

COMPTACIÓ IV  
DE L'À  
COMPETÈNCIA

A N U A R I O  
D E L A  
C O M P E T E N C I A  
1 9 9 8

1998



Fundación



Fundación



MARCIAL PONS



MARCIAL PONS

## **El Anuario de la Competencia 1998**

forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que ya tuvo continuidad en el año 1997. A medida que el Anuario de la Competencia se consolida va adquiriendo mayor relevancia y utilidad ya que permite apreciar de forma nítida la evolución del debate y reflexión sobre la libre competencia, así como el grado de aplicación del derecho en el ejercicio objeto de estudio.

El **Anuario de la Competencia** cumple esencialmente dos objetivos: Promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica, como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia como fuente de información periódica y actualizada.

Para la consecución de estos objetivos, el **Anuario** recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 1998, comentarios de casos concretos dictados en este año y crónicas acerca de la evolución de esta problemática en distintos países.

Asimismo, el **Anuario** recopila de forma ordenada y sistemática todos los datos relativos a la actividad de los distintos órganos administrativos y judiciales que aplican el derecho de la competencia, tanto en España como en la Unión Europea, da cuenta de las novedades normativas aparecidas en el año 1998, reproduce documentos de especial relevancia emitidos en el ejercicio, de las publicaciones sobre la materia editadas y de direcciones de internet significativas por su utilidad.





ANUARIO DE LA COMPETENCIA  
1998

ANUARIO DE LA COMPETENCIA  
1998

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

1998

CONTENIDO

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| Presentación                    | 1   |
| 1. El sistema de competencias   | 3   |
| 2. El perfil de competencias    | 15  |
| 3. El sistema de competencias   | 25  |
| 4. El sistema de competencias   | 35  |
| 5. El sistema de competencias   | 45  |
| 6. El sistema de competencias   | 55  |
| 7. El sistema de competencias   | 65  |
| 8. El sistema de competencias   | 75  |
| 9. El sistema de competencias   | 85  |
| 10. El sistema de competencias  | 95  |
| 11. El sistema de competencias  | 105 |
| 12. El sistema de competencias  | 115 |
| 13. El sistema de competencias  | 125 |
| 14. El sistema de competencias  | 135 |
| 15. El sistema de competencias  | 145 |
| 16. El sistema de competencias  | 155 |
| 17. El sistema de competencias  | 165 |
| 18. El sistema de competencias  | 175 |
| 19. El sistema de competencias  | 185 |
| 20. El sistema de competencias  | 195 |
| 21. El sistema de competencias  | 205 |
| 22. El sistema de competencias  | 215 |
| 23. El sistema de competencias  | 225 |
| 24. El sistema de competencias  | 235 |
| 25. El sistema de competencias  | 245 |
| 26. El sistema de competencias  | 255 |
| 27. El sistema de competencias  | 265 |
| 28. El sistema de competencias  | 275 |
| 29. El sistema de competencias  | 285 |
| 30. El sistema de competencias  | 295 |
| 31. El sistema de competencias  | 305 |
| 32. El sistema de competencias  | 315 |
| 33. El sistema de competencias  | 325 |
| 34. El sistema de competencias  | 335 |
| 35. El sistema de competencias  | 345 |
| 36. El sistema de competencias  | 355 |
| 37. El sistema de competencias  | 365 |
| 38. El sistema de competencias  | 375 |
| 39. El sistema de competencias  | 385 |
| 40. El sistema de competencias  | 395 |
| 41. El sistema de competencias  | 405 |
| 42. El sistema de competencias  | 415 |
| 43. El sistema de competencias  | 425 |
| 44. El sistema de competencias  | 435 |
| 45. El sistema de competencias  | 445 |
| 46. El sistema de competencias  | 455 |
| 47. El sistema de competencias  | 465 |
| 48. El sistema de competencias  | 475 |
| 49. El sistema de competencias  | 485 |
| 50. El sistema de competencias  | 495 |
| 51. El sistema de competencias  | 505 |
| 52. El sistema de competencias  | 515 |
| 53. El sistema de competencias  | 525 |
| 54. El sistema de competencias  | 535 |
| 55. El sistema de competencias  | 545 |
| 56. El sistema de competencias  | 555 |
| 57. El sistema de competencias  | 565 |
| 58. El sistema de competencias  | 575 |
| 59. El sistema de competencias  | 585 |
| 60. El sistema de competencias  | 595 |
| 61. El sistema de competencias  | 605 |
| 62. El sistema de competencias  | 615 |
| 63. El sistema de competencias  | 625 |
| 64. El sistema de competencias  | 635 |
| 65. El sistema de competencias  | 645 |
| 66. El sistema de competencias  | 655 |
| 67. El sistema de competencias  | 665 |
| 68. El sistema de competencias  | 675 |
| 69. El sistema de competencias  | 685 |
| 70. El sistema de competencias  | 695 |
| 71. El sistema de competencias  | 705 |
| 72. El sistema de competencias  | 715 |
| 73. El sistema de competencias  | 725 |
| 74. El sistema de competencias  | 735 |
| 75. El sistema de competencias  | 745 |
| 76. El sistema de competencias  | 755 |
| 77. El sistema de competencias  | 765 |
| 78. El sistema de competencias  | 775 |
| 79. El sistema de competencias  | 785 |
| 80. El sistema de competencias  | 795 |
| 81. El sistema de competencias  | 805 |
| 82. El sistema de competencias  | 815 |
| 83. El sistema de competencias  | 825 |
| 84. El sistema de competencias  | 835 |
| 85. El sistema de competencias  | 845 |
| 86. El sistema de competencias  | 855 |
| 87. El sistema de competencias  | 865 |
| 88. El sistema de competencias  | 875 |
| 89. El sistema de competencias  | 885 |
| 90. El sistema de competencias  | 895 |
| 91. El sistema de competencias  | 905 |
| 92. El sistema de competencias  | 915 |
| 93. El sistema de competencias  | 925 |
| 94. El sistema de competencias  | 935 |
| 95. El sistema de competencias  | 945 |
| 96. El sistema de competencias  | 955 |
| 97. El sistema de competencias  | 965 |
| 98. El sistema de competencias  | 975 |
| 99. El sistema de competencias  | 985 |
| 100. El sistema de competencias | 995 |

