20.05.97	A208/97	Morosos pequeños electrodomésticos	p. 3450 / IV- 270	A.S.
21.05.97	r194/96	Prensa Tarragona	p. 3591/ IV-283	R.A.A.
21.05.97	42/93	Fabricación de ladrillos y tejas	p. 3594 / IV-286	INC.
22.05.97	r203/97	SEPLA/IBERIA	p. 3599/ IV-291	R.A.A.
26.05.97	r193/96	Suelo municipal Zumaia	p. 3603 / IV-295	R.A.A.
26.05.97	MC21/97	Tabacalera	p. 3608 / IV-300	M.C.
26.05.97	r215/97	Tabacalera	p. 3621 / IV-313	R.A.A.
03.06.97	352/94	Industrias lácteas	p. 3783 / IV-317	E.S.
05.06.97	372/96	Arquitectos Madrid	p. 3816 / IV-350	E.S.
05.06.97	A204/97	MOROSOS ASEMAGO	p. 3824 / IV-358	A.S.
05.06.97	r201/97	Prensa Ciudad Real	p. 3826 / IV-360	R.A.A.
05.06.97	391/96	Autoescuelas Linares	p. 4011 / IV-366	E.S.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
10.06.97	370/96	Desmotadoras algodón	p. 4017 / IV-371	E.S.
11.06.97	r212/97	Comercial Potasas	p. 4045 / IV-399	R.A.A.
11.06.97	r219/97	Perfumerías catalanas	p. 4047 / IV-401	R.A.A.
26.06.97	r217/97	Colegio S. Alberto Magno	p. 4301 / IV-407	R.A.A.
30.06.97	r202/97	Construcciones y Contratas	p. 4302 / IV-408	R.A.A.
02.07.97	P 22/91	Productos informáticos de alta tecnología	p. 4309/ IV-415	INC.
07.07.97	A209/97	Fichero ASNEF-SIC	p. 4310 / IV-416	A.S.
08.07.97	352/94	Industrias lácteas (rectificación)	p. 4314 / IV-420	INC.
08.07.97	352/94	Industrias lácteas (aclaración)	p. 4315 / IV-421	INC.
08.07.97	352/94	Industrias lácteas (suspensión)	p. 4316 / IV-422	INC.
09.07.97	r209/97	Fútbol televisado 1	p. 4317 / IV-423	R.A.A.
09.07.97	r214/97	Fútbol televisado 2	p. 4320 / IV-426	R.A.A.
10.07.97	r205/97	Freixenet/Castellblanch	p. 4323 / IV-429	R.A.A.
11.07.97	MC 15/96	Fabricación de cigarrillos y cigarros	p. 4325 / IV-431	INC.
15.07.97	r187/96	Electra Caldense	p. 4305/ IV-411	R.A.A.
17.07.97	r220/97	Interflora	p. 4663 / IV-437	R.A.A.
18.07.97	382/96	Telefónica de España	p. 4665 / IV-439	E.S.
23.07.97	A185/96	Morosos tuberías plásticas	p. 4676 / IV- 450	A.S.
23.07.97	A186/96	Morosos constructores urbanos Gijón	p. 4679 / IV-453	A.S.
23.07.97	A214/97	Morosos alquiladores maquinaria	p. 4681 / IV-455	A.S.
23.07.97	r213/97	Arquitectos Madrid	p. 4689 / IV-463	R.A.A.
24.07.97	393/96	Aparejadores Cádiz	p. 4691 / IV-465	E.S.
24.07.97	A193/96	Morosos bombas fluidos	p. 4684 / IV-458	A.S.
24.07.97	r216/97	Transformadores eléctricos	p. 4708 / IV- 482	R.A.A.
24.07.97	352/94	Industrias lácteas (suspensión)	p. 4711 / IV-485	INC.
28.07.97	384/96	Material eléctrico Murcia	p. 4698 / IV-472	E.S.
28.07.97	r223/97	Ferreteros	p. 4712 / IV-486	R.A.A.
29.07.97	A 73/94	Material óptico y fotográfico	p. 4686 / IV-460	A.S.
29.07.97	R185/96	Radio Fórmula	p. 4715 / IV-489	R.S.E.
30.07.97	r225/97	Funerarias Alcalá de Henares	p. 4769 / IV-499	R.A.A.
30.07.97	A211/97	COFAS	p. 4773 / IV-503	INC.
30.07.97	r206/97	COFAS	p. 4774 / IV- 504	INC.
30.07.97	MC21/97	Tabacalera	p. 4775 / IV-505	INC.
30.07.97	MC18/96	Telefónica/Servicom	p. 4777 / IV-507	INC.
30.07.97	r222/97	Igualatorio médico	p. 4782 / IV-512	R.A.A.
04.09.97	r227/97	Tabacalera, S.A. / Unión Tabaquera	p. 4889 / IV-529	R.A.A.
10.09.97	A218/97	Morosos publicidad Granada	p. 4819 / IV-517	A.S.
12.09.97	R182/96	Panificadoras	p. 4821 / IV-519	R.S.E.
12.09.97	R197/97	Shell España	p. 4826 / IV-524	R.S.E.
16.09.97	A222/97	Películas vídeo	p. 4829 / IV-427	A.S.
16.09.97	r239/97	Doxium fuerte	p. 4892 / IV- 532	R.A.A.
16.09.97	r247/97	COAM	p. 4894 / IV- 534	R.A.A.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
16.09.97	r231/97	Caja Postal, Argentaria, Correos	p. 4896 / IV-536	R.A.A.
17.09.97	r232/97	Aparatos oftalmología	p. 4893 / IV- 533	R.A.A.
24.09.97	400/97	Hüls española	p. 5073 / IV-542	E.S.
26.09.97	MC23/97	Cajas rurales 3	p. 5078 / IV-546	M.C.
29.09.97	A224/97	Morosos fabricantes de perfumería	p. 5080 / IV-548	A.S.
30.09.97	r252/97	IBM/Computer	p. 5082 / IV-550	R.A.A.
02.10.97	R238/97	Los Ángeles/Telefónica	p. 5119 / IV-553	R.S.E.
03.10.97	A225/97	Morosos animales compañía	p. 5121 / IV-555	A.S.
07.10.97	A217/97	Papel y cartón recuperado	p. 5123 / IV-557	A.S.
08.10.97	r221/97	Tarifas Tfno. Festivos	p. 5125 / IV-559	R.A.A.
10.10.97	A122/95	Morosos almacenistas de madera	p. 5273 / IV-577	INC.
13.10.97	r251/97	Azúcar	p. 5276 / IV-580	R.A.A.
14.10.97	370/96	Desmotadoras de algodón	p. 5278 / IV-582	INC.
14.10.97	380/96	Perfumería	p. 5279 / IV-583	E.S.
20.10.98	MC 21/97	Tabacalera	p. 5213 / IV-565	INC.
21.10.97	r230/97	Bilbogás	p. 5214 / IV-564	R.A.A.
22.10.97	324/92	Agencias de Viajes	p. 5218 / IV-568	INC.
23.10.97	A 121/95	Morosos fabricación de pinturas	p. 5220 / IV-570	A.S.
23.10.97	A227/97	Morosos AFONVI	p. 5222 / IV-572	A.S.
23.10.97	R224/97	TVG/SGAE	p. 5224 / IV-574	R.S.E.
23.10.97	33/92	Morosos entidades de financiación	p. 209 / IV-17	INC.
24.10.97	r228/97	Cosmética selecta	p. 5216 / IV-566	R.A.A.
28.10.97	r240/97	Azucarera	p. 5371 / IV-595	R.A.A.
29.10.97	r248/97	Sanidad Galicia	p. 5373 / IV-597	R.A.A.
30.10.97	r241/97	Gricasa	p. 5376 / IV-600	R.A.A.
30.10.97	A205/97	Carburos metálicos	p. 5379 / IV-603	A.S.
04.11.97	A201/96	Impagos alquiler vehículos	p. 212 / IV-20	A.S.
06.11.97	r256/97	Notarios	p. 5439 / IV-608	R.A.A.
11.11.97	r233/97	Relojes Rolex 1	p. 5442 / IV-610	R.A.A.
12.11.97	r235/97	Relojes Rolex 3	p. 5445 / IV-613	R.A.A.
12.11.97	A141/95	Morosos báculos alumbrado	p. 5448 / IV-616	A.S.
13.11.97	A140/95	Morosos fabricantes luminarias	p. 5573 / IV-619	A.S.
14.11.97	r234/97	Relojes Rolex 2	p. 5577 / IV-623	R.A.A.
17.11.97	A70/94	Morosos ASIMELEC	p. 5575 / IV-621	A.S.
17.11.97	A221/97	Fontanería Madrid	p. 5580 / IV-626	A.S.
21.11.97	A98/94	Morosos materiales aislantes	p. 5645 / IV-629	A.S.
24.11.97	A146/95	Morosos industriales de ferrallas	p. 5647 / IV-631	A.S.
24.11.97	A210/97	Morosos ATFRIE	p. 5649 / IV-633	A.S.
24.11.97	r237/97	Relojes Rolex 5	p. 5652 / IV-636	R.A.A.
25.11.97	r245/97	ASNEF-EQUIFAX 3	p. 5655 / IV-639	R.A.A.
25.11.97	R260/97	AENOR	p. 57 / IV-1	R.S.E.
27.11.97	r246/97	ASNEF-EQUIFAX 4	p. 59 / IV-3	R.A.A.
28.11.97	r243/97	ASNEF-EQUIFAX 1	p. 62 / IV-6	R.A.A.
28.11.97	r244/97	ASNEF-EQUIFAX 2	p. 64 / IV-8	R.A.A.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>BOMEH</i>	<i>Materia</i>
28.11.97	r236/97	Relojes Rolex 4	p. 67 / IV-11	R.A.A.
28.11.97	A158/95	Morosos Serco metal	p. 70 / IV-14	A.S.
01.12.97	A226/97	Morosos alquiladores de grúas	p. 223 / IV-31	A.S.
09.12.97	A229/97	Morosos suelo y subsuelo	p. 225 / IV-33	INC.
09.12.97	A119/95	Morosos cartón y embalaje	p. 227 / IV-35	A.S.
09.12.97	A170/97	Morosos fontanería, gas y afines	p. 229 / IV-37	INC.
09.12.97	r257/97	Interflora 2	p. 723 / IV-41	R.A.A.
10.12.97	A216/97	Morosos GEBTA	p. 726 / IV-44	A.S.
12.12.97	A117/95	Morosos áridos	p. 728 / IV-46	A.S.
10.12.97	MC22/97	Contenedores Tenerife	p. 730 / IV-48	M.C.
15.12.97	396/97	Fútbol por ordenador	p. 737 / IV-55	E.S.
15.12.97	r258/97	Procuradores Madrid	p. 750 / IV-68	R.A.A.
16.12.97	r229/97	Leganés Motor/Volkswagen	p. 1035 / IV-74	R.A.A.
17.12.97	MC24/97	Ambulancias Gerona	p. 1157 / IV-88	M.C.
17.12.97	A215/97	Morosos CAC	p. 1037 / IV- 75	A.S.
18.12.97	A149/95	Morosos Zontur	p. 1039 / IV-77	INC.
22.12.97	MC25/97	Tabacalera/Mc Lane 2	p. 1044 / IV-82	M.C.
22.12.97	A207/97	Morosos graniteros	p. 1040 / IV-78	A.S.
22.12.97	41/92	Distribución de productos ofimática	p. 1043 / IV-81	INC.
23.12.97	r263/97	Mob/Móviles	p. 1160 / IV-90	R.A.A.
23.12.97	r249/97	Material eléctrico Murcia	p. 1163 / IV-93	R.A.A.
23.12.97	A219/97	Morosos construcción Baleares	p. 1167 / IV-97	A.S.
23.12.97	404/97	Marmolistas Madrid	p. 1169 / IV-99	E.S.
30.12.97	A191/96	Morosos SERNAUTO	p. 1281 / IV-111	A.S.
30.12.97	r255/97	TRAGSA 1	p. 1283 / IV-113	R.A.A.
30.12.97	r262/97	Banca Privada	p. 1287 / IV-117	R.A.A.
30.12.97	361/95	Funerarias Madrid 2	p. 1292 / IV-122	E.S.

II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. EXPEDIENTES SANCIONADORES

En 1997 el TDC ha dictado resolución final en 16 expedientes sancionadores. Además, ha dictado otras 7 resoluciones de carácter incidental relativas a expedientes sancionadores.

A. Resoluciones finales

El cuadro que sigue relaciona las resoluciones finales de expedientes sancionadores con indicación de su fecha; número de expediente con indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia ad-

ministración; las conductas detectadas; 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.

Esta relación de resoluciones sancionadores presenta las siguientes principales características:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
12.02.97	383/96 Denuncia	Artículo 1.1.a. Fijar el precio de venta al público en las cajas, en los propios productos y en las listas facilitadas a los clientes	E	59.000.000	
14.03.97	381/96 Denuncia	Artículo 1.1.a. Acuerdos para proponer a la Dirección General de Salud Pública de la Generalitat de Cataluña propuestas uniformes y obligatorias para sus asociados de un nuevo catálogo de servicios funerarios y de sus correspondientes tarifas	E.	960.000	
17.04.97	388/96 Denuncia	Acuerdo de coaseguro suscrito por diversas entidades para avalar las fianzas exigidas a las personas a las que se otorgue título habilitante para la realización de transportes y actividades auxiliares complementarias	N.E.		
12.05.97	398/97 De oficio	Boletín estadístico trimestral de precios de automóviles, camiones, motocicletas y tractores, nuevos y usados, para uso exclusivo de profesionales	N.E.		
03.06.97	352/94 Denuncia	Artículo 1.1. Elaboración y difusión de recomendación de precios. Concertación entre 48 empresas para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos	E.	1.212.000.000	
05.06.97	372/96 Denuncia	Artículo 1.1.a. Fijar de forma directa el importe del presupuesto de una obra proyectada por un colegiado, dictando incluso el precio por metro cuadrado y condicionando el visado del proyecto a la aceptación del criterio impuesto por el Colegio	E.	12.000.000	
05.06.97	391/96 Denuncia	Artículo 1.1.a. Concertación entre diversas autoescuelas para aplicar los mismos precios en la obtención del permiso de conducir B1	E.	1.133.000	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
10.06.97	370/96 Denuncia	Artículo 1.1.a y c. Acuerdo de reparto de mercado del algodón bruto recolectado para desmotar mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. Acuerdo de pagar el algodón al precio mínimo oficial, obligándose a no pagar sobrepuestos, retornos. Se establecen penalizaciones por compras superiores a cada cupo. Se crea una mesa de seguimiento como órgano de control continuo del cumplimiento del acuerdo. Para asegurar el cumplimiento se exige la constitución de una garantía por cada empresa	E.	177.153.080	
18.07.97	382/96 Denuncia	No existencia de abuso de posición de dominio por parte de Telefónica en sus relaciones con Esprit Telecom de España, S.A. para el suministro de un circuito de 512 Kbps Madrid-Londres	N.E.		
24.07.97	393/96 Denuncia	Artículo 1.1.a. Convenir, en cuantías distintas a las previstas legalmente, las tarifas de honorarios a percibir por los aparejadores y arquitectos técnicos de Cádiz y Ceuta cuando emitan informes técnicos para la legalización de viviendas	E.		
28.07.97	384/96 Denuncia	Artículo 1.1. Acuerdo de boicot para impedir la implantación en el mercado de un nuevo competidor	E.	43.251.000	
24.09.97	400/97 Denuncia	Artículo 1. Reparto de mercados y fijación de precios. No se persigue la conducta prohibida al no ser la misma capaz de afectar de manera significativa a la competencia por su escasa importancia, sobreyendo el expediente			
14.10.97	380/96 De oficio	Sistema de distribución selectiva no es práctica restrictiva del artículo 1 si cumple los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en la selección de revendedores, no incluyendo otro tipo de restricciones a la competencia. Autorización contrato tipo de distribución selectiva. Artículo 1.1.a. Acuerdo vertical para fijar los precios de venta al público, con el objetivo de evitar la competencia en precios entre distribuidores autorizados	E.	7.000.000	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
15.12.97	396/97 Denuncia	No se acreditan las prácticas que el SDC imputaba a Dinamic Multimedia, S.A. la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A. como infracciones de los artículos 1 y 6	N.E.		
23.12.97	404/97 Denuncia	Artículo 1.1.b y c. Acuerdos entre la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid para el control de la actividad de ornamentación de unidades de enterramiento en los cementerios del Municipio de Madrid y el reparto del mercado entre los miembros de dicha asociación, con expulsión de dicho mercado de quienes no fueran miembros de la misma y declarar prohibido el acuerdo de 18 de enero de 1994 entre ambas partes sobre lápidas y cementerios de Madrid y cualesquiera otros que permiten la instalación de mesas de contratación en los tanatorios y cementerios de Madrid a los miembros de dicha asociación exclusivamente Artículo 6.2.a. Abuso de posición de dominio consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid por la realización de sus trabajos, de la que es responsable la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid	E.	115.000.000	
30.12.97	361/95 Denuncia	Abuso de posición de dominio de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. consistente en haber acordado las siguientes modificaciones y aumentos de las tarifas de los servicios funerarios a aplicar en el año 1992: a) un incremento generalizado de las tarifas de los servicios funerarios de un 15,92% como promedio; b) la supresión de los antiguos servicios funerarios números 3 y 4; c) el establecimiento de un recargo del 300% en el precio de los servicios para los fallecidos en Madrid que no estuvieran empadronados en dicho municipio	E.	137.710.000	

A diferencia de ejercicios anteriores, es remarcable que únicamente en 11 resoluciones se estima la existencia de conducta restrictiva, mientras que en las otras 5 se considera inexistente. La proporción en 1996 era de 13 a 1.

De las 11 resoluciones que estiman la existencia de prácticas prohibidas cabe destacar que en 10 casos se refieren a conductas del artículo 1 de la LDC y en 1 caso a conductas del artículo 6.

La denuncia constituye en la inmensa mayoría de ocasiones el origen del expediente que el TDC resuelve. El origen de 14 de los 16 expedientes se encuentra en una denuncia, de modo que únicamente 2 derivan de la acción de oficio de la administración pública. En cierto modo, como acontece en otros sistemas jurídicos, en especial el norteamericano, también en España los particulares se convierten en los principales impulsores de la aplicación del derecho de la competencia.

Respecto a las multas cabe señalar dos aspectos. En primer lugar, la no aplicación en este ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el artículo 10.3 de la LDC, que había sido empleada en ejercicios anteriores. Recordemos que el artículo 10.3 permite al TDC sancionar, cuando se trate de una persona jurídica, a sus representantes legales o a las personas que integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, además de la sanción que proceda imponer a la entidad. En segundo lugar, el aumento espectacular de su cuantía, que asciende a 1.765.207.080 pesetas. Esta cifra tan elevada viene determinada por la imposición en un solo expediente de 1.212.000.000 pesetas de multa. Aun así, sin tener en cuenta este expediente el aumento es igualmente importante, por cuanto de 314.725.000 pesetas impuestas en el año 1996 (en aplicación del artículo 10.1 LDC) se habría pasado a 553.207.080 pesetas.

B. Resoluciones incidentales

El TDC ha adoptado 7 resoluciones de carácter incidental en el marco de los correspondientes expedientes sancionadores.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
17.01.97	378/96	Petición de suspensión de la Resolución de 21 de noviembre de 1996	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado
08.07.97	352/94	Corrección de errores aritméticos en la Resolución de 26 de junio de 1997	Corrección de errores
08.07.97	352/94	Aclaración de concretos términos de la Resolución de 26 de junio de 1997	Desestimación
08.07.97	352/94	Abstención de perseguir la ejecución de la Resolución de 26 de junio de 1997 hasta tanto exista un pronunciamiento firme sobre la suspensión en vía jurisdiccional. Suspensión de la ejecución de la Resolución de 26 de junio de 1997	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado
24.07.97	352/94	Suspensión de la ejecución de la Resolución de 26 de junio de 1997	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
14.10.97	370/96	Suspensión de la ejecución de la Resolución de 10 de junio de 1997	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado
22.10.97	324/92		Ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 1997 por la que se anula la Resolución del TDC de 16 de junio de 1993, expediente 324/92, agencias de viajes de Toledo. Procede la devolución de la multa ya ingresada por Julia Tours, S.A.

2. MEDIDAS CAUTELARES

A. Resoluciones finales

Como acontecía en el ejercicio de 1996 las resoluciones relativas a medidas cautelares han aumentado también notablemente en el año 1997. Si en 1996 se había pasado de 1 resolución a 5, en el año 1997 la cifra ha ascendido a 11.

Como decíamos en el Anuario de 1996, la excesiva duración temporal de los expedientes hasta la adopción de la correspondiente resolución administrativa final incrementa significativamente la trascendencia de las peticiones de medidas cautelares que se formulan. La apuntada tendencia a su mayor operatividad se ha confirmado plenamente.

El cuadro siguiente refleja 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>
29.01.97	MC17/96	Fabricación y venta de automóviles	Orden de seguir suministrando en condiciones normales, de buena fe y de lealtad contractual Orden de seguir financiando, en condiciones de normalidad, buena fe y lealtad contractual, las adquisiciones de vehículos nuevos	150.000.000
04.02.97	MC18/96	Telefonía	Orden de que un grupo de empresas cesen en la publicidad conjunta de sus servicios de forma que en sus respectivas actividades publicitarias incorporen las referencias necesarias	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>	<i>Fianza</i>
			que permitan a los consumidores o clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que presta y particularmente en lo que se refiere a los servicios prestados por Telefónica de España, S.A. en régimen de monopolio y los demás servicios. Ordenar a Telefónica de España, S.A. que cese de usar las líneas bajo el número 022 para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información, así como para ofrecer la contratación o cualquier tipo de información acerca de estos servicios	
24.02.97	MC12/96	Algodón	Desestimación	
24.02.97	MC16/96	Material eléctrico	Desestimación	
24.02.97	MC19/96	Productos de acero para hormigón	Desestimación	
03.03.97	MC20/97	Cajas rurales	Suspensión del acuerdo de expulsión de una asociación y de los efectos del mismo	
26.05.97	MC21/97	Tabaco	Orden de suministro, en condiciones no discriminatorias, de todas las labores de tabaco que produzca durante un período de seis meses	
26.09.97	MC23/97	Cajas rurales	Suspensión del acuerdo de expulsión de una asociación y de los efectos del mismo	
10.12.97	MC22/97	Contenedores puerto	Desestimación	
17.12.97	MC24/97	Transporte sanitario	Desestimación	
22.12.97	MC25/97	Tabaco	Orden de suministro en condiciones no discriminatorias, de todas las labores de tabaco que produzca durante un período de seis meses	

El TDC ha estimado la adopción de medidas cautelares en 6 de las resoluciones y en 5 ha desestimado la petición. Las resoluciones que estiman parcialmente la adopción constituyen, en buena medida, supuestos evidentes de medidas cautelares positivas, en las que se ordena a determinadas empresas la realización de precisas conductas. Se confirma la tendencia apuntada en ejercicios anteriores a no configurar la fianza como condición para la adopción de medidas cautelares.

B. Resoluciones incidentales

La complejidad de algunos expedientes de medidas cautelares generan la necesidad de adoptar posteriores resoluciones incidentales. Las dictadas en el año 1997 son las siguientes:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>
31.03.97	MC 18/96	Telefonía	No haber lugar a suspender las medidas cautelares acordadas mediante Resolución de 4 de febrero de 1997
11.07.97	MC15/96	Tabaco	Imposición a Tabacalera de una multa coercitiva de 150.000 pesetas derivada de la Resolución de 23 de diciembre de 1996
30.07.97	MC21/97	Tabaco	Ordenar a Tabacalera que en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la presente Resolución realice una propuesta a McLane España para la ejecución de la medida cautelar adoptada en la Resolución de 26 de mayo de 1997
30.07.97	MC18/96	Telefónica	Declarar que Telefónica ha incumplido las medidas cautelares impuestas por Resolución de 4 de febrero de 1997. Imponer una multa coercitiva de 14.800.000 pesetas. Intimar al cumplimiento de las medidas cautelares impuestas
20.10.97	MC21/97	Tabaco	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre una petición de suspensión de la ejecución de la Resolución de 30 de julio de 1997

3. AUTORIZACIONES SINGULARES

En materia de autorizaciones singulares la labor del TDC queda reflejada en el cuadro siguiente en función de la distinta entidad de la resolución: RES. FINAL (Resolución final sobre primera solicitud); SOL. PRO. (Solicitud de prórroga); MOD. AUT. (Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas); REV. (Revocación de autorización anteriormente otorgada); INC. (resolución de carácter incidental):

	<i>RES. FINAL</i>	<i>SOL. PRO.</i>	<i>MOD. AUT.</i>	<i>REV.</i>	<i>INC.</i>
Núm.	39	2	9	1	4

A. Resolución final sobre primera solicitud

En el año 1997 el TDC ha dictado resolución final en 39 expedientes de autorización singular.

El cuadro adjunto relaciona estas 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>
10.01.97	A168/97	Contrato-tipo de distribución exclusiva en zona o territorio determinado. Sector máquinas fotocopiadoras	Autorización	5 años
13.01.97	A190/96	Registro de morosos. Sector consignatarios de buques	Autorización	5 años
23.01.97	A196/96	Registro de morosos. Sector empresas de transporte de mercancías	Autorización	5 años
05.02.97	A202/97	Registro de morosos. Sector telefonía	La práctica no está incurra en el artículo 1 LDC	
12.02.97	A179/96	Acuerdo marco de referencia para la fijación de comisiones por venta de combustible en surtidores en vía pública. Sector productos petrolíferos	No autorización	
12.02.97	A199/96	Solicitud de declaración negativa y subsidiariamente de autorización singular para un contrato marco de operaciones financieras	La práctica no está incurra en el artículo 1 LDC	
28.02.97	A200/96	Registro de morosos. Sector fabricación de aparatos de calefacción y climatización	Autorización	5 años
18.03.97	A197/96	Registro de morosos. Sector de la maquinaria para la construcción e industria sin operador	Autorización	5 años
19.03.97	A203/97	Creación y funcionamiento de una base de datos de incidencias de pago. Sector automoción	La práctica no está incurra en el artículo 1 LDC	
31.03.97	A206/97	Registro de morosos. Sector de alimentación y bebidas, calzado, textil, electricidad y electrónica, madera y muebles, material óptico y joyería y bisutería	Autorización	5 años
02.04.97	A194/96	Registro de morosos. Sector de la información bancaria	Autorización	5 años
22.04.97	A198/96	Registro de morosos. Colegio de administradores de fincas	Autorización	5 años

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
05.05.97	A211/97	Solicitud de autorización formulada por determinada Cooperativa farmacéutica para adoptar ciertos acuerdos estableciendo una obligación estatutaria de compra mínima en la cooperativa y un sistema de descuentos por fidelidad en favor de los socios cooperativistas	Suspender provisionalmente la ejecución de los actos de aplicación del sistema de descuentos por fidelidad hasta la resolución del expediente principal. Ordenar al SDC la incoación de expediente sancionador	
14.05.97	A213/97	Registro de morosos. Sector de los instaladores de electricidad, fontanería, calefacción y afines	La práctica no está incurso en el artículo 1 LDC	
20.05.97	A208/97	Registro de morosos. Sector de los fabricantes de pequeños electrodomésticos	Autorización	5 años
05.06.97	A204/97	Registro de morosos. Asociación de empresarios de materiales de construcción	Autorización	5 años
07.07.97	A209/97	Fichero de servicios de información al crédito	No autorización	
23.07.97	A185/96	Registro de morosos. Sector de fabricantes de tuberías plásticas	Autorización	5 años
23.07.97	A186/96	Registro de morosos. Sector de los promotores y constructores de edificios urbanos	Autorización	5 años
23.07.97	A214/97	Registro de morosos. Sector alquiladores de maquinaria para la construcción	Autorización	5 años
24.07.97	A193/96	Registro de morosos. Sector de los fabricantes de bombas para fluidos	Autorización	5 años
29.07.97	A73/94	Registro de morosos. Sector de la importación de material óptico y fotográfico	Autorización	5 años
10.09.97	A218/97	Registro de morosos. Sector de las empresas de publicidad	Autorización	5 años
16.09.97	A222/97	Campaña publicitaria para el alquiler de películas de vídeo	La práctica no está incurso en el artículo 1 LDC	
29.09.97	A224/97	Registro de morosos. Sector de los fabricantes de perfumería y afines	Autorización	5 años
03.10.97	A225/97	Registro de morosos. Sector de la distribución de productos para animales de compañía	Autorización	5 años
07.10.97	A217/97	Publicación de precios recomendados para la compra de papel y cartón recuperados	No autorización	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
23.10.97	A121/95	Registro de morosos. Sector de la fabricación de pinturas y tintes de imprimir	Autorización	5 años
23.10.97	A227/97	Registro de morosos. Asociación empresarial de fontanería, saneamiento, gas, calefacción y afines	Autorización	5 años
30.10.97	A205/97	Convenio de producción conjunta de gases industriales y comercialización separada e independiente	Autorización	10 años
04.11.97	A201/97	Sistema de liquidación de pagos y registro de impagos. Sector de las empresas de alquiler de vehículos	No autorización	
17.11.97	A221/97	Campaña publicitaria dirigida a usuarios y consumidores de gas natural y GLP sobre revisión de instalaciones y precio orientativo de las mismas	Aceptar el desistimiento del solicitante	
24.11.97	A210/97	Registro de morosos. Asociación de empresarios de transporte bajo temperatura dirigida	Autorización	5 años
01.12.97	A226/97	Registro de morosos. Agrupación empresarial de alquiladores de grúas de servicio público	Autorización	5 años
10.12.97	A216/97	Registro de morosos. Sector de las agencias de viaje	Autorización	5 años
17.12.97	A215/97	Registro de morosos. Confederación de la construcción	Autorización	5 años
22.12.97	A207/97	Registro de morosos. Asociación de graniteros	Autorización	5 años
23.12.97	A219/97	Registro de morosos. Asociación de almacenistas de materiales de construcción	Autorización	5 años
30.12.97	A191/96	Registro de morosos. Sector de la fabricación de equipos y componentes para automoción	Autorización	5 años

Como viene aconteciendo en los últimos ejercicios una gran parte de las resoluciones de autorizaciones singulares se refiere a registros de morosos, que se están implantando de forma generalizada. En concreto, en 1997, de las 39 resoluciones dictadas 28 se refieren a esta materia. Es decir, el 71,79% de las resoluciones versan sobre la misma materia. Como afirmamos en el Anuario de 1996, esta concentración en una única materia 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.

En general, en estas resoluciones el TDC procede a otorgar la autorización solicitada. No obstante, no puede pasar por alto que en muchísimas ocasiones dicha autorización es el final de un proceso de negociaciones en el que la empresa ha incorporado modificaciones en la propuesta inicialmente presentada. El cuadro siguiente permite apreciar la distinta entidad de dichas resoluciones: otorgamiento de la autorización (AUT.); de no autorización (N AUT.); de desestimiento del solicitante (DES.); de suspensión provisional de los acuerdos presentados y de incoación de expediente sancionador (EXP. SAN.); y de la no aplicación de la LDC a las conductas analizadas (N LDC).

	AUT.	N AUT.	DES.	N LDC	EXP. SAN.
Núm.	28	4	1	5	1
%	71,79	10,25	2,56	12,82	2,56

B. Solicitud de prórroga

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión	Límite temporal
28.02.97	31/92	Contrato tipo de distribución selectiva de maquinaria. Sector jardinería	Prórroga de la autorización	5 años
19.05.97	P2 24/91	Establecimiento de baremos objetivos aplicables a la peritación de los siniestros. Sector de la venta de vehículos a motor	Prórroga de la autorización	3 años
02.07.97	P22/91	Contrato tipo de distribución oficial. Sector de productos informáticos de alta tecnología	Caducidad de la autorización concedida el 17 de diciembre de 1991. El modelo de contrato que ha sustituido al anterior no necesita autorización	
23.10.97	33/92	Registro de morosos. Asociación de entidades de financiación	Incoación del procedimiento para la renovación de la autorización concedida por resolución de 18 de septiembre de 1992	
22.12.97	41/92	Contrato tipo de distribución de productos de ofimática	Prórroga de la autorización	5 años

C. Modificación de autorización

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
12.11.97	A141/95	Registro de morosos. Asociación de fabricantes de báculos y columnas de alumbrado	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
13.11.97	A140/95	Registro de morosos. Asociación de fabricantes de luminarias	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
17.11.97	A70/94	Registro de morosos. Asociación multisectorial de empresas de electrónica	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
21.11.97	A 98/94	Registro de morosos. Asociación de industriales de materiales aislantes	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
24.11.97	A146/95	Registro de morosos. Asociación de industriales de ferrallas	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
28.11.97	A158/95	Registro de morosos. Asociación de construcciones metálicas y calderería	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
09.12.97	A119/95	Registro de morosos. Asociación de almacenistas de papel y cartón	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años
09.12.97	A170/96	Registro de morosos. Asociación de empresarios de fontanería, gas y afines	Autorizar la modificación de una norma del reglamento
12.12.97	A117/95	Registro de morosos. Sector de la fabricación de áridos	Autorizar el nuevo reglamento de registros de morosos 5 años

D. Revocación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
10.10.97	A122/95	Registro de morosos. Sector de los almacenistas de madera	Incoación de un expediente de revocación de la autorización concedida por la Resolución de 6 de abril de 1995 por haber apreciado

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
			el Tribunal indicios suficientes de incumplimiento de las condiciones a que se subordinó la concesión de la autorización. Revocar provisionalmente la autorización concedida por un período de 6 meses

E. Resolución incidental

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
21.05.97	42/93	Informe sobre vigilancia de la Resolución por la que se concedió una autorización singular para el establecimiento de un servicio de información sobre clientes morosos en el sector de fabricación de ladrillos y tejas de arcilla cocida	Mantener la autorización con la imposición de determinadas condiciones
30.07.97	A211/97	Suspensión de la ejecución de la Resolución de 5 de mayo de 1997	Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado
09.12.97	A229/97	Solicitud de autorización singular para constitución y funcionamiento registro de morosos	Devolver el expediente al SDC para que con libertad de criterio practique las oportunas diligencias hasta completar su instrucción en los términos que quedan consignados en los anteriores fundamentos jurídicos. Suspender provisionalmente la puesta en práctica del registro de morosos para el que se ha solicitado autorización
18.12.97	A149/95	Solicitud de modificación de la autorización concedida a ZONTUR para la creación y funcionamiento de un registro de morosos	Aceptar el desistimiento del peticionario

III. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las resoluciones que resuelven recursos contra los acuerdos del SDC constituyen desde hace varios ejercicios la principal labor del TDC, desde una óptica cuantitativa. Además, el número de resoluciones en esta

materia aumenta notablemente en cada ejercicio, como consecuencia del aumento de denuncias que tienen entrada en el SDC. Como se puede observar en el capítulo relativo al SDC, el aumento de denuncias presentadas trae consigo el aumento de los acuerdos de archivo que dicta.

En el año 1997 las resoluciones del TDC que resuelven estos recursos son 77, lo que constituye el 51,32% del total (el 43,99% si contemplamos las resoluciones de carácter incidental).

A efectos de presentar 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

Las resoluciones de recursos contra el archivo de actuaciones asciende en el año 1997 a 64. A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
16.01.97	r173/96	Aplicación de precios discriminatorios y predatorios en los servicios de inspección y control técnico reglamentario en el ámbito de la seguridad industrial	Desestimación
16.01.97	r171/96	Providencia por la que se declaran confidenciales, de oficio, determinados documentos. Sector fabricación, importación y comercialización de productos explosivos	Desestimación
29.01.97	r177/96	Comercialización de placas de matrícula a través de los fabricantes de automóviles. Sector fabricación de placas de matrícula e identificación de vehículos	Desestimación
29.01.97	r179/96	Prestación de servicios de traslado de enfermos y heridos. Cruz Roja	Desestimación
30.01.97	r188/96	Acuerdo entre aseguradoras de automóviles para tasación de daños	Desestimación
19.02.97	r186/96	Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Sector servicios de funeraria y tanatorio	Desestimación
07.03.97	r191/96	Acuerdo de fijación de tarifas. Sector autoescuelas	Estimación
19.03.97	r207/97	Trato discriminatorio al contratar duraciones distintas de suministro de carburantes en forma contraria a la reglamentación comunitaria. Sector de los productos derivados del petróleo	Rechazar por extemporáneo el recurso
07.04.97	r196/97	Negativa de venta acordada por almacenistas de material eléctrico	Desestimación
07.04.97	r204/97	Sector de los servicios informáticos	Tener por desistido al recurrente
30.04.97	r206/97	Suspensión de la admisión a trámite de denuncia	Estimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
14.05.97	r180/96	Campañas de promoción. Abuso de posición de dominio. Compañía distribuidora de energía eléctrica	Estimación
14.05.97	r211/97	Abuso de posición de dominio y competencia desleal de compañías de seguros en el sector de las floristerías	Desestimación
16.05.97	r199/97	Colegio de corredores de comercio	Desestimación
19.05.97	r208/97	Denuncia contra todas las entidades de crédito de España por presunto acuerdo contra la libertad de mercado	Desestimación
21.05.97	r194/96	Empresas de distribución de prensa. Irregularidades en el suministro	Desestimación
22.05.97	r203/97	Acuerdo de precios y mercados. Compañía de líneas aéreas	Desestimación
26.05.97	r193/96	Promoción y construcción de pabellones industriales. Empresa de construcción y Ayuntamiento	Desestimación
26.05.97	r215/97	Negativa de suministro. Medidas cautelares. Sector distribución de tabacos	Inadmisibilidad
05.06.97	r201/97	Fundación pública que tiene por objeto la edición de un periódico	Desestimación
11.06.97	r212/97	Aumento de precio y negativa de suministro de determinados productos. Sector del comercio de potasa	Estimación
11.06.97	r219/97	Interrupción injustificada del suministro de productos de perfumería y cosmética y exigir su pago por adelantado como condición para continuar el suministro	Desestimación
26.06.97	r217/97	Centro escolar. Publicidad	Desestimación
30.06.97	r202/97	Acuerdo entre empresas constructoras para imponer forma de gestión de pagos y explotación de la dependencia económica de los proveedores	Estimación
09.07.97	r209/97	Solicitud de aportación de los contratos suscritos con diversos clubes y sociedades anónimas deportivas en el ámbito del fútbol televisado	Desestimación
09.07.97	r214/97	Solicitud de aportación de los contratos suscritos con diversos clubes y sociedades anónimas deportivas en el ámbito del fútbol televisado	Desestimación
10.07.97	r205/97	Providencia por la que se declaran confidenciales determinados documentos en expediente de presuntas prácticas anticompetitivas consistentes en incumplimiento de normas técnicas en el sector de la elaboración del cava	Desestimación
15.07.97	r187/96	No atención a determinadas peticiones y condicionarlas al pago de un sobreprecio. Empresas suministradoras de energía eléctrica	Estimación
17.07.97	r220/97	No elevación al Tribunal de propuesta de adopción de medidas cautelares. Sector de las empresas de distribución de flores a distancia	Desestimación
23.07.97	r213/97	No recurribilidad del requerimiento a Colegio Oficial de Arquitectos de determinada información	Desestimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
24.07.97	r216/97	No elevación al Tribunal de propuesta de adopción de medidas cautelares. Empresa del sector eléctrico	Desestimación
28.07.97	r223/97	Fijación de precios. Sector del comercio de ferretería	Desestimación
30.07.97	r225/97	Denegación de propuesta de medidas cautelares. Sector de los servicios funerarios	Desestimación
30.07.07	r222/97	Requerimiento de información. Sector de los igualatorios médicos	Desestimación
04.09.97	r227/97	Reiteración de requerimiento de información. Sector de la elaboración de tabacos	Desestimación
16.09.97	r239/97	Fabricación exclusiva de un medicamento. Sector de los laboratorios farmacéuticos	Desestimación
16.09.97	r247/97	Negativa a la práctica de determinada prueba propuesta por Colegio de Arquitectos	Inadmisibilidad
16.09.97	r231/97	Negativa a la práctica de determinadas pruebas propuestas por diversas entidades bancarias	Inadmisibilidad
17.09.97	r232/97	Tarifas abusivas en el mantenimiento de aparatos profesionales de oftalmología	Desestimación
30.09.97	r252/97	Conductas prohibidas en el sector de las empresas de informática	Rechazar por extemporáneo el recurso
08.10.97	r221/97	Aplicación de la tarifa telefónica normal en día festivo	Desestimación
13.10.97	r251/97	Negativa a la práctica de determinadas pruebas propuestas por compañía de alimentación en el sector del mercado del azúcar	Inadmisibilidad
21.10.97	r230/97	Recomendación del consumo de gas en vez del carbón. Ayuntamiento de Bilbao	Desestimación
24.10.97	r228/97	Interrupción injustificada del suministro de productos de perfumería y cosmética y exigir su pago por adelantado como condición para continuar el suministro	Desestimación
28.10.97	r240/97	Providencia por la que se señala que los documentos declarados confidenciales, al no ser objeto de contradicción, no pueden ser tenidos en cuenta como descargo en el expediente contra determinada empresa azucarera	Inadmisibilidad
29.10.97	r248/97	Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Mercado de prestación de servicios de alta tecnología sanitaria	Desestimación
30.10.97	r241/97	Denegación de la autorización para el transporte, recepción, transformación de las pastas de refinación de aceite comestible y atribución en exclusiva a una empresa	Desestimación
06.11.97	r256/97	Acuerdo por el que se deniega la condición del interesado en el expediente iniciado como consecuencia de denuncia contra determinados Colegios Notariales por prácticas restrictivas relativas al turno de reparto y al mecanismo compensatorio de dicho turno	Desestimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
11.11.97	r233/97	Acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador respecto de determinada empresa de distribución de relojes en relación con alguna de sus marcas	Estimación parcial
12.11.97	r235/97	Acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador respecto de determinada empresa de distribución de relojes en relación con alguna de sus marcas	Estimación parcial
14.11.97	r234/97	Acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador respecto de determinada empresa de distribución de relojes en relación con alguna de sus marcas	Estimación parcial
24.11.97	r237/97	Acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador respecto de determinada empresa de distribución de relojes en relación con alguna de sus marcas	Estimación parcial
25.11.97	r245/97	Providencia por la que se autorizó el cambio en la titularidad del registro de morosos y se archivó la denuncia contra determinada gestora de servicios de información de crédito	Desestimación
27.11.97	r246/97	Sociedad de servicios de información de crédito	Desestimación
28.11.97	r243/97	Providencia por la que se autorizó el cambio en la titularidad del registro de morosos y se archivó la denuncia contra determinada sociedad de servicios de información de crédito por irregularidades en el funcionamiento del registro	Desestimación
28.11.97	r244/97	Providencia por la que se autorizó el cambio en la titularidad del registro de morosos y se archivó la denuncia contra determinada sociedad de servicios de información de crédito por irregularidades en el funcionamiento del registro	Desestimación
28.11.97	r236/97	Acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador respecto de determinada empresa de distribución de relojes en relación con determinadas marcas	Estimación parcial
09.12.97	r257/97	No procedencia de la declaración de caducidad solicitada en el expediente contra determinada empresa de distribución de flores	Desestimación
15.12.97	r258/97	Impedir el ejercicio de la profesión en condiciones no discriminatorias en partidos judiciales diferentes al de residencia. Colegio de procuradores	Desestimación
16.12.97	r229/97	Negativa de suministro y resolución unilateral de contrato de concesión en exclusiva de venta y reparación de automóviles	Aceptar el desistimiento del recurrente
23.12.97	r263/97	Gestión de los contratos de distribución de los servicios de telefonía móvil	Estimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
23.12.97	R249/97	Fijación de precios y condiciones comerciales por determinada sociedad de profesionales y almacenistas de material eléctrico	Estimación parcial
30.12.97	r255/97	Servicios prestados en extinción de incendios mediante adjudicación directa de las Comunidades Autónomas. Empresa de transformación agraria, S.A.	Desestimación
30.12.97	r262/97	Cobro de una comisión por devolución de efectos impagados presentados al cobro	Estimación

El dato más sobresaliente de estas resoluciones es si confirman la actuación del SDC o al contrario estiman los recursos interpuestos y retornan los expedientes al SDC. En este ejercicio las cifras son las siguientes: no estimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.), declaración de inadmisibilidad (INAD.); y desistimiento del recurrente (DES.):

	<i>N. EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>	<i>DES.</i>
Núm.	41	14	7	2
%	64,06	21,87	10,93	3,12

En consecuencia, uno de cada cinco recursos es objeto de estimación por el TDC. O desde otra perspectiva, prácticamente, dos de cada tres recursos es objeto de desestimación y por tanto de confirmación de la labor del SDC.

2. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

El número de resoluciones que resuelven recursos contra el sobreseimiento de expedientes es mucho menor, únicamente 13, por cuanto lógicamente también lo es el número de estos acuerdos del SDC. A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
13.01.97	R172/96	Suscripción de contratos de suministro en exclusiva bajo la forma de comisión mercantil. Sector productos petrolíferos	Desestimación
07.03.97	R184/96	Negativa de suministro de productos farmacéuticos	Desestimación
31.03.97	R198/97	Existencia de un contrato de autorización exclusiva de venta en determinado territorio que contiene determinadas cláusulas contrarias a la libre competencia. Sector distribución de cervezas	Desestimación

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
31.03.97	R189/96	Practicada concertada entre varias compañías del sector del mercado del vinilo autoadhesivo para excluir del mercado a una de ellas	Desestimación
01.04.97	R195/96	Abuso de posición dominante y aplicación de precios predatorios. Sector de las enseñanzas aeronáuticas	Estimación
24.04.97	R192/96	Denuncia de Asociación de empresas de ambulancias contra Cruz Roja. Competencia desleal	Estimación
30.04.97	R200/97	Distribución y venta de prensa. Abuso de posición de dominio	Rechazar por extemporáneo el recurso
29.07.97	R185/96	Sobreseimiento parcial de prácticas abusivas y acuerdos anticompetitivos en el sector de las empresas de radiodifusión	Desestimación
12.09.97	R182/96	Imposición de precios, limitación de la distribución y negación injustificada de suministro. Sector de las panificadoras	Desestimación
12.09.97	R197/97	Suscripción de un contrato de compra en exclusiva que contiene cláusulas restrictivas de la competencia. Sector de las estaciones de servicios	Desestimación
02.10.97	R238/97	Concesión de servicio telefónico consistente en la administración de un número de marcación abreviada	Desestimación
23.10.97	R224/97	Trato discriminatorio contra televisión autonómica frente a las emisoras de televisión privadas	Desestimación
25.11.97	R260/97	Elaboración de una norma que supone contravenir la LDC. Sector de los sistemas de impermeabilización de cubiertas	Desestimación

Como en las resoluciones que resuelven los recursos contra el archivo de actuaciones, también ahora el dato más sobresaliente de estas resoluciones es si confirman la actuación del SDC o al contrario estiman los recursos interpuestos y retornan los expedientes al SDC. En este ejercicio las cifras son las siguientes: no estimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.), declaración de inadmisibilidad (INAD.):

	<i>N EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>
Núm.	10	2	1
%	76,92	15,38	7,69

La proporción de recursos no estimados resulta ligeramente superior en este caso que en los recursos contra acuerdos de archivo. A su vez, duplica la proporción de desestimaciones de recursos del ejercicio anterior (38,46%). Ello supone un acercamiento de las posiciones de los dos órganos competentes, el TDC y el SDC, acerca de la aplicación del derecho de la competencia.

AUDIENCIA NACIONAL

I. SENTENCIAS DICTADAS

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado en 1997 23 sentencias. Esta cifra constituye un notable aumento respecto al ejercicio anterior en el que se dictaron 14¹.

A continuación se relacionan las sentencias con indicación de su fecha; la resolución del TDC objeto del recurso contencioso-administrativo; la materia central a la que se refieren; y si confirman o anulan la resolución del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
22.01.97	30.07.92 Expediente sancionador	Acuerdo adoptado por la Asociación de Concesionarios de Automóviles Intermercadas de Madrid (ACIMA) de negociar para sus miembros, con las compañías de seguros, un acuerdo con arreglo a unas bases unitarias específicas (art. 1.1. a). Acuerdo de diversos concesionarios de la marca Ford de aplicar a la Mutua, conjuntamente, una de las bases previstas en el documento de ACIMA	Confirma Res. TDC
24.01.97	13.10.93 Estimación de recurso contra acuerdo del SDC de archivo de denuncia	Abuso de la posición de dominio (art. 6.2. a)	Confirma Res. TDC
07.02.97	29.05.87 Desestimación del recurso gremiales sobre contra Auto de la Sección Segunda de 20.02.87 dictada en la pieza separada sobre vigilancia del cumplimiento de la sentencia de 19.01.84	Prácticas restrictivas de la competencia, como consecuencia de súplica de acuerdos precios y tarifas de las Autoescuelas de Vizcaya.	Confirma Res. TDC
14.02.97	30.06.93 Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo de denuncia	Realización de prácticas restrictivas de la competencia, dado que la estación de Esquí de Cerler ejerce un monopolio en la enseñanza e impide a los terceros ejercerla en igualdad de condiciones con respecto a ella.	Confirma Res. TDC

¹ Al respecto v. *Anuario de la Competencia 1996*, p. 303.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
21.03.97	06.05.94 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo de actuaciones	Práctica concertada consistente en el establecimiento de un mismo tipo de referencia para efectuar la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, en los contratos de préstamo hipotecario que suscriben las Cajas de Ahorro asociadas a la C.E.C.A. (art. 1.1.a)	Confirma Res. TDC
24.03.97	08.07.92 Expediente sancionador	Celebración de acuerdos encaminados a impedir la libre competencia, práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989. Acuerdo previo de coincidencia de precios de las empresas ofertantes de aceite de oliva virgen en una subasta (art. 7).	Confirma Res. TDC
24.03.97	08.07.92 Expediente sancionador	Realización de conductas desleales encaminadas a impedir la libre competencia. En una subasta de aceite de oliva virgen, las compañías actoras adquirieron, entre todas, cantidades de aceite en cuantía superior al límite permitido, formando todas ellas parte de un grupo empresarial, y sometidas a una voluntad única en sus relaciones mercantiles.	Confirma Res. TDC
14.05.97	16.06.93 Expediente sancionador	Unificación acordada del precio y demás circunstancias de la oferta de los viajes organizados a Toledo	Confirma Res. TDC
14.05.97	03.06.93 Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento expediente	Posición de dominio correspondientes a Telefónica de España S.A. y Cabinas Telefónicas S.A. (art. 86 TCE y arts. 6.1 y 6.2)	Confirma Res. TDC
28.05.97	17.09.93 Desestimación petición de autorización	Conferencia marítima	Confirma Res. TDC
28.05.97	13.05.93 Revocación de la calificación de materia exceptuable	Conferencia marítima	Confirma Res. TDC
28.05.97	12.05.93 Incoación de expediente de modificación o revocación de autorización singular	Conferencia marítima	Confirma Res. TDC
12.06.97	16.06.93 Expediente sancionador	Unificación acordada del precio y demás circunstancias de la oferta de los viajes organizados a Toledo por las agencias Julia Tours S.A., Trapsatur S.A., Pullmantur S.A. (art. 1.1.a)	Anula Res. TDC

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
17.09.97	21.10.91, 27.12.91, 01.10.92, 05.11.92 Adopción de medidas cautelares	Concurso de la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adjudicar los derechos de imagen de los partidos de fútbol. Abrir las posibilidades de competencia en el mercado de los derechos de imagen de los encuentros de fútbol y objeto del contrato entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional y las Televisiones Autonómicas	Confirma Res. TDC
24.09.97	01.02.95 Expediente sancionador	Existencia de una práctica de abuso de la posición de dominio, consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3 C Communications de España S.A. (art. 86 TCE y 6.2.c)	Confirma Res. TDC
29.09.97	25.05.93 Expediente sancionador	Realización de conductas tendentes a impedir la libre competencia en la formación de precios en el mercado (art. 1.1.a). Recomendación de precios	Confirma Res. TDC
29.09.97	25.05.93 Expediente sancionador	Realización de conductas tendentes a impedir la libre competencia en la formación de precios en el mercado (art. 1.1.a). Recomendación de precios	Confirma Res. TDC
06.10.97	10.11.92 Revocación acuerdo del SDC de archivo de la denuncia	Indicios racionales de la producción de una práctica restrictiva de la competencia y falta de autorización de tal conducta. Intervención de profesionales en el mercado inmobiliario	Confirma Res. TDC
10.10.97	29.07.93 Expediente sancionador	Cofradía de pescadores. Abuso de posición (art. 6)	Confirma Res. TDC
20.10.97	04.02.97 Desestimación recurso interpuesto contra el acuerdo del SDC de no admitir a trámite una denuncia	Presión de oftalmólogos a sus pacientes para que compraran sus gafas en una determinada óptica	Confirma Res. TDC
12.11.97	20.11.97 Expediente sancionador	Orden de abstención de presentación de propuestas a un concurso de ideas para redactar un proyecto y dirigir la construcción de un pabellón deportivo. Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro	Confirma Res. TDC
11.12.97	12.07.94 Estimación del recurso interpuesto contra el acuerdo del SDC de archivo de las actuaciones	Impedir la doble colegiación temporal de determinados facultativos, favoreciendo al Colegio Oficial de Médicos de Ávila. Festejos taurinos	Confirma Res. TDC
16.12.97	29.09.94 Desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo del SDC de sobreseimiento del expediente	Aplicación en las relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Competencia desleal	Confirma Res. TDC

TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS DICTADAS

En el año 1997, el Tribunal Supremo ha dictado 10 sentencias en aplicación del derecho de la competencia. Como versan todavía sobre expedientes de aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, se produce a veces una duplicidad en el acto objeto del recurso, la decisión del TDC que declara la existencia de la práctica restrictiva y propone la imposición de la sanción y el acuerdo del Consejo de Ministros de imposición efectiva de la sanción. En ocasiones, a su vez, el recurso versa únicamente sobre el acuerdo del Consejo de Ministros, o sobre la Resolución del TDC, procediendo en este caso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

Es evidente que el dato más sobresaliente de estas sentencias es que confirman en su inmensa mayoría las decisiones administrativas impugnadas. La actuación de la administración pública se ve así refrendada por las decisiones del Tribunal Supremo.

A continuación se relacionan estas sentencias con indicación de su fecha; los acuerdos administrativos que son objeto de impugnación; la materia central a la que se refiere; y si confirman o no la resolución del Consejo de Ministros objeto del recurso contencioso-administrativo.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
20.01.97	Resolución del TDC de 08.07.91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08.09.92 y 08.05.92	Limitación a la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma las decisiones administrativas
20.01.97	Resolución del TDC de 08.07.91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08.09.92 y 08.05.92	Limitación a la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma las decisiones administrativas
17.03.97	Acuerdo del Consejo de Ministros de 13.07.90	Reparto de mercados entre empresas dedicadas a la instalación y explotación de cajas de seguridad para depósitos de clientes en hoteles, edificios de apartamentos y establecimientos turísticos en general	Confirma la decisión administrativa

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
24.03.97	Resolución TDC de 19.07.90 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 25.01.91	Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional. Concierto entre empresas distribuidoras e importadores para la puesta en práctica de un sistema unificado de plazos de pago a los exhibidores y tratamiento coactivo a los que se retrasan en el plazo pactado	Confirma las decisiones administrativas
28.07.97	Resolución del TDC de 30.10.90 y el Acuerdo del Consejo de Ministros que impone la sanción propuesta en aquella	Acuerdo de la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza de fijar como criterio aplicable a la subida de los precios de los libros de texto para el curso 1988/89; 5,5 tope máximo; 4% media; tolerancia 5% siempre que la media se mantenga en el 4%	Confirma la Resolución del TDC y declara no ajustado a Derecho el Acuerdo del Consejo de Ministros
15.09.97		Fijación de precio de las llamadas revistas del corazón	Confirma las decisiones administrativas
15.09.97	Resolución del TDC de 28.02.90	Fijación de precio de las llamadas revistas del corazón	Confirma la Resolución del TDC
22.10.97	Resolución del TDC de 08.07.91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08.09.92 y 08.05.92	Limitación a la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma las decisiones administrativas
22.10.97	Resolución del TDC de 08.07.91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 08.09.92 y 08.05.92	Limitación a la producción: de huevos de incubar, de pollitos de un día y de pollos para engorde. Fijación de precios	Confirma las decisiones administrativas
05.11.97		Fijación concertada de un precio idéntico para el ejemplar/suplemento dominical de determinado periódico	Confirma las decisiones administrativas

COMISIÓN EUROPEA

I. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

1. NUEVOS ASUNTOS

Los asuntos nuevos registrados en la Comisión en el año 1997 aumentaron relativamente respecto al ejercicio anterior. En concreto han sido 499 nuevos asuntos frente a los 471 del año 1996 ¹. Esta cifra confirma una tendencia al incremento de la operatividad de las normas comunitarias de la competencia.

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
1997	101	177	221	499
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

2. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

El incremento de expedientes concluidos es muy superior al de nuevos asuntos. En el año 1997 la Comisión ha resuelto 517 asuntos. Este incremento quiebra una tendencia a la reducción de los expedientes que culmina la Comisión iniciada en el año 1995. En el año 1997 no se ha recuperado la cifra de 1994 (558), pero supone un muy significativo aumento respecto al ejercicio anterior (386).

Sin embargo, este incremento deriva esencialmente de la culminación del procedimiento informal, en su mayoría de ocasiones con cartas de conformidad. Únicamente se han adoptado 27 decisiones formales según el xxvii Informe sobre la política de la competencia, aunque luego las propias fuentes de información de la Comisión facilitan datos sobre 21 resoluciones.

¹ Datos, básicamente, extraídos del xxvii Informe sobre la política de la competencia.

<i>Año</i>	<i>Decisiones formales</i>	<i>Procedimiento informal</i>	<i>Total</i>
1997	27	490	517
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

El xxvii Informe sobre la política de la competencia indica que la Comisión ha adoptado en, el año 1997, 27 decisiones formales. No obstante, no se ha podido localizar información sobre todas ellas, sino únicamente sobre 21 decisiones formales. De forma sintética se puede resumir su contenido en el siguiente gráfico con indicación del número de las mismas:

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Número</i>
Infracción artículo 86 con sanción	1
No oposición, Reg. 4087/88	1
No oposición, Reg. 870/95	5
Desestimación de denuncia	10
Exención	2
Exención artículo 12, Reg. 4056/86	1
Infracción artículo 65 con sanción	1

Las 21 decisiones, 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:

<i>Fecha</i>	<i>Publicación</i>	<i>Expediente</i>	<i>Partes</i>	<i>Contenido</i>
15.01.1997		IV/35681	North Sea Liner Conference	Exención artículo 12 Reg. 4056/86
05.03.1997		IV/35770	Joint Operational Service (JOS)	No oposición, Reg. 870/95
05.03.1997		IV/35774	West Coast-Mediterranean Agreement	No oposición, Reg. 870/95
23.04.1997		IV/35591	Exportslachterij Weyl / SSR+PVV	Desestimación de una denuncia
23.04.1997		IV/35624	Hogeslag+ Groninger/ PVV+SSR	Desestimación de una denuncia

<i>Fecha</i>	<i>Publicación</i>	<i>Expediente</i>	<i>Partes</i>	<i>Contenido</i>
25.04.1997		IV/36001	Belgacom v. ITT	Desestimación de una denuncia
25.04.1997		IV/35095	Guerin/Nissan	Desestimación de una denuncia
25.04.1997		IV/34423	Guerin/Volvo	Desestimación de una denuncia
25.04.1997		IV/36167	ITT v. Belgacom	Desestimación de una denuncia
14.05.1997	DOCE L258, 22.09.1997	IV/34621	Irish Sugar	Infracción artículo 86 con sanción
20.06.1997		IV/33302	Stork/Serac	Desestimación de una denuncia
30.07.1997		IV/36398	Bönig/Mazda Motors	Desestimación de una denuncia
03.09.1997		IV/36282	Sealand PandO	No oposición, Reg. 870/95
06.10.1997		IV/36491	AAS+ATandT	No oposición, Reg. 4087/88
07.10.1997		IV/36319	Euroasal III (consortia)	No oposición, Reg. 870/95
07.10.1997		IV/35763	NCS (consortia)	No oposición, Reg. 870/95
29.10.1997	DOCE L318, 20.11.1997	IV/35830	Unisource	Exención
29.10.1997	DOCE L318, 20.11.1997	IV/35738	Uniworld	Exención
12.11.1997			CDK/Etat Belge	Desestimación de una denuncia
26.11.1997			Wirtschaftsve- reinigung Stahl	Infracción artículo 65 con sanción
27.11.1997		IV/35169	TEM/Iberdrola	Desestimación de una denuncia

II. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

1. UNIÓN EUROPEA

La Comisión ha iniciado, en el año 1997, 656 expedientes en materia de control de ayudas públicas². Esta cifra confirma una tendencia al in-

² Datos extraídos del XXVII Informe sobre la política de la competencia. Las cifras no cubren las ayudas en los sectores de la agricultura, la pesca, los transportes y el carbón.

cremento, si bien sin saltos espectaculares, con la excepción del año 1995, en el que los expedientes analizados fueron 803. Atendamos a estas cifras en los últimos años:

<i>Año</i>	<i>Expedientes iniciados</i>
1997	656
1996	644
1995	803
1994	594
1993	561

Como en ejercicios anteriores, la inmensa mayor parte de los nuevos expedientes deriva de ayudas notificadas por los Estados Miembros (515). Sin embargo, los expedientes relativos a ayudas sin notificar sufren un importante incremento (140, frente a 91 en el ejercicio anterior). Finalmente, se ha abierto un expediente relativo a reexámenes de regímenes de ayudas.

Las decisiones adoptadas por la Comisión en 1997 en función de su contenido son las siguientes:

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Número</i>
La Comisión considera como compatibles con el mercado común, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE	375
La Comisión constata la ausencia de ayuda, en el sentido del artículo 92.1 TCE	10
La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida	61
La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 6.5 de la decisión 496/96/CECA para toda o parte de la medida	7
La Comisión concluye el procedimiento previsto el artículo 93.2 TCE, al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común	11
La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE al considerar la ausencia de ayuda en el sentido del artículo 92.1 TCE	3
La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE al constatar la retirada de la medida proyectada por el Estado miembro	2
La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91/CECA al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común	2

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Número</i>
La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión condicional	3
La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa	8
La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91/CECA al adoptar una decisión negativa	1
La Comisión propone la adopción de medidas útiles de acuerdo con el artículo 93.1 TCE	1
La Comisión constata la aceptación por el Estado miembro de modificar las medidas existente, en función de la propuesta de medidas útiles	2
Otras decisiones	14

La distribución por Estados miembros de estas decisiones, destacando especialmente el alto número correspondiente a Alemania, es la siguiente:

<i>Estado miembro</i>	<i>Número</i>
Austria	32
Bélgica	11
Dinamarca	16
Alemania	194
Grecia	5
España	53
Finlandia	8
Francia	38
Irlanda	2
Italia	63
Luxemburgo	1
Países Bajos	33
Portugal	15
Suecia	10
Reino Unido	21
Unión Europea	502

2. ESPAÑA

La Comisión durante el año 1997 ha adoptado 53 decisiones en relación con regímenes de ayudas públicas en España. En función de su contenido se distribuyen en los siguientes términos:

<i>Contenido de la decisión</i>	<i>Número</i>
La Comisión considera como compatibles con el mercado común, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE	39
La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida	5
La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 6.5 de la decisión 496/96/CECA para toda o parte de la medida	1
La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE, al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común	4
La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa	1
La Comisión constata la aceptación por el Estado miembro de modificar las medidas existente, en función de la propuesta de medidas útiles	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. La Comisión considera como compatibles con el mercado común, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE

<i>Núm. notif.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 247/96	08.01.97	Ayudas en favor del empleo de mujeres (Andalucía)	DOCE C189, 20.06.97
N 248/96	08.01.97	Ayudas a favor del empleo (Andalucía)	DOCE C189, 20.06.97
N 95/96	10.01.97	Modificación del régimen de ayudas (N 552/95) a favor de la R&D (Comunidad Valenciana)	
N 703/96	28.01.97	Ayudas a favor de las PME (Extremadura)	DOCE C189, 20.06.97
N 537/95	21.02.97	Medidas a favor del sector del empleo (Andalucía)	DOCE C110, 09.04.97
N 873/96	21.02.97	Ayudas a las actividades de apoyo al medio ambiente para empresas establecidas en Cataluña	DOCE C110, 09.04.97
N 929/96	17.03.97	Ayudas a la investigación y a la seguridad en la empresa y la calidad de las actividades	DOCE C218, 18.07.97

<i>Núm. notif.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 3/97	19.03.97	Régimen de ayudas financieras regionales a la investigación de las PME (AFI-97) (País Vasco)	DOCE C189, 20.06.97
N 375/96	08.04.97	Régimen de ayudas a favor de las PME del sector del comercio (Extremadura)	DOCE C197, 27.06.97
N 102/97	08.04.97	Régimen de ayudas a la investigación a favor de la reconversión de zonas industriales en declive en ciertas regiones asistidas (Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia y País Vasco)	DOCE C197, 27.06.97
N 131/97	16.04.97	Fusión del Estado y privatización de Almegrega, S.A.	DOCE C245, 12.08.97. Seguido de la corrección del 30.04.97
N 163/97	16.04.97	Ayuda a la construcción de barcos de 1997	DOCE C107, 07.04.98
N 55/97	23.04.97	Plan para conducir la innovación y el empleo (PDIE) (Madrid)	DOCE C201, 01.07.97
N 150/97	23.04.97	Prórroga del régimen de ayudas regionales a la investigación a favor de la extensión de infraestructuras (Andalucía)	DOCE C231, 30.07.97
N 409/97	30.04.97	Medidas a favor de las PME (Cantabria)	DOCE C231, 30.07.97
NN 97/96	30.04.97	Régimen de ayudas a favor de la protección del medio ambiente (Galicia)	DOCE C250, 15.08.97
N 62/97	30.04.97	Medidas correctoras de la contaminación (La Rioja)	DOCE C189, 20.06.97
N 151/97	17.04.96	Régimen de ayudas regionales a favor de la electrificación rural, del desarrollo de energías renovables, y de economías de energía (Andalucía)	DOCE C250, 30.07.97
N 719/96	07.05.97	Proyecto de ayudas a favor del medio ambiente en el sector industrial (Navarra)	DOCE C218, 18.07.97
N 669/96	21.05.97	Ayuda al sector automovilístico a favor de Opel-España (Zaragoza, Aragón)	DOCE C245, 12.08.97
N 152/97	28.05.97	Régimen de ayudas regionales a la investigación de las PME en el sector turístico (País Vasco)	DOCE C239, 06.08.97
N 254/97	04.06.98	Ayudas a la construcción naval	DOCE C107, 07.04.98
N 268/97	12.06.97	Ayuda al programa de proyectos de investigación en las áreas FEDER (Madrid)	DOCE C346, 15.11.97
N 16/97	01.07.97	Modificación del régimen de ayudas a la investigación a favor de las PME en la zona de prioridad económica (Comunidad Valenciana)	DOCE C291, 25.09.97
N 141/97	07.07.97	Régimen de ayudas a la contratación	DOCE C291, 25.09.97
N 142/97	07.07.97	Régimen de ayudas a favor de la contratación de jóvenes parados (País Vasco)	DOCE C291, 25.09.97

<i>Núm. notif.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
N 308/97	07.07.97	Ayuda a sectores y servicios comerciales e industriales (Islas Baleares)	DOCE C346, 15.11.97
N 105/97	15.07.97	Régimen de ayudas a la adaptación a la competencia internacional y a la diversificación de las regiones a la alta implantación de industria textil	DOCE C291, 25.09.97
N 230/97	30.07.97	Régimen de ayudas regionales a la investigación y al desarrollo (País Vasco)	DOCE C291, 25.09.97
N 448/97	30.07.97	Ayuda al desarrollo de Túnez de acuerdo con el artículo 4 (7) de la 7.ª directiva de ayuda a la construcción naval	DOCE C003, 07.01.98
N 481/97	16.09.97	Ayuda al desarrollo de Marruecos de acuerdo con el artículo 4 (7) de la 7.ª directiva de ayuda a la construcción naval	DOCE C003, 07.01.98
N 425/97	24.09.97	Medidas a favor de la investigación y del empleo en las PME (Navarra)	
N 904/96	07.10.97	Régimen de ayudas a favor de las actividades de promoción comercial y de acceso a nuevos mercados realizadas por las PME (Extremadura)	DOCE C025, 24.01.98
N 205/97	13.10.97	Promoción de la economía social (Cataluña)	DOCE C377, 12.12.97
N 45/97	05.11.97	Régimen de ayudas regionales a favor de la formación continua (Extremadura)	DOCE C025, 24.01.98
N 396/97	18.11.97	Ayuda a la formación continua	
N 685/97	01.12.97	Prórroga de la duración y aumento de presupuesto del régimen de ayudas (N 97/96) en el dominio de infraestructuras (Comunidad Valenciana)	
N 391/97	11.12.97	Prórroga de un régimen de ayudas a la diversificación de las PEM en el cuadro de la iniciativa comunitaria RETEX	DOCE C025, 24.01.98
N 114a/96	16.12.97	Régimen de ayudas regionales a la investigación y al funcionamiento: modificación del régimen económico y fiscal de las islas Canarias	DOCE C025, 24.01.98

B. La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida

<i>Núm. notif.</i>	<i>Fecha</i>	<i>Materia</i>	<i>Publicación</i>
C 56/95	08.01.97	Ayuda a la reestructuración de los canales navales públicos	DOCE C53, 22.02.97
NN 188/95 (C 32/97)	30.04.97	Ayuda a favor de Porcelanas del Norte, S.A.L. (PONSAL) (Navarra)	DOCE C243, 09.08.97
NN 78/97 (C 44/97)	15.07.97	Ayudas a sociedades del grupo Magefesa y sus sucesores	DOCE C330, 01.11.97
NN 118/97 (C 68/97)	21.10.97	Ayuda a favor de SNIACE, S.A.	
NN 115/97 (C 76/97)	18.11.97	Ayuda a favor de Daewoo Electronics Manufacturing España, S.A. (DEMESA)	DOCE C103, 04.04.98

C. La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 6.5 de la decisión 496/96/CECA para toda o parte de la medida

Núm. notif.	Fecha	Materia	Publicación
C 57/97	30.07.97	Legislación en materia de fiscalidad de empresas (art. 34 de la Ley 43/1995)	DOCE C329, 31.10.97

D. La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE, al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común

Núm. notif.	Fecha	Materia	Publicación
C 26/96	02.04.97	Ayuda a favor de Construcciones Navales P. Freire, S.A., para construcciones navales	DOCE C196, 26.06.97
C 45/94	30.04.97	Ayuda al desarrollo del avión regional CASA 3000 para la sociedad Construcciones Aeronáuticas, S.A.	DOCE L331, 03.12.97
C 53/95	15.07.97	Ayuda a favor de Grupo de Empresas Álvarez (Galicia)	
C 56/95	15.07.97	Ayuda a la construcción naval para la reestructuración de las yardas de propiedad pública	DOCE C354, 21.11.97

E. La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa

Núm. notif.	Fecha	Materia	Publicación
C 58/96	30.07.97	Ayuda al sector de la construcción naval a favor de Astilleros Zamacona, S.A., seguido de una corrección en fecha 05.11.97	

F. La Comisión constata la aceptación por el Estado miembro de modificar las medidas existente, en función de la propuesta de medidas útiles

Núm. notif.	Fecha	Materia	Publicación
E 12/91	02.04.97	Programa nacional para el desarrollo de energías renovables	DOCE C172, 06.06.97

G. Otras decisiones

Núm. notif.	Fecha	Materia	Publicación
N 131/97	30.04.97	Fusión estatal y privatización de Almegrega, S.A.	DOCE C245, 12.08.97
C 58/96	05.11.97	Ayuda en el sector de la construcción naval a favor de Astilleros Zamacona, S.A.	DOCE L050, 20.02.98

III. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Como se constató en el Anuario de la Competencia 1996, en cada ejercicio se incrementa, cuanto menos desde una perspectiva cuantitativa, el grado de aplicación del Reglamento (CEE) N.º 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, del Consejo, sobre el control de concentración entre empresas. Las estadísticas que se presentan a continuación lo acreditan de forma evidente³.

1. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 136 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 1997. Esta cifra supone un ligero incremento frente a la del ejercicio anterior (125), y confirma la tendencia apuntada hacia una mayor operatividad del Reglamento de control de operaciones de concentración.

De las cifras que a continuación se muestran destacan que se ha reducido a una las decisiones de prohibición de la operación, frente a 3 en el ejercicio anterior, que era una cifra nunca producida.

A continuación se indican las resoluciones en función del artículo del Reglamento que aplican:

Reg. 4064/89	Contenido de la decisión	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
6.1.a	Fuera del ámbito de aplicación	2	5	9	4	5	9	6	4
6.1.b	Compatible con el mercado común	5	47	42	49	77	90	109	112
6.1.b	Compatible con el mercado común con condiciones		3	4		2	3		2
6.1.b	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros			1		1			6
9.3.b	Remisión a los Estados miembros				1			3	1
8.2	Compatible con el mercado común		1	1	1	2	2	1	1
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones		3	3	2	2	3	3	7
8.3	Prohibiciones		1			1	2	3	1
8.4	Restablecer la competencia efectiva								2
	Total decisiones finales	7	60	60	57	90	109	125	136

³ Obtenidas en la DGIV, estadísticas de concentraciones.

2. OTRAS DECISIONES

Reg. 064/89	Contenido de la decisión	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
7.2	Orden de suspensión		4	3	3	12	12	17	36
7.4	Dispensa de la suspensión	1	1	2	3	1	2	3	5
6.1.c	Incoación de expediente		6	4	4	6	7	6	11

3. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Número de notificaciones recibidas	12	63	60	58	95	110	131	172

4. NOTIFICACIONES RETIRADAS

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Número de notificaciones retiradas			3	2	6	4	6	9

Fecha	Año	Procedimiento	Descripción	Artículo
1990/01	1990	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1991/01	1991	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1992/01	1992	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1993/01	1993	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1994/01	1994	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1995/01	1995	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1996/01	1996	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2
1997/01	1997	Procedimiento de suspensión de la actividad de las empresas	Resolución de suspensión de la actividad de las empresas.	Artículo 7.2

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

I. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TPI durante el año en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha; el número de asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa; y, en su caso, la publicación en la Recopilación.