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

Dirección

**Lluís CASES**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

Coordinación

**Cristina PELLISÉ**

*Profesora TEU de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Barcelona*

## Colaboran en el Anuario de la Competencia 1998

**Gabriela Isabel ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI**

*Profesora de Derecho Administrativo  
Universidad de Extremadura*

**MARCOS ARAUJO BOYD**

*Abogado  
Garrigues & Andersen*

**Manuel BALLBÉ MALLOL**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**Luis BERENGUER FUSTER**

*Abogado  
Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa  
de la Competencia*

**Alfredo BULLARD G.**

*Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia del  
Tribunal del INDECOPI*

**Paolo CASSINIS**

*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

**Professor Allan FELS**

*Chairman  
Australian Competition and Consumer Commission*

**Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ**

*Presidente de la Agencia de Protección de Datos.  
Magistrado  
Ex Vocal y Ex Vicepresidente del TDC*

**Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓNEZ**

*Economista y abogado*

**César A. GINER PARREÑO**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Catalina MARTÍNEZ**

*Economista. Lexecon Ltd*

**Carlos PADRÓS REIG**

*Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**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**

*Catedrático de Economía Aplicada  
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia*

**Pere RIERA**

*Universitat Autònoma de Barcelona  
Departamento de Economía Aplicada e Instituto Univer-  
sitario de Estudios Europeos*

**Xavier RUIZ CALZADO**

*Letrado en el Tribunal de Primera Instancia  
de las Comunidades Europeas*

**Inmaculada SANZ SANZ**

*Subdirectora Adjunta a la Subdirección de Conductas  
Restrictivas. Servicio de Defensa de la Competencia  
Licenciada en Derecho y Ciencias Económicas  
y Empresariales (ICADE)*

**José Eugenio SORIANO GARCÍA**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Extremadura*

**Joaquín TRIGO PORTELA**

*Profesor Titular de Fundamentos de Análisis Económico  
Universidad de Barcelona*

**Xavier VIVES**

*Director del Instituto de Análisis Económico*

**Dieter WOLF**

*Presidente del Bundeskartellamt*



ANUARIO DE LA COMPETENCIA  
1998

ANUARIO

DE LA COMPETENCIA

1998

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

© Fundación ICO

© MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-688-5

Depósito legal: M. 28.522-1999

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 1999



## SUMARIO

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRESENTACIÓN (Fernando BECKER ZUAZUA) .....  | 11          |
| PRESENTACIÓN (Cristóbal MONTORO ROMERO).....   | 13          |
| La competencia en España. 1998 (Lluís CASES) .....   | 15          |
| <br><b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>   |             |
| La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos (Amadeo PETITBÒ JUAN y Luis BERENGUER FUSTER) .....   | 25          |
| La defensa de la competencia en el sector bancario (Xavier VIVES) .....  | 71          |
| Los problemas de competencia del sector eléctrico en 1998 (Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ).....  | 83          |
| Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....  | 97          |
| Hacia un cambio de las ideas sobre restricciones verticales (José Eugenio SORIANO).....  | 125         |
| Los colegios profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia (Mercedes PEDRAZ CALVO) .....   | 137         |
| La intervención concurrente de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica (Marcos ARAUJO BOYD) ..... | 159         |
| La competencia entre Universidades (Manuel BALLBÉ).....  | 177         |
| Alianzas estratégicas: su efecto en la competencia y la organización industrial (Joaquín TRIGO PORTELA).....   | 191         |
| Liberalización del mercado del suelo. Rigideces y competencia en el sistema urbanístico español (Pere RIERA).....  | 229         |
| Algunas claves de las actividades del grupo de trabajo de la OMC sobre la interacción entre el comercio y la política de la competencia (César A. GINER PARREÑO).....                                  | 241         |

## **SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS**

|   |     |
|---|-----|
| Consideraciones acerca del eventual abuso de posición de dominio de la entidad gestora de los derechos de los productos fonográficos (Inmaculada SANZ SANZ).....  | 259 |
| La fusión de las auditorías: Price Waterhouse y Coopers & Lybrand (Catalina MARTÍNEZ).....  | 291 |
| Fijación de precios, autoregulación y defensa de la competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, asunto C-38/97, Auto-transporti Librandi) (Carlos PADRÓS REIG).....  | 303 |
| Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia recaída en el expediente R 335/98, Colegios Notariales (Gabriela Isabel ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI).....   | 321 |
| Posición dominante colectiva y control de concentraciones: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 31 de marzo de 1998, en los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, República Francesa y otros/Comisión [Decisión de 14 de diciembre de 1993, Kali más Salz/MDK/Treuhand (asunto núm. IV/M.308)] (Xavier RUIZ CALZADO)..... | 335 |

## **TERCERA PARTE. CRÓNICAS**

|  |     |
|--|-----|
| Aktuelle Entwicklungen der Wettbewerbspolitik 1998 (Dieter WOLF).....  | 355 |
| Evoluzione della politica della concorrenza in Italia nel 1998 e nei primi mesi del 1999: gli aspetti maggiormente innovativi (Alberto PERA e Paolo CASSINIS)..... | 373 |
| Las normas de protección de la libre competencia en el Perú (Alfredo BULLARD G.).....  | 395 |
| The Australian Competition policy reforms (Allan FELS).....  | 427 |

## **CUARTA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS**

|   |     |
|---|-----|
| Servicio de Defensa de la Competencia.....            | 463 |
| Tribunal de Defensa de la Competencia.....            | 469 |
| Audiencia Nacional.....                               | 495 |
| Tribunal Supremo.....                                 | 501 |
| Comisión europea.....                                 | 503 |
| Tribunal de Primera Instancia.....                    | 517 |
| Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..... | 525 |

Pág.**QUINTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS**

|                    |     |
|--------------------|-----|
| España.....        | 533 |
| Unión Europea..... | 534 |

**SEXTA PARTE. DOCUMENTACIÓN**

|  |     |
|--|-----|
| The transatlantic and global implication of european competition policy (Karel van MIERT).....   | 541 |
| Competition policy in a global economy. Today and tomorrow (Robert PITOFSKY).....  | 557 |
| Competition policy: What chance for international rules? (Joanna R. SHELTON).....  | 567 |
| Recommendation of the Council Concerning effective action against hard core cartels (OECD).....  | 581 |
| Self regulation and antitrust (Robert PITOFSKY).....   | 585 |
| The Commission notice on postal services postal. Services, liberalisation and EC Competition Law. Preparing for a new era in postal services (H. UNGERER)..... | 597 |
| The impact of European liberalisation and the WTO (H. UNGERER).....  | 607 |

**SÉPTIMA PARTE. BIBLIOGRAFÍA**

|                    |     |
|--------------------|-----|
| España.....        | 621 |
| Unión Europea..... | 626 |

**OCTAVA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| Unión Europea.....                  | 651 |
| Europa no comunitaria.....          | 652 |
| América.....                        | 652 |
| Asia y Australia.....               | 653 |
| Organizaciones internacionales..... | 653 |
| Otras direcciones de interés.....   | 654 |



## PRESENTACIÓN

Con la publicación del *Anuario de la Competencia 1998*, la Fundación ICO colabora un año más en el empeño de mejorar la información referente a la aplicación del Derecho de la Competencia. El *Anuario* ayuda a promover el debate y la reflexión sobre la Política de la Competencia como uno de los aspectos fundamentales de las políticas de oferta aplicadas por el Gobierno.