I. SENTENCIAS DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
15.01.97	T-77/95	Syndicat français de l'express international y otros c. Comisión europea	Recurso de anulación. Desestimación de una denuncia. Interés	II-1
06.05.97	T-195/95	Guérin automobiles c. Comisión europea	Recurso de indemnización. Inadmisibilidad	II-679
14.05.97	T-70/92 y T-71/92	Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemwekerijprodukten c. Comisión europea	Decisión de desestimar una denuncia notificada en el apartado de correos del abogado de las denunciantes. Cómputo del plazo para recurrir. Compatibilidad del artículo 2 del Reglamento n.º 26 de una cuota aplicada a los proveedores externos que grava los productos de la floricultura suministrados a mayoristas instalados en el recinto de una sociedad cooperativa de venta mediante subasta. Motivación	II-693
14.05.97	T-77/94	VGB y otros c. Comisión europea	Archivo de una denuncia al no haber respondido las denunciantes dentro del plazo señalado. Compatibilidad con el artículo 85.1 TCEE de una cuota aplicada a los proveedores que han celebrado contratos sobre suministro de productos de la floricultura a empresas instaladas en el recinto de una sociedad cooperativa de venta	II-759

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
			mediante subasta. Compatibilidad con el artículo 85.1 TCE de una obligación de compra en exclusiva contraída por determinados mayoristas que revenden los referidos productos a minoristas en un espacio comercial específico del mismo recinto. Discriminación. Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Apreciación en el marco global de un conjunto de regulaciones. Inexistencia de efecto sensible	
12.06.97	T-504/93	Tiercé Ladbroke SA c. Comisión europea	Desestimación de una denuncia. Artículo 86. Mercado de referencia. Posición dominante colectiva. Negativa a conceder una licencia de transmisión. Apartado 1 del artículo 85. Cláusula de prohibición de retransmisión	II-923
10.07.97	T-227/95	Assidomån Kraft Products AB y otros c. Comisión europea	Consecuencias de la anulación parcial, por el Tribunal de Justicia, de una Decisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85. Efectos de la sentencia respecto a los destinatarios de la Decisión que no interpusieron recurso de anulación. Artículo 176 del Tratado. Solicitud de devolución parcial de las multas pagadas	II-1185
10.07.97	T-38/96	Guérin automobiles c. Comisión europea	Recurso por omisión. Sobreseimiento. Recurso de indemnización. Inadmisibilidad	II-1223
21.10.97	T-229/94	Deutsche Bahn AG c. Comisión europea	Transporte ferroviario de contenedores marítimos. Reglamento (CEE) n.º 1017/68. Práctica colusoria. Posición dominante. Abuso. Multa. Criterios de apreciación. Principio de proporcionalidad. Derecho de defensa. Acceso al expediente. Principio de seguridad jurídica	II-1689
22.10.97	T-213/95 y T-18/96	Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c. Comisión europea	Grúas móviles. Artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. Observancia de un plazo razonable. Sistema de certificación. Prohibición de alquiler. Tarifas aconsejadas. Tarifa de compensación. Multas	II-1739

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
27.11.97	T-224/95	Roger Tremblay and Harry Kestenberg c. Syndicat des exploitants de lieux de loisirs (SELL)	Derechos de propiedad intelectual. Desestimación de una denuncia. Ejecución de una sentencia de anulación. Compartimentación del mercado. Motivación. Desviación de poder	

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
15.01.97	T-77/95	Desestimación del recurso
06.05.97	T-195/95	Inadmisibilidad del recurso
14.05.97	T-70/92 y T-71/92	Anulación de la Decisión de la Comisión comunicada a las demandantes mediante escrito SG(92)D/8782, de 2 de julio de 1992
14.05.97	T-77/94	Anulación parcial de la Decisión de la Comisión
12.06.97	T-504/93	Anulación de la Decisión de la Comisión en la medida en que considera que la negativa de las sociedades de carreras a proporcionar a la demandante una licencia de transmisión de las carreras francesas en Bélgica, tal como le fue comunicada a la demandante mediante escrito de Paris mutuel urbain de fecha 8 de agosto de 1990, era la consecuencia normal del hecho de que ni Paris mutuel urbain ni las sociedades de carreras aceptan apuestas en el mercado de la aceptación de apuestas en Bélgica y no podía, por consiguiente, ser objeto de un acuerdo entre las sociedades de carreras, en el sentido del artículo 85.1
10.07.97	T-227/95	Anulación de la Decisión de la Comisión por la que se denegó la solicitud presentada por las demandantes con el fin de obtener la revisión, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, de la legalidad de la Decisión 85/202/CEE de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del TCE (IV/29.725 - Pasta de madera), en lo que esta decisión las afecta Declarar la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se solicita que se dirijan órdenes conminatorias a la Comisión
10.07.97	T-38/96	No procedencia del pronunciamiento sobre las pretensiones de omisión. Inadmisibilidad en todas las demás pretensiones
21.10.97	T-229/94	Desestimación del recurso
22.10.97	T-213/95 y T-18/96	Reducir a 100.000 ECU la cuantía de la multa impuesta a Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK). Desestimación del recurso en todo lo demás
27.11.97	T-224/95	Desestimación del recurso

2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
26.02.97	T-191/96	CAS Succhi di Frutta SpA c. Comisión europea	Demanda de suspensión de la ejecución	II-211
02.05.97	T-90/96	Automobiles Peugeot S.A. c. Comisión europea	Recurso de anulación. Excepción de inadmisibilidad	II-663

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
09.06.97	T-9/97	Elf Atochem S.A. c. Comisión europea	Procedimiento administrativo. Visitas de inspección. Actas de inspección. Recurso de anulación. Actos susceptibles de recurso. Inadmisibilidad	II-9098

II. 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>
27.02.97	T-106/95	Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) y otros c. Comisión europea	Empresa pública. Aplicación del artículo 92 del Tratado CE, en relación con el apartado 2 del artículo 90. Costes adicionales derivados del cumplimiento de una misión específica confiada a la empresa pública. Actividades competitivas	II-229
25.09.97	T-150/95	UK Steel Association, anciennement British Iron and Steel Producers Association (BISPA) c. Comisión europea	CECA. Recurso de anulación. Quinto código de ayudas a la siderurgia. Nueva instalación. Directrices comunitarias sobre ayudas en favor del medio ambiente	II-1433
24.10.97	T-239/94	Association des aciéries européennes indépendantes (EISA) c. Comisión europea	CECA. Decisiones individuales por las que se autoriza la concesión de ayudas de Estado a empresas siderúrgicas. Incompatibilidad con las disposiciones del Tratado. Retroactividad. Letras <i>b)</i> y <i>c)</i> del artículo 4 y párrafos primero y segundo del artículo 95 del Tratado	II-1839
24.10.97	T-243/94	British Steel plc c. Comisión europea	CECA. Recurso de anulación. Decisiones individuales por las que se autoriza la concesión de ayudas de Estado a empresas siderúrgicas. Incompetencia. Confianza legítima. Incompatibilidad con las disposiciones del Tratado. Discriminación. Falta de motivación. Violación del derecho de defensa. Letras <i>b)</i> y <i>c)</i> del artículo 4, artículo 15 y párrafos primero y segundo del artículo 95 del Tratado	II-1887

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
24.10.97	T-244/94	Wirtschaftsvereinigung Stahl y otros c. Comisión europea	CECA. Recurso de anulación. Decisiones individuales por las que se autoriza la concesión de ayudas de Estado a empresas siderúrgicas. Desviación de poder. Confianza legítima. Incompatibilidad con las disposiciones del Tratado. Discriminación. Falta de motivación. Violación del derecho de defensa. Letras <i>b)</i> y <i>c)</i> del artículo 4, artículo 15 y párrafos primero y segundo del artículo 95 del Tratado	II-1963
05.11.97	T-149/95	Établissements J. Richard Ducros c. Comisión europea	Ayudas a la reestructuración. Decisión de la Comisión. Anulación. Admisibilidad	
18.12.97	T-178/94	Asociación Telefónica de Mutualistas (ATM) c. Comisión europea	Reducción de las cargas sociales. Archivo de la denuncia. Interés para ejercitar la acción. Inadmisibilidad	

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
27.02.97	T-106/95	Desestimación del recurso
25.09.97	T-150/95	Anular la decisión reproducida en la Comunicación 94/C 400/02 de la Comisión, efectuada en virtud del apartado 4 del artículo 6 de la Decisión n.º 3855/91/CECA, dirigida a los demás Estados miembros y terceros interesados en relación con las ayudas que Luxemburgo tiene previsto conceder a la empresa ProfilARBED SA (ARBED)
24.10.97	T-239/94	Sobreser la solicitud de anulación de la Decisión 94/256/CECA de la Comisión, de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Alemania tiene previsto conceder a la empresa siderúrgica EKO Stahl AG, Eisenhüttenstadt. Desestimación del recurso en todo lo demás
24.10.97	T-243/94	Desestimación del recurso
24.10.97	T-244/94	Desestimación del recurso
05.11.97	T-149/95	Desestimación del recurso
18.12.97	T-178/94	Inadmisibilidad del recurso

2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
29.09.97	T-4/97	Roberto d'Orazio y Pierce Hublau c. Comisión europea	Ayuda en el sector de la siderurgia. Recurso de anulación. Artículo 33 TCECA. Inadmisibilidad	II-1505
29.09.97	T-70/97	Región Valona c. Comisión europea	Ayuda en el sector de la siderurgia. Recurso de anulación. Artículo 33 TCECA. Inadmisibilidad	II-1513

III. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

1. SENTENCIA DICTADA

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TPI durante el año 1997 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>
27.11.97	T-290/94	Kaysersberg SA c. Comisión europea	Reglamento 4064/89. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Compromisos. Productos para la higiene femenina. Recurso de anulación. Admisibilidad. Vicios sustanciales de forma. Consulta a terceros. Posición dominante	

A continuación, se relaciona la anterior sentencia con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
27.11.97	T-290/94	Desestimación del recurso

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

I. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el TJCE durante el año 1997 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. 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. SENTENCIA DICTADAS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
20.02.97	C-128/95	Fontaine SA y otros c. Aqueducs Automobiles SARL	Distribución de automóviles. Importaciones paralelas. Reglamento (CEE) n.º 123/85. Oponibilidad a terceros. Revendedor independiente. Concepto de vehículo nuevo y de vehículo de ocasión	I-967
11.03.97	C-264/95 P	Comisión europea c. Union internationale des chemins de fer (UIR)	Recurso de casación. Transporte por ferrocarril. Base legal de una decisión. Reglamento (CEE) n.º 1017/68. Ámbito de aplicación	I-1287
18.03.97	C-282/95 P	Guérin Automobiles c. Comisión europea	Recurso de casación. Denuncia. Recurso por omisión. Comunicación con arreglo al artículo 6 del Reglamento n.º 99/63/CEE. Definición de postura que pone fin a la omisión. Adhesión al recurso de casación limitada a las costas	I-1503
18.03.97	C-343/95	Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)	Empresa portuaria. Prevención de la contaminación. Monopolio legal. Abuso de posición dominante	I-1547
24.04.97	C-39/96	Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels c. Free Record Shop BV y Free Record Shop Holding NV	Artículo 85 TCE. Artículo 5 del Reglamento n.º 17 del Consejo. Validez provisional de los acuerdos anteriores al Reglamento n.º 17 notificados a la Comisión. Validez provisional de los acuerdos modificados después de la notificación	I-2303

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
05.06.97	C-41/96	VAG-Händlerbeirat eV c. SYD-Consult	Apartado 3 del artículo 85 TCE. Reglamento (CEE) n.º 123/85. Sistema de distribución selectiva. Estanqueidad del sistema como requisito para su oponibilidad a terceros	I-3123
17.07.97	C-219/95 P	Ferriere Nord SpA c. Comisión europea	Recurso de casación. Infracción del artículo 85 TCE	I-4411
11.11.97	C-359/95 P y C-379/95 P	Comisión europea y República Francesa c. Ladbroke Racing Ltd	Artículos 85, 86 y 90 del Tratado CE. Desestimación de una denuncia relativa tanto a medidas estatales como a un comportamiento privado. Aplicabilidad de los artículos 85 y 86 a las empresas que se atienden a una legislación nacional	I-6265

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
20.02.97	C-128/95	El Reglamento (CEE) n.º 123/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un operador, que no es revendedor autorizado de la red de distribución del constructor de una determinada marca de automóviles ni intermediario con mandato en el sentido del punto 11 del artículo 3 de dicho Reglamento, ejerza una actividad de importación paralela y de reventa independiente de vehículos nuevos de dicha marca
11.03.97	C-264/95 P	Desestimación del recurso
18.03.97	C-282/95 P	Desestimación del recurso
18.03.97	C-343/95	El artículo 86 TCE debe interpretarse en el sentido de que una actividad de vigilancia anticontaminación cuyo ejercicio hayan encargado los poderes públicos a una entidad de Derecho privado en un puerto petrolero de un Estado miembro no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo, ni siquiera en el supuesto de que se obligue a los usuarios del puerto a pagar una remuneración destinada a financiar tal actividad
24.04.97	C-39/96	La validez provisional de una práctica colusoria acordada antes de la entrada en vigor del Reglamento n.º 17, notificada a la Comisión antes del 1 de noviembre de 1962, únicamente finaliza cuando la Comisión se haya pronunciado, en sentido afirmativo o negativo, sobre ella. Una práctica colusoria debidamente notificada, acordada antes de la entrada en vigor del Reglamento n.º 17, únicamente disfruta de la validez provisional si se mantienen sin cambios los términos del acuerdo o, en caso de que hubiere modificaciones, si estas últimas no tienen por efecto reforzar o ampliar los efectos restrictivos del acuerdo
05.06.97	C-41/96	Ni las disposiciones del artículo 85.3 TCE ni las del Reglamento (CEE) n.º 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
		del artículo 95.3 a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una jurisprudencia nacional en materia de competencia desleal conforme a la cual un sistema de distribución selectiva, aunque esté exento con arreglo a estas disposiciones, sólo es oponible a terceros si es estanco
17.07.97	C-219/95 P	Desestimación del recurso
11.11.97	C-359/95 P y C-379/95 P	Anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, Ladbroke Racing/Comisión (T-548/93)

2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
10.09.97	C-59/96	Casper Koelman c. Comisión europea	Reglamento 17. Desestimación de una denuncia. Motivación	I-4809

II. 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, 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>
14.01.97	C-169/95	Reino de España c. Comisión europea	Ayudas a la construcción de una fundición en la provincia de Teruel	I-135
20.03.97	C-24/95	Land Theinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH	Recuperación. Aplicación del derecho nacional. Límites	I-1591
15.04.97	C-292/95	Reino de España c. Comisión Europea	Recurso de anulación. Directrices sobre ayudas estatales al sector de los vehículos de motor. Prórroga con efecto retroactivo. Apartado 1 del artículo 93 TCE	I-1931
15.05.97	C-278/95 P	Siemens SA c. Comisión europea	Recurso de casación. Ayudas generales. Calificación de las ayudas	I-2507
15.05.97	C-355/95 P	Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) c. Comisión europea	Decisiones de la Comisión por las que se suspende el pago de determinadas ayudas hasta la devolución de las ayudas anteriores contrarias a Derecho	I-2549

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
09.12.97	C-353/95 P	Tiercé Ladborke SA c. Comisión europea	Exacción sobre la recaudación de las apuestas sobre las carreras de caballos. Transferencia de fondos a una empresa establecida en otro Estado miembro	

En el gráfico siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
14.01.97	C-169/95	Desestimación del recurso
20.03.97	C-24/95	En virtud del Derecho comunitario, la autoridad competente está obligada, ateniéndose a una Decisión definitiva de la Comisión que declara la incompatibilidad de la ayuda y exige su recuperación: — a anular de oficio el acto por el que se concedió una ayuda otorgada ilegalmente, aun cuando haya dejado transcurrir el plazo previsto al efecto por el Derecho nacional en interés de la seguridad jurídica — a anular el acto por el que se concedió la ayuda otorgada ilegalmente, aun cuando dicha autoridad sea hasta tal punto responsable de la ilegalidad de dicho acto que su anulación resulte, frente al destinatario de la ayuda, contraria a la buena fe, toda vez que dicho destinatario no pudo depositar una confianza legítima en la legalidad de la ayuda por no haberse observado el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado — a anular el acto por el que se concedió una ayuda otorgada ilegalmente, aun cuando el Derecho nacional lo excluya por desaparición del enriquecimiento cuando no haya mala fe del destinatario de la ayuda
15.04.97	C-292/95	Anular la Decisión de la Comisión por la que se proroga, con carácter retroactivo, a partir del 1 de enero de 1995, la decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992, que, a su vez, había prorrogado la vigencia de las directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector de los vehículos de motor
15.05.97	C-355/95 P	Desestimación del recurso
15.05.97	C-278/95 P	Desestimación del recurso
09.12.97	C-353/95 P	Desestimación del recurso

2. AUTOS DICTADOS

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>	<i>Rec.</i>
30.04.97	C-87/97 P	Moccia Irme SpA c. Comisión europea	Suspensión de la ejecución. Interés para ejercitar la acción	I-2327
06.10.97	C-55/97 P	Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AUIFFASS) y Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) c. Comisión europea	Recurso de casación. Letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92 TCE. Sector textil. Error manifiesto de apreciación. Exceso de capacidad Admisibilidad	I-5383

1. ESPAÑA

— Ley 18/1997, de 10 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

— En el Anexo de la Constitución 1978 (últimas enmiendas de la primera modificación constitucional) en la Ley Orgánica del Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1997 (modificación de la Ley Orgánica de 1 de febrero y letra e) de la actividad económica. En el año 1997 también se han introducido modificaciones en el artículo 103 de la Constitución (artículo 4 bis) y en el artículo 104 de la Constitución (artículo 4 bis).

QUINTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

— El artículo 103 de la Ley 18/1997 dispone el estudio de un texto articulado 46 a la luz del siguiente proyecto:

«Una. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio para la decisión final a contar desde la recepción del escrito. Dichos plazos se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cualquier recurso en que la Ley prevea la suspensión, así como cuando sea necesario la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencias de otros países. De igual modo, el Servicio podrá, por causa de la necesidad de instrucción a los interesados.

Transcurrido el plazo anterior, así como al finalizar dicho proceso el expediente al Tribunal para su resolución o haberse acordado su subsanación, se procederá, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado a declarar su caducidad.

Dos. El Tribunal de Justicia intervendrá en el procedimiento de declaración a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones prejudiciales en que la Ley prevea la suspensión, se interponga recurso y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la revisión de dicho expediente para mejor proveer por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, o se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la coordinación con el procedimiento ante los órganos competentes al que se remite para su tramitación final, así como para la prosecución de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Transcurrido dicho plazo desde el vencimiento del plazo anterior, el Tribunal de Justicia dictará resolución, procedente de oficio o a requerimiento de cualquier interesado, o declarar la caducidad del procedimiento.»

I. ESPAÑA

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En el Anuario de la Competencia 1996 dábamos cuenta de la primera modificación introducida en la LDC mediante el Real Decreto-Ley, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. En el año 1997 también se han introducido ligeras modificaciones que intentan perfilar la LDC en orden a mejorar su aplicabilidad. No se trata de modificaciones estructurales.

El artículo 100 de la Ley 66/1997 dispone el añadido de un nuevo artículo 56 a la LDC con el siguiente redactado:

«Uno. El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio será de dieciocho meses a contar desde la incoación del mismo. Dicho plazo se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley, o del planteamiento de cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, así como cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países. En tales casos, el Servicio deberá dar cuenta de la resolución de interrupción a los interesados.

Transcurrido el plazo anterior sin que el Servicio hubiere remitido el expediente al Tribunal para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

Dos. El Tribunal dictará resolución en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento.»

En relación con este nuevo precepto, la Disposición Transitoria duodécima de la Ley 66/1997 establece bajo el título «Régimen transitorio de los procedimientos en materia de defensa de la competencia» lo siguiente:

«Uno. El plazo máximo de duración de la fase de procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, regulado en el artículo 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, será de aplicación a aquellos procedimientos que se inicien a partir de 1 de enero de 1998.

Dos. Igualmente, el plazo máximo en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución de conformidad con el artículo 56. Dos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se aplicará a aquellos expedientes admitidos a trámite por el Tribunal a partir de 1 de enero de 1998.»

El objetivo central de la introducción de un nuevo artículo 56 en la LDC es establecer unos límites temporales a la duración del expediente sancionador ante el SDC y el TDC. El dato más significativo de esta modificación es indudablemente la fijación de la duración en 18 meses ante el SDC y en 12 meses ante el TDC. No obstante, es indudable que estos plazos pueden ser objeto de distintas matizaciones, como puede ser por ejemplo que su cómputo se inicia en el momento de incoación del expediente sancionador de modo que puede transcurrir determinado período de tiempo con anterioridad que no imputará a efectos de los señalados 18 meses.

La estructuración del expediente sancionador desde una perspectiva temporal en 18 meses ante el SDC y en 12 meses ante el TDC (que lógicamente son plazos máximos y que por tanto deberá tenderse a su reducción) obliga a efectuar tres reflexiones. En primer lugar, traer a colación la excesiva duración de los expedientes administrativos hasta su culminación. En la mayoría de ocasiones son períodos temporales que pueden llegar a hacer dudar de la virtualidad del derecho de la competencia a muchos operadores económicos. Seguramente, más medios a disposición del SDC y del TDC permitirán reducir los plazos de la acción administrativa. Esta reducción es necesaria para dotar de mayor operatividad al derecho de la competencia.

En segundo lugar, no se puede obviar que los plazos establecidos son extensos en comparación con los fijados para otros procedimientos sancionadores. Es evidente que la aplicación del derecho de la competencia es extremadamente compleja y que requiere en muchas ocasiones un exhaustivo trabajo de los órganos competentes para acreditar suficientemente la existencia de conductas infractoras. En todo caso, es preciso aumentar los medios de todo orden a disposición de la administración pública para tender a reducir al máximo posible la duración de los expedientes sancionadores.

En tercer lugar, la duración establecida delata que el sistema organizativo para la aplicación del derecho de la competencia establecido en la LDC, o quizá su operatividad práctica, tiene alguna disfunción. El nuevo artículo 56 de la LDC fija un plazo de 18 meses ante el SDC y de 12 ante el TDC. Esto es, en el marco de la LDC, 18 meses para la instrucción y 12 para la resolución. No parece de recibo entonces que la labor de resolución del expediente del TDC precise dos tercios del tiempo que requiere su instrucción. Si en verdad el TDC cumple estrictamente funciones de resolución no resulta lógico el período establecido.

La Ley 66/1997 contiene otro precepto referido a la LDC. Concretamente su Disposición adicional séptima que bajo el título «Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia» dispone:

«Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Esta Disposición adicional séptima viene a confirmar la aplicación de la Ley 30/1992 para completar las disposiciones organizativas y procedimentales en la LDC. Este criterio ya lo habíamos sostenido con anterioridad (Derecho administrativo de la defensa de la competencia) y ahora la Ley 66/1997 lo refrenda con un pronunciamiento formal.

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, Documentos COM, o incluso proyectos que no tienen valor jurídico, pero que no obstante son esenciales o pueden llegar a serlo 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 relativa a los acuerdos de menor importancia (DOCE C372, 09.12.1997).

Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE C313, 15.10.1997).

Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE C372, 09.12.1997).

Comunicación de la Comisión relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo (DOCE C23, 23.01.1997).

B. Exenciones por categorías

Reglamento (CE) n.º 2236/97 de la Comisión, de 10 de noviembre de 1997, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) números 417/85 y 418/85 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización y de acuerdos de investigación y desarrollo (Texto pertinente a los fines del EEE) (DOCE L306, 11.11.1997).

Libro verde sobre restricciones verticales y la política de competencia comunitaria, de 22 de enero de 1997 (Documento COM(96)721).

Reglamento (CE) n.º 1582/97, de 30 de julio de 1997, sobre modificación de los Reglamentos n.º 1983/83 y n.º 1984/83 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, respectivamente, de distribución exclusiva y de compra exclusiva (DOCE L214, 06.08.1997).

C. Transportes

Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas de competencia al transporte aéreo (DOCE C165, 31.05.1997).

2. AYUDAS PÚBLICAS

A. En general

Comunicación relativa al método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DOCE C273, 09.09.1997).

Comunicación de la Comisión a los Estados miembros con arreglo al apartado 1 del artículo 93 del Tratado CE por la que se aplican los Artículos 92 y 93 del Tratado al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DOCE C281, 17.09.1997).

B. Ayudas horizontales

Comunicación sobre el control de las ayudas de Estado y la reducción de los costes laborales (DOCE C1, de 03.01.1997).

Encuadramiento sobre ayudas de Estado a las empresas en zonas urbanas desfavorecidas (*DOCE* C146, 14.05.1997).

Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (*DOCE* C209, 10.07.1997).

Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (*DOCE* C283, 19.09.1997).

Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (*DOCE* C262, 28.08.1997).

Proyecto, de 4 de noviembre de 1997, de encuadramiento de las ayudas a la formación (no publicado).

Proyecto de nueva directiva relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (no publicado).

C. Ayudas regionales

Comunicación de 16 de diciembre de 1997, relativa a la política regional y a la política de competencia-Incremento de su concentración y coherencia (*DOCE* C90, 26.03.1998).

Directrices comunitarias multisectoriales, de 16 de diciembre de 1997, sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión (*DOCE* C107, 07.04.1998).

D. Ayudas sectoriales

Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al sector de los vehículos de motor (*DOCE* C279, 15.09.1997).

Reglamento (CE) n.º 2600/97 del Consejo, de 19 de diciembre, que modifica el Reglamento n.º 3094/95 sobre ayudas al sector naval (*DOCE* L351, 23.12.1997).

*Reglamento (CE) n.º 1013/97 del Consejo, de 2 de junio) sobre ayudas a la construcción naval en reestructuración (*DOCE* L ::::).

Reglamento (CE) n.º 543/97 del Consejo, de 17 de marzo, 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 (*DOCE* L84, 26.03.1997).

Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo (*DOCE* C205, 05.07.1997).

Normas específicas al sector de la agricultura y al de la pesca para las ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (*DOCE* C283, 19.09.1997).

Directrices para el examen de las ayudas de Estado en el sector de la pesca y la acuicultura (*DOCE* C100, 27.03.1997).

Libro Verde relativo a los puertos y a las infraestructuras marítimas (Documento COM(97) 678 final, 10.12.1997).

3. LIBERALIZACIÓN

A. Telecomunicaciones

Decisión de la Comisión 97/114/CE, de 27 de noviembre de 1996, relativa a los plazos adicionales solicitados por Irlanda para la aplicación de las Directivas 90/388/CEE y 96/2/CE de la Comisión, por lo que respecta a la plena competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (El texto en lengua inglesa es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L41, 12.02.1997).

Decisión de la Comisión 97/310/CE, de 12 de febrero de 1997, relativa a la concesión a Portugal de plazos adicionales para la aplicación de las Directivas 90/388/CEE y 96/2/CE por lo que respecta a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (El texto en lengua portuguesa es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L133, 24.05.1997).

Decisión de la Comisión 97/568/CE, de 14 de mayo de 1997, relativa a la concesión a Luxemburgo de plazos adicionales para la aplicación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión en lo que respecta a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (El texto en lengua francesa es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L234, 26.08.1997).

Decisión de la Comisión 97/607/CE, de 18 de junio de 1997, relativa a la concesión de plazos adicionales solicitados por Grecia para la aplicación de la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (El texto en lengua griega es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L245, 09.09.1997).

Decisión de la Comisión 97/606/CE, de 26 de junio de 1997, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes (Los textos en lenguas francesa y neerlandesa son los únicos auténticos) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L244, 06.09.1997).

Decisión de la Comisión 97/603/CE, de 10 de junio de 1997, relativa a la concesión a España de plazos adicionales para la aplicación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión en lo que respecta a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (El texto en lengua española es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE* L243, 05.09.1997).

Comunicación de la Comisión de 2 de mayo de 1997 sobre la aplicación de la Directiva n.º 90/388/CEE a los servicios de telefonía en Internet (*DOCE C6*, 10.01.1998).

*Proyecto de Directiva del apartado 3 del artículo 90 sobre la separación jurídica entre las actividades de cable y de telecomunicaciones (*DOCE C::*).

B. Transportes

Decisión de la Comisión, 97/744/CE, de 21 de octubre de 1997, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE relativa a las disposiciones en materia laboral de la legislación portuaria italiana (El texto en lengua italiana es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE L301*, 05.11.1997).

Decisión de la Comisión 97/745/CE, de 21 de octubre de 1997, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE y relativa a las tarifas de pilotaje en el puerto de Génova (El texto en lengua italiana es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE) (*DOCE L301*, 05.11.1997).

C. Servicios postales

Directiva n.º 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (*DOCE L15*, 21.01.1998).

Comunicación de la Comisión, de 17 de diciembre de 1997, sobre la aplicación de las normas de competencia al sector postal (*DOCE C39*, 06.02.1998).

4. CONTROL DE CONCENTRACIONES

Reglamento (CE) n.º 1310/97 del Consejo de 30 de junio por el que se modifica el Reglamento n.º 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE L180*, 09.07.1997, corr. er. *DOCE L40*, 13.02.1998).

SEGUNDO PLAN DE LIBERALIZACIÓN Y REACTIVACIÓN ECONÓMICA. MADRID, 21 DE FEBRERO DE 1987 (SEC) *

SEXTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

El Consejo de Ministros, en el marco del Segundo Plan de liberalización y de impulso de la actividad económica, con el objetivo de impulsar la capacidad competitiva de nuestros sectores productivos y que contribuya en una mayor medida a:

El plan contiene un amplio conjunto de medidas de liberalización dirigidas a potenciar la flexibilidad de la oferta productiva y la eficiencia en el funcionamiento de los mercados, para dar respuesta tanto a las necesidades de los consumidores como a las necesidades de la Unión Monetaria.

No en vano, el proceso de integración europea conlleva la necesidad de tipo de cambios sobre todo en el campo de las relaciones, lo que exige adoptar medidas que permitan un mayor grado de adaptación al crecimiento del empleo y estabilidad de precios, siempre a expensas de las ganancias brutas, una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos y una mayor competitividad de nuestras empresas. Solo así se podrá potenciar la capacidad competitiva de la economía española, incorporándola a un contexto en el que las condiciones están marcadas por una y otra parte se diferencian.

Para garantizar la rigida entrada en vigor del Plan, el Consejo de Ministros le encomendó las tareas de regulación y control del salario y la demanda delegada del Gobierno para Anuncios Económicos y otros. Su tramitación se llevará a cabo a través de Decretos con rango de Ley, Real Decreto y Orden Ministerial, así como de resoluciones de la propia. Los planes para su efectiva puesta en marcha deberán proceder, del dictamen, cambios normativos de los modelos.

Con este Plan, el Gobierno quiere a demostrar su voluntad de responder, puesto ya se manifiesta en el primer paquete. Queremos en respuesta al pasado mes de junio y que los determinantes se sitúan positivos sobre la economía, la estabilidad de precios y la competitividad de los mercados. Algunos de los medidas aprobadas incluyen: regulación de precios para los productos de la liberalización de los sectores y otros los sectores relacionados y relacionados y otros sectores con una regulación específica de medidas.

* El Segundo Plan de liberalización y reactivación económica se encuentra en la web del Consejo de Ministros en el día 21 de febrero de 1987 firmado por el Consejo de Ministros para la Comisión.

SEGUNDO PLAN DE LIBERALIZACIÓN Y REACTIVACIÓN ECONÓMICA. MADRID, 21 DE FEBRERO DE 1997 (SEC) *

El Consejo de Ministros ha aprobado hoy un «Plan de liberalización y de impulso de la actividad económica» con el objetivo de impulsar la capacidad competitiva de nuestro aparato productivo, que redunde en una mayor generación de empleo.

El plan contiene un amplio conjunto de medidas de liberalización dirigidas a incrementar la flexibilidad de la oferta productiva y la eficiencia en el funcionamiento de los mercados, para dar respuesta tanto a las necesidades de los consumidores como a los retos derivados de la Unión Monetaria.

No en vano, el proceso de integración europea conlleva la renuncia al tipo de cambio como instrumento de política económica, lo que exige adoptar medidas que garanticen un entorno de recuperación, de crecimiento del empleo y estabilidad de precios, elementos imprescindibles para lograr una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos y una mayor competitividad de nuestras empresas. Sólo así se podrá potenciar la capacidad competitiva de la economía española, adecuándola a un contexto en el que las diferencias entre mercado nacional y europeo se diluyen.

Para garantizar la rápida entrada en vigor del Plan, el Consejo de Ministros ha encomendado las tareas de seguimiento y control del mismo a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE). Su tramitación se llevará a cabo a través de Normas con rango de Ley, Real Decreto u Orden Ministerial, así como de acuerdos de la CDGAE. Los plazos para su efectiva puesta en marcha derivan, precisamente, del diferente carácter normativo de las medidas.

Con este Plan, el Gobierno vuelve a demostrar su voluntad reformadora, puesta ya de manifiesto en el primer paquete liberalizador aprobado el pasado mes de junio y que ha demostrado su efecto positivo sobre la economía, la estabilidad de precios y la confianza de los mercados. Algunas de las medidas aprobadas entonces suponían un primer paso hacia la liberalización de los sectores y ahora han sido reforzadas y ampliadas a otros sectores con este segundo conjunto de medidas.

* Resumen del Segundo Plan de liberalización y reactivación económica incluido en la referencia del Consejo de Ministros del día 21 de febrero de 1997 elaborada por la Secretaria de Estado para la Comunicación.

NUEVO PLAN DE LIBERALIZACIÓN Y REFORMAS ESTRUCTURALES

<i>Sectores</i>	<i>Medidas</i>	<i>Desarrollo</i>
<p><i>Telecomunicaciones.</i> Asegurar la apertura del mercado a la competencia y la libre iniciativa de los agentes económicos</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Nueva Ley General de Telecomunicaciones, que sustituya a la actual. Regulación del servicio universal (garantía de la extensión de los servicios fundamentales a un precio asequible). Pasar de un régimen de concesión administrativa a otro de autorización reglada con condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias — Nuevo plan de numeraciones — Condiciones y tarifas de Interconexión — Puesta en marcha efectiva del 2.º operador en torno a Retevisión — Operadores de cable: podrán dar servicio de telefonía en sus demarcaciones desde enero de 1998 — Liberación total de las cabinas telefónicas de uso público — Continuación del proceso de liberalización de la distribución de Televisión: Supresión del carácter de servicio público de las televisiones locales y autonómicas, que pasan de un régimen de concesión a autorización reglada, limitado por la capacidad del espectro radioeléctrico 	<p>Elaboración Nueva Ley General de Telecomunicación</p> <p>Orden Ministerial</p> <p>Decreto</p> <p>Modificación Ley de TV Local</p> <p>Nueva Ley de TV Autonómica</p>
<p><i>Suelo y Vivienda.</i> Aumentar la cantidad de suelo urbanizable y reducir su impacto sobre el coste de la vivienda</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Nueva Ley de Suelo. Mayor oferta de suelo urbanizable. Abaratar su coste. Se favorece la competencia entre propietarios de suelo. Se agiliza el procedimiento urbanístico. Redefinición del contenido económico de la propiedad del suelo — Nuevo Plan de Vivienda. Se persigue una mayor eficacia del gasto público en la promoción del acceso de los ciudadanos de menor renta a la vivienda, eliminando las disfunciones actuales — Desarrollo y potenciación de la vivienda en alquiler. Se solventa el déficit español en este régimen de vivienda, facilitar la movilidad geográfica y reducir su coste. Fondos y Sociedades de Inversión Inmobiliaria. Incremento de la seguridad jurídica en las relaciones privadas de alquiler 	<p>Ley de Suelo</p> <p>Real Decreto</p> <p>Ley sobre régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y Desarrollo LAU</p>
<p><i>Defensa de la Competencia.</i> Reforzar el Sistema de Defensa de la Competencia y dotarlo de instrumentos eficaces para su actuación</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Reforzar el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia: Integración de la fase de instrucción de expedientes en el Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente corresponde al Servicio de Defensa de la Competencia de la Secretaría de Estado de Economía). Mayor eficacia y ejecutividad de las resoluciones del Tribunal. Recurso de las resoluciones ante el Tribunal Supremo. Incremento de los recursos y medios humanos disponibles. Presupuesto autónomo 	<p>Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia y su normativa</p>

<i>Sectores</i>	<i>Medidas</i>	<i>Desarrollo</i>
<p><i>Reformas del Ordenamiento jurídico y económico.</i> Potenciar la seguridad y agilidad del tráfico mercantil, facilitar la libre competencia entre empresas e incrementar la eficacia de los mercados</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Reforma y unificación de la Legislación Concursal: Regulación de la suspensión de pagos (falta de liquidez) y concurso de acreedores (insolvencia). Reducción del número de los créditos privilegiados. Especialización judicial y acortamiento de plazos — Regulación del contrato de Leasing. Procedimiento específico para la recuperación de los bienes cedidos de arrendamiento financiero — Incremento de la seguridad jurídica de las empresas de Factoring — Desarrollo reglamentario del contrato de Franquicia. Desarrollo reglamentario, creación del Registro de Franquiciadores, contenidos mínimos del contrato 	<p>Nueva Ley Concursal</p> <p>Ley sobre Leasing</p> <p>Modificación Código Comercio y Civil y reforma Ley de Contratos Admones. Públicas Real Decreto de desarrollo de la Ley del Comercio Minorista</p>
<p><i>Estatuto del Usuario de Servicios Públicos.</i> Eliminar trabas administrativas, simplificar las relaciones del ciudadano con la Administración y mejorar la calidad de los Servicios Públicos</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Determinación de baremos técnicos de los servicios — Fomento de la calidad de los servicios — Articulación de un sistema de reclamaciones en caso de insuficiencias del servicio — Simplificación de las obligaciones del ciudadano frente a la Administración. Facilitar su cumplimiento — Reducción de trámites y acreditaciones — Generalización del silencio administrativo positivo — Sistema intercomunicado de registros y normalización de solicitudes y comunicaciones administrativas 	<p>Ley</p>
<p><i>Infraestructuras.</i> Favorecer el desarrollo de infraestructuras públicas que garanticen la competitividad de la economía. Mayor participación de la iniciativa privada</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Modernización y desarrollo de los instrumentos que fomenten la cofinanciación privada — Regulación de los instrumentos de contratación administrativa. Eliminar las rigideces que elevan los costes presupuestarios 	
<p><i>Sistema Financiero y Previsión Social.</i> Mejorar los instrumentos de financiación empresarial e impulsar el ahorro estable a largo plazo. Reducir los costes actuales de financiación de las empresas, derivados de su excesiva dependencia de la financiación a corto plazo</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Mejora de los sistemas de garantías para facilitar el acceso a financiación más barata y a más largo plazo — Desarrollo de los mercados de capitales, fomentando instrumentos como el capital riesgo, titulización de activos no hipotecarios y emisiones de renta fija privada — Autorización a las Instituciones de Inversión Colectiva (IICC) a invertir parte de sus carteras en activos no cotizados 	<p>Modificación del régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca y desarrollo reglamentario Nueva Ley Reguladora del capital riesgo y Real Decreto sobre titulización de activos no hipotecarios Modificación norma reguladora de las IICC</p>

<i>Sectores</i>	<i>Medidas</i>	<i>Desarrollo</i>
	<p>— Incrementar el ahorro a largo plazo, como complemento del sistema público de previsión social. Potenciación de la presencia de inversores institucionales en el mercado financiero español. Reforma del tratamiento fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones y de su grado de liquidez</p>	<p>Reforma de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y desarrollo de Ley del Seguro Privado, de acuerdo con el informe de la Subcomisión constituida en el Congreso</p>
<p><i>Transportes y Puertos.</i> Mejorar la calidad, la seguridad y los precios de los transportes</p>	<p>— Carreteras: Plan de nuevas autopistas de concesión, con la participación de financiación privada en determinadas obras. Negociación de la rebaja de los peajes de las autopistas</p> <p>— Aeropuertos: Solucionar los problemas del funcionamiento aeroportuario con procedimientos más simples y costes más baratos. Avanzar en la liberalización del servicio de handling. Nueva Ley de Aeronáutica Civil</p> <p>— Ferrocarril. Aplicar la Directiva comunitaria que prevé la separación de infraestructura y servicios y autoriza la subvención de servicios ferroviarios de interés público. Revisar el contrato programa Renfe. Acelerar la puesta en marcha del GIF para canalizar la financiación privada</p> <p>— Transporte en carretera: Renovación del parque móvil de vehículos industriales (30% sobrepasa los 10 años de antigüedad). Línea de crédito bonificada con el ICO para la sustitución de vehículos industriales que se den de baja con antigüedad superior a 10 años</p> <p>— Transporte marítimo: Garantizar la calidad en las líneas que conectan la Península con los Archipiélagos, Ceuta y Melilla, y establecer los tráficos de interés público. Potenciar los servicios de salvamento marítimo</p> <p>— Puertos: Promover la autonomía de gestión de cada puerto, con mecanismos que eviten la competencia desleal</p> <p>— Marina Mercante: Reglamento de los servicios regulares de transporte marítimo de cabotaje. Definición de las líneas marítimas de interés público (finalización del contrato-programa entre el estado y Cía. Transmediterránea)</p>	<p>Elaborar Ley de Aeronáutica Civil</p> <p>Modificar la Ley de Ordenación del Transporte terrestre Acuerdo de CDGAE sobre contrato programa Acuerdo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos (CDGAE)</p> <p>Real Decreto para aplicar el Reglamento sobre navegación de interés público</p> <p>Modificación de la Ley de Puertos y acuerdo de la CDGAE Real Decreto que aprueba el reglamento. Acuerdo Consejo de Ministros</p>
<p><i>Energía y Carburantes.</i> Mejorar la competitividad del sector, en calidad y precios, por su repercusión sobre la economía</p>	<p>— Liberalización y desregulación de los diferentes subsectores energéticos</p> <p>— Electricidad. Liberalización de la actividad de generación. Desarrollo del Protocolo eléctrico para fomentar la competencia y establecer los criterios de regulación de su distribución. Traslado inmediato a precios de las rebajas en las tarifas</p> <p>— Gas. Mejorar la eficiencia para reducir costes energéticos de toda la economía. Revisar las fórmulas de cálculo de precios máximos</p>	<p>Reforma de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico y de la tarifa de las empresas gestoras de servicio Reforma de la Orden Ministerial de cálculo de precios</p>

<i>Sectores</i>	<i>Medidas</i>	<i>Desarrollo</i>
	<p>Potenciar la penetración del gas natural en la generación de energía eléctrica, que autorregularán las empresas de ambos sectores</p> <p>— Carburantes. Mayor liberalización y competencia en la distribución. Eliminación de barreras para avanzar en la libre fijación de precios</p>	<p>Modificación Ley 25/1988 y disposiciones de desarrollo</p>
<p><i>Sector Tabaquero.</i> Eliminar los monopolios relacionados con el tabaco</p>	<p>— Liberalizar de forma efectiva la importancia y comercio mayoristas de labores del tabaco de procedencia comunitaria</p>	<p>Modificar Ley del Monopolio Fiscal de Tabacos</p>
<p><i>Aguas y Costas.</i> Optimizar el aprovechamiento del agua e impulsar la actividad económica en defensa del medio ambiente</p>	<p>— Establecer mecanismos que optimicen las asignaciones de derechos privativos en el interés general. Liberalizar la desalación de agua de mar. Facilitar la transmisión de los derechos concesionales sobre el uso privativo del agua. Promocionar la autogestión de acuíferos por los usuarios. Crear nuevo régimen de reutilización de aguas residuales depuradas</p> <p>— Desarrollar nuevas fórmulas de financiación para realizar grandes inversiones sin incrementar el déficit ni condicionado a la previa dotación presupuestaria. Hacer participar a contratistas y beneficiarios en el pago de la infraestructura</p> <p>— Impulsar la actividad económica mediante inversiones públicas de carácter medioambiental. Aprovechamiento máximo de los Fondos de Cohesión</p>	<p>Aprobar la Ley de Reforma de la Ley de Aguas</p> <p>Desarrollar artículo 173 de la Ley de Acompañamiento y formalizar los contratos de construcción y explotación de obras de dentro de un Plan Nacional de Inversiones Nuevo Plan de Infraestructuras Públicas medioambientales</p>
<p><i>Calidad Ambiental.</i> Fomentar mayor protección y conservación del medio ambiente</p>	<p>— Aplicar fórmulas para crear sistemas integrados de gestión de residuos de envases. Acuerdo entre los agentes económicos para el reciclado y valoración de estos residuos. Colaboración voluntaria para reducir el impacto de los residuos sobre el medio ambiente</p> <p>— Incentivos económicos y financieros para inversiones en proyectos de mejora de la protección ambiental y de adecuación de las instalaciones a la normativa vigente. Articular subvenciones a fondo perdido o la bonificación de intereses para inversiones privadas de carácter medioambiental</p>	<p>Promulgación del Reglamento de la Ley de Envases y residuos</p> <p>Desarrollar artículo 16 de la Ley de Acompañamiento sobre deducción por inversiones medioambientales. Establecer los instrumentos jurídicos recogidos en los Presupuestos Generales de 1997</p>

Sector	Medidas	Desarrollo
<p>Gobierno de las Empresas. Impulsar el debate sobre la eficacia y capacidad de gestión de los órganos de administración de las empresas</p>	<p>— Creación de una Comisión especial para el estudio del régimen jurídico de los Consejos de Administración en las Sociedades. Realizará un informe acerca del régimen jurídico de los Consejos de Administración, su problemática actual y posibles alternativas de actuación. Se constituirá con Vocales procedentes del sector privado y expertos en la materia. Plazo de cuatro meses desde su constitución para trasladar su informe al Vicepresidente segundo y Ministro de Economía y Hacienda</p>	<p>Orden Ministerial.</p>
<p>...</p>	<p>...</p>	<p>...</p>
<p>...</p>	<p>...</p>	<p>...</p>
<p>...</p>	<p>...</p>	<p>...</p>

THE OECD REPORT ON REGULATORY REFORM. SUMMARY

Abstract

La regulación constituye un importante instrumento de los Gobiernos para conseguir los objetivos públicos que persiguen. No obstante, en momentos de profundo y rápido cambio en las condiciones sociales y económicas existen riesgos de que la regulación devenga un obstáculo para conseguir el bienestar social y económico para el cual ha sido formulada. Los Gobiernos son responsables de revisar sus propias regulaciones y procedimientos para asegurar que promueven eficiente y efectivamente el bienestar social y económico de los ciudadanos. El documento de la OCDE analiza los efectos de la reforma de la regulación, como mantener los objetivos públicos y las estrategias para una reforma con éxito.

This Report responds to the 1995 request by OECD Ministers that the OECD examine the significance, direction, and means of reform in regulatory regimes in Member countries. Its policy conclusions and recommendations are derived from the experiences and challenges faced by Member governments in their drive to reform regulatory regimes. Those experiences have been researched and analysed in depth by the OECD over the past two years.

We believe that the extensive work done by the OECD, as distilled in this Report to Ministers, and the accompanying Synthesis Report and sectoral and thematic chapters published separately, amply demonstrates the many benefits that can flow from a successful reform programme. Regulatory reform that enhances competition and reduces regulatory costs can boost efficiency, bring down prices, stimulate innovation, and help improve the ability of economies to adapt to change and remain competitive. Properly done, regulatory reform also can help governments promote other important policy goals, such as environmental quality, health, and safety. Finally, country experience convinces us that the unavoidable disruptions which can accompany reform can be addressed by complementary policies and actions.

The recommendations in this Report constitute a plan for action. In May 1997, Ministers welcomed this Report and agreed to work to implement its recommendations in their countries. Ministers asked the OECD to conduct reviews of regulatory reform efforts in Member countries beginning in 1998, based in part on self-assessment, and noted that further work will be carried out in sectoral and policy areas.

One conclusion that emerges from our work is that the most important ingredient for successful regulatory reform is the strength and consistency of support at the highest political level. Ministers have a direct role to play in assuring that strong political leadership will overcome vested interests in both public and private sectors which benefit from the status quo and resist beneficial change.

But Ministers and elected leaders cannot accomplish the necessary changes alone. Open dialogue and communication is also an indispensable part of the process. It can strengthen the voices of those who support and will benefit from reform. Important allies in the reform process include businesses which will gain from low cost, high quality goods and services inputs; consumers; and employees and their representatives in fields in which job creation and wage growth are constrained by unnecessary regulatory restrictions.

I would like to thank the many dedicated staff members of the OECD Secretariat who devoted long hours to compiling, analysing, and synthesising the wealth of material that went into this Report. I also thank our many outside advisors —representatives of Member governments, particularly members of the Ad Hoc Advisory Group on Regulatory Reform; and members of the Business and Industry Advisory Committee (BIAC) and the Trade Union Advisory Committee (TUAC)— who contributed important suggestions for additions and improvements.

Joanna R. SHELTON
Deputy Secretary-General

INTRODUCTION

A central function of any democratic government is to promote the economic and social well being of its people. Governments seek to meet that objective in a wide variety of ways, including through policies aimed at macroeconomic stability, increased employment, improved education and training, equality of opportunity, promotion of innovation and entrepreneurship, and high standards of environmental quality, health, and safety. Regulation also is an important tool that has helped governments make impressive gains in attaining these and other desirable public policy goals.

There is a real risk, however, particularly in a time of profound and rapid change in economic and social conditions, that regulations can become an obstacle to achieving the very economic and social well being for which they are intended. Regulations which impede innovation or

create unnecessary barriers to trade, investment, and economic efficiency; duplication between regulatory authorities and different layers of government, and even among governments of different countries; the influence of vested interests seeking protection from competition; and regulations that are outdated or poorly designed to achieve their intended policy goals are all part of the problem.

All governments have a continuing responsibility to review their own regulations and regulatory structures and processes to ensure that they promote efficiently and effectively the economic and social well being of their people. A growing number of countries —OECD and non-OECD alike— have embarked in recent years on ambitious programmes to reduce regulatory burdens and improve the quality and cost effectiveness of regulations that remain. The OECD Report on Regulatory Reform, requested by OECD Ministers in 1995, aims to help governments assess, and improve, the quality of their regulatory regimes.

WHY REFORM REGULATION?

A fundamental objective of regulatory reform is to improve the efficiency of national economies and their ability to adapt to change and to remain competitive. Reform that sharpens competitive pressures provides powerful incentives for firms to become more efficient, innovative and competitive. These improvements can boost the productivity of entire industries and often bring sharp and swift price reductions and improvements in the quality and range of products and services, to the benefit of consumers and user industries. Reform that reduces business burdens and increases the transparency of regulatory regimes supports entrepreneurship, market entry, and economic growth that, in turn, should produce high paying, high quality jobs. Reform that reduces «red tape» and paperwork burdens for ordinary citizens —particularly in their role as tax payers— frees up valuable time and individual initiative.

Box 1: WHAT IS REGULATION AND REGULATORY REFORM?

In this report, regulation refers to the instruments by which governments place requirements on enterprises, citizens, and government itself, including laws, orders and other rules issued by all levels of government and by bodies to which governments have delegated regulatory powers.

- *Economic regulation* intervenes directly in enterprise and market decisions such as pricing, competition, market entry or exit.
- *Social regulation* protects values such as health, safety, the environment and social cohesion.
- *Administrative regulation* concerns government formalities and paperwork, so called «red tape».

- *Regulatory reform* aims at improving regulatory quality, be it the revision of a single regulation; of regulatory institutions; or improved processes for making regulations and managing reform.
- *Deregulation* is a subset of regulatory reform and refers to complete or partial elimination of regulation in a sector.

Another objective of reform is to improve governments' ability to achieve important public policy goals through more effective and lower cost regulatory approaches or alternative policy tools.

National governments are not isolated actors. Their actions and policies increasingly must take into account what is happening in other countries and, more particularly, the impact of their policies and actions on the ability of domestic firms and workers to adapt, compete, and exploit new opportunities. As tariffs and other border restrictions fall, and as services increase their share of tradeables, domestic regulations often remain as major impediments to an open, competitive market economy. Regulatory reform promotes the free flow of goods, services, investment and technology that benefits consumers, brings domestic firms up to international standards of performance, allows more efficient allocation of resources, and boosts GDP.

It is difficult to measure the precise cost of failure to reform, but it can be substantial. Delay heightens the cost of change in many cases. Moreover, in a world of rapid technological change, with growing numbers of new players engaged in international trade and investment, regulatory reform in OECD countries is not only desirable but necessary to enable economies to adapt more quickly to these changes and to help shift resources out of declining industries into emerging high growth activities. It also can contribute to harmonious international relationships by deepening socio-economic integration and improving mutual confidence across borders.

EFFECTS ON REGULATORY REFORM

Regulatory reform —economic, social and administrative— often brings major changes in the attitudes and behaviour of firms, workers, and individual citizens. This changed «culture» reinforces the effect of regulatory reform, by freeing up entrepreneurial and innovative energies within an economy.

Experiences in OECD countries show that regulatory reform, done properly, contributes to improvements in both economic and government performance. Box 2 shows selected examples of effects of reform in various sectors and policy areas. Effects on economic growth rates and output levels for the overall economy are more difficult to assess.

This is particularly true for the dynamic gains stemming from reform: innovation and job creation in other sectors resulting from reform in, for example, telecommunications or energy. Nonetheless, an illustrative modelling exercise conducted by the OECD suggests that the gains can be significant over time. Studies conducted in countries which have embarked on reform reinforce these estimates.

- More heavily regulated countries can expect to see increases in real GDP levels on the order of 3 to 6 percent after ambitious reform programmes, according to OECD models. Countries well advanced on the path of regulatory reform already have reaped some of those benefits and so stand to gain less from further reform.
- Australia assesses its gains from reform to be around 5.5 per cent of GDP. The European Single Market increased EU income by an estimated 1.5 per cent from 1987 to 1993; and the Commission projects even greater future gains. Japan estimates that reducing price and productivity gaps with the United States, primarily through regulatory reform, should increase GDP by several percentage points.

Box 2: EFFECTS OF REGULATORY REFORM: SOME EXAMPLES

Regulation is only one of many factors affecting economic performance, and the impact of reform can be difficult to distinguish from, for example, the impact of technological innovation. But experiences show that reform that enhances competition and opens markets helps to increase productivity, reduce prices, stimulate new and higher quality products and services, and boost output.

- *Overall consumer gains*: In Japan, efficiency gains from reform are boosting consumer income by about 0.3 per cent per year, or \$36 billion. In the United States, reform in several sectors provides annual benefits to consumers and producers of an estimated \$42 billion to \$54 billion.
- *Manufacturing*: In Europe, labour productivity grew twice as fast in those manufacturing sectors most affected by competition enhancing reforms of the Single Market Programme, compared to other sectors.
- *Telecommunications*: Competition helped consumers reap the benefits of innovation in this fast growing sector. Elimination of monopolies helped stimulate new technologies and increase the number of subscribers of cellular phones in OECD countries from 700,000 in 1985 to 71 million in 1995. After reform, average prices for telephone services fell by 63 per cent in the U.K. and 41 per cent in Japan; long distance prices fell by 66 per cent in Finland.
- *Air transport*: Following liberalisation in 1993 under the European Single Market, 800 new licences were granted in Europe, and more people are using lower cost economy fares. In the United States, real fares dropped by one third between 1976 and 1993; more than half of this decline is attributed to deregulation.

In highly protected sectors, deep and difficult structural changes may be needed.

- *Agriculture:* In the mid-1980s, New Zealand abolished virtually all support to agriculture to improve innovation and efficiency. As the sector adjusted, farm profitability dropped, some businesses failed, and employment fell by more than 10 per cent. Today, the sector is internationally competitive and exports more products to more markets; it contributes more to GDP than ever before; and the quality and variety of production has increased.

Use of market incentives and more effective, efficient regulation, including goal based regulation, has enhanced the protection of public interests.

- *Environmental Protection:* A tax on sulphur in fuel oils in Sweden reduced sulphur content of fuel oils by nearly 40 percent beyond regulatory requirements. In Denmark, a tax on nonhazardous waste halved waste dumping and doubled recycling.
- *Safety and health:* Replacement of rigid «command» regulations with a flexible plant safety standard was estimated to reduce by one fourth deaths and injuries in those plants in Australia. Regulations that give businesses more flexibility in assuring seafood safety are expected to prevent 20,000 to 60,000 food poisonings each year in the United States.

Benefits of reform can be reduced or reversed if governments do not adopt appropriate stabilisation, prudential, or other complementary policies to protect public interests in competitive markets.

- *Financial sector:* Reform has supported the emergence of a dynamic global financial industry with enormous benefits for economic performance. But failure to establish the right incentives and prudential oversight of financial markets led to costly debt and banking crises in some countries after deregulation.
- *Universal service:* Where competitive markets do not provide adequate access to vital public services, some countries protect vulnerable groups through competition neutral approaches. In France, airlines and telecommunications services are taxed, and transparent funds established, to fulfil public service obligations.
- *Taxis:* In Sweden, deregulation of the taxi market increased the supply of taxis and reduced waiting time for customers. But additional steps were needed to enhance consumer protection and reduce tax evasion in the more competitive market.

Reform is particularly important for small and medium-sized enterprises (SMES), which account for between 40 and 80 per cent of employment in OECD economies (depending on the country); provide a large share of new jobs; and are the source of much technological change and innovation. Although some regulations may deliberately favour SMES, in general such firms are particularly hard hit by the cumulative impact of

administrative and other regulations. They have less capacity than larger firms to navigate through the complexities of regulatory and bureaucratic networks; and the relative cost of compliance is higher than for larger enterprises.

Reform can enhance opportunities for trade and investment. By reducing unnecessary diversity of regulatory requirements and conflicting or duplicative procedures between different countries, reform permits greater economies of scale and innovative combinations of technologies. These international benefits have become increasingly visible in the European Single Market and helped motivate the successful conclusion of the recent WTO Agreement on Basic Telecommunications.

The effects of regulatory reform on jobs, a key consideration, depend to a great extent on the wider environment in which reform takes place, and the timeframe under consideration. More dynamic and innovative economies generally will produce more and higher paying jobs. Reforms that remove barriers to entry, lower prices, reduce regulatory and administrative burdens on businesses, open trade opportunities, and promote innovation can create new business opportunities and job prospects. Reducing barriers for SMEs is particularly important. In Europe, SMEs have accounted for almost all net job creation in recent years. In Australia, small businesses accounted for almost all of 1.2 million net new jobs in the decade to 1994-95, though accounting for less than half of total employment.

Losses of existing jobs can occur in sectors where firms faced with more competition reduce staffing levels. While long term net losses occur in some sectors, in other cases early job cuts have been offset later by employment gains in new firms:

- **Telecommunications:** In Japan and Finland, reform has produced net job gains in this sector, due to large output increases. In the United States, jobs in the traditional telecommunications sector are at the same level today as before reform, but jobs in related information and copyright industries grew from 3 million in 1977 to 5.9 million in 1994; and these sectors are among the fastest growing job creators. Elimination of further telecommunication restrictions is expected to add 3.6 million new jobs over ten years. Harmonisation of standards for mobile telephony in Europe contributed to creating an estimated 80,000 new jobs between 1990-1995, as output increased.
- **Airline Transportation:** Reform of the airline industry in the United States led to initial job losses, but by 1996 total employment had increased by close to 80 per cent over initial levels as output increased. In the United Kingdom, employment in the sector fell at first, but has returned almost to its earlier levels.

Well functioning labour markets and a stable macroeconomic environment geared to sustainable growth help ensure that new job opportu-

nities translate into actual increases in aggregate employment and reductions in unemployment. Active labour market policies, including education and training, have never been more important. The OECD Jobs Study set out in 1994 a broad programme of action to enhance the ability of the labour market to adjust to change, and increase the capacity of the economy to create knowledge and to innovate. Follow-up to this work indicates that countries making the most progress in implementing the recommendations of the Jobs Study have succeeded in making labour markets more flexible and in giving workers the skills necessary to move into new jobs more readily.

SUPPORTING PUBLIC POLICY GOALS

In a changing world, government action remains essential to protect and promote important social objectives, such as safety, health, universal service, environmental quality, energy security, and other objectives. Indeed, as economies develop, public expectations in such areas tend to increase. Experience shows that reform, if properly carried out, should not adversely affect, and can often promote, such objectives. More efficient and dynamic economies also will help governments serve these public interests, but governments will need to monitor carefully the effects of more competitive markets on such policy goals, and they may need to take additional steps to protect them. For example, as they are faced with more choice, consumers may need better information and confidence building measures. Regulators also may need to move quickly with well designed interventions to respond to rapid market developments to protect safety, health, and other values.

The effects of regulatory reform on environmental quality depend on how well governments anticipate and address such effects. Some regulatory structures simultaneously block competition and increase environmental degradation; priority should be given to reform in those areas. New regulatory and non-regulatory techniques such as goal based performance standards and economic incentives can achieve a cleaner environment at lower cost.

Economic and social policies should be mutually supportive. Restrictions on competition —such as limitations on entry, price, output, or production methods— are very costly ways to promote public interests; have often been ineffective; and therefore should be avoided. There may be lower cost approaches, such as market incentives or regulations that are competition neutral, that work better within competitive markets. Whatever approach is taken should be evaluated for effectiveness. Reasonable standards applicable to all producers, based on benefit cost analysis, scientific criteria, and risk assessment techniques, and underpinned by effective enforcement, are crucial to sound regulation.

STRATEGIES FOR SUCCESSFUL REFORM

Political leadership and consistent commitment to reform is essential for success. So is effective communication.

- The public needs to be informed as to why reform is considered so important to their future well-being and that of their children.
- An open, informed debate involving all major stakeholders is needed to explain the benefits of reform and to offset the voice of powerful interest groups which seek to defend the status quo.
- Comprehensive reform efforts are more effective than piecemeal processes. Reform steps can be phased, with appropriate sequencing, but the timetable for change should be clear, and established at the outset.

All governments have a significant stake in regulatory reform and the benefits it can bring, including increased trade and investment. International rules and disciplines aimed at improving regulations and regulatory processes help promote reform at the national level. International co-operation; commitments reached under OECD guidelines and policy recommendations and WTO agreements; and other international approaches, including bilateral initiatives for mutual recognition, both reflect but also stimulate reform at national levels.

FOLLOW-UP WORK BY THE OECD

Despite the significant increase in regulatory reform activity in recent years, the pace and depth of reform in Member countries varies considerably. Through multidisciplinary analysis and comparison of experiences to date and peer review processes, the OECD can assist Member governments in this area by engaging higher levels of domestic political attention; enhancing the transparency of the reform process; and equipping governments seeking to reform with the information they need to explain both the importance and implications of a sustained process of regulatory reform.

At their meeting at the OECD in May 1997, Ministers welcomed this Report on Regulatory Reform and endorsed its principles. They agreed to work to implement its recommendations, which focus on how governments can improve their regulations and regulatory processes. They noted the OECD's intention to undertake further work in sectorial and policy areas and requested the OECD to conduct reviews of regulatory reform efforts in Member countries beginning in 1998, based in part on self-assessment, with the goal of contributing to the steady improvement of regulatory practices in Member countries. They asked for an update at their next meeting in 1998.

POLICY RECOMMENDATIONS

The recommendations on regulatory reform are drawn from OECD country experiences, as elaborated in the sectorial and thematic background reports that formed the basis for this Report¹. The recommendations, which should be viewed as an integrated package, apply broadly across sectors and policy areas. Implementation will differ among countries, depending on differences in public policies, policy trade-offs, reform priorities and needs, and legal and institutional systems. These recommendations can help governments to update and streamline the regulations and formalities that have accumulated over years, and to set into motion a continuing process of regulatory disciplines inside public administrations that will protect the gains of reform in the future.

POLICY RECOMMENDATIONS ON REGULATORY REFORM

1. Adopt at the political level broad programmes of regulatory reform that establish clear objectives and frameworks for implementation.

- Establish principles of «good regulation» to guide reform, drawing on the 1995 OECD Recommendation on improving the Quality of Government Regulation. Good regulation should: (i) be needed to serve clearly identified policy goals, and effective in achieving those goals; (ii) have a sound legal basis; (iii) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society; (iv) minimise costs and market distortions; (v) promote innovation through market incentives and goal based approaches; (vi) be clear, simple, and practical for users; (vii) be consistent with other regulations and policies; and (viii) be compatible as far as possible with competition, trade and investment facilitating principles at domestic and international levels.
- Create effective and credible mechanisms inside the government for managing and co-ordinating regulation and its reform; avoid overlapping or duplicative responsibilities among regulatory authorities and levels of government.
- Encourage reform at all levels of government and in private bodies such as standards setting organisations.

¹ This Summary Report is based on detailed OECD work undertaken on six sectors (telecommunications; financial services; professional business services; electricity; agro-food; and product standards and conformity assessment), as well as five themes (economy wide effects; competition and consumers; industrial competitiveness and innovation; regulatory quality and public sector reform; and market openness).

2. *Review regulations systematically to ensure that they continue to meet their intended objectives efficiently and effectively.*

- Review regulations (economic, social, and administrative) against the principles of good regulation and from the point of view of the user rather than of the regulator.
- Target reviews at regulations where change will yield the highest and most visible benefits, particularly regulations restricting competition and trade, and affecting enterprises, including SMEs.
- Review proposals for new regulations, as well as existing regulations.
- Integrate regulatory impact analysis into the development, review, and reform of regulations.
- Update regulations through automatic review methods, such as sunseting.

3. *Ensure that regulations and regulatory processes are transparent, non-discriminatory and efficiently applied.*

- Ensure that reform goals and strategies are articulated clearly to the public.
- Consult with affected parties, whether domestic or foreign, while developing or reviewing regulations, ensuring that the consultation itself is transparent.
- Create and update on a continuing basis public registries of regulations and business formalities, or use other means of ensuring that domestic and foreign businesses can easily identify all requirements applicable to them.
- Ensure that procedures for applying regulations are transparent, non-discriminatory, contain an appeals process, and do not unduly delay business decisions.

4. *Review and strengthen where necessary the scope, effectiveness and enforcement of competition policy.*

- Eliminate sectoral gaps in coverage of competition law, unless evidence suggests that compelling public interests cannot be served in better ways.
- Enforce competition law vigorously where collusive behaviour, abuse of dominant position, or anticompetitive mergers risk frustrating reform.
- Provide competition authorities with the authority and capacity to advocate reform.

5. *Reform economic regulations in all sectors to stimulate competition, and eliminate them except where clear evidence demonstrates that they are the best way to serve broad public interests.*

- Review as a high priority those aspects of economic regulations that restrict entry, exit, pricing, output, normal commercial practices and forms of business organisation.
- Promote efficiency and the transition to effective competition where economic regulations continue to be needed because of potential for abuse of market power. In particular: (i) separate potentially competitive activities from regu-

lated utility networks, and otherwise restructure as needed to reduce the market power of incumbents; (ii) guarantee access to essential network facilities to all market entrants on a transparent and non-discriminatory basis; (iii) use price caps and other mechanisms to encourage efficiency gains when price controls are needed during the transition to competition.

6. *Eliminate unnecessary regulatory barriers to trade and investment by enhancing implementation of international agreements and strengthening international principles.*

- Implement, and work with other countries to strengthen, international rules and principles to liberalise trade and investment (such as transparency, non-discrimination, avoidance of unnecessary trade restrictiveness, and attention to competition principles), as contained in WTO agreements, OECD recommendations and policy guidelines, and other agreements.
- Reduce as a priority matter those regulatory barriers to trade and investment arising from divergent and duplicative requirements by countries.
- Develop and use whenever possible internationally harmonised standards as a basis for domestic regulations, while collaborating with other countries to review and improve international standards to assure they continue to achieve the intended policy goals efficiently and effectively.
- Expand recognition of other countries' conformity assessment procedures and results through, for example, mutual recognition agreements (MRAS) or other means.

7. *Identify important linkages with other policy objectives and develop policies to achieve those objectives in ways that support reform.*

- Adapt as necessary prudential and other public policies in areas such as safety, health, consumer protection, and energy security so that they remain effective, and as efficient as possible within competitive market environments.
- Review non-regulatory policies, including subsidies, taxes, procurement policies, trade instruments such as tariffs, and other support policies, and reform them where they unnecessarily distort competition.
- Ensure that programmes designed to ease the potential costs of regulatory reform are focused, transitional, and facilitate, rather than delay, reform.
- Implement the full range of recommendations of the OECD Jobs Study to improve the capacity of workers and enterprises to adjust and take advantage of new job and business opportunities.

LA CONFÉRENCE INTERGOUVERNEMENTALE ET LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE CONCURRENCE

Karel VAN MIERT¹

Commissaire responsable
de la politique de concurrence

Abstract

El comisario Van Miert analiza las principales cuestiones planteadas en la CIG relativas al derecho de la competencia: la reafirmación del papel de la Comisión; las relaciones de la política de la competencia con los servicios de interés económico general; el nuevo artículo 7D resultante del Tratado de Amsterdam y las previsiones relativas a sectores concretos, como la radiodifusión, las empresas de crédito de derecho público de Alemania y las regiones ultraperiféricas. Efectúa una valoración positiva de la CIG desde la perspectiva de la política de la competencia.

J'ai eu de nombreuses occasions, le long de ces derniers mois, de discuter sur l'opportunité de modifier les Traités communautaires en ce qui concerne les règles de concurrence. En effet, pour la première fois depuis les origines de la Communauté, les règles de concurrence ont fait l'objet de l'attention des États membres dans le cadre d'une conférence intergouvernementale, notamment sur la question des relations entre les règles communautaires de concurrence et les services publics nationaux. C'était donc sans doute un rendez-vous important pour notre politique de concurrence.

Maintenant, le Sommet d'Amsterdam ayant adopté le 19 Juin un projet de réforme des Traités², le moment est venu de réaliser une première évaluation des résultats de cette conférence, ce que je vais essayer de faire dans les pages qui suivent. Je commence déjà par constater avec satisfaction que les États membres ont réaffirmé leur compromis avec une politique de concurrence qui, tout en étant respectueuse avec les objec-

¹ Conferencia de 1 de septiembre de 1997. Publicado en el *Newsletter* «número 2 volumen 3 été 1997».

² Les textes (version provisoire) du projet de Traité qui affectent la concurrence sont reproduits dans ce même numéro du *EC Competition Policy Newsletter*, section «Recent developments on Liberalisation and State Intervention» 5P.37 et ss.).

tifs nationaux d'intérêt général, soit appliquée d'une façon ferme et cohérente à toutes les entreprises, indépendamment de leur régime de propriété.

RÉAFFIRMATION DU RÔLE DE LA COMMISSION EN TANT QUE GARDIENNE DES RÈGLES DE CONCURRENCE

Certaines propositions avaient été faites, au début de la conférence, d'enlever à la Commission son rôle d'instance d'application des règles communautaires de concurrence. Il s'agissait, d'une part, des propositions de confier la politique communautaire de concurrence à une «agence indépendante»³ et, d'autre part, d'éliminer le pouvoir que l'article 90§3 du Traité reconnaît à la Commission d'adopter des directives visant à préciser les obligations que le Traité impose aux États membres en matière de libéralisation.

Je constate avec satisfaction que ces initiatives n'ont pas abouti et que le rôle de la Commission en tant que gardienne des règles de concurrence a été pleinement confirmé. J'interprète ceci comme une reconnaissance de la part des États membres du caractère équilibré de la politique menée par la Commission dans l'exercice de ces fonctions. Je continuerai donc à m'efforcer pour combiner, d'une façon appropriée, la prudence dans notre approche avec le rigueur nécessaire au respect des principes du Traité.

LES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ET LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Quant aux règles de fond, la question des relations entre les services d'intérêt économique général et les règles communautaires a aussi fait l'objet de plusieurs initiatives dans le cadre de la conférence.

En effet, d'après certains, les règles du Traité seraient «déséquilibrées» en faveur de la libre concurrence et au détriment des services publics nationaux. Le Traité serait donc expression d'une idéologie ultra-libérale et il serait indispensable de procéder à un «re-équilibre» afin d'inscrire l'intérêt général en pied d'égalité avec la concurrence. Objectif privilégié de ces demandes «re-équilibre» serait l'article 90 du Traité, règle qui interdit les restrictions de concurrence allant au delà de ce qui est indispensable à la réalisation des missions d'intérêt économique général. Ces demandes ont influencé la position de certains États membres, dont la France et la Belgique, qui ont proposé dans le cadre de la conférence d'inclure dans le Traité des dispositions concernant les ser-

³ V. VAN MIERT, K., «The proposal for a European competition agency», *EC Competition Policy Newsletter* (Vol. 2 No 2, Summer 1996).

vices publics qui auraient vraisemblablement eu l'effet de modifier l'équilibre de l'article 90.

J'ai souvent eu l'occasion de le dire par le passé: cette vision négative à l'égard de l'article 90 était fondée sur des malentendus. Il faut se méfier des approches trop dogmatiques et privilégier plutôt les démarches pragmatiques. Je suis d'accord que la politique de concurrence n'est pas un but en soi et encore moins une religion, mais j'aimerais bien qu'on aborde avec la même attitude pragmatique et ouverte, les concepts de Service Public et de Monopole Public.

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.

LA POSITION DE LA COMMISSION SUR LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Ainsi que la Commission l'avait expliqué dans sa communication du 11 septembre 1996 sur les services d'intérêt général en Europe, les dispositions du Traité de Rome posent les principes d'un équilibre évolutif entre Service Public et concurrence⁴. Certes, la Commission partageait et partage l'objectif d'assurer que la libéralisation soit pleinement compatible avec le maintien de services publics de qualité. La Commission était néanmoins persuadée que cette compatibilité pouvait être pleinement assurée dans le cadre des règles communautaires existantes. Elle considérait en particulier que le Traité établissait déjà un équilibre entre les objectifs nationaux de Service Public et les objectifs communautaires d'intégration et qu'il ne fallait pas le modifier.

En effet, le point de départ du Traité est, bien entendu, le principe de libre circulation au sein d'un marché intérieur. Comme dans les systèmes nationaux 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'entends 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 poursuivi par le biais

⁴ Voir *EC Competition Policy Newsletter* (Vol. 2 No 3), pp. 14-22 et 41-42.

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'État qui faussent ou menacent de fausser la concurrence, pour autant qu'elles affectent le commerce entre États 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 de celui-ci 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 pas 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. Il en découle qu'une modification de ces règles et notamment de l'article 90 du Traité n'était nullement nécessaire pour protéger le Service Public. Une telle modification aurait par contre risqué de soustraire certains opérateurs dans des secteurs-clé de l'économie européenne de tout contrôle communautaire, en créant des conditions déloyales de concurrence entre les opérateurs des différents États membres, entre des opérateurs privés et publics ou en dégradant la compétitivité de l'industrie européenne.

Or, le fait que la responsabilité essentielle pour les services publics appartienne aux États ne veut pas dire que la Communauté n'a pas un rôle positif à jouer pour développer le Service Public. Ainsi que la Commission l'a expliqué dans sa communication du 11 septembre 1996, de nombreuses initiatives communautaires prises dans le cadre des compétences existantes contribuent d'ores et déjà d'une façon positive à atteindre —en parallèle avec les États membres— des objectifs de Service Public. C'est le cas des initiatives sectorielles visant à assurer un niveau minimal de service universel pour tous les citoyens de l'Union. C'est aussi le cas de nombreuses actions prises en matière d'environnement, de consommateurs ou de Réseaux Trans-européens. La Commission s'était engagée à poursuivre et développer ces initiatives et s'était montrée favorable à traduire cet engagement par l'inclusion dans l'ar-

ticle 3 du Traité d'un paragraphe «u» (voire, «une contribution à la promotion des services d'intérêt général»).

Cette proposition avait pour but de permettre le développement progressif d'initiatives commu-nautaires en matière de Service Public sans bouleverser la logique du partage des compétences entre la Communauté et les États et sans modifier l'équilibre actuel entre les objectifs communautaires d'intégration économique et les objectifs nationaux de Service Public.

LE NOUVEL ARTICLE 7D

Un nouvel article 7D concernant les «services d'intérêt économique général» (accompagné d'une déclaration dans l'Acte finale) a été adopté dans le projet de Traité d'Amsterdam. A mon avis, cet article correspond très largement aux objectifs de la Commission tels qu'explicités dans sa commu-nication de septembre 1996 sur les services d'intérêt général en Europe.

En effet, d'un côté, cet article rend davantage explicite l'attachement de la Communauté aux objectifs d'intérêt économique général, en ligne avec la proposition de la Commission d'inclure une mention dans l'article 3 du Traité. Il constitue donc un signal qui devrait rassurer ceux qui croyaient, à tort, à une manque de sensibilité communautaire à l'égard de l'intérêt général.

En même temps, ce nouvel article 7D confirme essentiellement l'équilibre actuel du Traité. En effet, l'idée que les services d'intérêt économique général doivent fonctionner dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions était déjà implicite dans l'article 90§2, dans la jurisprudence de la Cour de Justice et dans la pratique de la Commission. La mention «sans préjudice des articles 77, 90 et 92» confirme par ailleurs que le nouvel article 7D ne peut en aucun cas être interprété comme une modification de ces dispositions.

Il me semble donc que le résultat de la conférence en ce qui concerne les relations entre l'intégration communautaire et les services d'intérêt général a été positif. Quoique modeste, ce nouvel article 7D est satisfaisant, car il permet d'avancer progressivement avec des actions communautaires contribuant d'une façon positive aux objectifs de Service Public sans modifier l'équilibre actuel entre les objectifs communautaires d'intégration et les objectifs nationaux de Service Public.

L'article 7D devrait dès lors être bien accueilli par les vrais partisans du Service Public, même s'il ne plaira pas à ceux qui, sous prétexte de l'intérêt général, visaient simplement à protéger les positions établies de certains opérateurs.

D'AUTRES TEXTES CONCERNANT DES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS DES SECTEURS PARTICULIERS

Deux autres textes concernant des services d'intérêt général dans des secteurs spécifiques, ont aussi été introduits dans le projet de Traité. Il s'agit d'un protocole sur le Service Public de radiodiffusion et d'une déclaration sur les établissements de crédit de droit public en Allemagne. Évidemment, ils doivent être lus à la lumière du nouvel article 7D et donc comme des textes qui témoignent de l'importance attachée aux objectifs de Service Public et qui confirment pour l'essentiel l'équilibre actuel du Traité, tel que traduit notamment par les articles 90 et 92.

PROTOCOLE SUR LE SERVICE PUBLIC DE LA RADIODIFFUSION

Les États membres ont décidé d'adopter, dans le cadre de la conférence, un protocole sur le Service Public de radiodiffusion. Ce protocole souligne la sensibilité particulière du secteur de la radiodiffusion, qui est due à des raisons culturelles et de pluralisme. Ces raisons se traduisent souvent par des missions spécifiques qui sont confiés à certains opérateurs de radio et/ou de télévision. Le protocole nous rappelle que ces circonstances particulières doivent être prises en considération lors de l'examen des modalités de financement à la lumière des règles de concurrence.