La defensa de la competencia, que se institucionalizó en España en 1989, ha cobrado nuevo impulso durante los últimos años, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales de las políticas de liberalización de los mercados. En el proceso de globalización internacional se están produciendo grandes movimientos de fusiones y alianzas entre las empresas, de los que surgen a veces efectos de posición dominante en los mercados, contrarios a las ventajas que los consumidores obtienen de una política de competencia eficaz.

Durante 1998 se ha trabajado en el proceso de reforma de la Ley de la Competencia partiendo de la legislación europea sobre la Competencia del «Libro Verde» y del Plan de liberalización de la economía española aprobado por el Consejo de Ministros en febrero de 1997. La reforma se ha iniciado con la publicación del Real Decreto-ley 6/1999, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, en materia de concentraciones. El proceso culmina con la presentación de un proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, que deberá ser discutido en el Parlamento y que, en principio, podría entrar en vigor en enero del año 2000.

Con este proyecto de reforma el Gobierno quiere potenciar la Política de la Competencia y aumentar la eficacia de los órganos gestores de esta política: Tribunal de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia. En el proyecto se busca dotar de recursos suficientes a los órganos encargados de la Política de la Competencia, así como establecer las reformas necesarias en sus atribuciones y procedimientos, para lograr una mayor eficacia en su gestión.

En el *Anuario de la Competencia 1998* se analiza la problemática concreta de la defensa de la competencia en algunos sectores en vía de transformación y liberalización, como son el sector bancario, el sector eléctrico, los colegios profesionales, las universidades y el mercado del suelo. En los estudios dedicados a cada uno de ellos se plantean las actuaciones realizadas y se aclaran algunas cuestiones fundamentales para el futuro desarrollo de la competencia. En el *Anuario* también se analizan cuestiones teóricas de interés general como las alianzas estratégicas, las restricciones verticales y las conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares.

La Fundación ICO se complace en continuar con su aportación y apoyo al desarrollo de la Política de la Competencia, considerando que es uno de los pilares fundamentales en las políticas de reformas estructurales y, por tanto, necesario para la consecución de un crecimiento estable y con creación de empleo en la economía española. Por último, queda agradecer la contribución de todos los Profesores e Investigadores que han colaborado en la publicación de este nuevo *Anuario*.

Fernando BECKER ZUAZUA  
Presidente de la Fundación ICO

## PRESENTACIÓN

Con la incorporación a la Unión Monetaria Europea, España ha culminado un exigente proceso de convergencia macroeconómica que era necesario para recibir a la nueva moneda europea en un ambiente de estabilidad económica que respalda su aceptación internacional.

Pero la implantación del euro es, más que una meta, el comienzo de una nueva etapa de la economía europea orientada a la consolidación de la estabilidad alcanzada. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento expresa esa voluntad y pone los medios para lograr que el rigor y la austeridad presupuestarios y las políticas de oferta sigan guiando las políticas económicas hasta que todos los países europeos adquieran el hábito y la cultura de la estabilidad.

España ha aplicado estos principios en el Programa de Estabilidad y Crecimiento, donde se recogen las previsiones económicas de los próximos años y los principales instrumentos de política económica que el Gobierno se propone aplicar. Entre éstos destacan las reformas estructurales aún pendientes, para perfeccionar el funcionamiento de los mercados y facilitar la competencia.

Pero en este proceso de transición hacia más libertad y más competencia, que coexiste con el de integración económica de Europa y del mercado mundial, puede llegarse a situaciones de excesiva concentración empresarial en algunos mercados. Las fusiones de empresas, que tratan de acomodarse a la nueva dimensión de los mercados europeos o mundiales, coinciden en el tiempo con las iniciativas de los gobiernos que privatizan empresas públicas importantes procurando que su gestión quede en núcleos duros de inversores solventes. Todo ello ha conducido a la formación de algunos conglomerados empresariales que están presentes en sectores económicos cruciales (telecomunicación, transporte, energía, etc.).

Mientras van tomando cuerpo las nuevas estructuras empresariales del mercado europeo e internacional, que darán lugar a nuevos equilibrios de la competencia en todos los ámbitos, los gobiernos sienten la necesidad de reforzar la vigilancia de los mercados para evitar que las concentra-

ciones coyunturales pongan en peligro la eficiencia asignativa y la estabilidad de los precios.

Por estas razones, el pasado 18 de junio, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, que tiene como objetivo básico dotar de mayor eficacia a la política de defensa de la competencia reforzando los recursos materiales y legales de que dispone. Este Proyecto de Ley completa la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, ya iniciada con el nuevo procedimiento de notificación obligatoria de concentraciones económicas incluido en el Real Decreto-ley del pasado 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia.

La Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, nació con el objetivo de dotar a los poderes públicos de instrumentos eficaces para garantizar una competencia suficiente, inspirándose en las normas comunitarias. La presente modificación pretende reforzar esos instrumentos y simplificar los procedimientos para mejorar su eficiencia y su transparencia.

Por todo lo dicho, no puede ser más oportuna la presente reflexión sobre el marco normativo de defensa de la competencia, en el que concurre, además, la feliz coincidencia del próximo aniversario de la Ley de 1989. Tengo la convicción de que las aportaciones doctrinales que siguen a las presentes líneas nos ayudarán a comprender mejor las claves fundamentales del texto actualmente vigente y de la reforma que estamos culminando.

Sirva todo ello al imprescindible proceso de acercamiento de los principios y reglas de defensa de la competencia a todos los sectores de la vida jurídica y económica. Tarea a la que, desde aquí, animo a todos los estudiosos de esta materia, agradeciendo el continuado esfuerzo que en este sentido vienen realizando la Fundación ICO y el Director de este *Anuario*, el Profesor Lluís Cases.

Cristóbal MONTORO ROMERO  
Secretario de Estado de Economía



## LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 1998

Lluís CASES

Director del *Anuario de la Competencia*  
Profesor Titular de Derecho Administrativo

### I. LA CONSTANTE EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA COMPETENCIA

Las normas protectoras de la competencia se caracterizan esencialmente por su generalidad, adaptabilidad y flexibilidad. Se trata de cláusulas de alcance muy amplio, que no pueden ser mecánicamente aplicadas, sino que deben ser objeto de concreción de forma imprescindible a un supuesto de hecho determinado y que se encuentran en permanente estado de evolución.

En este sentido, las normas de la competencia han sido comparadas a normas constitucionales. Son paradigmáticas las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 1933 en el caso *Appalachians Coals, Inc. v. United States*:

«Como un código de libertad, la Ley (Sherman) tiene una generalidad y adaptabilidad comparable a la que se considera deseable para las provisiones constitucionales. No entra en definiciones detalladas que podrían perjudicar a empresas legítimas o por su particularización fallar en su propósito al proporcionar vías de escape. Las restricciones que impone la Ley no son mecánicas o artificiales.»

No ha de extrañar, pues, que las normas protectoras de la competencia se encuentren en constante proceso de evolución. Ello es consustancial a su naturaleza al constituir, como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1972, en el caso *United States v. Topco Associates*,

«la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la *Bill of Rights* para la protección de nuestras libertades personales fundamentales».

La evolución, la adaptación constante de los principios generales que constituyen las normas de competencia es un dato esencial que no se puede desconocer y menos valorar en sentido negativo. Es singular que se trata de un proceso de evolución que se caracteriza por mantener las reglas generales y perfilar su sentido o sus mecanismos de aplicación. El carácter de generalidad persiste. Ello permite el mantenimiento de estas normas generales durante períodos de tiempo, más propios de normas constitucionales que de normas ordinarias. Dos ejemplos así lo acreditan: la *Sherman Act* de 1890 de los Estados Unidos y los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. El transcurso de más de cien años para la primera y de más de cuarenta para los segundos no incide en su plena vigencia.

Las normas protectoras de la competencia se encuentran en España y en la Unión Europea en un proceso de evolución especialmente intenso. Este proceso adquiere dos modalidades. En primer lugar, un proceso de evolución que tiene un reflejo formal, por cuanto se traduce en la promulgación de normas para su directa aplicación por los operadores del Derecho de la competencia. El segundo, aunque seguramente no en orden cronológico respecto del primero, un proceso de evolución en los criterios de aplicación de las normas de competencia por parte de los sujetos competentes para ello.

Prácticamente siempre los cambios normativos formales en Derecho de la competencia son el fruto de un proceso de reflexión por parte de las autoridades competentes para su aplicación, que luego el legislador o la administración pública con potestad reglamentaria acoge y convierte en norma jurídica con las formalidades pertinentes en cada caso.

En España, desde el año 1996, la Ley 16/1989 ha sido objeto de distintas modificaciones con el objetivo de mejorar sus disposiciones. En el *Anuario de la Competencia 1997* se daba cuenta de la existencia de un proceso de reforma global de la Ley, que no ha llegado a cristalizar en el año 1998, pero que sin duda lo hará en el año 1999. En la presentación del *Anuario* de 1997 se daba cuenta de los criterios que según nuestro parecer deben presidir este proceso de reforma. Conviene insistir en la necesidad de deslindar los problemas que en la actualidad presenta la aplicación del Derecho de la competencia en España en dos bloques. En primer lugar, determinar las problemáticas que derivan propiamente de las previsiones de la Ley. En segundo lugar, enumerar las cuestiones que proceden de su aplicación. Se podrá decir respecto a este deslinde que todos los problemas de aplicación proceden de la normativa. No obstante, entendemos que no todos los problemas pueden ser resueltos por un cambio normativo.

También a nivel comunitario se ha iniciado un proceso de reforma extraordinariamente importante, especialmente, por los cambios normativos en el marco de las restricciones verticales y por el anuncio de la publicación del documento para la modernización del Derecho comu-

nitario de la competencia, que abrirá sin duda un intenso debate de cómo conseguir su aplicación más efectiva.

A la vez, el Derecho de la competencia es objeto de una evolución continuada, protagonizada esencialmente por los órganos competentes para su aplicación. Se trata de un derecho extremadamente casuístico, de modo que cada decisión o sentencia puede incorporar un nuevo matiz que enriquece notablemente su aplicación posterior.

## II. LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LA LIBRE COMPETENCIA

El análisis de la evolución del debate y la reflexión sobre la libre competencia pone de relieve un incremento notable de la preocupación acerca de la globalización de la economía mundial. Esencialmente, la pregunta que se reitera en distintos foros es el significado de la libre competencia, en su vertiente de normativa rectora del comportamiento empresarial en el mercado, en una economía más global, donde es difícil localizar territorialmente la conducta empresarial. Desde una perspectiva más práctica, la cuestión es el riesgo de incidencia negativa en la libre competencia en el mercado nacional de decisiones empresariales, como pueden ser las fusiones o reorganizaciones empresariales, que se adoptan a nivel global. El Director de la Federal Trade Commission norteamericana reflexiona sobre esta cuestión en un documento que recoge este *Anuario* con el título «Competition policy in a global economy. Today and tomorrow», y también Joanna R. SHELTON, de la Secretaría General de la OCDE, aporta su análisis con el documento «Competition policy: What chance for international rules?».

Es necesaria la reflexión sobre esta cuestión, por cuanto puede poner en cuestión los esfuerzos que a nivel nacional o comunitario se adoptan para conseguir un mercado más competitivo.

Esta preocupación tiene tres concreciones a señalar, que se encuentran en distinto grado de avance. La primera, y quizá más extendida, es la pretensión de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, sobre la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se había mostrado favorable respecto del Derecho comunitario de la competencia. En su virtud, la política de la competencia europea vigila las operaciones que se concluyen fuera del mismo pero cuyos efectos se hacen sentir en la Unión Europea. El *Anuario* recoge, en el bloque de documentación, las opiniones del comisario VAN MIERT bajo el título «The transatlantic and global implication of european competition policy».