Je ne peux qu'être d'accord avec ces idées. Il est tout à fait clair que les États membres sont compétents pour définir et conférer des missions de Service Public aux opérateurs de radio et télévision, ainsi que pour financer ces missions. Simplement, il va de soi que ces compétences doivent être exercées dans le respect des règles communautaires, ce qui implique notamment que le financement est soumis à la règle de proportionnalité: il doit servir à financer les missions et ne peut pas aller au delà de ce qui est nécessaire à cet égard. Or, le protocole reconnaît ces mêmes principes. Il est donc très largement en ligne avec l'approche actuelle de la Commission, même si on pourrait s'interroger sur sa valeur ajoutée.

DÉCLARATION SUR LES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT DE DROIT PUBLIC EN ALLEMAGNE

La conférence a aussi adopté, suite à une initiative de l'Allemagne, une déclaration sur les établissements de crédit de droit public de cet État membre.

La déclaration n'implique évidemment pas que tous les établissements de droit public allemands sont effectivement chargés de missions

d'intérêt économique général. Il est certes envisageable que certains établissements aient reçu des Autorités publiques des missions consistant en l'établissement d'une infrastructure financière couvrant l'ensemble du territoire. Or, la déclaration n'exempte pas la Commission et les tribunaux de l'obligation que le Traité leur impose de vérifier dans chaque cas précis si des missions d'intérêt économique général ont effectivement été confiées à l'entité en question. Il va de soi qu'une déclaration ne pourrait en aucun cas produire des tels effets. De la même façon, la déclaration ne leur exempte pas de leur obligation de s'assurer que tout avantage éventuel répond au principe de la proportionnalité et notamment qu'elle ne porte pas atteinte aux conditions de concurrence dans une mesure qui dépasse ce qui est nécessaire à l'exécution des missions précitées.

Il me semble évident que, même si cette déclaration ne vise que les établissements de crédit de droit public existant en Allemagne, les mêmes principes sont d'application partout dans l'Union européenne, en ce qu'ils correspondent aux règles existantes. A cet égard, une déclaration de la présidence du Conseil d'Amsterdam a invité la Commission à examiner si l'on peut étendre les effets de la déclaration aux autres États membres. Les résultats de cet étude contribueront probablement à fixer les orientations futures de la politique de concurrence dans le secteur bancaire. Je suis en tout cas d'avis qu'il faudra veiller à assurer des conditions égales de concurrence pour tous les institutions de crédit de l'Union européenne, ce qui a une importance toute particulière dans la perspective de la mise en place de l'Union économique et monétaire.

RÉGIONS ULTRA-PÉRIPHÉRIQUES

Le nouvel article 227.Art. 21.2 du Traité prévoit l'adoption par le Conseil, sur proposition de la Commission, de réglementations spécifiques visant à préciser les conditions d'application des règles communautaires dans les régions ultra-périphériques (îles Azores, Madeira, Canaries, et départements français d'outre-mer). Ces réglementations devront viser entre autres, le domaine des aides d'état. Quant à l'orientation de ces textes, ils devront d'un côté prendre en considération les contraintes spécifiques de ces régions et, d'autre côté, ne pas mettre en danger l'intégrité et la cohérence du Droit communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes (dont la politique de concurrence). En tout cas, le contenu de ce régime sera fixé dans des actes législatifs futurs.

APPRÉCIATION D'ENSEMBLE

Les résultats de la conférence intergouvernementale me semblent plutôt satisfaisants pour la politique de concurrence. Les textes adoptés,

et notamment le nouvel article 7D, sont positifs, en ce qu'ils confirment dans une très large mesure les règles de fond existantes et les pouvoirs de contrôle de la Commission. Ceci, ensemble avec le fait que l'attachement communautaire aux objectifs d'intérêt général ait été davantage explicité, implique que les objectifs que la Commission s'était marqué dans sa communication sur les services d'intérêt général en Europe ont été largement atteints.

Même si les textes finalement adoptés sont assez satisfaisants, certaines des initiatives qui étaient à leur source l'étaient beaucoup moins. Il faut donc, d'un côté, se féliciter des améliorations et des changements, parfois très substantiels, introduits dans le cadre de la conférence. Il faut malheureusement, d'autre côté, déplorer l'existence d'une tendance chez certains d'essayer d'échapper aux contraintes découlant des règles de concurrence par le biais de dérogations *ad hoc* à inclure dans le Traité. Même si ces dangers ont heureusement pu être évités dans cette conférence, des telles initiatives n'ont contribué en rien à renforcer l'idée d'une politique communautaire de concurrence cohérente et applicable de la même manière à tous les opérateurs et dans tous les États membres de l'Union européenne. En tant que Commissaire responsable de la concurrence, je ne peux que les déplorer.

EUROPE 2000, THE CHALLENGE OF MARKET AND COMPETITION POLICY

Karel VAN MIERT

Commissioner responsible for Competition ¹

Abstract

El comisario Van Miert reflexiona sobre el papel de la política de la competencia y de las autoridades de competencia en la Europa de los próximos años, que será un mercado único, más extenso con la ampliación de la Unión, con una unión monetaria y que operará en un mundo globalizado. En este marco la competencia, con su poder para forzar a las empresas a operar eficientemente y a innovar, es una de las claves del éxito económico. Las prioridades desde la perspectiva de la política de la competencia son: la aplicación de las normas de la competencia; control sobre las ayudas públicas; participación en el proceso de decisión política con el objetivo de profundizar en el proceso de liberalización.

Good afternoon ladies and gentlemen. I am pleased to have this opportunity to talk to you again today.

We have already heard much this morning about Merger control, and particularly about the reforms to the EU merger regulation. These, I am sure you will agree, are likely to have a major beneficial effect for many companies. However, my aim this afternoon is to look at a wider issue. Namely the challenges, and opportunities, that we face in the future.

I do not believe I would be overstating the position to say that we are now at a crossroads in European history. The next few years are likely to see dramatic changes across the face of Europe. Already the Europe of today is almost unrecognisable from that of only 10 years ago. The countries of central and Eastern Europe have overturned their old regimes. Democracy, and the market economy have swept across the continent.

Yet the changes to the Europe of tomorrow may be almost as significant. The great post war dream of European integration is about to take a momentous step forward. The single currency is about to become a reality. The Community is looking to expand to the East. The final steps are being taken to complete the Single Market. These are momentous changes.

¹ University Institute, 26/09/1997, Florence.

The questions I would like to pose today is what should we be doing to react to these new developments? What are the implications for a competition authority? And perhaps more importantly what part will the Commission's anti-trust policy play in the changes ahead?

Perhaps I should start by putting the role of the Commission in its widest context. All the services of the Commission are working towards the same economic goal of ensuring greater economic prosperity for the citizens of the EU. As part of this there are several overarching objectives of the Community which spread across all policy areas. The completion of a true Single Market, with no barriers to trade between Member States; the effective enlargement of the Community; and not least the forthcoming Monetary Union, these are the objectives that lie behind much of what we do in the Community.

But we also have to face up to the changes that are affecting the rest of the world. The globalisation of trade. The ever increasing pace of technological change. The impact of these and other changes on employment and social stability. We cannot apply our policies in a vacuum. We must take into account the realities of the current economic, social and political environment.

It therefore requires all the services of the Commission to balance their policies so as to reflect the realities of the world economy we live in as well as the Commission's wider objectives.

But what is the role of anti-trust in achieving these objectives? There is now a consensus within the EU that competition, with its power to force companies to operate efficiently and to innovate, is one of the keys to our economic success. We have abandoned the old protectionist policies. Policies that led to a belief in National Champions. Policies that have cost many countries dear. Instead we have adopted a commitment to open markets, and free competition. It is the role of the Commission as competition authority to ensure that these markets remain open and that free competition can flourish unhindered.

Against this background what then are the priorities of our anti-trust policy? We are first and foremost responsible for the enforcement of the competition rules. The majority of our work involves investigating those agreements, be they mergers or other arrangements, that are notified to us. But we are also pro-active and when we become aware of anti-competitive agreements or activities we do not hesitate to act. Blatant price-fixing cartels are perhaps less common now than 30 years ago. But abuses of dominant position or attempts to fragment the Single Market by partitioning markets are still all too common.

Our second major role is in an area not traditionally regarded as anti-trust, namely State Aid. I won't dwell on this subject, but let me make it clear that State Aid, in most cases, does not contribute to economic efficiency. It distorts markets and is ultimately self defeating. Therefore

the Commission controls very closely the Aid granted by Member States. Unfortunately levels of Aid within the Community are still too high. But we are determined to see them reduced.

As well as enforcement of the competition rules we have a key role to play in policy making. We have been instrumental in pushing the EU programme of liberalisation. For years much of European industry has been the subject of public sector monopolies. These have limited innovation, stifled competition and led in many cases to consumers paying too high a price for essential goods and services. It is clear that such a system of national monopolies is incompatible with an internal market based on free competition and free circulation of goods, services, people and capital.

Indeed it is already clear from those Member States that have liberalised their markets, that competition leads to lower prices and better services. Competition also leads to more dynamic and healthy firms both in the liberalised sectors and in the rest of the industry as the price of an important input is reduced. This is essential to increase the competitiveness of European Industry in globalised markets.

Those then are the priorities in applying the current competition rules. But there is also a major programme of modernisation. I have already talked, briefly, about some of the changes we will have to encounter and it is appropriate that our rules be revised to ensure that they are relevant to these changes. The revised Merger regulation that we have been talking about here today is only one aspect of this work.

I would now like to return to the question I posed at the beginning of my speech. What are the implications for Europe's competition policy of the changes ahead?

MONETARY UNION

Perhaps the most important of these is the forthcoming Monetary Union. This will give a major impetus to the completion of the Single Market. For the first time real price transparency across borders will exist. Consumers will be able to source their purchases from anywhere in the Community free from the uncertainties, costs and complexities of exchange rate fluctuations. This can only bring benefits to consumers.

But what of industry? Here too EMU will bring benefits. As with other consumers firms will benefit from greater certainty in the costs of raw materials bought within the community. Investment decisions will no longer be clouded by the vagaries of exchange rates. The elimination of such exchange rate risks should lead to a general increase in economic activity. This is to say nothing of the wider macro-economic benefits to the Community of the lower interest rates and greater stability that should accompany the Euro as a strong international reserve currency.

So the euro has undisputed benefits, but despite this will monetary union start on time? Let me say clearly now that the commission is firmly convinced that the third stage of EMU will start in 1999 as planned. We are convinced, the financial markets are convinced. Even those that were previously strongly sceptical appear now to be convinced. Indeed only a few weeks ago the member states confirmed that the exchange rates for the start of monetary union will be fixed early next year.

But which countries will be participants in EMU in 1999? I cannot answer that here. But I can say that progress towards the criteria set out in the Treaty is encouraging. It now appears that many, if not all, Member States may qualify in time. This is good news for a project of such major importance.

But what does Monetary Union imply for the Commission in its role as an anti-trust authority? Well, it is likely that, as with the moves towards the single market, EMU will push many firms to cooperate or merge. It is also, I suspect, inevitable that some firms will respond to the removal of one barrier by trying to erect new ones to protect their market position. But the response to all these scenarios must be that we continue to apply the anti-trust rules rigorously. We must not allow firms to restrict the success of EMU by partitioning markets. Nor will we allow firms to exploit new opportunities to create dominant positions.

But it is also clear that the precise nature of the Monetary Union that is created will be equally important. It may be that not all Member States will join in the first wave. There are therefore likely to be inevitable tensions between those in the Monetary Union and those outside it. This is most likely to happen if price distortions between the two groups occur as a result of monetary depreciation by those on the outside. If this arises, there are some who already argue that the competition rules should, to some extent, be disapplied to ease the problem.

Let me tell you that this will never happen. The position of the Commission has always been, and will always remain, that price distortions caused by monetary changes should be countered through macroeconomic policy changes—the competition rules are neither the cause nor the remedy for macroeconomic distortions. They will therefore always be applied to ensure that markets are kept open and that protectionist measures are never applied by companies.

But what of the implications for State Aid? Well here too the message is no change. Indeed EMU may require even more rigorous application of the rules. It is to be hoped that some of the budgetary constraints necessary for the success of Monetary union will reduce the scope for Member States to grant Aid. However, there still exist the risks of greater disparity between the 'ins' and the 'outs'. Some may argue that this in some way justifies weaker interpretation of the rules. But we do not

accept this. It is the Commission's role to ensure that the rules are applied firmly and fairly to all regions of the Community, subject to the objectives of social and economic cohesion, and that the benefits of EMU are felt by everyone in the Union.

ENLARGEMENT

I would like now to turn to the other major challenge confronting the Community. Enlargement.

First, again, the context. The Copenhagen Council in 1993 specifically affirmed that any Central or Eastern European country that wanted to could join the EU 'once it was able to fulfil the obligations associated with membership and meet the economic and political requirements'. These included conditions relating to the creation of strong democratic institutions; a fully functioning market economy; the capacity to cope with the single market and acceptance of the criteria of EMU.

Of the ten 'Associated' countries of Eastern Europe that have applied to join the Community the Commission has proposed launching negotiations with five: Poland, Hungary, the Czech Republic, Slovenia, and Estonia together with Cyprus. These six are those that the Commission believes are best placed to join the Community. However, it is clear that the remaining five countries of Eastern Europe should not give up hope. With time and with continued assistance from the EU they too may qualify.

It has always been agreed that new Member States must be able to sign up the «acquis communautaire» of existing community legislation and practice at accession. It has therefore been an essential part of the Union's pre-accession strategy to provide these countries with the assistance they need reach such a stage. This has in part been through financial support under the PHARE programme, but also through a significant programme of training and exchanges of staff.

The Europe Agreements with the Association Countries play a significant part in this. They are more than just Free Trade agreements. They aim to create, in the medium term, a comparable and even uniform legal environment throughout Europe. By signing these agreements the Associated countries have recognised the importance to a successful market integration of approximating their legislation with the other Associated countries and with that of the EU. The Europe Agreements therefore not only play a key role in the eventual accession to the EU of these countries, but also in the formation of their new internal legal systems.

Approximation of legislation on competition, as well as the setting up of national regimes to limit State Aid, is a key element of this process. To accede to the Community these countries must be able to operate in our Single Market and their firms must be able to compete across

the EU. As part of this process Implementing Rules have also been agreed between the Union and the associated countries. These cover the procedures they should adopt in introducing their competition and State Aid rules. They also set out procedures for dealing with those cases that will affect Trade between the Community and the Associated Country.

It is clearly not easy for these countries to overturn 40 years of history. The move towards a market economy is likely to prove difficult. There is therefore clearly a role for the national anti-trust authorities in explaining to their public and to business the rationale behind competition policy. But there is also an obligation on us in the Commission to take account of the different economic conditions in these countries as we move towards enlargement.

What does this mean in practice? Well, first I should state that it is my view, that the structural differences between the Western and Eastern economies must be remedied by macroeconomic policy measures and not by derogation from the competition rules. These must remain applicable to guarantee the functioning of the internal market; to integrate the Eastern economies into the Western economies and to raise the competitiveness of European firms on the Community and world markets.

That does not of course mean that the Commission cannot, or will not, take account of the substantial differences in economic development between the East and the West. This was set out quite clearly in the 1995 White Paper on Enlargement. We recognise, for example, that in certain industries the high levels of investment required to bring standards up to those of the West will only be made if protection is afforded to investors through the granting of exclusive rights, albeit for a limited period. In other cases it may be that mergers that create dominant positions that would not be acceptable in the EU are acceptable in a developing economy. A similarly pragmatic view will be taken with regard to State Aid.

But these judgements must be made on a case by case basis. Each sector deserves an individual analysis from a technical and economic point of view. Ultimately it is clear that these rules must be consistently and fairly applied across all Member States.

THE SINGLE MARKET

Monetary Union and Enlargement are the major changes facing the EU as we move into the next millennium. But what of the other Community policies? One of the major achievements of the last 40 years of European unity has been the creation of the Single Market. Much has been achieved but there is still more to do. Although progress has at times been slow, the benefits of the single market are clear. Recent estimates are that Community income is 1.5% higher and that 900,000 jobs have been created as a result of the Single Market programme.

But still there are barriers that must be overcome. Barriers of culture and language take time. But other more artificial barriers can and should be attacked. Again the anti-trust rules play a key element in this. Where companies try to share markets, or Member States grant State Aid or favourable positions to national companies we can and do take action.

Agreements to partition markets and erect barriers between Member States, are becoming rarer. But when we become aware of them we intend to bring the full force of the competition law to bear. The recent case involving Bayer and the Adalat heart drug is a prime example. Bayer were trying to block parallel imports from other Member States into the UK market where prices were higher. This was in clear breach of Article 85. We will not tolerate such actions and indeed we fined Bayer 3 million ECU in this case.

But it is not just anti-competitive actions by companies that threaten the Single Market. Individual Member States are also guilty of practices that limit the Single Market's effectiveness. State Aid is a classic example of this. The Commission recently published its fifth report on State Aid in the Community. Whilst this noted a recent tendency towards the stabilisation of overall levels of aid these levels are still too high. More importantly perhaps the report noted that the disparity in Aid between different regions was a major distortion to competition in the Community. It also concluded that it contributed to growing divergence between different regions of the Community and limited the successful completion of the single market.

But as well as State Aid the Single Market also faces threats from Member State granting preferential treatment to national companies. I have said that in most countries the policy of national champions has been rejected but it still requires active policing to ensure the market is not distorted.

For example, here in Italy we took action against the existing state monopoly Telecom Italia Mobile for discriminating against a new entrant Omnitel Pronto Italia. Omnitel was required to pay an entry fee for a GSM licence without a similar payment being required from Telecom Italia. Similar cases involving access to facilities in newly liberalised sectors have occurred in several other Member States. We will continue to take action when necessary. Individual Member States cannot be allowed to undermine the benefits of liberalisation in the Single Market. Benefits which will ultimately lead to a stronger and healthier European industry.

GLOBALISATION

I have talked so far about the changes likely to come from internal changes to the Union. Whether they are radical steps such as Monetary union or Enlargement or the more gradual completion of the Single Market. But what of the external changes. Those that are to an extent beyond our control?

Well, much has been said and written on the subject of globalisation. Although the effects may differ between sectors, and although much of commerce is still national in character, the fact that markets are changing cannot be denied. The volume of world trade has more than doubled in the last ten years. The levels of inward investment both within the EU and from the EU overseas have similarly increased. These have brought a wave of alliances and mergers crossing both borders and jurisdictions. Within the world of anti-trust, at least, globalisation is a reality.

These create major problems both of jurisdiction and of analysis. So how should we react? Well our first response to globalisation should be the strong application of our competition laws. I have already mentioned that within Europe the consensus has rejected National Champions, but I cannot stress this too highly. If our firms are to compete internationally they must learn to compete at home. Competition at home does more than benefit the domestic consumer. It benefits the firms involved as well. It leaves companies fitter, leaner and more prepared to face competition abroad.

INTERNATIONAL COMPETITION RULES

Our second response to the globalisation of industry must be the globalisation of anti-trust enforcement. As more and more cases fall within the jurisdiction of several competition authorities increased cooperation becomes essential. We must do our best to ensure that, within the limits of our laws, anti-competitive practices are attacked, wherever they take place or their effects are felt. We must also do our best to ensure that businesses can operate in a global economy with a reasonable degree of certainty.

There is no straightforward way to achieve this. While trade barriers across the globe have continued to fall the international laws to cope with anti-trust violations have not kept pace. Within Europe we have pursued two strategies. First, and foremost, we have developed close bilateral relations with our major trading partners. In particular with the US, with whom we have had a cooperation agreement in the field of Anti-Trust since 1991. But secondly we have also encouraged discussions on multilateral solutions in fora such as the WTO and the OECD.

Bilateral agreements and international cooperation will play an important part in resolving anti-trust disputes. However, we should remain realistic. We should not expect to be able to resolve all disputes. Perhaps the most recent example of the difficulties we are likely to face is the recent Boeing/McDonnell Douglas merger.

Clearly this case was more controversial and raised more complicated issues than anything that had gone before. But was it the failure in EC/US cooperation that many headlines have suggested? The answer is no. Throughout the case the EU and US authorities were in constant dis-

discussion. In the end different conclusions were reached, but that is not an indictment of our system of cooperation but a reflection of the different analysis of the two anti-trust authorities.

I would like to spend a few minutes considering the case in more detail. I think it is a useful pointer to issues that we may have to tackle ever more frequently. I should particularly like to dispel some of the misunderstandings that have grown up around this case.

The first point to explain is why the EU felt the need to act in a merger between two US companies which had no manufacturing operations in the Community. This is straightforward. The sale of Commercial Aircraft is a truly global business. Although the agreement and the merger itself took place in the US, the merged entity will be active all over the world. This includes the Community. Thus no single national geographic market could be separated out and analysed separately.

The second question to answer is did we have the legal power to assert our jurisdiction? Well, yes, we did. I do not want here to launch into a long discussion of the theoretical legal basis on which we acted. But I think the substance of our reasoning was very straightforward. In simple terms, by exporting aircraft into the EU, the parties to this merger were economically active here in Europe. This, in essence, was our basis for taking action in this case. Indeed it is very similar to the approach taken by the US in many cases. (Guinness/Grand Metropolitan).

So having hopefully convinced you that the Commission did have both the legal right and a legitimate interest in acting in this case what then were are specific concerns and did we manage to resolve them?

Our primary concern was that Boeing has a dominant position in the world civil aircraft industry and, whilst McDonnell Douglas might not be viable as a independent company in the longer term, the conditions of the merger would have strengthened Boeing's position on the world market. Our negotiations with Boeing were therefore aimed at obtaining undertakings to alleviate these worries. In the end we were satisfied that the undertakings we received would meet these concerns.

The principal undertakings from Boeing were: to renounce existing and future exclusive aircraft supply contracts with major airlines; to keep the maintenance of McDonnell's civil aircraft operations as a separate legal entity; to grant access to various patent and know how technology and to give a commitment to provide support for existing McDonnell commercial aircraft., unconnected to future sales of Boeing aircraft. In our view these will be enough to protect the interests of airlines, and hence consumers. This will be true not just for consumers in Europe but worldwide.

FUTURE IMPLICATIONS FOR POLICY

I have touched, briefly, on a range of developments that are likely to have a major impact on all aspects of the Commission's work, not just DGIV's. And, while I have tried to stress that none of them imply any weakening of our role as a competition authority, it is clear that change is coming and we must be prepared to adapt.

We must look to update and modernise our competition rules, and the recent review of the Merger regulation is an illustration of this. We need to be clear in our approach. We need to ensure that the outside world understands how we think. We need to be consistent. And we need to concentrate on the more fundamental cases.

CONCLUSION

I have given today a very brief tour around the future policy changes that I believe will affect the Commission into the new millennium and beyond. I hope that I have both excited you, with the opportunities that lie ahead, and reassured you that they mean no weakening of the role of the Commission as an anti-trust authority. We have a central role to play at the heart of Community policy. A role that is only likely to increase as these changes take place. Thank you for listening.

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA: UNA NUEVA ÁREA DE INTERÉS PARA LA UNIÓN EUROPEA

Juan Antonio RIVIÈRE MARTI ¹

LA GRAN DÉCADA ECONÓMICA

América del Sur y Centroamérica son de una gran actualidad desde el punto de vista de la política de competencia. Desde principios de los años noventa se asiste, en esa parte del mundo, a un afianzamiento de los regímenes democráticos y a unas políticas económicas que incluyen la apertura de los mercados al comercio internacional. La conjunción de estos factores ha llevado aparejado un crecimiento económico notable en esta área de más de 460 millones de habitantes.

Las políticas económicas desarrolladas, en diversos grados según el país, han sido políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de sus divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional. Después de unas décadas de intervencionismo estatal en la economía con los defectos del dirigismo y de las estructuras monopolísticas, se ha descubierto de nuevo el dinamismo de la economía de libre mercado y se ha perseguido la competitividad de las empresas. Persisten grandes retos de creación de empleo y de reducción de la pobreza, que también deben ser tenidos en cuenta.

APOYO INTERNACIONAL

Esta evolución económica y política ha favorecido la creación y la puesta al día de las legislaciones de competencia existentes en la región, realizándose modificaciones y mejorándose los medios para su aplicación. Este proceso ha recibido sustento a nivel internacional. Por un lado, mediante iniciativas propias de la región, como la creación del Mercosur, el relanzamiento de la Comunidad Andina, el Sistema de Integra-

¹ 1 de abril de 1997. Publicada en la revista *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 3, n.º 1, primavera de 1997.

ción Centroamericano, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, el Área de Librecomercio de las Américas, la Organización de los Estados Americanos y el definir Nafta. Por otro lado, entre las instituciones que han apoyado esta evolución mediante iniciativas diversas de asesoramiento y conferencias figuran el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD).

TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LAS REGLAS DE COMPETENCIA

En el cuadro de la página siguiente se recoge la lista de las legislaciones de competencia vigentes. En la actualidad tienen reglamentación de competencia los países siguientes: Argentina, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Venezuela, México, Costa Rica, Panamá y Jamaica. Además existen normas regionales de competencia para el Mercosur y el Pacto Andino. Los países que actualmente tienen en proyecto su legislación son Bolivia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y la República Dominicana. La tradición legislativa antimonopolista es antigua en el Brasil, donde se remonta al siglo pasado, y bastante larga en otros de los países de la región: en la Argentina se remonta a 1919, en México a 1934, en Colombia a 1959 y en Chile a 1973. El ordenamiento jurídico de los países latinoamericanos ha estado en gran parte inspirado, desde el logro de su independencia, en el modelo jurídico latino europeo. En cuanto a las reglas de competencia, la prohibición de las prácticas concertadas o acuerdos restrictivos entre competidores, el abuso de posición dominante y el control de las operaciones de concentración se encuentran reglamentados, en gran medida, por las legislaciones latinoamericanas. Si bien se puede decir que ha existido en parte inspiración de las reglas de competencia de las Comunidades Europeas en la redacción de las reglamentaciones, también es verdad que, hoy en día, dichos conceptos jurídicos tienen un reconocimiento universal como guardianes de la organización de la economía de mercado.

PAÍS/GRUPO	LISTA DE LEGISLACIONES DE COMPETENCIA
<i>Argentina</i>	Ley N/ 22.262 de Defensa de la Competencia, de 01.08.1980.
<i>Brasil</i>	Lei N/ 8884, de 11.06.1994, alterada pela Lei N/ 9069 de 29.06.1995, Prevenção e repressão as infrações contra ordem econômica Lei N/ 9021, de 30.03.95, Autarquia do CADE

PAÍS/GRUPO

LISTA DE LEGISLACIONES DE COMPETENCIA

Brasil

Resolução n/ 5, de 28.8.96 do CADE. Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei N/ 8884.

Resolução n/ 6, de 2.10.96 do CADE

Colombia

Ley 155 de 24.12.1959, prácticas comerciales restrictivas.

Decreto n/ 1302 de 01.06.1964,

Decreto n/ 2153 de 30.12.1992, reestructura la Superintendencia

Costa Rica

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20.12.1994.

Chile

Decreto Ley n/ 211, de 1973. Defensa de la libre competencia; previene y sanciona las prácticas monopólicas, modificada por el Decreto Ley n/ 2760 de 03.07.1979.

Jamaica

The Fair Competition Act. de 09.03.1993

Mercosur

Decisión n/ 21/94-CMC Defensa de la Competencia. Pautas Generales de Armonización.

Decisión n/ 18/96 Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur 17.12.1996

México

Ley Federal de Competencia Económica, de 24.12.1992.

Reglamento interior de la Comisión Federal de Competencia, de 12.10.1993.

Pacto Andino

Decisión 285 de 21.03.1991. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

Panamá

Ley N/ 29 de 1 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la Competencia y se adoptan otras medidas.

Perú

Decreto n/ 701 de 05.11.1991. Prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Decreto Ley n/ 25868 de 06.11.1992, de organización del Indecopi.

Decreto Legislativo N/ 807, de 16.04.96, Facultades, normas y organización del Indecopi

Venezuela

Ley de 13.12.1991, para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia.

Reglamento N/ 1, de 21.01.93; Reglamento N/ 2, de 21.05.96

Instructivo N/ 1, de 12.07.93; Instructivo N/ 2, de 23.05.94

UN CONCEPTO AMPLIO DE COMPETENCIA

Aunque las características económicas propias difieren de un país a otro, las políticas de ajuste económico desarrolladas han requerido medidas de organización en muchas áreas próximas a la legislación en materia de competencia. Entre éstas destacan los derechos de los consumidores, normalizaciones técnicas, reglas sobre inversiones, Derecho Mercantil con especial mención del registro de patentes y marcas, defensa comercial, privatizaciones y sectores de servicios regulados. Las reglas de competencia se integran en este conjunto de mejoras de la organización económica. Hay quienes consideran aquéllas esenciales; en el fondo, sin embargo, mal podrían aplicarse si la organización de la economía no ofreciese un mínimo de garantías de funcionamiento estable.

AUTORIDADES DE COMPETENCIA MODERNAS

Todas las legislaciones mencionadas instauran un ente, cuya denominación varía (Autoridad, Comisión, Consejo, Fiscalía o Superintendencia), al que otorgan la responsabilidad de aplicar las disposiciones de competencia. La legislación de algunos países ha separado la instrucción del expediente de la decisión final, que compete a un tribunal creado al efecto. El cuadro de la última página recoge la lista de autoridades de competencia nacionales. Algunas de éstas tienen capacidad interpretativa y pueden emitir también resoluciones o dictámenes que facilitan la aplicación de las normas de la competencia. En algunos países el ámbito de aplicación de la parte dispositiva de dichas normas es reducido. Las disposiciones administrativas relativas a los poderes de la autoridad de competencia y las disposiciones procesales suelen ser más extensas. Algunas legislaciones nacionales dan fe del objetivo de reducir formalismos y trámites burocráticos.

LA CULTURA DE LA COMPETENCIA

Por lo general, las autoridades de competencia en América Latina tienen que hacer frente al desafío de aplicar la legislación de competencia con medios administrativos y financieros limitados. Por añadidura, la economía consta de sectores con un alto grado de concentración y habituados al intervencionismo estatal o a la concertación empresarial. De ahí que se requiera un esfuerzo para crear la «cultura» de la competencia. El fomento de la competencia empieza en la propia Administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios, y pasa por la adecuación de los planes de estudios académicos de las universidades. A fin de concienciar a la sociedad es preciso explicar a las empresas y a los profesionales liberales el objetivo de la economía de libre mercado y la

utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta, sin duda, más arduo aplicar las reglas de defensa de la competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial como las existentes en la Unión Europea.

LA GLOBALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES

Por otro lado, las autoridades de competencia latinoamericanas, aun sin disponer de una larga experiencia doctrinal y jurisprudencial, tienen que enfrentarse con la necesidad de un desarrollo legislativo propio y con problemas de competencia semejantes a los planteados en Europa o Estados Unidos. Por ejemplo, en los sectores de las telecomunicaciones, de la televisión digital, de las tarjetas de crédito, de bienes de consumo producidos por multinacionales, de la distribución en el sector del automóvil, etc., los desafíos a la libre competencia se han globalizado. Existe pues un fuerte interés tanto por conocer la doctrina aplicada en otros países como por cooperar en la instrucción y resolución de asuntos de actualidad.

PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

De forma similar, en la Unión Europea la política de competencia ha ido, asimismo, cobrando una mayor proyección internacional. La necesidad de una cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea se acrecienta. La intensidad de las relaciones comerciales entre Estados Unidos y la Unión Europea ha llevado a la conclusión de un acuerdo de cooperación mutua en materia de competencia, que se verá completado en breve por un acuerdo de comitología. El desarrollo de la economía de mercado en los países de la Europa central y oriental (PECO), unido a su posible adhesión a la Unión Europea, han permitido a ésta exportar su modelo de libre competencia. Del mismo modo el objetivo de convertir en socios a los países mediterráneos mediante la firma de acuerdos de libre comercio ha proyectado el interés por la asunción de reglas de competencia en estos países terceros. Todas estas iniciativas en favor de los PECO, las antiguas repúblicas soviéticas y los países del entorno mediterráneo están apoyadas por programas de cooperación técnica tales como Phare, Tacis o Meda, todos ellos dotados de vastos recursos financieros. Además la presencia de la Unión Europea en los foros internacionales tales como la OMC le ha permitido lanzar iniciativas multilaterales.

ACUERDOS MARCO DE COOPERACIÓN

La Unión Europea ha creado una red de acuerdos marco de cooperación con los países de América Latina. Cabe destacar el Acuerdo marco

interregional de cooperación con el Mercosur, de 15 de diciembre de 1995 (*DOCE* 1996 n.º L 69), que en una segunda fase prevé la posibilidad de crear un área de libre comercio. La idea de apoyar el proceso de integración económica del Mercosur es de gran importancia.

Existen acuerdos marco de cooperación específicos con la Argentina, firmado el 2 de abril de 1990 (*DOCE* 1990 n.º L 295, p. 66), con Brasil, firmado el 29 de junio de 1995 (*DOCE* 1995 n.º L 262, p. 53), y con Chile, firmado el 21 de junio de 1996 (*DOCE* 1996 n.º L 209, p. 1). En la actualidad se está negociando un acuerdo con México que tiene como objetivo constituir una área de libre comercio. Las relaciones comerciales de la Unión Europea se han desarrollado también mediante otros dos Acuerdos marco de cooperación: uno, firmado el 26 de junio de 1992, con el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, el llamado Pacto Andino (*DOCE* 1993 n.º C 25, p. 32), el otro, concluido el 22 de febrero de 1993, con las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, el llamado Istmo Centroamericano (*DOCE* 1993 n.º C 77, p. 30). La referencia a la importancia de las reglas de competencia se considera incluida en el concepto de normas y disciplinas comerciales.

El artículo 5-3.º del Acuerdo marco interregional entre la Unión Europea y el Mercosur prevé lo siguiente: «La cooperación cubrirá principalmente los temas siguientes: a) las disciplinas comerciales, las relativas a las prácticas restrictivas de competencia [...]», a lo que el artículo 11-2.º añade: «La cooperación estará dirigida en particular a: [...] c) identificar y eliminar los obstáculos a la cooperación industrial entre las Partes mediante medidas que favorezcan el respeto de las leyes de la competencia y su alineamiento a las necesidades del mercado [...]».

LAS ORIENTACIONES PARA LA COOPERACIÓN DE 1996-2000

La cooperación financiera y técnica con América Latina alcanzó, en 1995, un volumen de 205 millones de Ecus, invertidos en proyectos de desarrollo orientados a resolver problemas macroeconómicos y sectoriales. A la cooperación económica correspondieron 56 millones de Ecus, destinados a mejorar el contexto económico, a fomentar la integración sectorial y a favorecer la expansión de la economía. Para otros ámbitos de cooperación se dispuso de 80 millones de Ecus. La ayuda total concedida ascendió a 520 millones de Ecus. A finales de 1995 la Comisión recibió el apoyo del Consejo de Ministros en sus orientaciones 1996-2000 para que la cooperación se hiciera extensiva al apoyo de las instituciones, la lucha contra la pobreza, las reformas económicas, la mejora de la competitividad, la formación y la integración regional abierta. Últimamente el Informe Bertens del Parlamento Europeo ha considerado importante la elaboración de una nueva propuesta y el diseño de un programa de acción global a la altura de los cambios realizados.

GRAN DINAMISMO COMERCIAL

El dinamismo de América Latina no sólo ha sido percibido por el Parlamento Europeo. Algunos Estados miembros de la UE desarrollan actividades a través de sus agencias de cooperación, como es el caso de Alemania y España. Los líderes políticos europeos han subrayado con frecuencia la importancia de las relaciones con esa zona, siendo el más reciente ejemplo el del Presidente de la República Francesa. Hace tiempo que las empresas europeas son conscientes del incremento de las relaciones comerciales. Los flujos de comercio exterior se situaron en 1995 en torno a los 40.000 millones de US\$. Las tres cuartas partes de las inversiones europeas se centran, dada su extensión geográfica y grado de desarrollo, en Brasil, México, Argentina y Chile. Sin embargo, el interés europeo abarca también a los demás países latinoamericanos. Hay un elemento del comercio exterior que es revelador de esta dinámica comercial: entre 1993 y 1995, América Latina ha contribuido en aproximadamente un 10,4% al incremento total del comercio exterior de la Unión Europea. Esta cifra es más del doble de la parte del comercio exterior total comunitario que corresponde al comercio con América Latina.

PAÍS

LISTA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Argentina

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos

Brasil

Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE,
Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça
Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministério da Fazenda

Colombia

Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia
Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Industria y Comercio.

Costa Rica

Comisión para la Promoción de la Competencia.
Unidad Técnica de Apoyo, Ministerio de Economía, Industria y Comercio

Chile

Fiscalía Nacional Económica

Jamaica

Fair Trading Commission

México

Comisión Federal de Competencia
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial - SECOFI

PAÍS	LISTA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA
<i>Panamá</i>	Ministerio de Comercio e Industrias
<i>Perú</i>	Comisión de Libre Competencia del Indecopi Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
<i>Venezuela</i>	Superintendencia Pro-Competencia

FACTOR DE FOMENTO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La aplicación de las reglas de competencia en América Latina es un elemento importante del desarrollo económico y de la integración regional de aquellos mercados. Allí donde existe seguridad jurídica y certeza de su aplicación, los riesgos de conflictos comerciales y políticas de defensa comercial se reducen considerablemente. Desde la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DG IV) se ha seguido de cerca este interesante proceso durante el año 1996. Así se ha confeccionado un compendio de legislaciones de competencia de América Latina y un repertorio de sus autoridades nacionales respectivas a fin de fomentar su conocimiento. Dicho compendio se hará llegar a quienes lo soliciten al n.º de fax +32-2-2969803 o a la dirección email juan.riviere@dg4.cec.be (indicando su nombre y apellidos, empresa o institución, función en ésta, dirección, teléfono/fax y, en su caso, señas de correo electrónico). También se ha realizado un inventario para evaluar las posibilidades de colaboración técnica tanto con países individuales como con asociaciones o grupos de países (Mercosur, Pacto Andino, Istmo Centroamericano).

ÁREAS DE COOPERACIÓN

En la actualidad se están estudiando las posibilidades y modalidades de cooperación entre las autoridades de competencia de la Unión Europea y de América Latina. Las opciones a considerar se encuadran en tres grandes ámbitos:

1. Formación: En este apartado cabría incluir períodos de intercambio o prácticas de funcionarios en las respectivas autoridades de competencia, conferencias, seminarios y cursos de formación universitaria. Esta experiencia debería favorecer los conocimientos prácticos de la aplicación de reglas y la doctrina de competencia.

2. Lazos institucionales: Se trataría de estrechar la cooperación entre autoridades de competencia para favorecer un intercambio de informaciones sobre la gestión y la mejora procedimental de sus actividades.