La segunda, que trae, en parte, causa de la primera, consiste en la celebración de acuerdos de cooperación entre distintos sujetos internacionales para una aplicación más efectiva del Derecho de la competencia. Esta opción, posible por la extraordinaria similitud de las reglas de com-

petencia en los distintos países, permite solventar los problemas de orden práctico y conceptual que puede plantear la aplicación extraterritorial de una normativa. Con estos acuerdos, que acostumbran a articular grupos de contacto entre las autoridades, es factible conseguir una mayor aplicación del Derecho de la competencia.

La tercera es la definición de una normativa global sobre la protección de la libre competencia. En este punto pueden llegar a ser relevantes los trabajos de la Organización Mundial del Comercio, en la que opera un grupo de trabajo sobre la interacción entre el comercio y la política de la competencia, que es objeto de estudio en este *Anuario* por César A. GINER PARREÑO.

### III. LA NECESARIA REVISIÓN GLOBAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La LDC se encuentra en pleno proceso de modificación. Ya ha sido modificada en distintas ocasiones y seguramente será objeto de una revisión global. Ciertamente, el entorno económico y social en que se aprobó la LDC ha variado notablemente en la actualidad, lo que hace preciso ajustar sus previsiones, seguramente no las de orden material, a las nuevas demandas que la sociedad hoy plantea.

Esta revisión de la LDC, que ha de perseguir como principal objetivo conseguir una aplicación más efectiva del Derecho de la competencia, ha de alcanzar a todas las instancias que participan en su aplicación. Esto es, es necesario reflexionar sobre los procedimientos administrativos que hacen efectiva su aplicación. Al respecto se plantea de inmediato un análisis de corte general y otros de corte más concreto, pero también muy significativos. Desde una perspectiva general conviene reflexionar acerca del mantenimiento de la separación entre el SDC y el TDC o proceder a su integración articulando la necesaria separación que en un expediente sancionador debe existir entre quien lo instruye y quien lo resuelve. Sobre esta cuestión existen pareceres dispares. Mi tesis, expuesta ya en el año 1995, en *El Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, es la de la integración, como elemento consustancial a la voluntad de dotar de autonomía al TDC. Desde una perspectiva más concreta conviene reflexionar acerca de los distintos procedimientos de aplicación de la LDC, el sancionador, el de medidas cautelares, el de autorización, para intentar su simplificación. Manteniendo, lógicamente, de forma plena el derecho constitucional a la defensa y los principios rectores del procedimiento administrativo es posible aligerar los procedimientos de aplicación de la LDC. No nos cabe duda que a ello se dedicarán esfuerzos en el anunciado proyecto de ley de reforma de la LDC.

Sin embargo, la reflexión no ha de detenerse en este punto. Es preciso también reflexionar y profundizar en lo que acontece una vez el TDC

ha dictado la resolución final del expediente. La Audiencia Nacional es el tribunal competente para conocer los recursos contencioso administrativo que dicten contra las resoluciones del TDC. La labor de este órgano jurisdiccional se puede resumir en dos aspectos: en cada ejercicio adopta un mayor número de sentencias; en su práctica totalidad las sentencias confirman la decisión administrativa previa.

No obstante, hay un dato extremadamente preocupante que es la duración del procedimiento de revisión jurisdiccional, aunque ciertamente ésta es una cuestión que padece lamentablemente toda la jurisdicción contencioso-administrativa. Veamos un ejemplo muy significativo.

El 17 de julio de 1998 la Audiencia Nacional ha dictado sentencia en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, y donde comparecieron también como recurrentes Canal Sur Televisión, S. A.; Televisió de Catalunya, S. A.; Televisión Autónoma de Madrid; Televisión Autonómica Valenciana, S. A.; Televisión de Galicia, S. A., y Euskal-Telebista Televisión Vasca, S. A., contra la Resolución del TDC de 10 de junio de 1993. Esta resolución, esencialmente, declaró la existencia de una infracción al artículo 6.2.b) y c) de la LDC por alterar el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores; declara la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1.1 LDC y el artículo 85.1 TCE en los acuerdos suscritos entre diversas entidades para distribuirse las imágenes de fútbol profesional; ordena que las televisiones autonómicas permitan el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas mediante remuneración a todos los operadores que lo deseen; impone una multa de 147.500.000 pesetas a la Liga de Fútbol Profesional. Este expediente se había iniciado en 11 de julio de 1990 mediante una denuncia de Antena 3.

La sentencia de la Audiencia Nacional confirma en su totalidad la resolución del TDC. Desde que se interpuso la denuncia han transcurrido un poco más de ocho años y desde la adopción de la resolución por parte del TDC hasta el momento en que la Audiencia Nacional ha dictado sentencia han transcurrido un poco más de cinco años. Estos plazos, que pueden aún extenderse por la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, nos parecen a todas luces inadmisibles. Creemos que es posible afirmar que ponen en cuestión el entero sistema de protección de la competencia. No puede servir de consuelo que ello sea, como sabemos, un problema generalizado del orden contencioso-administrativo.

Ello se pone más de relieve si advertimos que en el caso utilizado como testimonio el acuerdo empresarial origen de la controversia de la Liga de Fútbol Profesional tiene una duración de cuatro años.

Por ello, en el proceso de reforma de la LDC es imprescindible también reflexionar sobre esta problemática, que nos parece de extraordinaria relevancia y que a veces no es suficientemente atendida. Evidentemente, esta reflexión deberá tener en cuenta los imperativos del marco constitucional.

Además, en el caso de la resolución del TDC de 10 de junio de 1993 concurre que la Audiencia Nacional dictó en su día la suspensión de su ejecutividad al amparo de lo establecido en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ello imposibilitó la efectividad de la resolución en un momento en que el acuerdo controvertido era operativo. Existe el riesgo de que la legalidad de la resolución y su plena efectividad se acuerde en un momento en que las prácticas anti-competitivas ya no sean operativas.

#### IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN 1998

Los datos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia en España en el año 1998 ponen de relieve, ante todo, un descenso generalizado en cuanto a número de expedientes en comparación con el año 1997. El SDC inicia un número importante menos de expedientes, esencialmente por la reducción del número de denuncias que se han presentado. A su vez, el TDC adopta también bastantes menos resoluciones que en el ejercicio anterior, 135 frente a 175. Este descenso no se hace sentir en la Audiencia Nacional, que dicta un mayor número de sentencias, lo cual es lógico por las fechas en que se resuelven los conflictos judiciales.

No obstante, esta reducción ha de ser inmediatamente matizada por cuanto las cifras relativas al año 1998 son superiores a las generadas en el año 1996. Es decir, después del ejercicio de 1997, en que se produjo un aumento excepcional en distintos aspectos relativos a esta aplicación, vuelven cifras más acordes con los ejercicios anteriores. Estas cifras ponen de relieve un progresivo incremento del grado de aplicación del Derecho de la competencia en España, al menos en cuanto a expedientes que son objeto de inicio, instrucción y resolución.

Las cifras recogidas en el *Anuario de la Competencia 1998*, más allá de la reducción indicada, se caracterizan por ofrecer las siguientes pautas:

En primer lugar, insistir un año más en las dudas acerca de si la administración española cuenta con los mecanismos de *enforcement* necesarios para la ingente labor que tiene encomendada. La extensión material del Derecho de la competencia en España en los últimos años como consecuencia del proceso de liberalización y la extensión de la conciencia pública de la utilidad e incluso de su existencia obligan a atribuir los medios materiales y humanos para conseguir una aplicación más efectiva. En este sentido, es importante la progresiva reducción de los plazos en que la administración queda obligada a resolver los expedientes que tramita. Una cuestión determinante es el inicio de los expedientes, que como se puede constatar en este *Anuario* derivan en su inmensa mayoría de denuncias formuladas ante el SDC. Es decir, los particulares se convierten en los principales instigadores de la aplicación del Derecho de la com-

petencia, como ocurre en otros sistemas jurídicos, especialmente el norteamericano, aunque aquí adquiere contornos específicos.

No se dispone, evidentemente, de datos económicos acerca del grado de infracción del Derecho de la competencia en España que pudieran servir para hacer una comprobación con el número de expedientes que inicia de oficio la administración pública. No obstante, parece evidente que su número se mantiene en cifras reducidas. La acción de la administración pública en función esencialmente de la denuncia de los particulares acarrea la necesidad de dedicar ingentes esfuerzos a problemáticas que, en muchas ocasiones, encierran un mayor interés para los particulares que para los intereses públicos a los que debe servir la administración pública.

El importante número de denuncias que recibe el SDC trae como consecuencia inmediata un número muy elevado de acuerdos de archivo de las mismas o de sobreseimiento posterior del expediente incoado. Como se apuntó ya en la presentación del *Anuario de la Competencia 1996*, persiste un cierto desencaje entre el criterio sostenido en innumerables denuncias acerca del ámbito material del Derecho de la competencia y el criterio de los órganos administrativos. Seguramente, muchos denunciadores acuden al SDC para poner de relieve una problemática, de cuya importancia puede no existir duda, pero que no corresponde analizarla desde los intereses públicos que explicita la LDC y tienen encomendado el SDC y el TDC.

En relación con los acuerdos de archivo y sobreseimiento del SDC es determinante también apreciar que el TDC desestima la inmensa mayor parte de los recursos que se interponen contra ellos. El TDC, de este modo, viene a confirmar en una proporción elevadísima la actuación previa del SDC. Este es un dato clave del sistema organizativo.

En segundo lugar, los datos relativos al TDC no ofrecen novedades muy significativas respecto al ejercicio anterior, aunque su número sufra una reducción importante. En función de los distintos tipos de resoluciones que dicta el TDC las cifras que recoge el *Anuario* ponen de relieve lo siguiente. Se advierte un notable aumento de las resoluciones de expedientes sancionadores. En cambio, se aprecia una reducción importante de las resoluciones relativas a medidas cautelares, quebrando una línea de incremento y en contra de la tesis sostenida en el *Anuario* de 1998 acerca de su mayor importancia futura debido a la extensión temporal de los procedimientos que se tramitan. Habrá que esperar a los próximos ejercicios para advertir qué grado de aplicación tienen las medidas cautelares en el Derecho de la competencia español. También sufren una reducción las resoluciones relativas a medidas cautelares, aunque en este caso es coincidente con la tendencia de los últimos ejercicios. La cifra de expedientes de autorización singular en anteriores ejercicio debe ser objeto de matización por la importancia cuantitativa de los relativos a registros de morosos. Finalmente, persiste en su aumento porcentual las resoluciones que resuelven recursos inter-

puestos contra acuerdos del SDC, básicamente de archivo y sobreseimiento, que en este ejercicio alcanzan ya el 56,44 del total.

En tercer lugar, la confirmación prácticamente absoluta de la labor de los órganos administrativos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo confirman la inmensa mayoría de resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Este dato, como se manifestaba en la presentación del *Anuario* de 1997, que es en muchas ocasiones poco conocido, es de gran relevancia por cuanto viene a aumentar y consolidar la legitimidad de la acción administrativa.

## V. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

El *Anuario de la Competencia 1998* consolida plenamente un proyecto iniciado en el año 1996, que pretende promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir como fuente de información periódica y actualizada a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia. La consolidación del proyecto incrementa notablemente su utilidad. El *Anuario* permite apreciar de forma continuada el desarrollo del debate y la reflexión sobre los principales temas de interés en cada ejercicio y suministrar los datos relevantes de la aplicación del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea.

El *Anuario de la Competencia 1998* mantiene la estructura del ejercicio anterior, aunque incorpora un último capítulo donde se recogen direcciones de *internet* que son de utilidad para obtener información acerca de la competencia. Por ello, en la primera parte se recogen once estudios de destacados especialistas que tratan con rigor cuestiones especialmente significativas en el ejercicio y que abordan temas novedosos donde la competencia debe jugar un papel clave. En la segunda se incorporan cinco comentarios de resoluciones administrativas y judiciales de destacados especialistas. Y en la tercera se recogen cuatro crónicas de distintos países (Alemania, Italia, Australia y Perú). Sobre estas últimas hay que dar cuenta de la novedad de incorporar un comentario del Presidente de la autoridad australiana de protección de la competencia y del Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI peruano, lo que implica una apertura del *Anuario* hacia otras perspectivas que en los ejercicios venideros ha de tener continuidad. A todos estos colaboradores quería expresar mi agradecimiento por haber participado en este proyecto.

En las restantes partes el *Anuario* mantiene la recopilación de datos sobre la aplicación del Derecho de la competencia en España y la Unión Europea, las novedades normativas, la recopilación de documentos significativos y de bibliografía aparecida en el ejercicio.