3. Fomento de la integración económica: Ello requeriría un mayor arraigamiento de la cultura de competencia, incluyendo tanto a las empresas como a los profesionales, y el simultáneo desarrollo del ordenamiento jurídico propio.

Se trata de objetivos ambiciosos a examinar tanto por parte de las instituciones comunitarias como por las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros y de América Latina, respectivamente. En función de la evolución de las relaciones se decidirán las medidas específicas para poner en práctica esta cooperación. Últimamente una misión de prospectiva ha sido enviada a los países integrantes del Mercosur para evaluar las posibilidades de asistencia técnica por parte de la Unión Europea. Una nueva área de cooperación con América Latina está naciendo, compete a cada uno asumir sus responsabilidades para lograr llevar las relaciones en materia de política de competencia a una nueva dimensión.

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen,

The relationship between innovation and competition policy is a fascinating subject and I am very grateful to the Japanese Fair Trade Commission for having invited the European Commission to offer some views on this subject. My first feeling that it will be only some time before such a subject could inspire many books!

We all know that innovation is vital for the success of a modern economy. By offering new goods, new services to our production processes, innovation triggers dynamism, growth, etc. We also know that innovation is not easy, and especially fundamental innovation coming from Research and Development, which requires a lot of human and financial resources. Many R and D projects are not profitable, but in the same time are very successful project over their high financial returns.

Given this balance of risks and opportunities at the level of the firm and also the collective benefits linked to innovation, and more specific

INNOVATION AND COMPETITION: A VIEW FROM THE EUROPEAN COMMISSION

Jean-François PONS¹

Abstract:

La innovación es clave para el éxito en una economía moderna. Las dificultades que su realización plantea se solventan con el reconocimiento de ciertos derechos restrictivos y mediante ayudas públicas. En 1996 la Comisión adoptó el Reglamento de exención por categoría relativo a acuerdos de transferencia de tecnología, que es objeto de análisis, con el objetivo de promover la innovación técnica y su diseminación en la Unión Europea y de asegurar al mismo tiempo una competencia leal y la no afectación al mercado único. A continuación se analizan los límites de la protección de los derechos de propiedad intelectual cuando la empresa disfruta de posición de dominio y se plantea el riesgo de privación del derecho y la necesidad de asegurar la disponibilidad de líneas alternativas de R+D.

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen,

The relationship between innovation and competition policy is a fascinating subject and I am very grateful to the Japanese Fair Trade Commission for having invited the European Commission to offer some views on this subject. May I underline that it will be only «some views», because such a subject could inspire many books!

We all know that innovation is vital for the success of a modern economy. By offering new goods, new services or new production processes, innovation triggers dynamism, growth, etc. We also know that innovation is not easy, and especially fundamental innovation coming from Research and Development, which involves a lot of human and financial resources. Many R and D projects are not profitable, but in the same time one very successful project can create huge financial returns.

Given this balance of risks and opportunities at the level of the firm and also the collective benefits linked to innovation, and more specifi-

¹ Tokyo Symposium, 1/12/1997. Tokyo.

cally to R and D, all nations tend to promote it. First, innovation is generally protected by recognising the right of a natural or legal person to regulate or even restrict access and use of the technological know how resulting from expensive R and D, that protection allows substantial reward for the innovation and is a strong incentive to R and D. Secondly, national budgets contribute to the financing of R and D, especially in the basic research and in sectors under the responsibility of the States, like in the defence sector.

This support and protection of innovation is generally welcome also from the point of view of competition : new products, new services and new production processes are pro-competitive. That is why the European Commission has generally been respectful of the protecting rights. But the competition authorities may have two concerns linked to innovation:

— the first one is that the protection of the rights of the inventor must not impede competition in the markets concerned. As the Commission said in *Ciba-Geigy-Sandoz* : «patent rights may pose considerable entry barriers to competitors on future markets»;

— the second one is that mergers or alliances between firms very active in similar R and D projects must not create dominant actors able to eliminate future competition in related markets.

I will now give a few examples of how the European Commission implemented competition policy visàvis innovation.

I will review first the most recent regulation in this field, the block exemption regulation on technology transfer agreements. Then I will comment on recent decisions by the Commission which shows how the European competition policy has tried to respond to the two concerns expressed earlier:

— avoid abuse of dominant position through intellectual property rights,

— avoid mergers or alliances which could create dominant positions in innovation and foreclose future markets.

1) First the block exemption on technology transfer agreements:

On 31 January 1996, following a long consultation process with representatives of business and industry, the Commission adopted a new block exemption Regulation on technology transfer agreements². The Regulation represents a step towards the creation of a legal environment that will promote technical innovation and its dissemination within the European Union, while at the same time ensuring that healthy competition and the completion of the single market are not affected.

² Commission Regulation (EC)- Nr 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, OJ L 31, 9.2.1996, p.2.

A number of factors, including in particular the recognition that technology transfers are a driving force in the economic development of the European Union, prompted the Commission to carry out a substantial simplification of the rules which have hitherto governed technology transfer agreements.

Such rules were contained in two block exemption Regulations on know-how and patent licensing agreements. However, the implementation of the two former Regulations was not without difficulties. These were mainly due to the over-interventionist approach of the Regulations and to the uncertain legal arrangements applying to mixed agreements. The new Regulation sets out to overcome these difficulties: it combines the previous block exemption Regulations into a single legal instrument, with firms being covered by a single set of rules for patent licensing agreements, know-how licensing agreements and mixed patents and know-how licensing agreements.

At the same time, the new Regulation comprises a series of improvements and simplifications and adopts a more relaxed approach to certain types of clause which are current practice in contracts and which affect the balance of power between the parties rather than the forces of competition.

The structure of the new Regulation follows the established model for block exemptions by drawing a distinction between «white», «black» and «grey» clauses. In the first place, the Regulation grants automatic exemption to all licensing agreements that include certain restrictions of competition normally caught by Article 85(1). These are essentially territorial restrictions between parties or between licensees, which are exempted for a limited period. Secondly, the Regulation contains a longer list of obligations that are not generally restrictive of competition and provides that, if they are caught by Article 85(1) because of the particular economic or legal context, they should also be covered by the exemption. Thirdly, there is a blacklist of clauses or restrictions whose inclusion in an agreement precludes the granting of the block exemption. This blacklist is much shorter than that contained in the two previous Regulations. It covers restrictions on prices and quantities, bans on exploiting competing technologies, customer restrictions between competing manufacturers, obligations on licensees to assign improvements to the relevant technology and territorial restrictions for a longer duration than those exempted. Lastly the Regulation provides for an opposition procedure under which exemption may be granted to agreements containing additional restrictions of competition not specified in the Regulation, provided that such agreements are notified to the Commission (under a simplified procedure) and that the Commission does not oppose the application of the exemption within four months (as opposed to six previously). Previously blacklisted clauses, such as the requirement that the licensee procure from the licensor goods or services which are not essential to technically appropriate exploitation of the licensed technology, and no-challenge clauses are subject to the opposition procedure.

The Commission's concern to promote the rapid dissemination of technologies and innovation in Europe is accompanied by a clear warning to firms holding large market shares on the relevant markets. It must be ensured that interested firms which are very strong on a market do not block the introduction of innovations which might compete with their own products or processes and might benefit other firms, particularly innovative SMEs. Accordingly, the new Regulation allows the Commission to withdraw the benefit of block exemption where the licensed products are not exposed to effective competition in the licensed territory. In its assessment of the conditions of competition, the Commission will pay particular attention to situations in which the licensee's market share exceeds a threshold of 40%. This principle has already been applied, for example in the Tetra Pack case, where the licensee, which was found to abuse its dominant position, was forced to give up the exclusive rights attached to its license.

2) I will turn now to cases about the limits of intellectual property rights protection when a firm is in a dominant position.

Certainly a coincidence, the two cases deal with Microsoft. In 1994, as you all know, the US DOJ and the Commission negotiated jointly with Microsoft and obtained a consent decree and an undertaking in identical terms. Microsoft undertook not to make licenses of more than one year's duration, not to impose minimum commitments on licenses and above all not to use «per processor» licenses requiring payment of a royalty on every computer, regardless of whether it was shipped with pre-installed Microsoft software. Existing licenses not fulfilling these requirements were not to be enforced.

The recently closed Santa Cruz/Microsoft Case is an unusually other clear example of competition policy limiting I.P.R. and promoting innovation in the same time.

This case arose from a complaint from Santa Cruz about certain terms of a contract between Santa Cruz and Microsoft. Santa Cruz produces versions of the UNIX operating system mainly for use on the powerful microcomputers that are used as the centre of networks of microcomputers («servers») or which are used for specialised applications requiring a lot of computer power such as design or scientific calculations («workstations»). There is vigorous competition in this sector between Microsoft's Windows NT product and a number of versions of ITNIX developed by different software firms including Santa Cruz. This has had the usual result that technical progress is rapid in the sector. The contract terms complained of required that if Santa Cruz produced a version of the UNIX operating system, it had to be:

— Derived from a version of UNIX for microcomputers developed by Microsoft in 1987. «Derived from» was defined as meaning that it had to include at least some of the software developed by Microsoft in 1987.

— In addition there was a specific requirement that any version of UNIX for microcomputers produced by Santa Cruz be compatible with a list of applications which were available in 1987, i.e. Santa Cruz operating systems would have to be produced in a way that a computer running them could run these at least ten years old applications.

— As a result of these requirements Santa Cruz was required to pay Microsoft a set royalty per copy an operating system it sold, for use of Microsoft intellectual property.

In addition the contract was drafted in such a way that if one party wished it to continue indefinitely it would be very easy for them to ensure that this happened.

In other terms, these contract clauses, on which we objected, expressly required Santa Cruz to continue to use old and possibly outdated I.P. in producing its operating system products and make them compatible with equally old and possibly outdated application programmes.

The Commission sent a formal Statement of Objections to Microsoft arguing that these restrictions were in breach of European competition law. Microsoft was given, and took, the opportunity to make written comments on this statement. An oral hearing of Microsoft was set for 13 November. On 4 November Microsoft wrote to Santa Cruz unilaterally and irrevocably waiving the rights under the clauses at issue to which the Commission had objected. Santa Cruz withdrew its complaint, and the Commission case was closed.

Santa Cruz is now free to compete with Microsoft in this important market, and has been able to continue with its planned development and launch of an entirely new and advanced version of UNIX for microcomputers.

3) The second part of my review of recent decisions by the Commission would focus on the risk of foreclosure and the need to ensure the availability of alternative lines of R and D.

In assessing mergers or alliances, the European Commission has often found sources of concerns in the grouping of strengths in R and D and innovation.

Interesting cases in this regard are Shell-Montedison, Glaxo-Wellcome, Ciba-GeigySandoz (also sources of decisions by American authorities, which are similar), Crown Cork-Carnaud Metalbox, DuPont-ICI, MSG-Media Services or even Boeing-McDonnell-Douglas, this last case being well known to all of you.

In these cases, the Commission was aware that the two firms were major actors at least in one sector of R and D and that the grouping of their strengths could discourage others to continue their own R and

D. or start an R and D project. Different remedies were found to remove those concerns and offer alternative lines of R and D to their competitors:

— in Shell-Montedison (1994), the Commission only allowed the firms to form their J.V. after Montedison agreed to maintain a polypropylene technology licensing business in which Shell would have no interest. This independent licensing loss would therefore compete against Shell's polypropylene losses. Further, Montedison agreed to invest enough into this independent firm's R and D effort to ensure that it would be a very real competitor for Shell;

— in Glaxo-Wellcome (1995), Wellcome was one of several companies trying to develop a competitor to blasco's unique antimigrane drug. That is why the Commission authorised the merger only after that Glaxo decided to grant to a third party an exclusive licence to its antimigrane R and D programme or to Wellcome's antimigrane programme. In DuPont-ICI (1994), a similar remedy was found;

— another kind of undertaking was given by Ciba-Geigy-Sandoz (or Novartis) in the sector of gene therapy (1996): for 10 years, Novartis would grant to requesting competitors non-exclusive licences to the technology that its European patent covered;

— in Crown Cork-Carnaud Metalbox (1996), because the Commission found that «processing and updating state of the art know-how and technology is a primary factor driving competition in the market», the parties agreed to sell appropriate assets, including IP Rights.

Finally, in MSG-Media Services (1994), the Commission refused to approve a joint venture amongst three major German firms : Kirch, a broadcaster; Bertelsmann, Germany's largest media firm and Deutsche Telekom, Germany's monopoly telephone service. The joint venture would have provided digital pay-TV to German households, and sold its payTV delivery service to television programmers.

The Commission was afraid that this joint venture, among these three major firms, would denominate its service market. To receive the service subscribers would need a decoder and converter, which would use a proprietary encryption system. This equipment is expensive, and firms entering the market must therefore make a substantial investment to develop and distribute this equipment. The Commission felt that once one competitor had distributed such equipment, and established the related standard, other competitors would not make the same investment. The only competitors capable of making this investment were Bertelsmann/Kirsch, which had already formed a similar joint venture, and Telekom. If these three major firms joined together, the Commission concluded, then no other firm would enter the emerging digital pay-TV market. And the Commission would not let these major firms create a barrier to entry to this future service market.

Similar attitudes were taken in the same sector of pay-TV vis-a-vis a Nordic project (NSD) and vis-a-vis pay-TV in Spain (Telefonica-Sogecable).

4) To be complete it must be also recalled that the Commission authorised without conditions special groupings of strenghts in the field of R and D because the innovation brought by this agreements was very important and could probably not been brought otherwise.

I can give two examples:

— In the Corningoptical fibers (1986), the Commission authorised joint venture agreements between Corning, which invented optical fibers for Telecom, and several cable producers. The joint ventures were technologically dependent on Corning. The agreements however were exempted because they made a quick conversion to optical fibers and optical cables possible, and beneficial to users and consumers.

— In the Konsortium ECR 900 (1990), the Commission authorised Alcatel, Nokia and AEG to introduce a pan-European public digital cellular mobile telecom service called GSM. Several factors influenced the Commission: European phone network operators had agreed on the interfaces for the system; there were a number of other European suppliers; the invitations to tender from the telecom administration had set tight deadlines and the partners could not have met them separately.

CONCLUSION

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen,

In the time which was given to me, I tried to focus on competition policy linked to innovation and especially to recent regulations and decisions in this regard, which tend to promote innovation in Europe, but to the extent that markets are kept open to new entrants.

Before closing, I would like to seize this opportunity to congratulate the Fair Trade Commission of Japan for its 50th anniversary which makes it one of the oldest Competition authorities in the world, after the American ones and before the European Commission, which will be only 40 years old in January 1998. I would like especially to congratulate our Japanese colleagues for the significant progresses of competition in Japan in the recent period and wish them many new progresses and successes in the years ahead.

SPORT ET CONCURRENCE: DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS ET ACTION DE LA COMMISSION

Karel VAN MIERT

Commissaire responsable
de la politique de concurrence¹

Abstract

El comisario Van Miert analiza las relaciones entre deporte y competencia. En concreto, pone de relieve las especificidades del deporte que justifican un tratamiento particular, el criterio del Tribunal de Justicia, la actuación de la UEFA y la FIFA. Anuncia una acción de la Comisión represiva de aquellas actuaciones que puedan considerarse contrarias al derecho de la competencia.

INTRODUCTION

C'est avec plaisir que je participe cette année, personnellement, à ce Forum européen du Sport pour vous parler des implications que les règles de concurrence du traité ont sur le sport. Je porterai à votre connaissance les développements récents, plus en particulier dans le football, car, comme vous le savez, c'est ce sport qui a été et continue d'être le plus secoué, ainsi que les intentions de la Commission pour l'avenir.

L'exercice des sports relève du droit communautaire et en particulier des règles de concurrence du traité dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité CE. La Cour de Justice l'a d'ailleurs précisé à plusieurs reprises depuis 1974.

Il est évident que le sport contient aussi des aspects d'une importance notable étrangers à l'activité économique - son rôle social, intégrateur et culturel. Également étrangers à l'activité économique sont les règles des organisations sportives basées sur des raisons intéressant uniquement le sport en tant que tel.

¹ Forum européen du Sport, 27/11/97, Luxembourg.

J'aimerais souligner que les spécificités de ce secteur impliquent sûrement des restrictions dans l'activité de la production ou de l'organisation du spectacle sportif qui ne pourraient pas être admises dans d'autres secteurs de l'industrie ou des services. Toutefois, ces spécificités ne sauraient pas justifier des atteintes aux libertés fondamentales consacrées dans le traité si des moyens moins restrictifs permettent d'atteindre les mêmes objectifs légitimes de manière aussi efficace. Ce principe, dit de proportionnalité, est l'une des pierres angulaires de l'application du droit communautaire.

D'autre part, l'application du principe de subsidiarité, en limitant l'intervention des autorités communautaires au strict nécessaire, ne peut pas donner lieu à ce que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite des droits conférés par le traité aux particuliers.

Il faut aussi souligner que l'application du droit communautaire au sport, ne vise pas à faire disparaître le caractère national du sport pour lui conférer une dimension communautaire. Mais, il est clair que les aspects économiques du sport dotés d'une logique commerciale et non pas d'une logique purement sportive, sociale ou culturelle qui dépassent les frontières nationales ne peuvent pas échapper au champ d'application du droit communautaire.

En résumé, seules les aspects économiques du sport sont soumis aux règles de concurrence du traité et l'application de ces règles tient compte d'une part des spécificités de chaque sport et d'autre part des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Voyons maintenant plus en détail quelles sont les particularités du sport qui justifient de lui donner un traitement particulier.

SPÉCIFICITÉS DU SPORT JUSTIFIANT UN TRAITEMENT PARTICULIER

Il existe une gamme de sports très diversifiée qui va du sport individuel au sport par équipes, du sport d'élite au sport de masses. D'autres sports sont plutôt mixtes en ce sens qu'ils présentent aussi bien des éléments de compétition individuelle que d'équipe. Quoi qu'il en soit, un aspect est commun à tous ces sports - pour garantir un spectacle de qualité et intéressant pour le spectateur il faut que l'incertitude quant aux résultats des compétitions existe. C'est pour cette raison que l'équilibre de forces entre adversaires, c'est-à-dire l'égalité compétitive d'opportunités, est essentielle. D'où, dans certains sports individuels comme le golf on a introduit un système d'handicap. Dans les sports par équipe, les équipes sont regroupées au sein de divisions ou de ligues tout au long de chaque saison sportive.

Le côté économique des sports par équipe ou individuels est tout à fait particulier du fait que la production du spectacle sportif n'est possible avec une seule équipe ou un seul sportif. Le spectacle sportif est un produit qui résulte de la compétition entre équipes ou à tout le moins entre deux sportifs. Cette interdépendance entre adversaires en compétition, surtout évidente dans les sports par équipe, est une caractéristique unique au sport qui le distingue de tous les autres secteurs de l'industrie ou des services. En effet, dans les secteurs de l'industrie ou des services la concurrence entre entreprises a pour but d'écarter du marché les entreprises inefficaces de façon à ce que seules les entreprises efficaces et viables restent. En revanche, dans le secteur du sport les clubs sont directement intéressés non seulement dans l'existence continue d'autres clubs mais aussi dans leur viabilité économique en tant que concurrents, en vue de maximiser l'intérêt des spectateurs et, par conséquent, les recettes de la vente du spectacle sportif (le produit).

Le besoin de garantir l'incertitude des résultats des compétitions et l'interdépendance entre clubs concurrents sont donc des aspects tout à fait particuliers au sport qui justifient des restrictions de concurrence mais qui n'excluent pas l'existence d'une concurrence entre clubs. Cette concurrence est toutefois singulière et même paradoxale puisque chaque club vise à terminer la saison avec le meilleur «score» mais, en même temps, chaque club garde un intérêt direct à ce que le succès d'autres clubs du même standard soit continu. Un club ne peut pas viser tout simplement à maximiser ses bénéfices financiers et à écarter les concurrents du marché. La maximisation du succès sans tenir en compte les aspects financiers n'est pas non plus désirable. L'objectif doit être plutôt celui d'obtenir les meilleurs résultats dans les compétitions et donc le prestige à condition d'avoir un minimum de profit. La «profitabilité» varie avec le succès et le succès dépend essentiellement de la qualité des joueurs et de la synergie de l'équipe tout ceci dans un contexte d'interdépendance entre clubs et de garantie de l'incertitude des résultats. Dans cette logique d'intérêt global, le marché est par nature instable aussi longtemps qu'il existe un déséquilibre financier entre les clubs. Ce déséquilibre doit donc être corrigé. La question est de savoir quelles sont les mesures des organisations sportives qui seraient acceptables dans un tel contexte et celles qui ne le seraient pas à l'égard du droit communautaire et plus particulièrement des règles de concurrence du traité.

Avant de me pencher sur cette question délicate je voudrais mettre en lumière que la Commission a toujours reconnu les spécificités du sport que je viens d'énumérer en détail. Je peux vous assurer que les règles de concurrence ont été et seront appliquées en tenant compte de ces spécificités et en respectant évidemment la position de la Cour de Justice. En ce sens, je crois pouvoir conclure que la Déclaration en faveur du sport lors de la Conférence d'Amsterdam jointe à l'Acte final du Traité d'Amsterdam ne fait que confirmer la politique de la Commission en

cette matière, en particulier pour ce qui est de l'application des règles de concurrence du traité au sport.

LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE

Vous connaissez peut-être mieux que moi-même les implications que l'arrêt de la Cour dans l'affaire Bosman a eu pour le monde du sport.

L'arrêt confirme le principe de liberté de circulation pour les joueurs professionnels de football ainsi que pour les joueurs amateurs devenus professionnels, à l'intérieur de l'UE et de l'EEE et interdit le paiement de toute indemnité lors du transfert international d'un joueur professionnel ou devenu professionnel en fin de contrat, à l'intérieur de l'UE et de l'EEE; supprime la limitation du nombre de joueurs d'autres États membres qui peuvent être alignés dans les compétitions entre clubs.

Étant donné que l'arrêt se base uniquement sur l'article 48, il n'a pas fait changer les deux situations suivantes: paiement d'indemnités lors de transferts à l'intérieur d'un État membre; paiement d'indemnités lors de transferts internationaux de joueurs non-EEE (plus précisément des joueurs de pays tiers qui n'ont pas des accords d'association avec l'UE) à l'intérieur de l'UE et de l'EEE.

En plus, la Cour ne s'est pas prononcée sur le paiement d'indemnités de transfert pour les transferts effectués pendant la durée du contrat de travail qui lie le joueur au club, c'est-à-dire en cas de résiliation unilatérale du contrat.

En adoptant cette position, la Cour a pris en compte les spécificités du sport et les objectifs légitimes pour le football de promouvoir la formation des jeunes joueurs, de maintenir un équilibre entre clubs et d'assurer l'incertitude des résultats des compétitions. Dès lors cet arrêt trace déjà des limites pour l'acceptation de restrictions dans l'activité de production et d'organisation du sport.

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS. MESURES MISES EN OEUVRE PAR L'UEFA ET PAR LA FIFA

J'ai la conviction que l'arrêt Bosman est en général respecté par les clubs et par les organisations sportives pour les situations qui y sont directement visées.

Deux ans passés depuis cet arrêt, la situation dans le secteur du football a changé.

Le nombre de transferts internationaux à l'intérieur de l'EEE a augmenté de façon significative. Les meilleurs joueurs semblent avoir bé-

néficié beaucoup avec les nouvelles conditions de marché. Les transferts se font maintenant non seulement en fin du contrat mais aussi en situation de résiliation anticipée.

Les idées de solidarité semblent ne pas avoir été accueillies par les grands clubs. Ceux-ci ont préféré de développer leurs activités économiques, deviennent des entreprises cotées dans les bourses, demandent à détenir les droits de retransmission et s'écartent de plus en plus des petits clubs. Dans chaque État membre les grands clubs sont rassemblés au sein de Premières Liges. Il n'est pas exclu que dans l'avenir ces ligues quittent l'UEFA et créent au niveau Européen une organisation parallèle à l'UEFA qui organise des compétitions propres - un mouvement se dessine déjà pour créer une telle organisation.

La FIFPRO, fédération internationale des joueurs de football professionnels ne semble pas être une organisation représentative de tous les joueurs. Une nouvelle association internationale de footballeurs professionnels a été créée au début de cette année —AIFP (Association Internationale Footballeurs professionnels)— Cantona et Maradona en sont à l'origine.

Le marché est loin de trouver la stabilité dont les clubs, les joueurs et les organisations sportives ont besoin pour garantir un sport de qualité.

L'UEFA et la FIFA n'ont pas trouvé un système, alternatif au système de transferts, compatible avec le droit communautaire. Le Groupe de Travail qui avait été créé par l'UEFA n'existe plus. Ces deux organisations se sont partagées les tâches en ce sens que l'UEFA a gardé la responsabilité pour mettre en oeuvre notamment un pool de solidarité tandis que la FIFA, ayant reçu les conclusions du Groupe de travail UEFA en matière de transferts, semble se présenter comme la seule organisation responsable pour d'autres nouvelles mesures. En résultat de cette répartition de tâches, l'UEFA a mis en oeuvre, à partir du 1er juillet 1997, un pool de solidarité qui vise à rémunérer les clubs pour les frais de formation réels de joueurs amateurs, âgés de 14 à 24 ans, qui sont transférés vers une autre association nationale membre de l'UEFA en tant que joueurs non-amateurs. Les conditions d'application de ce pool m'ont été communiquées très récemment à titre informel.

Néanmoins, l'UEFA a aussi recommandé aux associations nationales de mettre en oeuvre, à partir de la même date, le contrat-type joueur-club divisé en deux périodes (3 ans, formation + 3 ans, premier contrat professionnel). Ce contrat est assorti d'un système de paiement d'indemnités pour les transferts qui ont lieu à la fin de la première période du contrat. Cette décision du Comité Exécutif de l'UEFA n'a pas été communiquée aux services de la Commission.

Pour sa part, la FIFA a adopté la Circulaire n.° 616 du 4 juin 1997 dont le paragraphe 2 établit un régime qui vise la possibilité de refus de la délivrance d'un certificat international de transfert dans les cas de résilia-

tion anticipée par les joueurs non-amateurs de leur contrat de travail. Ce point de la circulaire reprend quelques dispositions du Règlement de la FIFA sur le statut et les transferts des joueurs de football tel que modifié par le Comité Exécutif dans sa réunion du 7 décembre 1996. Le paragraphe 1 de cette même circulaire reporte au 1er avril 1999, l'abolition de l'application du système international de transferts, à l'intérieur de l'EEE, aux joueurs non-UE en fin de contrat. La FIFA vient de communiquer à la demande de mes services les modifications introduites à son règlement. Elle avait informé les services de la Commission que le système international de transferts pour les joueurs non-UE, à l'intérieur de l'EEE, avait été aboli à partir du 1er avril 1997.

QUESTIONS QUI SE POSENT À L'HEURE ACTUELLE

La Commission a reçu récemment quelques plaintes notamment contre la FIFA et l'UEFA qui mettent en cause la compatibilité de la circulaire n.º 616 de la FIFA avec l'article 85 du traité.

Une autre plainte, déposée par la «FA Football League» contre l'UEFA, soulève une question tout à fait nouvelle qui a trait aux règles d'accès à la Coupe UEFA.

Aucune plainte n'a été reçue au sujet de la recommandation de l'UEFA aux associations nationales de mettre en oeuvre le contrat-type, mesure qui pose en principe problème à l'égard des articles 48 et 85 du traité.

Dans le cadre des entretiens que j'ai eus récemment avec des représentants de la FIFPRO et de l'UEFA, le 13 octobre 1997, deux nouvelles questions ont été soulevées.

La FIFPRO a exprimé le souhait de voir établir une «clause de nationalité communautaire» selon laquelle un club devrait limiter le nombre de joueurs de nationalité non-UE participant aux compétitions européennes.

L'UEFA a soulevé la question de savoir s'il lui serait légitime d'établir des règles pour éviter la tendance selon laquelle le même propriétaire possède plus d'un club. Cette situation amènerait à l'existence de plusieurs clubs en compétition, appartenant au même propriétaire.

D'autre part, l'interdiction imposée par l'UEFA et par la FIFA aux clubs, aux organisations sportives et aux joueurs de s'adresser aux tribunaux nationaux pour contester les décisions de ces deux organisations est aussi un problème qui prend de plus en plus d'importance.

Par ailleurs, la Commission sera de toute probabilité appelée à se prononcer dans l'avenir sur la compatibilité de la création d'une nouvelle organisation parallèle à l'UEFA avec les règles du traité. Cette même question se pose aussi dans d'autres sports.

En outre, deux affaires préjudicielles sont devant la Cour. L'une —DELIEGE— concerne les critères de sélection des athlètes (en l'espèce des judokas) pour participer à des compétitions internationales, critères établis par les organisations sportives (quotas nationaux, etc). L'autre a trait à la légalité de périodes fixes pour les transferts des joueurs —LEHTONEN.

Finalement, mes services sont en train d'examiner un certain nombre de questions qui ont trait à la vente de droits de retransmission dont je vous parlerai plus tard.

POSITION DES SERVICES DE LA COMMISSION

6.1. «ANTI-TRUST»

Activité de la production et de l'organisation du spectacle sportif

Les principes de l'arrêt Bosman sont évidemment applicables à tous les autres sports professionnels - les clauses de nationalité doivent être abolies pour toute compétition entre clubs et les indemnités de transfert, de promotion ou de formation à la fin de contrat pour les transferts internationaux de joueurs UE ne sont plus possibles.

D'autre part, certaines situations dépassant le cadre de l'arrêt parce qu'elles ne violent pas l'article 48 du traité semblent, en revanche, violer l'article 85 du traité, à savoir: le maintien des systèmes nationaux de transferts, même si leurs effets se limitent normalement à un seul État membre. Ces systèmes peuvent restreindre de manière sensible la liberté des clubs d'embaucher les joueurs qu'ils veulent, en affectant les échanges entre États membres pour les compétitions européennes et internationales dans la mesure où à tout le moins les clubs de première division sont concernés; le maintien du système international de transfert pour les joueurs non-UE à l'intérieur de l'EEE (circulaire n°616). L'appréciation de la compatibilité d'un système de transferts eu égard à l'article 85 ne peut pas se faire en fonction de la nationalité des joueurs. Ce qui est en cause est la limitation des «sources d'approvisionnement en joueurs» des clubs, qu'ils soient des joueurs UE ou non-UE.

La décision de l'UEFA de recommander aux associations nationales le contrat-type, est, en principe, incompatible avec l'article 48 du traité du fait que le paiement d'une indemnité de transfert à la fin de la première phase du contrat équivaut au paiement d'une indemnité en fin de contrat à laquelle l'arrêt Bosman s'applique. L'UEFA a été, à plusieurs reprises, avertie par les services de la Commission de cette ap-

préciation préliminaire. L'UEFA est donc consciente que ce système de contrat-type ne pourrait être accepté que si le contrat avait une durée raisonnable et si l'indemnité en cas de rupture était calculée par rapport aux coûts réels supportés par le club dans la formation du jeune joueur en cause.

Par ailleurs, le nouveau régime de la FIFA (rupture anticipée du contrat par le joueur), rappelé dans le paragraphe 2 de la Circulaire n°616 semble violer aussi bien l'article 48 que l'article 85 paragraphe 1 du traité.

Le 2 juillet 1997, le Commissaire Flynn et moi-même avons adressé à la FIFA une lettre qui l'informe de l'incompatibilité présumée de cette circulaire avec ces deux dispositions du traité.

En revanche, la création du pool de solidarité de l'UEFA ne pose pas, en principe, de problème au regard des articles 48 et 85 du traité. La question qui reste à résoudre à ce sujet est de savoir dans quelle mesure la création de ce pool pourrait aider à justifier l'exemption éventuelle de la vente en commun des droits de retransmission.

Néanmoins, l'on ne peut pas détacher cette mesure de l'UEFA, en soi-même positive, des autres dispositions adoptées aussi bien par l'UEFA que par la FIFA.

En ce qui concerne les questions préjudicielles devant la Cour, la Commission s'est prononcée en ce sens qu'elle considère légitime le système de quotas d'athlètes par pays en vue de la participation à des compétitions internationales ainsi que l'existence de périodes fixes pour les transferts de joueurs.

Quant aux autres questions que j'ai énoncées (règles d'accès à la Coupe UEFA, détention de plusieurs clubs par le même propriétaire, création d'organisations sportives parallèles) les services de la Commission n'ont pas encore pris une position. Ce n'est que sur la base de cas concrets qu'elle peut le faire.

ACTIVITÉ DE VENTE DE DROITS DE RADIODIFFUSION

L'activité de vente de droits de radiodiffusion ainsi que d'autres activités économiques des clubs ou des organisations sportives sont des activités liées mais distinctes de l'activité de la production et de l'organisation du spectacle sportif et dont les caractéristiques ne sont pas forcément les mêmes. Néanmoins, le secteur de vente de droits de radiodiffusion ne peut pas non plus être exposé à un «libre marché». Des mesures pour préserver l'identité culturelle, la langue et le pluralisme affectent ce marché.

Dans le passé, la manière dont les droits de radiodiffusion des manifestations sportives étaient vendus et exploités soulevait très peu de

problèmes sur le plan de la concurrence. Aujourd'hui, du fait de la déréglementation et de l'évolution technologique, de nouveaux services commerciaux, comme la télévision payante, sont proposés aux téléspectateurs dans tous les États membres. Il y a plus que jamais des programmes sportifs à la télévision, ce qui est un avantage pour le public. Les nouvelles chaînes s'efforcent d'attirer les téléspectateurs en présentant des programmes populaires. Certains sports, tels que le football ou la Formule 1, atteignent des chiffres d'audience extrêmement élevés. De nombreux radiodiffuseurs sont prêts à payer des sommes considérables pour obtenir le droit de retransmettre des sports appréciés du public. Les programmes sportifs sont devenus l'élément fondamental de la télévision payante.

Cependant, cette évolution ne va pas sans susciter quelque inquiétude: tous les téléspectateurs ne sont pas disposés à payer pour assister à des événements jusqu'à retransmis gratuitement. M. Oreja vous entretiendra des mesures visant à assurer que certaines manifestations restent accessibles aux téléspectateurs des chaînes de télévision en clair, non payantes. Je parlerai quant à moi des problèmes de concurrence que soulèvent l'achat et l'exploitation des droits de radiodiffusion d'événements sportifs.

La plupart des grands sports sont maintenant entrés dans l'ère de l'économie de marché. Déjà, dans un certain nombre d'États membres, les équipes les plus populaires, notamment dans le domaine du football, ont été introduites en bourse. Le fossé entre les plus grands clubs et les autres s'est considérablement élargi, ces derniers étant rarement en mesure de passer eux-mêmes des accords équilibrés avec les diffuseurs. En revanche, ceux qui ont la possibilité de vendre les droits de retransmission d'événements sportifs peuvent utiliser les recettes supplémentaires qui en résultent pour moderniser les stades, rembourser d'anciennes dettes ou acquérir les meilleurs joueurs. Dans d'autres cas, une partie de ces nouvelles recettes échoit maintenant aux actionnaires.

Comme n'importe quel autre, ce marché est soumis à l'application des règles de concurrence. En effet, non seulement la concurrence entre participants à un même sport peut se trouver affectée, mais également celle que se livrent les radiodiffuseurs. La Commission a reçu notification, pour examen au regard du droit communautaire de la concurrence, d'accords qui possédaient une dimension transfrontalière. Il s'agissait d'accords sur la diffusion de rencontres de football au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Espagne et, plus récemment, d'arrangements internationaux concernant la Formule 1.

J'axerai aujourd'hui mon propos sur deux questions clés pour la concurrence: (i) l'exclusivité et (ii) la cession conjointe des droits sur un certain nombre d'événements.

(i) La cession de droits de radiodiffusion exclusifs sur certains événements sportifs est une pratique commerciale établie. Je considère que

cette exclusivité ne soulève aucun problème du point de vue de la concurrence lorsqu'elle est de courte durée et limitée tant dans sa portée que dans ses effets, par exemple si elle vaut pour une seule compétition ou une seule saison d'un championnat donné. Une période d'exclusivité plus longue peut également se justifier dans certains cas, pour les Jeux olympiques par exemple.

Par contre, une longue période d'exclusivité peut être considérée comme restreignant la concurrence si le risque existe qu'un radiodiffuseur interdise pour longtemps à ses concurrents l'accès à certaines manifestations sportives. Dans ce cas, il faut passer en revue les critères d'exemption. Par exemple, la Commission a examiné un accord conclu entre BSB (aujourd'hui BSkyB), la BBC et la Fédération de football concernant la diffusion exclusive en direct sur la chaîne à péage des matchs de football anglais entre 1988 et 1993. La restriction de concurrence résultant de cette période d'exclusivité de cinq années a bénéficié d'une exemption, en application des règles communautaires de concurrence, parce que BSB avait besoin d'un contrat à long terme pour l'aider à prendre pied sur le nouveau marché de la diffusion directe par satellite. À l'époque, ce service était tout à fait nouveau et, s'il pouvait offrir certains avantages aux téléspectateurs, son succès final était loin d'être garanti. Avec le recul, la durée acceptée par la Commission était probablement trop longue parce que cette technique de transmission s'est implantée plus rapidement que prévu.

Il est impossible de déterminer une durée idéale pour les contrats d'exclusivité, chaque accord ayant ses caractéristiques propres. En outre, la durée de la «saison» varie selon les disciplines, ainsi que la fréquence des rencontres ou la périodicité des manifestations. De ce point de vue, un championnat national de football est extrêmement différent des Jeux olympiques par exemple.

Une affaire plus récente, dans laquelle la Commission, précisément, n'a pas accepté la durée de l'exclusivité que prévoyait l'accord, est celle de la chaîne de télévision néerlandaise, Sport 7.

L'accord passé entre la KNVB, la Fédération néerlandaise des clubs de football, et cette nouvelle chaîne des sports a été notifié à la Commission en mai 1996. Il prévoyait que la KNVB accordait à Sport 7 les droits exclusifs de retransmission des rencontres des clubs de football néerlandais pendant une période de sept ans. Mon principal souci concernant cet accord a été, d'une part, la durée de l'accord sept années me paraissait un laps de temps beaucoup trop long et, d'autre part, la clause de renouvellement, qui favorisait Sport 7 dans la procédure d'appel d'offres prévue à l'expiration de la licence que lui accordait la KNVB.