Por último, quería expresar mi agradecimiento a la Fundación ICO por haberme encomendado un año más la dirección del *Anuario de la Competencia*.



# LA APLICACION DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA POR ORGANOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

ANALISIS PEDRO JUAN

## PRIMERA PARTE

## ESTUDIOS

### I. INTRODUCCION

En pocas palabras puede más correctamente entenderse el objeto de esta monografía del Derecho de la competencia de como en la realidad jurídica actual son los tribunales que se encargan tanto de la aplicación judicial como de la aplicación por algunos administrativos. En los Estados Unidos desde la promulgación del Decreto administrativo nacionalista se presentaban como una categoría que en el Derecho interno le agudizaban de su otra competencia — el *Administrative Act* — para ser aplicados por el y son, en consecuencia, los Tribunales quienes lo aplican. El sistema de competencia surge entonces por cuanto que los Tribunales son los encargados de aplicar las administraciones y la aplicación constitucional y administrativa, pueden por tanto la realidad de los procesos judiciales y la realización de las peticiones ciudadanas.

El problema surge cuando se enfrenta este tipo de Derecho con el judicial y los legisladores nacionales tienen la duda de la competencia administrativas para los tribunales penales y otros que

1. Como se sabe, esta aplicación de la ley, según que en los Estados Unidos de hoy se ve sobre la aplicación de la ley, como, por ejemplo, en el caso de la pena de la vida, se ve en pocas veces administrativas, como en el caso de la pena de muerte, al menos en los Estados Unidos. Desde entonces, en los Estados Unidos, y sobre el Código Penal de 1940, se abolió el uso de una comisión administrativa, en el caso de la pena de muerte, para el control de la pena de muerte, y se estableció un procedimiento judicial para la pena de muerte. En los Estados Unidos, como en el caso de la pena de muerte, el Código Penal de 1940, se abolió el uso de una comisión administrativa para el control de la pena de muerte, y se estableció un procedimiento judicial para la pena de muerte. En los Estados Unidos, como en el caso de la pena de muerte, el Código Penal de 1940, se abolió el uso de una comisión administrativa para el control de la pena de muerte, y se estableció un procedimiento judicial para la pena de muerte.



# LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

Amadeo PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada.  
Presidente del TDC

Luis BERENGUER FUSTER

Abogado. Ex Vicepresidente del TDC

## 1. INTRODUCCIÓN

En pocas materias resulta más conveniente recordar el origen norteamericano del Derecho de la competencia como en la relativa a analizar cuáles son los problemas que se derivan tanto de su aplicación judicial como de su aplicación por órganos administrativos. En los Estados Unidos, donde la presencia del Derecho administrativo sancionador es considerablemente más reducida que en el Derecho europeo, la legislación de la libre competencia —Sherman Act y Clayton Act— tiene naturaleza penal y son, en consecuencia, los Tribunales quienes la aplican. El sistema así concebido tiene coherencia por cuanto que los Tribunales son los encargados de castigar las infracciones a la legislación concurrencial y, simultáneamente, pueden declarar la nulidad de los acuerdos colusorios y la indemnización de los perjuicios causados.

El problema surge cuando se importa esta legislación al Derecho europeo continental y los legisladores nacionales asumen la ilicitud de las conductas anticoncurrenciales pero no las castigan penalmente<sup>1</sup>, sino que

<sup>1</sup> Cuando se realizan estas afirmaciones no se debe olvidar que en los Códigos Penales del siglo XIX se incluía la tipificación de ciertas conductas como maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en la que se podían incluir determinadas conductas colusorias tendentes a fijar los precios al margen del juego de la libre competencia. Este delito, incluido en Derecho español a partir del Código Penal de 1848, ha sido objeto de una sustancial modificación en el artículo 284 del vigente Código Penal hasta el punto de que en la actualidad no puede afirmarse que los acuerdos colusorios puedan ser objeto de sanción penal. Dicha afirmación no podía hacerse con el anterior artículo 540 del Código Penal derogado. M. GARCÍA-PABLOS [«Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14, 1981, nota 3, p. 221] ha realizado la tarea de rastrear los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, llegando a la conclusión

las consideran infracciones administrativas, encargando de su persecución y sanción a organismos administrativos. Ello implica un buen número de problemas que no han sido solucionados satisfactoriamente hasta el momento. Tales problemas se ponen de manifiesto en el Derecho español, por lo que es necesario hacer mención a los mismos.

Un primer problema radica en el hecho de que los organismos administrativos no pueden declarar la nulidad de las ententes colusorias<sup>2</sup>. El artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LCD) establece que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 que no estén amparados en las exenciones previstas en la Ley son nulos de pleno derecho, pero esa nulidad no puede ser declarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>3</sup> (TDC, Tribunal).

Un segundo problema se deriva de la imposibilidad de fijar una indemnización de los perjuicios causados por la conducta prohibida por parte del Tribunal. A tenor de lo establecido en el artículo 13.2 de la LCD la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de las conductas prohibidas, podrá ejercitarse una vez firme la declaración en vía administrativa. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que si las normas de la competencia pueden ser aplicadas, por una parte, por las autoridades administrativas *ad hoc* y, por otra, por órganos jurisdiccionales, en un conflicto entre particulares es posible que recaigan resoluciones contradictorias, afectándose con ello el principio de seguridad jurídica.

Pero no sólo en esos supuestos existen problemas de aplicación de las leyes concurrenciales por órganos judiciales y administrativos. Existen supuestos en los que se puede aplicar simultáneamente la LCD y la Ley de Competencia Desleal (LCD). Ambas leyes contienen sistemas diferentes de aplicación, pues mientras la primera de ellas es aplicada por órganos administrativos, la segunda contiene una serie de acciones que deben ser ejercitadas ante la jurisdicción civil. Pero en ciertos supuestos es posible la aplicación de ambas leyes con la posibilidad de que órganos diferentes apliquen resoluciones contradictorias.

---

de que en su inmensa mayoría se trataba de supuestos en los que se perseguía la alteración de los precios aprobados oficialmente.

<sup>2</sup> En los primeros borradores que han circulado sobre una reforma de la Ley de Defensa de la Competencia se incluía la previsión de que el TDC declarara la nulidad de los acuerdos colusorios. Esta pretensión ha desaparecido en versiones posteriores.