Sport 7 était une nouvelle chaîne, qui introduisait une certaine concurrence dans le secteur de la radiodiffusion aux PaysBas et souhaitait mettre en oeuvre une nouvelle technologie basée sur les décodeurs nu-

mériques. Bien qu'étant prêt à reconnaître qu'une période d'exclusivité plus longue pour les droits de retransmission des matchs de football aux PaysBas pouvait se justifier, j'ai néanmoins persisté dans mon opinion qu'une durée de sept ans était excessive pour donner le temps à la chaîne de s'établir.

(ii) La seconde grande question concernant la concurrence, à laquelle la Commission peut être amenée à s'intéresser, est celle de la cession collective ou de la commercialisation en commun des droits de radiodiffusion. Les droits relatifs aux tournois, compétitions ou saisons sportives peuvent être vendus collectivement pour le compte des participants. Il arrive souvent que le règlement interne de l'organisateur ou du championnat interdise aux membres ou aux clubs de vendre eux-mêmes les droits de radiodiffusion relatifs à ces manifestations.

Jusqu'à présent, cette question n'a été examinée que sous l'angle du droit national, aux PaysBas, en Allemagne et au RoyaumeUni. Aucun accord de ce type n'a été notifié à la Commission. C'est pourquoi celle-ci n'a pas eu l'occasion de se pencher sur la question de savoir si la cession en commun des droits de radiodiffusion par les clubs sportifs devait être considérée comme un accord horizontal, une entente sur les prix contraire à l'article 85, paragraphe 1, si cette pratique avait un effet sensible sur les échanges entre les États membres ou si les critères d'exemption étaient susceptibles d'être satisfaits. La cession collective des droits de radiodiffusion a des conséquences importantes sur la manière dont les sports sont organisés.

Peut-être avezvous lu dans la presse que la Commission a récemment reçu notification des accords passés dans le domaine de la Formule 1, dans la perspective d'une prochaine introduction en bourse, qui incluent la commercialisation collective des droits de radiodiffusion. C'est la première fois qu'un système de cession en commun de ces droits est notifié à la Commission en application de l'article 85.

Il est trop tôt pour vous donner mes premières impressions concernant cette affaire. Les accords en question sont véritablement internationaux et traitent d'un sport différent du football. Quelles que soient néanmoins mes conclusions, je doute qu'elles pourront s'appliquer automatiquement à d'autres disciplines. Il est vraisemblable, en effet, que l'organisation, les caractéristiques propres et les aspects économiques de chaque sport diffèrent largement de ceux des autres.

Je voudrais conclure mon propos sur ces questions de radiodiffusion en partageant avec vous ma crainte que la grande liberté qu'a apportée au secteur du sport l'argent de la radiodiffusion ne finisse par être préjudiciable au sport lui-même. Dans leur quête de recettes plus importantes, en effet, les meilleurs clubs, les ligues et les fédérations risquent de creuser l'écart entre les forts et les faibles. J'espère pour ma part qu'il n'est pas trop tard pour le combler.

6.2. AIDES D'ÉTAT

Je suis conscient que beaucoup de petits clubs sportifs dépendent du financement public pour fonctionner. Les pouvoirs publics considèrent à juste titre que la diffusion du sport à un plus grand nombre remplit une fonction sociale comme facteur d'intégration et une fonction préventive en matière de santé publique. La plupart de ces clubs sont constitués sous forme d'association à but non lucratif. Leurs activités ne sauraient être considérées comme des activités concurrentielles sur le plan de l'économie. Par ailleurs, ces clubs ont une activité très locale. Les aides en leur faveur ne sont donc pas susceptibles d'affecter les échanges entre États membres dans la mesure où ils offrent des services de proximité pour des sportifs amateurs. Aussi, les subventions publiques à ce type de clubs sportifs, dont les activités ne relèvent pas de l'économie et n'affectent pas les échanges entre États membres, ne constituent pas des aides au sens de l'article 92.1 du traité: elles ne doivent donc pas être notifiées à la Commission.

Cependant, la réalité d'aujourd'hui est plus complexe en ce qui concerne le monde sportif professionnel. Certaines disciplines sportives offrent en effet un bon support pour des messages publicitaires commerciaux. De plus, ces disciplines maintenant monnayent très cher les droits de retransmission de certaines rencontres sportives. L'attrance du monde de la publicité et du monde des médias vers ces disciplines sportives engendre un afflux de capitaux très important en leur faveur. Dans le cadre de cette professionnalisation, certains clubs deviennent de vraies entreprises au sens du traité. Une concurrence entre eux se fait jour pour recruter des sportifs professionnels ou pour décrocher des contrats de sponsoring. D'ailleurs, ces clubs endossent pour la plupart un statut de société anonyme ou une forme juridique relativement proche de celle de société anonyme.

La Commission a lancé auprès des États membres un questionnaire sur les subventions publiques en faveur des sports professionnels. Les résultats préliminaires de cette enquête montrent que les volumes d'aides pour le sport professionnel sont très faibles. Certains États membres s'interdisent d'aider les clubs professionnels comme la Belgique, l'Autriche, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, la Finlande, la Suède. La France a adopté une loi pour réduire progressivement les aides aux clubs professionnels afin de les réduire à néant avant l'an 2000. L'Irlande et la Grèce financent encore marginalement les clubs professionnels avec des prélèvements effectués sur les paris. Enfin, si l'Espagne ne donne pas d'aides à l'échelle nationale, certaines régions espagnoles aident leurs clubs locaux.

La Commission vérifiera que les pouvoirs publics s'abstiennent de tout soutien financier au monde sportif professionnel sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme de contrat de sponsoring honoré

par des fonds publics, si ce type de soutien risque d'affecter les échanges entre États Membres et de fausser la concurrence. A ce jour, le nombre de plaintes contre l'octroi d'aides dans le monde professionnel du sport, que la Commission a enregistrées, est quasi-nul.

Néanmoins, lorsque la Commission est saisie de cas d'aides dans le domaine du sport professionnel, ses services vérifient si les aides en question affectent les échanges entre États membres dans le domaine concurrentiel du recrutement de sportifs ou de passation de contrats de sponsoring.

ACTION DE LA COMMISSION POUR L'AVENIR

L'arrêt Bosman et la position (préliminaire) des services de la Commission que je viens exposer donnent déjà une idée des balises à mettre pour le traitement spécial que le sport justifie. Ce sont des balises strictes, je le reconnais, mais je crois qu'il existe encore une marge de manœuvre suffisante pour accepter des restrictions proportionnées aux objectifs de formation des jeunes joueurs, de garantir l'équilibre financier entre clubs et l'incertitude des résultats des compétitions, qui ne pourraient pas être acceptées dans d'autres secteurs de l'industrie.

Il n'appartient pas à la Commission de trouver un système qui puisse remplacer le système de transferts et garantir ces trois objectifs légitimes. C'est aux organisations sportives de le faire. Jusqu'à présent, les services de la Commission se sont mis à la disposition de ces organisations pour les aider dans cette recherche sur la base des initiatives prises par elles. Les nouvelles mesures adoptées par l'UEFA et par la FIFA, à l'exception du pool de solidarité UEFA, continuent de poser des problèmes sérieux à l'égard des articles 48 et 85 du traité, et l'on est ainsi loin de trouver une solution satisfaisante. Au vu des plaintes récemment reçues, la Commission doit se prononcer formellement sur la compatibilité des nouvelles réglementations adoptées par la FIFA (transferts en cas de rupture unilatérale du contrat et maintien du système international de transferts pour les joueurs non-UE, à l'intérieur de l'EEE). J'ai l'intention de proposer à la Commission de faire accompagner cette action nécessairement «répressive» par une action «positive».

Par l'action «positive» la Commission ne viserait pas à se substituer aux organisations sportives dans la recherche d'un système compatible avec les règles du traité. Une telle action devrait tout simplement viser à donner au monde sportif des orientations claires sur les types de restrictions qui pourraient être acceptées en raison des spécificités du secteur en cause. Il ne s'agit pas d'une tâche facile. Seulement une collaboration étroite entre les services de la Commission concernés pourra permettre d'arriver à des résultats concrets.

Le défi qui se présente est donc de savoir si les services de la Commission pourraient définir une liste de restrictions proportionnées à l'ob-

jectif d'éviter une concurrence «exacerbée» entre clubs de façon à assurer un sport de qualité et à garantir les objectifs positifs reconnus par la Cour (formation des jeunes joueurs, équilibre financier entre clubs et l'incertitude des résultats).

J'ai toujours plaidé pour des solutions basées sur la solidarité entre clubs (répartition d'une partie des recettes entre clubs) notamment pour promouvoir la formation des jeunes joueurs - la ligue ou l'organisation sportive fonctionnerait comme un cartel notamment pour la redistribution de revenus ce qui serait impensable d'accepter dans d'autres secteurs de l'économie.

La solution du contrat-type d'une durée raisonnable je ne l'écarte pas non plus, sous condition que l'indemnité de transfert à la fin de la première période reflète les coûts de formation du joueur en cause et ne relève pas du rapport club-club - le contrat-type mis en oeuvre par l'UEFA prévoit que cette indemnité relève du rapport entre les deux clubs concernés et ne semble donc pas refléter les coûts réels de formation;

Une convention collective de travail entre organisations de représentativité incontestable, axée sur les rapports de travail (salaires, heures de travail, conditions de travail) et dont les dispositions ne visaient pas à contourner les violations aux articles 48 et 85 condamnées par la Cour me paraît aussi l'une des issues acceptables.

Une limitation des dépenses globales de chaque club en salaires des joueurs («salary cap») —pour éviter la concentration des bons joueurs dans les clubs riches— assortie peut-être de l'imposition d'une taxe aux clubs dépassant le seuil, taxe à alimenter un pool destiné à promouvoir la formation des jeunes joueurs, semble aussi constituer une solution à exploiter.

CONCLUSION

Je vous ai fait le point de la situation sur l'évolution du marché du football qui a suivie l'arrêt Bosman ainsi que sur les mesures que l'UEFA et la FIFA ont mises récemment en oeuvre. Je vous ai indiqué l'appréciation préliminaire des services de la Commission sur la compatibilité de ces nouvelles mesures avec les articles 48 et 85 du traité et attiré l'attention sur les questions essentielles qui se posent à présent à la Commission. Finalement, j'ai tracé les axes de l'action de la Commission dans l'avenir. Cette action aura inévitablement un volet «répressif» pour donner réponse à des plaintes et amener l'UEFA et la FIFA à abolir des règles qui, n'ayant pas été condamnées par la Cour, semblent toutefois violer les articles 48 et/ou 85 du traité. Le développement en parallèle d'un volet «positif» visera à donner aux organisations sportives des orientations claires sur le type de restrictions qui pourraient être acceptées sans que pour autant la Commission se substitue à ces organisations dans la

recherche d'un nouveau système qui puisse garantir un sport de qualité, la formation de jeunes joueurs, l'équilibre financier entre clubs et l'incertitude des résultats.

Pour terminer je voudrais conclure que la Commission veillera au respect du droit communautaire dans le secteur du sport tout en restant prudente. Elle incite les organisations sportives à lui présenter des solutions viables qui pourraient apporter la stabilité désirée au monde du sport.

BIBLIOGRAPHIA

SÉPTIMA PARTE

BIBLIOGRAFÍA

El trabajo en esta séptima parte se divide en dos volúmenes, el primero de 177 páginas y el segundo de 178 páginas. Se trata de una obra de carácter científico y técnico, que se dirige a los profesionales que se dedican a la enseñanza de la Lengua Castellana en las escuelas de enseñanza secundaria y a la Unión Española. Como en el Ateneo de la Universidad, en 1968 se han verificado en el curso de la enseñanza de la Lengua Castellana una serie de cambios de estructura y organización, en consecuencia, se ha considerado necesario y oportuno, realizar una revisión de la estructura y organización de esta obra, para que sea más útil y práctica. De este modo se publicará esta obra en dos volúmenes.

- Política de la enseñanza. Características generales.
- Artículos 83 y 84 del texto.
- Organizaciones docentes de la enseñanza.
- Regimen de ejercicio del docente en la enseñanza.
- Formas de organización.
- Ayudas públicas.
- Competencia y delegación docente.
- Competencia y servicios públicos.

INDICE

— **Vol. I.** «La enseñanza en el sistema educativo español. El texto de la Constitución, Estatuto, Leyes de Enseñanza básica, 1970 y 1971», p. 11.

— **Vol. II.** «Análisis de la estructura de la profesión docente y sus funciones», p. 11.

— **Vol. III.** «Análisis de la estructura de la profesión docente y sus funciones», p. 11.

— **Vol. IV.** «Análisis de la estructura de la profesión docente y sus funciones», p. 11.

— **Vol. V.** «Análisis de la estructura de la profesión docente y sus funciones», p. 11.

Se recoge en esta parte del Anuario una selección de obras, monografías, artículos de revista, tanto españoles como extranjeros, de interés en materia de competencia. La selección se ciñe a las publicaciones aparecidas en el año 1997. 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. Como en el *Anuario de la Competencia 1996* se han ordenado en distintos epígrafes. La relación de este año incorpora dos nuevos epígrafes, restricciones verticales de la competencia y órganos de aplicación del derecho de la competencia, para dotarla de mayor utilidad. De este modo las publicaciones quedan ordenadas en estos epígrafes:

- Política de la competencia. Orientaciones generales.
- Artículos 85 y 86 del TCE.
- Restricciones verticales de la competencia.
- Órganos de aplicación del derecho de la competencia.
- Control de concentraciones.
- Ayudas públicas.
- Competencia y legislación sectorial.
- Competencia y servicio público.

I. ESPAÑA

ALONSO, Ricardo, «La desregulación en el sector portuario: el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Economiaz. Revista de Economía Vasca*, núm. 37, 1997, p. 80.

ALONSO-CORTÉS, Aurelio, «Liberalización de la producción de bienes y servicios», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1-2, 1997, p. 439.

ARIÑO, Gaspar y CUETARA, Juan M. de la, «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», *Economiaz. Revista de Economía Vasca*, núm. 37, 1997, p. 34.

BALLBE, Manuel y PADROS, Carlos, *Estado competitivo y armonización europea*, 1997.

BERENGUER-FUSTER, Luís, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia: derecho español y comunitario», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, 1997, p. 71.

- BERENGUER-FUSTER, Luís, «Los servicios locales y la política de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 128, p. 5.
- BROKELMANN, Helmut, «Las negativas de suministro en el derecho de la competencia comunitario y español», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 125, 1997, p. 5.
- CARRO MARINA, Marta, «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión: el caso español», *Derecho europeo del audiovisual*, núm. 1, 1997, p. 395.
- CASES, L., «La ejecución de obras por la propia Administración pública y el Derecho de la competencia (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de abril de 1996 en recurso contra archivo de actuaciones iniciadas como consecuencia de denuncia por prácticas restrictivas de la competencia, sector contratistas de obras públicas de Aragón)», *Revista General del Derecho*, núm. 639, diciembre, 1997, p. 14365.
- CASTAÑE, J.M., Mejora de la competencia y disminución de barreras de entrada en sectores clave, en *XX Aniversario del Círculo de Empresarios. 20 temas para el futuro*, 1997, p. 401.
- COMPETENCIA Y SECTOR ELÉCTRICO: UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO, Madrid, 1997, p. 272.
- CORTÉS, Sonia y SHERWOOD, David, «Selective distribution systems under Spanish and U.E. law», *The journal of business law*, núm. 1, 1997, p. 88.
- COSTAS COMESAYA, Julio, «La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 632, 1997, p. 5679.
- COSTAS COMESAYA, Julio, *Los carteles de crisis: crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, 1997, p. 430.
- DE BONO, Edward, *Más allá de la competencia: la creación de nuevos valores y objetivos en la empresa*, Barcelona, 1997, p. 250.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., «La liberalización de los mercados de bienes y servicios», *Economistas*, núm. 75, 1997, p. 180.
- GIBSON, Rowan, et al., *Preparando el futuro: negocios, principios, competencia, control y complejidad, liderazgo, mercados y el mundo*, Barcelona, 1997, p. 312.
- GÓMEZ-ACEBO y POMBO, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997, p. 444.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «El derecho de tutela cautelar en la jurisprudencia comunitaria sobre mercados públicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 87, 1997, p. 99.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, comp., *La aplicación del derecho de la competencia a los colegios profesionales*, Madrid, 1997, p. 48.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Madrid, 1997, p. 252.

- IBERN, Pere, «Las importaciones paralelas de medicamentos. Una controversia sobre la libre competencia en el mercado», *Boletín Económico de la ICE*, núm. 2537, 1997, p. 43.
- LIBRE COMPETENCIA Y LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA EN ESPAÑA*, Madrid, 1997, p. 254.
- LOBO, J., «Competencia y regulación en el sector energético: una perspectiva vasca», *Ekonomiaz, Revista de Economía Vasca*, 1997, 37, p. 180.
- MAESTRE CASAS, Pilar, *Aplicabilidad del derecho de la competencia a la banca*, Madrid, 1997, p. 296.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M., «Desregulación e intensificación de la competencia. El impacto del mercado único sobre la competitividad del sistema bancario español», *Perspectivas del sistema financiero*, 1997, 59, p. 3.
- MATE, Vidal, «Leche, de las multas a la distribución», *Super Aral Lineal*, núm. 1340, 1997, p. 12.
- MONTAGUT, Géraud y COURIVAUD, Henri, «L'insertion du droit de la concurrence dans l'ordre juridique des États-membres de l'Union européenne: l'exemple d'une évolution contrastée: la France et l'Espagne», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 1997, p. 53.
- MONTES GAN, Vicente J., «La regulación del precio de los libros en España. Un ejemplo de restricción de la competencia amparada por la ley», *Boletín Económico de la ICE*, núm. 2554, 1997, p. 41.
- MOREU CARBONELL, Elisa, «Liberalización de servicios y derecho mortuorio», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 10, 1997, p. 599.
- OCAÑA, C. y ROMERO, A., «La organización del sector eléctrico español: regulación, desregulación y competencia», *Ekonomiaz, Revista de Economía Vasca*, 1997, 37, p. 54.
- PAMPILLON OLMEDO, Rafael, «Concurrencia y Transparencia en las privatizaciones en España», *Boletín Económico de la ICE*, núm. 2546, 1997, p. 25.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 126, 1997, p. 5.
- PÉREZ AMARAL, Teodosio, «Telocomunicaciones: llega la liberalización?», *Economistas*, núm. 74, 1997, p. 88.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan F., «Liberalización de los servicios mortuorios», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 146, 1997, p. 51.
- PETITBÒ, Juan, «La promoción y la defensa de la competencia en las modernas economías de mercado», *Economistas*, núm. 75, 1997, p. 102.
- PETITBÒ, Amadeo, «Competencia, reforma de la regulación, privatización y competitividad», *Ekonomiaz. Revista de Economía Vasca*, núm. 37, 1997, p. 16.
- PETITBÒ-JUAN, Amadeo y BERENGUER-FUSTER, Luís, «Competition-related procedures in Spanish and Community law: protection of private parties», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 149.

- POZO RODRÍGUEZ, Teófilo J. del, «Liberalización de mercados intervenidos. El mercado de los servicios de Telecomunicaciones, situación y retos», *XX Aniversario del Círculo de Empresarios. 20 temas para el futuro*, 1997, p. 303.
- ROMEO LÓPEZ, Jose M., «La liberalización de las telecomunicaciones. Lecciones de la Historia», *Boletín de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias*, núm. 39, 1997, p. 665.
- SÁNCHEZ, Pilar y BERENGUER, Luis, «Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia», *Ekonomiaz. Revista de Economía Vasca*, núm. 37, 1997, p. 134.
- SEVILLA, M., «Competencia y regulación en el comercio interior», *Ekonomiaz. Revista de Economía Vasca*, núm. 37, 1997, p. 100.
- TORREGOSA MONTANER, Ramón J., «Competencia imperfecta, multiplicador con presupuesto equilibrado e imposición disociante», *Revista Española de Economía*, núm. 14, 1997, p. 67.

II. UNIÓN EUROPEA

1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- AKYÜREK-KIEVITS, Henriëtte, «Changes in EC policy on joint ventures», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 31.
- AMATO, Giuliano, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*, Oxford, 1997, p. 133.
- ANTONIOLI, Marco, *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici, Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, p. 751.
- AQUILANTI, P., «Il Consiglio di Stato, la concorrenza ed i principi del diritto comunitario di cui alla legge antitrust», *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 1997, p. 603.
- ART, Jean-Yves y LIEDEKERKE, Dirk van, «Developments in EC competition law in 1996: an overview», *Common market law review*, núm. 4, 1997, p. 895.
- ART, Jean-Yves, «Transfert de technologie et droit communautaire de la concurrence: quelques réflexions sur le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de transferts de technologie», *Gazette européenne*, núm. 15, 1997, p. 5.
- BADURA, Peter, «Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt», *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, núm. 3, 1997, p. 291.
- BAUDENBACHER, Carl y BEESER, Simone, «Gesamteuropäische Konvergenzentwicklungen im Kartellrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 9, 1997, p. 681.
- BAUR, Jürgen F., «Kartellrecht und Politik», *FIW-Schriftenreihe, Heft 171; Schwerpunkte des Kartellsrechts* 1996, 1997, p. 3.

- BECKER-ÇELIK, Astrid, «Europäisches Wettbewerbsrecht - in Konzept?», *Europäisches Wirtschafts & Steurrecht*, núm. 10, p. 334.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, «La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de competencia. Análisis de la comunicación de la Comisión», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 129, 1997, p. 5.
- BESTAGNO, Francesco, «L'adozione delle disposizioni per l'applicazione delle regole in materia di concorrenza degli "accordi europei"», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1997, p. 507.
- BIANCARELLI, Jacques, «L'approche communautaire: mesures étatiques et comportements d'entreprises», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 96, 1997, p. 64.
- BOYLE, Patricia, «European Commission draft notice on the application of the competition rules to acces agreements», *Computer and telecommunications law review*, núm. 4, 1997, p. 188.
- BREDSGAARD, Benedikte, «Article 90 of the EC treaty as a legal basis for liberalisation», *Justitia*, núm. 1, 1997, d. II, p. 1.
- CANENBLEY, Cornelis, «The role of legal counsel», *Robert Schuman Centre annual on European competition law 1996, 1997*, p. 383.
- CANENBLEY, Cornelis, «The geographic market definition under european merger control law», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 307.
- CANIVET, Guy, «The role of the judge», *Robert Schuman Centre annual on European competition law 1996, 1997*, p. 323.
- CINELLI, Maurizio, «Attuazione della riforma del 1995: orientamenti su prescrizione e decadenza: disciplina comunitaria della concorrenza», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 3, 1997, p. 211.
- CLAPES, Anthony L., «No monopoly on innovation: comments on "European Community antitrust law: innovation markets and high technology industries"», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 601.
- COHEN JEHORAM, Herman y MORTELMANS, Kamiel J.M., «Zur "Magill"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler Teil*, núm. 1, 1997, p. 11.
- DEL SIGNORE, Giovanni, «Profili civilistici del franchising: una proposta interpretativa», *Giurisprudenza di merito*, núm. 2, 1997, p. 430.
- DESAI, Kiran S., «Reserve non-competes under E.C. competition law», *European competition law review*, núm. 3, 1997, p. 178.
- DEWOST, Jean-Louis, «Le point de vue des instances communautaires sur la gestion déléguée», *Revue française de droit administratif*, supplément núm. 3, 1997, p. 93.
- DREHER, Meinrad, «The rol of national competition law», *Robert Schuman Centre annual on European competition law 1996, 1997*, p. 253.
- EVERLING, Ulrich, «Remailing and European community law», *European competition law review*, núm. 8, 1997, p. 520.

- FARINELLI, Stefania, «L'attuazione della normativa antitrust tra diritto comunitario e diritto degli Stati membri: in margine ad alcuni recenti convegni», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1-2, 1997, p. 215.
- FIW.SEMINAR, *Schwerpunkte des Kartellrechts 1996: Referate des FIW-Seminars 1996 und der Brüsseler Informationstagung 1996: [Verwaltungs und Rechtsprechungspraxis Bundesrepublik Deutschland und EG]*, FIW-Schriftenreihe; Heft 171, Köln, 1997, p. 88.
- FLEISCHER, Holger, *Behinderungsmisbrauch durch Produktionen: eine ökonomische und juristische Analyse zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik; Bd. 148, Baden-Baden, 1998, p. 148.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo, *Concorrenza e antitrust: profili generali*, Trattato di diritto amministrativo europeo, 1997, p. 511.
- FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne y LE BRETON, Gaëlle, «Interim and substantive relief in Community antitrust cases: the practice of the French Competition Council and of the French courts», *European law review*, núm. 4, 1997, p. 327.
- GRYNFOGEL, Catherine, *Droit communautaire de la concurrence*, Systèmes, París, 1997, p. 125.
- GUTTERMAN, Alan S., *Innovation and competition policy*, Londres, 1997, p. 533.
- HANOTIAU, Bernard, «L'arbitrage et le droit européen de la concurrence = Arbitrage en het Europees mededingingsrecht = Arbitration and European competition law», *L'arbitrage et le droit européen = Arbitrage en Europees recht = Arbitration and European law*, 1997, p. 31.
- HAWK, Barry E., FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUT, *International antitrust law & policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Londres, 1997, p. 654.
- HERMANN, Ferdinand, «Public policy and arbitration: cartel law», *Acts od State and arbitration*, 1997, p. 61.
- HOLMES, Peter y MATHIS, James H., «Europe agreement competition policy for the long term: an accession oriented approach», *Legal issues of European integration*, núm. 1, 1997, p. 17.
- HORNSBY, Stephen B y HUNTER, Joan, «New incentives for »whistle-blowing»: will the E.C. Commission's notice bear fruit», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 38.
- HUTCHINGS, Michael B, «The lessons of the Kesko/Tuko decision», *European competition law review*, núm. 2, 1997, p. 75.
- IDOT, Laurence, «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 38, 1997, p. 73.
- IDOT, Laurence, «Environnement et droit communautaire de la concurrence», *La Communauté européenne et l'environnement*, 1997, p. 383.
- IMMENGA, Ulrich, MESTMÄCKER, Ernst-Joachim y BASEDOW, Jürgen, *EG-Wettbewerbsrecht: Kommentar*, Munich, 1997, p. 3112.

- JONES, Clifford y SHARPSTON, Eleanor, «Beyond Delimitis: pluralism, illusions, and narrow constructionism in Community antitrust litigation», *The Columbia journal of European law*, vol. 3, núm. 1, 1997, p. 85.
- KAUPER, Thomas E., «The problem of market definition under EC competition law», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 239.
- KORAH, C. Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford, 1997, p. 367.
- KORAH, C. Valentine, «Patents and antitrust», *Intellectual property quarterly*, núm. 4, 1997, p. 395.
- KRUSE, Jörn; STOCKMANN, Kurt; VOLLMER, Lothar y SCHMIDT, Ingo, *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen: Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik; Bd. 150, Baden-Baden, 1997, p. 417.
- LECOURT, Roseline, «L'égalité des conditions de concurrence: comment assurer le respect des règles», *European food law review*, núm. 1, 1997, p. 11.
- LENARES, Livia, «Economic foundations of E.U. legislation on information sharing among firms», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 66.
- LIANTONIO, Domenico, «Accordi, addio!: antitrust e giustizia amministrativa», *Il foro italiano*, núm. 4, 1997, p. 215.
- LIEDEKERKE, Dirk van, *Access to infrastructures, networks and services under EC competition law: interconnection in telecommunications and precedents in other sectors*, *Le droit des autoroutes de l'information et du multimédia*, 1997, p. 131.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «State price control and EC competition law», *Price controls for medicines and the single market*, 1997, p. 49.
- MASSEY, Patrick, «Reform of EC competition law: substance, procedure and institutions», *International antitrust law & policy*, 1997, p. 91.
- MAVROIDIS, Petros C., «Les pratiques restrictives du commerce: la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce», *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 864.
- MELI, Vincenzo, «Attuazione della disciplina antitrust e regolazioni amministrativa dei mercati», *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, vol. 2, 1997, p. 761.
- MENDES DE LEÓN, Pablo M.J., «Harmonisation of competition law and policy from European point of view», *Deregulation and regulation of the «airscape»*, 1997, p. 75.
- MEYER, Andreas, «Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung zum Technologietransfer», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler Teil*, núm. 6, 1997, p. 498.
- MIFSUD, Paul V., «An American perspective on the EU-British controversy over the EU's transitional competition rules», *Air and space law*, núm. 3, 1997, p. 141.
- MOK, M.R.M. y GORMLEY, Laurence William, *Current and future perspectives on EC competition law: a tribute to professor M.R. Mok*, European monographs; 14, Londrés, 1997, p. 143.

- MONTAGUT, Géraud y COURIVAUD, Henri, «L'insertion du droit de la concurrence dans l'ordre juridique des États-membres de l'Union européenne: l'exemple d'une évolution contrastée: la France et l'Espagne», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 1997, p. 53.
- NICOLAIDES, Phedon, «Competition policy in the process of economic integration: and exploration of the forms and limits of co-operation», *World competition*, núm. 1, 1997, p. 117.
- NOWAK, Carsten, *Konkurrentenschutz in der EG: Interdependenz des gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten*, Schriftenreihe des europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung; Bd. 15, Baden-Baden, 1997, p. 621.
- PALASTHY, Andras, «Droit de la concurrence: le point sur les accords de coopération ("joint ventures") en droit européen des ententes (art. 85 Traité CE et droit dérivé) = Competition policy: current treatment of cooperation agreements (Joint ventures) under European Community competition law (art. 85 EC Treaty and related secondary legislation)», *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal*, núm. 3, 1997, p. 319.
- PARR, A. Nigel, «Avoiding antitrust pitfalls in drafting and enforcing intellectual property agreements in the European Union», *European intellectual property review*, núm. 2, 1997, p. 43.
- PERA, Alberto y TODINO, Mario, «Il sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario: un'ipotesi di riforma», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1997, p. 413.
- PICCOLANTONIO, Domenico, «Il trattamento delle operazioni di joint venture nella legge "antitrust"», *Revista del diritto commerciale*, núm. 5-6, 1997, p. 385.
- POMBO, Fernando, «Intellectual property and intra-community trade», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 491.
- PRIME, Terence; GALE, Sarah y SCANLAN, Gary, *The law and practice of joint ventures*, Londres, 1997, p. 291.
- REICH, Norbert, «Competition law and the consumer», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 128.
- RITTER, Kurt Lennart, «New form, better law?», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 121.
- ROMANO, Frank, «First assessment of the agreement between the European Union and the USA concerning the application of their competition rules = Premier bilan de l'accord entre l'UE et les USA concernant l'application de leurs règles de concurrence», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 4, 1997, p. 491.
- RUNDEGREN, Hans, «Developments in case law concerning article 90 of the EC Treaty», *Managing universal service obligations in public utilities in the european Union*, 1996, 1997, p. 63.
- SACK, Rolf, «Der "spezifische Gegenstand" von Immaterialgüterrechten als immanente Schranke des Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag bei Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen», *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtsatg*, 1997, p. 753.

- SÁNCHEZ BLANCO, Miguel, «Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 145, 1997, p. 47.
- SANFILIPPO, Luca, «The retail sector and application of antitrust rules», *European competition law review*, núm. 8, 1997, p. 492.
- SCHAUB, Alexander, «European competition policy in a changing economic environment», *International antitrust law & policy*, 1997, p. 71.
- SOUTY, François, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Clefs. Politique, París, 1997, p. 158.
- STAMATOUDI, Iirini A., «The European Court's love-hate relationship with collecting societies», *European intellectual property review*, núm. 6, 1997, p. 289.
- TAVASSI, Marina, «Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, 1997, p. 213.
- TEMPLE LANG, John, «European Community antitrust law: innovation markets and high technology industries», *Fordham international law journal*, núm. 3, 1997, p. 717.
- TEMPLE LANG, John, «European Community antitrust law: innovation markets and high technology industries», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 519.
- TEMPLE LANG, John, «European Union competition law: some aspects for a small state», *Legal aspects of integration in the European Union*, 1997, p. 111.
- TIZZANO, Antonio y TODINO, Mario, «Diritto comunitario della concorrenza: (1 luglio 1994-31 diciembre 1994)», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 1, 1997, p. 155.
- TRAUGOTT, Rainer, «Anspruch auf Belieferung aus Art. 85 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Paragr. 823 Abs. 2 BGB und Paragr. 249 Satz 1 BGB?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 6, 1997, p. 486.
- VAN DEN BOSSCHE, Anne-Marie, «The international dimension of E.C. competition law: the case of the Europe Agreement», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 24.
- VAN DEN BOSSCHE, Anne-Marie, «The competition provisions in the Europe Agreements: a comparative and critical analysis», *Enlarging the European Union*, 1997, p. 84.
- VOGEL, Louis, «La réglementation européenne de la distribution automobile: droit de la concurrence ou droit des contrats?», *La semaine juridique. Édition entreprise*, núm. 31/35, 1997, supplément 3/4, p. 32.
- WAELEBROECK, Michael y FRIGNANI Aldo, *Concurrence*, 2e éd. Entièrement ref. et mise à jour. Commentaire Mégret: le droit de la CEE; 4; Études européennes, Bruxelles, 1997, p. 1098.
- WALLWITZ, Sebastian G., «Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und USA: eine Bestandsaufnahme der transatlantischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Kartellrechts», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 17, 1997, p. 525.

- WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda, *Competition law*, 4.^a ed., Londres, 1997.
- WIEBERNEIT, Bernd, *Europarechtlicher Ordnungsrahmen für Umweltsubventionen: Grundlagen, Bestand und Perspektiven*, Schriften zum europäischen Recht; Bd. 43, Berlín, 1997, p. 592.
- WILLIMSKY, Sonya Margaret, «The concep(s) of competition», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 54.
- WOLF, Dieter, «The reform of EU competition law: Member States perspectives», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 169.
- WOUDE, Marc H van der; JONES, Christopher y LEWIS, Xavier, *E.C. competition law handbook*, Londres, 1997, p. 887.
- YSEWYN, Johan, «What Belgium has to offer foreign competition complainants», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 57.

2. ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

- ACKERMANN, Thomas, *Art. 85 Abs. 1 EGV und die Rule of reason: zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs*, FfW-Schriftenreihe, 1997, p. 292.
- ASOCIACION EUROPEENNE DES AVOCATS, *Un rôle pour la défense dans les procédures communautaires de concurrence: congrès organisé les 25 et 26 novembre 1996 = A role for the defence in community competition procedures: Congress organized on 25 and 26 november 1996 = Die Rolle der Verteidigung in europäischen Wettbewerbsverfahren*, Bruselas, 1997, p. 276.
- BACON, Kelyn, «State regulation of the market and E.C. competition rules: articles 85 and 86 compared», *European competition law review*, núm. 5, 1997, p. 283.
- BARR, Frances, «The new Commission Notice on Agreements of Minor Importance: is appreciability a useful measure?», *European competition law review*, núm. 4, 1997, p. 207.
- BASTIANON, Stefano, «Il caso “Tetra Pak II” e l’art. 86: dallo sfruttamento abusivo “per estensions” alla posizione dominante “per relationem”», *Il foro italiano*, núm. 2, 1997, p. 71.
- BERENQUER-FUSTER, Luís, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia: derecho español y comunitario», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, 1997, p. 71.
- BERENQUER-FUSTER, Luís, «Los servicios locales y la política de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 128, p. 5.
- BLACK, Oliver, «Per se rules and rules of rules of reason: what are the?», *European competition law review*, núm. 3, 1997, p. 145.
- BROKELMANN, Helmut, «Las negativas de suministro en el derecho de la competencia comunitario y español», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 125, 1997, p. 5.

- BRONETT, G.K. de, «Akteneinsicht in Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 1997, p. 383.
- BRONETT, G. K. de, «Das Beschwerderecht von Personen und Personenvereinigungen bezüglich der Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag durch die Europäische Kommission: ein dringender Fall für den Gesetzgeber», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 11, 1997, p. 865.
- CORAGGIO, Francesca, «Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 2, 1997, p. 179.
- CUMMING, George, «Assessors, judicial notice and domestic enforcement of E.U. Articles 85 and 86», *European competition law review*, núm. 6, 1997, p. 368.
- DE VITA, Manfredi, «La giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza nel 1996», *Il foro italiano*, núm. 11, 1997, p. 439.
- DUISBERG, Alexander, *Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag in den Fällen der staatlichen Einflubnahme auf Unternehmensverhalten: zur Frage möglicher Rechtfertigungen und Entlastungen der Unternehmen*, *Europäische Hochschulschriften. Reihe 2, Rechtswissenschaft = European University Studies. Series 2, Law = Publications universitaires européennes. Serie 2, Droit*; Bd. 2127, Francfort del Main, 1997, p. 197.
- FATTORI, Piero, «I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni», *Revista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 5, 1997, p. 877.
- FRENZ, Walter, *Nationalstaatlicher Umweltschutz und EG-Wettbewerbsfreiheit: Beschränkungen von Art. 85, 86 EGV und ihre Rechtfertigung durch den Umweltschutz als eigenständigen Rechtfertigungsgrund im Lichte des Subsidiaritätsprinzips*, *Schriften zum deutschen und eropäischen Umweltrecht*; Bd. 9, Köln, 1997, p. 132.
- FURSE, Mark, «Market definition: the draft Commission Notice», *European competition law review*, núm. 6, 1997, p. 378.
- GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, Rafael y GONZÁLEZ-DÍAZ, F. Enrique, «El respeto del derecho de defensa en materia de competencia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 150, 1997, p. 25.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Madrid, 1997, p. 252.
- KARYDIS, Georges Sp., «Les procédures d'urgence devant la Commission», *Journal des Tribunaux. Droit européen*, núm. 36, 1997, p. 25.
- KERSE, Christopher, «The complainant in competition cases: a progres report», *Common market law review*, núm. 2, 1997, p. 213.
- KESSLER, Francis, «Retraite complémentaire et droit communautaire de la concurrence: quelques observations à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 4, 1997, p. 902.
- LEVITT, Matthew, «Commission notice on internal rules of procedure for access to the file», *European competition law review*, núm. 3, 1997, p. 187.

- LEVITT, Matthew, «Access to the file: the Commission's procedures in cases under Articles 85 and 86», *Common market law review*, núm. 6, 1997, p. 1413.
- LIDGARD, Hans Henrik, «Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?», *European competition law review*, núm. 6, 1997, p. 352.
- MASELIS, Ignace y GILLIAMS, Hans M., «Rights of complainants in Community law», *European law review*, núm. 2, 1997, p. 103.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La protección de los secretos de negocios en los procedimientos de aplicación del derecho de la competencia», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 121, 1997, p. 1.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 126, 1997, p. 5.
- PETITBÒ-JUAN, Amadeo y BERENGUER-FUSTER, Luís, «Competition-related procedures in Spanish and Community law: protection of private parties», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 149.
- PERA, Alberto y TODINO, Mario, «Enforcement of EC competition rules: need for a reform?», *International antitrust law & policy*, 1997, p. 125.
- ROBERTI, Gian Michele, «La tutela del denunciante in caso di inerzia della Commissione nelle procedure in materia di concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1-2, 1997, p. 155.
- SACK, Rolf, «Der "spezifische Gegenstand" von Immaterialgüterrechten als immanente Schranke des Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag bei Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 6, 1997, p. 449.
- STEENBERGEN, Jacques D.M., «Decision-making in competition cases: the investigator, the prosecutor and the judge», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 101.
- TEMPLE LANG, John, «Practical advice on handling cases before the European Commission and the Courts of the European Communities», *Community law in practice: including facets of consumer protection law*, 1997, p. 105.
- THÉOPHILE, Didier y GIOLITO, Christophe, «Le déroulement de la procédure en droit européen de la concurrence: de la saisine de la Commission au contrôle du juge communautaire», *La semaine juridique. Édition entreprise*, Supplément 1, 1997, p. 23.
- TORINO, Raffaele, «La intese restrittive della libertà di concorrenza: verso un superamento della distinzione tra accordi e pratiche concordate?», *Revista del diritto commerciale*, núm. 5-6, 1997, p. 280.
- VASQUES, Luciano, «Limiti al diritto d'accesso e tutela delle parti nei procedimenti antitrust italiani e comunitari», *Il foro italiano*, núm. 4, 1997, p. 161.
- WEIB, Wolfgang, «Die Europäische Menschenrechtskonvention, der Grundrechtssstandard in der EU und das EG-Kartellverfahren», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 8, 1997, p. 253.
- WILS, Wouter P.J., «The Commission notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases», *European law review*, núm. 2, 1997, p. 125.

3. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- ARKERMANN, Thomas, «Die Zukunft vertikaler Vertriebsvereinbarungen im EG-Kartellrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1997, p. 271.
- ARHEL, Pierre, «Livre vert: la politique de concurrence communautaires et les restrictions verticales», *Les petites affiches*, núm. 25, 1997, p. 17.
- BABUSIAUX, Christian, «Supplier's economic and commercial dependence on large distribution groups», *Proceedings of the European Competition Forum*, 1997, p. 191.
- BERROD, Frédérique y LIGNÉ, S., «Les monopoles de vente au détail saisis par les règles du marché unique», *Revue du marché unique européen*, núm. 2, 1997, p. 81.
- BRÄUTIGAM, Peter, «Mögliche Entwicklungen im EG-Kartellrecht für das Franchising», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 6, 1997, p. 470.
- BRETAGNE-JAEGER, Dominique, «La distribution sélective des parfums de luxe consacrée à Luxembourg», *Gazette européenne*, núm. 15, 1997, p. 11-14.
- CALVO, Jean, «Distribution sélective: les chemins de l'espoir français et communautaire», *Les petites affiches*, núm. 79, 1997, p. 10.
- CARLIN, Fiona M., «Moving the goalposts: the European Commission's proposals to change the competition rules on distribution», *European food law review*, núm. 1, 1997, p. 101.
- CHARBIT, Nicolás, «Les contrats de financement des réseaux de distribution au regard du droit communautaire de la concurrence: le cas de la distribution automobile», *La semaine juridique. Édition entreprise*, supplément 1, 1997, p. 15.
- CREUS CARRERAS, Antonio, *La distribución de automóviles en la comunidad Europea: los contratos de distribución de automóviles en el marco del Reglamento (CE) n.º 1475/95*, Biblioteca jurídica Cuatrecasas, Valencia, 1997, p. 460.
- CRUZ, Peter de la, «Vertical restraints: U.S. and E.U. policy toward manufacturer-retailer relationships», *European competition law review*, núm. 5, 1997, p. 292.
- CZARNETZKI, Axel, *Selektive Vertriebssysteme in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1997, p. 265.
- DUBOIS, Jean, «Selective distribution: the European Community's stance», *Proceeding of the European Competition Forum*, 1997, p. 125.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Überlegungen zum Grünbuch der Kommission über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 9, 1997, p. 357.
- GAGLIARDI, Andrea Filippo, «Territorial restraints in pure trade mark licence agreements: an unsettled issue», *European intellectual property review*, núm. 12, 1997, p. 723.
- GOYER, R., «Distribution sélective: étanchéité des réseaux et preuve de la concurrence déloyale», *La semaine juridique. ÉDITION ENTREPRISE*, supplément 1, 1997, p. 1.

- GREEN, Nicholas y ROBERTSON, Aidan, *Commercial agreements and competition law: practice and procedure in the UK and EC*, 2.^a ed., Londres, 1997, p. 992.
- KELLAWAY, Rosalind, «Vertical restraints: which option?», *European competition law review*, núm. 6, 1997, p. 387.
- KORAH, C. Valentine, «Invalidity of exclusive provisions in distribution contracts under EC competition law», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 1.
- LIANTONIO, Domenico, «Sulla difficile identità antimonopolistica della distribuzione selettiva», *Il foro italiano*, núm. 12, 1997, p. 469.
- MENSCHING, Jürgen, «Exclusive distribution, exclusive purchasing», *Proceedings of the European Competition Forum*, 1997, p. 37.
- MURRAY, Fiona y MACLENNAN, Jackquelyn, «The future for selective distribution systems: the CFI judgments on luxury perfume and the Commission Green Paper on vertical restraints», *European competition law review*, núm. 4, 1997, p. 230.
- PHEASANT, John y WESTON, Daniel, «Vertical restraints, foreclosure and Article 85: developing an analytical framework», *European competition law review*, núm. 5, 1997, p. 323.
- ROBINO, Patricia, «La distribution sélective: deux importantes décisions viennent d'être prises», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 96, 1997, p. 5.
- ROHARDT, Klaus Peter, «Grünbuch über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs: Diskussion frei?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 4, 1997, p. 473.
- ROHARDT, Klaus Peter, «Green Paper on vertical restraints in EC competition policy: is the discussion open?», *European food law review*, núm. 2, 1997, p. 179.
- SCHROEDER, Dirk, «The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds», *European competition law review*, núm. 7, 1997, p. 430.
- SCHRÖTER, Helmuth R.B., «Vertical restrictions under Article 85 EC: towards a moderate reform of current competition policy», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 15.
- SPRINGER, Ulrich, «Borden and united brands revisited: a comparison of the elements of price discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 42.
- SPRINGER, Ulrich, «Meeting competition: justification of price discrimination under E.C. and U.S. antitrust law», *European competition law review*, núm. 4, 1997, p. 251.
- TROCHU, Michel, «La distribution sélective et exclusive en droit européen dans le domaine automobile: le nouveau règlement d'exemption n.º 1475-95 du 28 juin 1995», *Recueil Dalloz*, núm. 6, 1997, p. 31.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge, «El derecho comunitario de la competencia y los acuerdos de compra exclusiva», *La Ley*, núm. 4388-4389, 1997, p. 1.
- ZANDVLIET, Christine E., «Fixed book prices in the Netherlands and the European Union: a challenge for Community competition law», *The Columbia journal of European law*, núm. 3, 1997, p. 413.

4. ÓRGANOS DE APLICACIÓN

- ADDY, George N., «Decentralisation of enforcement of Community law», *Robert Schuman Centre annual on European competition law 1996*, 1997, p. 109.
- BISHOP, Bill, «The modernisation of DGIV», *European competition law review*, núm. 8, 1997, p. 481.
- BOULANGER, Fabienne y BEHRENS, Peter, *ECC competition rules in national courts (IV). Part four, France = Die EG-Wettbewerbsregeln vor nationalen Gerichten (IV). Vierter Teil, Frankreich*, Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung; Bd. 14, Baden-Baden, 1997, p. 358.
- BOURGEOIS, Jacques H.J., «Enforcement of EC competition law by national authorities: square pegs in round holes?», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 89.
- BREEN, Oonagh, «Co-operation and the future role of the competent authority: an Irish perspective», *Irish competition law reports*, núm. 12, 1997.
- CAIAZZO, Rino, «La cooperazione della Commissione europea e delle autorità e corti nazionali relativamente all'applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1997, p. 375.
- DEBONI, Matteo, «Autorità garante e Commissione: quale barriera per l'antitrust?», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, 1997, p. 643.
- GAMERITH, Helmut, «Die Anwendung europäischen Kartellrechts durch die nationalen Kartellbehörden», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, núm. 5, 1997, p. 181.
- KERSE, Christopher S., «Enforcing Community competition policy under Articles 88 and 89 of the E.C. Treaty: new powers for U.K. competition authorities», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 17.
- LÄSSIG, Peter, *dezentrale anwendung des europäischen kartellrechts*, FIW-Schriftenreihe; Heft 170, Köln, 1997, p. 111.
- MARSDEN, Philip B., «Inducing Member State enforcement of European competition law: a competition policy approach to "antitrust federalism"», *European competition law review*, núm. 4, 1997, p. 234.
- MERKER, Nils, *Subsidiarität und Delegation: Anwendung der Artikel 85 EGV und Artikel 86 EGV durch die nationalen Kartellbehörden, Problematik des Artikels 85 III EGV und der «Comfort Letters»*, Schriftenreihe Rechtswissenschaften; Bd. 6, Berlin, 1997, p. 463.
- NORDMANN, Matthias Johannes, «The case for a European Cartel Office», *European public law*, núm. 2, 1997, p. 223.
- RILEY, Alan, «The European Cartel Office: a guardian without weapons?», *European competition law review*, núm. 1, 1997, p. 3.
- RODGER, Barry J. y WYLIE, Stuart R., «Taking the Community interest line: decentralisation and subsidiarity in competition law enforcement», *European competition law review*, núm. 8, 1997, p. 485.

SAGGIO, Antonio, «Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1-2, 1997, p. 1.

SAUTER, Herbert, «Zusammenarbeit zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission», *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 150; *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, p. 97.

SELIGER, Bernhard, «Ein unabhängiges Kartellamt für Europa: ordnungs- und wettbewerbspolitische Aspekte», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 11, 1997, p. 874.

TIZZANO, Antonio, «L'applicazione "decentrata" degli art. 85 e 86 CE in Italia», *Il foro italiano*, núm. 1, 1997, p. 33.

TODINO, Mario, *L'autorità e l'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, Roma, 1997, p. 47.

WAHL, Nils, «Enforcement of EC competition law in national courts», *EC shipping policy*, 1997, p. 221.

WESSELING, Rein, «Subsidiarity in Community antitrust law: setting the right agenda», *European law review*, núm. 1, 1997, p. 35.

WESSELING, Rein, «The Commission notices on decentralisation of E.C. antitrust law: in for a penny, not for a pound», *European competition law review*, núm. 2, 1997, p. 94.

WISH, Richard, «The enforcement of EC competition law in the domestic courts of Member States», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 73.

ZINSMEISTER, Ute, «Die Anwendung der artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch die nationalen Behörden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 1, 1997, p. 5.

5. CONTROL DE CONCENTRACIONES

BACH, Albrecht, «Deutsche Fusionskontrolle bei inlandswirksamen auslandszusammenschlüssen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 4, 1997, p. 291.

BANKS, David, «Non-competition factors and their future relevance under european merger law», *European competition law review*, núm. 3, 1997, p. 182.

BARON, Michael, «Die neuen Bestimmungen der europäischen Fusionkontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 7/8, 1997, p. 579.

BERLIN, Dominique, CALVET, Hugues y VALLETTE-VIALLARD, Hugues, «Concentrations: (leur janvier 1995 – 31 décembre 1996)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm 3, 1997, p. 251.

BROBERG, Morten P., «The geographic allocation of turnover under the Merger Regulation», *European competition law review*, núm. 2, 1997, p. 103.

BROBERG, Morten P., «Forum shopping and the European Merger Control Regulation», *The Columbia journal of European law*, vol. 3, núm. 1, 1997, p. 109.

- BROBERG, Morten P., «Merger control in Europe: comparing the merger control regime of the Community with those of the Member States», *World competition*, núm. 4, 1997, p. 5.
- BROBERG, Morten P., «Commitments in phase one merger proceedings: the Commission's power to accept and enforce phase one commitments», *Common market law review*, núm. 4, 1997, p. 845.
- DAL PALO, Giuseppe, «Lo scambio di informazioni fra imprese concorrenti e la partecipazione ad associazioni di categoria nel diritto comunitario della concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 4, 1997, p. 963.
- DI PIETRO, Alberto, «Brevi note alle modifiche sul controllo comunitario delle concentrazioni», *Rivista di diritto industriale*, núm. 6, 1997, p. 162.
- DI PIETRO, Alberto, «La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1989 sul controllo delle operazioni di concentrazione nelle proposte degli organi comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 1997, p. 503.
- DRAUZ, Götz, «Remedies under the merger regulation», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 219.
- GRAMLICH, Ludwig, «Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen», *Computer und Recht*, núm. 2, 1997, p. 65.
- GILCHRIST, Joseph, «Revision of the merger control regulation», *FIW-Schriftenreihe*, Heft 171; *Schwerpunkte des Kartellrechts 1996*, 1997, p. 59.
- HÖSCH, Carolin B., «Rechtssicherheit im EG-Wettbewerbsrecht nun auch für kooperative Gemeinschaftsunternehmen?», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 1, 1997, p. 5.
- JESTAEDT, Thomas y ANWEILER, Jochen, «Europäische Fusionkontrolle im Medienbereich», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 18, 1997, p. 549.
- KARYDIS, Georges Sp., «Les contrôle des concentrations entre entreprises en vertu du Règlement 4064/89 et la protection des intérêts légitimes des tiers», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 1997, p. 81.
- KLEINMANN, Werner, «Die Umsatzschwellen für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung in der europäischen Fusionkontrolle und ihre Revision», *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 150; *Wettbewerbspolitik im Spannungsbereich nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, p. 131.
- LÜSCHER, Christoph, «Die neue schweizerische und die europäische Fusionkontrolle im Rechtsvergleich», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 6, 1997, p. 467.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «El nuevo reglamento comunitario sobre el control de las concentraciones», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, núm. 129, 1997, p. 1.
- MATOUSEK, Peter, «Neues von der Fusionskontrolle», *Ecolex*, núm. 11, 1997, p. 854.
- MONTAG, Frank y KAESSNER, Ralph, «Neure Entwicklungen in der Fallopraxis der europäischen Fusionkontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 10, 1997, p. 781.

- NOEL, Pierre-Emmanuel, «Efficiency considerations in the assessment of horizontal mergers under European and U.S. antitrust law», *European competition law review*, núm. 8, 1997, p. 498.
- ORMESSON, Olivier d' y KERJEAN, Stéphane, «La révision du règlement communautaire sur les concentrations», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 24, 1997, p. 43.
- POHLMANN, Petra, «Die Vorschläge der Europäischen Kommission zu einer Änderung der Fusionkontrollverordnung», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 6, 1997, p. 181.
- RATLIFF, John y COUMES, Jean-Michel, «Contrôle communautaire des concentrations: nouveaux seuils et nouvelles règles sur les entreprises comunes», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, núm. 412, 1997, p. 611.
- RUDO, Joachim, «Die Behandlung mehrerer Erwerbsvorgänge als einheitlicher Zusammenschluss im Rahmen der Umsatzberechnung nach Art. 5 Abs. 2 Fusionkontrollverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 8, 1997, p. 641.
- SCHMIDT, John M. y AHLBORN, Christian, «Reform of the European Merger Regulation», *Journal of the Law Society of Scotland*, núm. 11, 1997, p. 458.
- SNELDERS, Robbert, «Developments in E.C. merger control in 1996», *European law review: Competition law survey*, 1997, p. CC/75.
- SOUSSAN, Guy, «Application of the UE merger control regulation to the insurance industry», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 423.
- ZILLES, Stephan, *Die Anfechtungslegitimation von Dritten im europäischen Fusionkontrollrecht*, Abhandlungen zum Recht der internationalen Wirtschaft; Bd. 44, Heidelberg, 1997, p. 213.

6. AYUDAS PÚBLICAS

- ABBAMONTE, Giuseppe B., «Competitor's rights to challenge illegally granted aid and the problem of conflicting decisions in the field of competition law», *European competition law review*, núm. 2, 1997, p. 87.
- APPEL, Peter, «State aid and shipbuilding / shipfinancing contracts», *EC shipping policy*, 1997, p. 65.
- BERGERÈS, Murice-Christian, «Les recours des concurrents contre les aides d'État en droit communautaire», *Dalloz affaires*, núm. 5, 1997, p. 141.
- BISHOP, Simon, «The European Commission's policy towards state aid: a role for rigorous competitive analysis», *European competition law review*, núm. 2, 1997, p. 84.
- BLUMANN, Claude, «Les aides locales aux entreprises et le droit communautaire», *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, 1997, p. 135.
- CARRO MARINA, Marta, «La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión: el caso español», *Derecho europeo del audiovisual*, núm. 1, 1997, p. 395.

- DASSESE, Marc, «Aides d'État et activités bancaires: l'impact du droit de la Communauté européenne», *Le secteur bancaire et la concurrence*, 1997, p. 63.
- DE LA MARE, Thomas, «Recurring themes in recent State aid cases», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1997, p. 135.
- DONY-BARTHOLMÉ, Marianne, «Aides d'État: (Commission, Cour de justice et Tribunal de première instance): année 1996», *Journaux des tribunaux. Droit européen*, núm. 39, 1997, p. 103.
- EVANS, Andrew C., «Privatisation and state aid control in E.C. law», *European competition law review*, núm. 4, 1997, p. 259.
- EVANS, Andrew C., *European Community law of state aid, Oxford European Community law series*, Oxford, 1997, p. 484.
- FERRARO, Fabio, «Aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria», *La comunità internazionale*, núm. 3, 1997, p. 565.
- FRÜHLING, Pierre, «Le contrôle des aides d'État dans le secteur du transport aérien», *Cahiers de droit européen*, núm. 3-4, 1997, p. 275.
- GIRERD, Pascal, «Politique commune des transports et aides d'État», *Revue du marché européen*, núm. 4, 1997, p. 59.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso, «La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del derecho comunitario: en el caso de las normas sobre ayudas del Estado», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 148, 1997, p. 27.
- HAKENBERG, Waltraud y TREMMEL, Ernst, «Die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen im Jahre 1996», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, núm. 7, 1997, p. 217.
- KOCH, Tanja, *Zulässigkeit staatlicher Umweltschutzbeihilfen: der Kompetenznormkonflikt von Art. 130s Abs. 1 und Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag, Völkerrecht-Europarecht-Staatsrecht*; Bd. 21, Köln, 1997, p. 150.
- KOENIG, Christian y SANDER, Claude, «Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 12, 1997, p. 363.
- KOENIG, Christian, «Zur Auslegung der Amsterdamer Erklärung im Hinblick auf die EG-Beihilfenaufsicht über Landesbanken», *WM-Wertpapiermitteilungen*, núm. 27, 1997, p. 1279.
- MALINCONICO, Carlo, *Aiuti di Stato*, Trattado di diritto amministrativo europeo, 1997, p. 55.
- MEUNIER, Patrick, «Les subventions à l'aviation civile et le contrôle communautaire des aides publiques», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 1, 1997, p. 25.
- NÄGELE, Frank, «Die "graue Eminenz" der regionalen Wirtschaftspolitik: zur regionalpolitischen Bedeutung der EG-Beihilfenkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland», *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, núm. 1, 1997, p. 109.
- NALLET, Henri y ASSEMBLÉE NATIONALE, *Délégation pour l'Union européenne, Les aides à la construction navale et l'Europe*, Documents d'information de l'Assemblée nationale. Onzième législature; núm. 393, París, 1997, p. 22.

- NICOLAYSEN, Gert, «State aids and European law», *The European economic area: Norway's basic status in the legal construction of Europe*, 1997, p. 105.
- NIZZO, Carlo, «La tutela del legittimo affidamento nella ripetizione di aiuti di Stato illegittimi: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 11, 1997, p. 1032.
- NORDBERG, Christian, «Judicial remedies for private parties under the state aid procedure», *Legal issues of European integration*, núm. 1, 1997, p. 35.
- NOURRY, Alex y WISEMAN, Zoë, «Impact of state aids in the banking sector», *European financial services law*, núm. 2, 1997, p. 54.
- OPPERMANN, Thomas, *Deutsche Rundfunkgebühren und europäisches Beihilferecht*, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht; Bd. 41, Berlín, 1997, p. 140.
- PERRY, Ben, «State aids to the former East Germany: a note on the vw/Saxony case», *European law review*, núm. 1, 1997, p. 85.
- REUFELS, Martin J., *Europäische Subventionskontrolle durch Private: Partizipation der Unternehmen an der EG-Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht*; Bd. 31, 1997.
- ROBERTI, Gian Michele, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario, Studi e documenti sulle Comunità europee*; 7, Padova, 1997, p. 227.
- SHELIN, Johan, «State aids and the operation of ships: international ship registers», *EC shipping policy*, 1997, p. 53.
- SCHLOH, Bernhard y HOENIKE, Mark, «Die Anforderungsfrist bei der Konkurrenzklage im Beihilfenrecht nach Art. 173 EGV», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 1997, p. 398.
- SCHROEDER, Werner, «Vernünftige Investition oder Beihilfe?: gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 6, 1997, p. 805.
- SEIDEL, Martin, «Rückforderung von Beihilfen: Klagemöglichkeiten Dritter», *FIW-Schriftenreihe*, Heft 171; *Schwerpunkte des Kartellrechts 1996*, 1997, p. 29.
- SINNAEVE, Adinda, *Die Rückforderung gemeinschaftrechtswidriger nationaler Beihilfen: Kollisionen im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht*, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht; Bd. 40, Berlín, 1997, p. 291.
- SLOT, Pieter Jan, «The application of rules on state aids and rules relating to public undertaking», *Enlarging the European Union*, 1997, p. 116.
- SUBRÉMON, Alexandra, «Aides d'État aux compagnies aériennes communautaires», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 404, 1997, p. 16.
- SUBRÉMON, Alexandra, «Aides d'État aux compagnies aériennes en Europe», *Deregulation and regulation of the European «airscape»*, 1997, p. 39.
- TOLL, Brian, «State aid and shipping: a general overview», *EC shipping policy*, 1997, p. 43.

WASSENBERGH, Henri A., «The regulation of state-aid in international air transport», *Air and space law*, núm. 3, 1997, p. 158.

7. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

ARATO, Marco, «Lavoro portuale e disciplina della concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 1, 1997, p. 83.

ASSOCIATION EUROPÉENNE POUR LE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER, *Le secteur bancaire et la concurrence: actes de la journée d'études du 6 juin 1996 = De Banksector en de mededinging: teksten van de studiedag van 6 juni 1996*, Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium; 3, Bruselas, 1997, p. 162.

BACHMANN, Birgit, «Die Mehrwertbesteuerung der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung im Bereich von Banken und Versicherungen», *Steuer und Versicherungen*, núm. 3, 1997, p. 209.

BALFOUR, John M., «Slots for sale», *Air and space law*, núm. 3, 1997, p. 109.

BECKER, Ulrich, «Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung: Reformen des Gesundheitssystems und ihre europäische Perspektiven», *Juristenzeitung*, núm. 11, 1997, p. 534.

BERTOLOTTI, Angelo, «Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta», *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 1997, p. 167.

BITTLINGER, Horst, «Liberalisierung der Binnenverkehrsdienste an EU-Flughäfen: Entwicklung und aktueller Stand der europäischen Politik zur Marktöffnung», *Deregulation and regulation of the European «airspace»*, 1997, p. 59.

BROUWER, Onno W., «Droit de la concurrence et télécommunications: l'approche communautaire: (les décisions "Atlas" et "Phoenix c/ GlobalOne")», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 3, 1997, p. 270.

CARTOU, Louis, «L'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté», *Les petites affiches*, núm. 22, 1997, p. 25.

CASSINIS, Paolo, «Liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva full competition», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, 1997, p. 249.

CASSINIS, Paolo, «Servizi gruppi chiusi e parità di trattamento tra operatori di telecomunicazioni: brevi considerazioni», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, 1997, p. 406.

COMMUNITY RAILWAY STRATEGY: WITH EVIDENCE, Reports of the House of Lords Select Committee on the European Communities. Session 1996-1997; 7th report, 1997.

CHUNG, Chan-Mo, «Article 90 of the Treaty of Rome in telecommunications, post, and air transport: a brief comparison», *Revue européenne de droit public*, núm. 1, 1997, p. 41.

COCKBORNE, Jean-Eric de, «La libéralisation du marché des télécommunications en Europe», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 44, 1997, p. 217.

- DEROSIER, Bernard, France. Assemblée nationale. Délégation pour l'Union européenne, *À la veille d'une directive européenne sur le marché intérieur du gaz naturel*, Documents d'information de l'Assemblée nationale. Dixième législature; núm. 3338, París, 1997, 145 p.
- DOORTEN, Alie A., «Airport charges and the privatisation of airports», *Deregulation and regulation of the European «airscape»*, 1997, p. 67.
- DRABBE, Humbert J., *Frequent flyer programmes competition aspects*, European Air Law Association: Eighth Annual Conference, 1997, p. 79.
- ENGEL, Christoph, «Verbreitung digitaler Pay-TV-Pakete in fernsehkabelnetzen: kartellrechtliche und medienrechtliche Überlegungen», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Sonderheft*, 1997, p. 309.
- GENESTE, Bernard, «La libéralisation du marché de l'électricité», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1997, p. 146.
- GÉRAUD-TONELLOTT, Marie-France, «Le principe de libre concurrence et l'activité d'artisan taxi», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 1997, p. 83.
- GRÖNER, Helmut y KNORR, Andreas, «Wettbewerbsprobleme im europäischen Luftverkehr», *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 150; *Wettbewerbspolitik im Spannungs nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, p. 305.
- GRUSON, Michael, «Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen von Landesbanken», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 12, 1997, p. 357.
- GYSELEN, Luc, «EU antitrust law in the area of financial services: capita selecta for the cautions shaping of a policy», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 329.
- HERDEGEN, Matthias J., «Die vom Bundesrat angestrebte Festschreibung der Privilegien öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute: Gefahr für die EG-Wettbewerbsordnung», *WM – Wertpapiermitteilungen*, núm. 24, 1997, p. 1130.
- HOHMANN, Harald, «Zentrale TV-Vermarktung von Automobilsport und das Eg-Kartellrecht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 11, 1997, p. 1011.
- JAILLARD, Pierre, «Télécommunications et régulation», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 95, 1997, p. 5.
- KESSLER, Francis, «L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des régimes de protection sociale: un bilan à partir du cas français», *Tijdschrift voor sociaal recht = Revue de droit social*, núm. 2, 1997, p. 245.
- KIRSH, Eric, «Slot allocation», *Deregulation and regulation of the european «airscape»*, 1997, p. 53.
- KREIS, Helmut W.R., «Liner services: the block exemptions and inter-modal transport», *EC shipping policy*, 1997, p. 129.
- «Le marché intérieur de l'électricité: chronique d'un débat: (1987-1996)», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 532, 1997, p. 166.

- LAGONDET, Fabien, «Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public: à propos de la directive Electricité», *Europe*, núm. 5, 1997, p. 4.
- LE LARGE, Patricia, «Télécommunications et concurrence: l'apport des décisions d'exemption "atlas" et "phoenix"», *Les petites affiches*, núm. 92, 1997, p. 19.
- LIANTONIO, Domenico, «Antitrust e diritti esclusivi in materia sportiva: venti di tempesta», *Rivista di diritto sportivo*, núm. 2, 1997, p. 338.
- MAIGRE, Michel, «Banque et concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 98, 1997, p. 26.
- MARABINI, Federica, «Monopolio della SIAE, normativa antitrust, compensi per diritti di autore e criteri di ripartizione», *Il diritto di autore*, núm. 1, 1997, p. 49.
- MARKET, Kurt E., «Durchleitung von Strom und Gas: allgemeines Kartellrecht oder Sonderregelung?», *Betriebs-Berater*, núm. 28/29, 1997, p. 1421.
- MELI, Vincenzo, «Attuazione della disciplina antitrust e regolazione amministrativa dei mercati», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 2, 1997, p. 243.
- MOMBAUR, Peter-Michael, «Energiewirtschaft im Wettbewerb: vom Vormund zum Treuhänder», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 14, 1997, p. 571.
- MÖNTER, Rochus, «The Commission's state aid policy and airline restructuring: a "one last time" opportunity or neverending story?», *European business law review*, núm. 2, 1997, p. 45.
- MORELLO, Orazio D. A., «Le banche e le regole comunitarie sulla concorrenza», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1-2, 1997, p. 7.
- MÜLLER-TERPITZ, Ralf, «Die Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 3, 1997, p. 257.
- NIEJAHR, Michael, «The future of european air transport», *Deregulation and regulation of the european «airspace»*, 1997, p. 11.
- NIEWIARRA, Manfred, «A European regulation on media concentration is necessary?», *Derecho europeo del audiovisual*, 1997, p. 759.
- PADOVA, Roberto, «Deregulation and competition of ground handling services in EU airports: an Italian perspective», *Air and space law*, núm. 4-5, 1997, p. 201.
- PICOZZA, Eugenio y CARDARELLI, Francesco, «La politica delle telecomunicazioni: profili amministrativi», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 1, 1997, p. 91.
- POMBO, Fernando, «EU antitrust law in the area of financial services», *International antitrust law & policy*, 1996, 1997, p. 395.
- PONS, Jean-François, «L'ouverture des télécommunications à la concurrence en Europe», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1997, p. 141.
- «Price controls for medicines and the single market», *Cuadernos de derecho europeo farmacéutico*, núm. 8, 1997.
- RAMBERG, Jan, «Is multimodal transport a contract sui generis also within the field of EU competition?», *EC shipping policy*, 1997, p. 163.

- RENAUDIÈRE, Philippe, «Le contrôle des opérations de concentration dans le secteur audiovisuel», *Questions de droit de l'audiovisuel européen*, 1997, p. 17.
- RIVOAL, Colette, «Fusions de compagnies aériennes et alliances transfrontalières», *Deregulation and regulation of the European «airscape»*, 1997, p. 31.
- ROUAUD, Hubert, «Les aéroports au centre de contradictions dans les politiques européennes», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, núm. 2, 1997, p. 164.
- SANFILIPPO, Luca, «L'applicazione delle discipline antitrust italiana ed europea al settore della grande distribuzione: alcune riflessioni», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 3, 1997, p. 591.
- SCHLECHT, Otto, «40 Jahre im Dienste für die soziale Marktwirtschaft: das "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen"», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 7/8, 1997, p. 565.
- SCHWARK, Eberhard, «Wirtschaftssubventionen im Spannungsfeld von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht», *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 150; *Wettbewerbspolitik im Spannung nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, p. 325.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, «Ordnung und Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten», *Computer und Recht*, núm. 10, 1997, p. 630.
- STECKERT, Uwe, «Kommunale Energieversorgungsunternehmen, Daseinsvorsorge und Wettbewerb in Europa», *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben*, 1997, p. 51.
- STEENBERGEN, Jacques D.M., «Les règles de concurrences et le secteur bancaire», *Le secteur bancaire et la concurrence*, 1997, p. 107.
- STEMSHAUG, Helge, «Maritime transport and antitrust in the EC and US», *EC shipping policy*, 1997, p. 85.
- TILLOTSON, John y MacCULLOCH, Angus D., «EC competition rules, collective dominance and maritime transport». *World competition*, núm. 1, 1997, p. 51.
- TOLL, Brian, «The competitiveness of European shipping: policy issues: the European Commission's paper "Towards a new maritime strategy"», *EC shipping policy*, 1997, p. 301.
- «Une seconde phase dans la réalisation du marché intérieur de l'électricité: la directive de 1996 entre concurrence et l'intérêt général», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 532, 1997, p. 174.
- VAN MIERT, Karel, «Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission», *Revue de marché unique européen*, núm. 4, 1997, p. 5.
- WAELEBROECK, Denis F. «Le secteur bancaire au regard du droit de la concurrence: principes juridiques de base», *Le secteur bancaire et la concurrence*, 1997, p. 9.
- WASSENBERGH, Henri A. y DUNK, Frans G. von der, *Deregulation and regulation of the european «airscape» = Deregulierung und Regulierung im Europäischen Luftverkehr = Dérégulation et régulation du transport aérien en Europe*, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier = Series of publications by the Academy of European Law in Trier; vol. 23, Köln, 1997, p. 110.

- WEISSEL, Erwin, «Wettbewerbspolitik im Energiesektor», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, núm. 4, 1997, p. 152.
- WIESNER, Leonor, «European Court of Justice: (cases on pricing of medicinal products and “Borderline products”)», *Price controls for medicions and the single market*, 1997, p. 117.
- WOLLMANN, Hanno, «Liberalisierung der Telekommunikation und Wettbewerbsrecht», *Ecolex*, núm. 8, 1997, p. 614.
- WOLLMER, Lothar, «Die Sondermärkte im Spannungsfeld von nationalen und europäische Regulierungs und Deregulierungsaktivitäten», *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 150; *Wettbewerbspolitik im Spannung nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, p. 289.
- ZACHMANN, Jacques. «Principes économiques de base et leur application aux marchés bancaires», *Le secteur bancaire et la concurrence*, 1997, p. 31.

8. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- ARMENANTE, Francesco, «I servizi pubblici nella giurisprudenza comunitaria», *Giurisprudenza italiana*, núm. 2, 1997, p. 193.
- BAZEX, Michel, «Service public et libre circulation», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 20, 1997, p. 90.
- BIRO, Zoltan y KOBOLDT, Christian, *Cross-subsidies and universal service obligations in a competitive telecommunications market*, Telecommunications and EC competition law, 1997.
- BORNHORST, Ralf, «Betrachtungen zur Zulässigkeit von Remailing: insbesondere zur Rechtmäßigkeit des Remailing im Lichte des Europarechts and zur Frage des Absenders von Postsendungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 3, 1997, p. 154.
- CANEDO GIL, José Ramón, «Libre competencia comunitaria versus servicio público», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 16, 1997, p. 11.
- CELESTINE, Patrick y FELSNER, Marcus, «Öffentliche Unternehmen, Privatisierung und Service public in Frankreich», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 2, 1997, p. 105.
- COX, Helmut; *International Center of Research and Information on the public and Cooperative Economy*, Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne, París, 1997, p. 209.
- CREMADES, Bernardo María, «Los servicios de interés general y las normas de competencia: los nuevos límites del estado del bienestar», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 150, 1997, p. 15.
- DECKER, Heinrich, «Les services d'intérêt économique général et la concurrence: faut-il prévoir dans le traité des dispositions sur le service universel?», *Managing universal service obligations in public utilities in the European Union*, 1996, 1997, p. 73.

- DELACOUR, Éric, «Service public et construction européenne: "la guerre des droits" n'aura pas lieu», *Les petites affiches*, núm. 114, 1997, p. 4-12.
- DEVÉS, Claude, «Droit communautaire et entreprises publiques locales», *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, 1997, p. 91.
- DE VITA, Manfredi, «Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina italiana antitrust», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 4, 1997, p. 707.
- DEVROE, Wouter, «Privatizations and Community law: neutrality versus policy», *Common market law review*, núm. 2, 1997, p. 267.
- DRAGO, Roland, «Controverses sur le service public», *Gazette du Palais*, 1997, doctrine, p. 760.
- DUBOIS, Jean, «L'approche de la Commission Européenne face à la libéralisation et aux obligations de service universel», *Managing universal service obligations in public utilities in the European Union*, 1996, 1997, p. 17.
- FLANDIN, Nathalie, «Le service public local et le droit communautaire: étude comparative en France, Belgique, Italie, Allemagne, dans le secteur de la distribution d'électricité», *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, 1997, p. 155.
- GRECO, Guido y GALETTA, Diana U., *Trasporti terrestri e relativo servizio pubblico*, Trattato di diritto amministrativo europeo, 1997, p. 1243.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «Notas sobre la Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General», *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997, p. 1269.
- KESSLER, Francis, «Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale: à la recherche d'un fondement juridique cohérent», *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 6-7, 1997, p. 65.
- MIGUEL MACHO, Luis, «Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia», *Revista de Administración pública*, núm. 142, 1997, p. 571.
- NOMDEN, Koen, «Reconciling liberalization and public service obligations», *Managing universal service obligations in public utilities in the European Union*, 1996, 1997, p. 5.
- MONNIER, Lionel, «Incomplétude des missions économiques et principe de subsidiarité: vers quelle organisation des services publics en Europe?», *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne*, 1997, p. 195.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, «I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale: evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 3-4, 1997, p. 663.
- NOUEL, Bertrand, «Le droit de la concurrence et les données publiques», *Gazette du Palais*, 1997, doctrine, p. 321.
- LYON-CAEN, Antoine, «Les services publics et l'Europe: quelle union?», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 20, 1997, p. 33.
- RANGONE, Nicoletta, «I servizi di interesse generale in Europa: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 4, 1997, p. 386.

- RUNDEGREN, Hans, «Developments in case law concerning Article 90 of the EC Treaty», *Managing universal service obligations in public utilities in the european Union*, 1996, 1997, p. 63.
- SANTORO, Pelino, «Livelli di responsabilità nella gestione di servizi pubblici locali a mezzo società di capitali», *Rivista della Corte dei conti*, núm. 4, 1997, p. 305.
- SEIDEL, Martin, «Service Public im europäischen Energierecht: zur Problematik des Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag», *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben*, 1997, p. 73.
- SIMON, Denis y LAGONDET, Fabien, «La communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe: continuité ou rupture?», *Europe*, núm. 1, 1997, p. 4.
- SLOT, Pieter Jan, «Competition and public service obligations: the example of the energy sector», *Current and future perspectives on EC competition law*, 1997, p. 109.
- SORACE, Domenico, «Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, 1997, p. 51.
- VAN MIERT, Karel, «Les missions d'intérêt économique général et l'article 90 paragr. 2 du Traité CE dans la politique de la Commission», *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 1997, p. 277.

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

Lluís Cases (dirección)

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

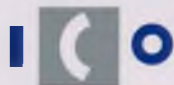
Lluís Cases

LA IMPLANTACIÓN DE GRANDES
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

Lluís Cases

Ferran Pons Cánovas

Fundación



9 788472 486249