<sup>3</sup> Resulta lógico que las Resoluciones del Tribunal en los expedientes sancionadores no incluyan ninguna declaración relativa a la nulidad de los acuerdos, tal y como se deduce del precepto destinado a determinar el contenido de las resoluciones del Tribunal (art. 46 LDC), a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 en la que, hasta la Constitución de 1978, se configuraba un Tribunal con funciones jurisdiccionales. Así, el artículo 13.2 de esta Ley establecía que cuando una resolución declarara la existencia de prácticas prohibidas resuelve también sobre la nulidad de los acuerdos, convenios o decisiones que hubieran dado lugar a las mismas.

En este orden de cosas hay que recordar que el artículo 7 de la LCD permite al Tribunal conocer acerca de aquellos actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la competencia, afectan al interés público, pero no dispone, ya que no sería lógico hacerlo, que cuando exista afectación del interés público no se puedan ejercitar las acciones de la LCD ante la jurisdicción civil. Ello supone que determinados hechos podrán ser conocidos simultáneamente por una autoridad administrativa y por el juez civil.

Por su parte, el artículo 15 de la LCD considera acto desleal la infracción de las normas que regulan la actividad concurrencial (art. 15.2) o bien que supongan al infractor una ventaja significativa, lo cual implica igualmente la posibilidad de que una autoridad administrativa y un juez civil se pronuncien sobre unos mismos hechos.

A estos problemas se añaden los derivados de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. A tenor de lo previsto en el artículo 89<sup>4</sup> del Tratado, la aplicación de las normas comunitarias de la competencia corresponde a la Comisión, pero está prevista una aplicación descentralizada, tanto por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>5</sup> como por parte de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia<sup>6</sup>.

El análisis de todos estos problemas conduce a replantear el debate relativo a si la aplicación de las normas de la competencia debe ser efectuada, tal y como ocurre en la actualidad, por órganos administrativos o bien por los jueces, como se ha propuesto por diversas voces<sup>7</sup> en el marco de la varias veces anunciada reforma de la LCD.

## 2. CARÁCTER PÚBLICO Y PRIVADO DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA

Buena parte de los problemas que con anterioridad se han enumerado son evidente consecuencia de la finalidad que persiguen las normas de

<sup>4</sup> En la actualidad, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la numeración de los preceptos del Tratado CEE relativos a la competencia ha sido objeto de modificación, de modo que el artículo 85 ha pasado a convertirse en el 81 y así sucesivamente. En el presente trabajo se utilizará la numeración originaria, ya que las sentencias comunitarias citan obviamente los preceptos según su numeración primitiva, y el introducir la numeración actual podría dar lugar a confusiones.

<sup>5</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (93/C 39/05), DOCE C 39, de 13 de febrero de 1993.

<sup>6</sup> 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 del Tratado CEE (97/C 313/03), DOCE C 313, de 15 de octubre de 1997.

<sup>7</sup> C. GINER PARREÑO, «El mal sistema de competencia español», *Expansión*, 21 de marzo de 1997, p. 55; «Todo menos el INDECO», *Expansión*, 27 de marzo de 1998, p. 62; «El reto de doña Perfecta», *Derecho de los Negocios*, 84, septiembre 1997, pp. 75-78. La modificación del sistema español de la competencia para que en el futuro sea aplicado por jueces y no por órganos administrativos fue defendida por Rafael Termes en su intervención en la Jornada «Luces y sombras de la Ley de Defensa de la Competencia: elementos para una reforma», organizada por el Colegio de Abogados de Madrid el día 19 de febrero de 1998.

la competencia que se traduce en determinadas peculiaridades del procedimiento.

La Exposición de Motivos de la LCD reconoce que la finalidad de la Ley consiste en garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado y «protegerla frente a todo ataque contrario al interés público». Esa competencia representa un elemento esencial de la organización económica del mercado y la manifestación más importante del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

Precisamente porque la aplicación de la Ley persigue garantizar el orden económico constitucional, se sigue afirmando en la Exposición de Motivos, se encomienda su aplicación a órganos administrativos tales como el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el Tribunal. De esta forma, el Derecho de la competencia queda incardinado dentro del ámbito del Derecho administrativo sancionador que, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional español, constituye una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien, con frecuencia en los conflictos que se plantean en el campo de la competencia no solamente existe una infracción del interés público, sino que, además, se dirimen conflictos privados<sup>8</sup>. De este hecho se derivan ciertas especificidades en el procedimiento que es preciso señalar.

En primer lugar, se puede indicar que el procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia de parte interesada, lo cual implica que a los interesados se les concede un significativo papel desde el inicio del procedimiento. De este hecho se deduce que el procedimiento no es exclusivamente sancionador, como ha señalado el Tribunal en su Resolución de 31 de marzo de 1998<sup>9</sup>, pues la Ley posibilita junto a la vertiente sancionadora una acción declarativa.

También en otros extremos la LCD presenta aspectos en los que aparece la protección de intereses privados junto a los públicos. Así ocurre en las medidas cautelares, que se diferencian considerablemente de las medidas provisionales propias del Derecho administrativo. Como señaló la Resolución del TDC de 29 de julio de 1996<sup>10</sup> las medidas cautelares específicas establecidas en la LCD participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles. Si se tratara de asegurar cautelarmente la defensa del interés público carecería de sentido

<sup>8</sup> En el texto de la propia Exposición de Motivos de la Ley se han encontrado argumentos en favor del carácter no solamente público del procedimiento, ya que se encomienda el procedimiento a los órganos administrativos «en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional». En consecuencia, podría interpretarse que la Ley puede aplicarse por órganos jurisdiccionales “en cuanto” no se trate de garantizar el orden económico desde la perspectiva de los intereses públicos. Véase S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-97, septiembre 1994, p. 3.

<sup>9</sup> Expte. 403/97, Arquitectos Canarias, Resoluciones del TDC 1998, pp. 174-182.

<sup>10</sup> Expte. MC 11/96, Cajas Rurales, Resoluciones del TDC 1996, pp. 302-307.

que se pudiera exigir la prestación de una fianza <sup>11</sup> a quien solicita la adopción de medidas cautelares.

Esta tensión entre el interés público y el interés privado en el Derecho de la competencia está presente a lo largo de todo el procedimiento hasta el punto de provocar algunas disfunciones. Con frecuencia se persigue la defensa de los intereses privados en procedimientos en materia de competencia y se pone de manifiesto la insuficiencia de un procedimiento administrativo sancionador para dirimir conflictos entre intereses privados. Hay que tener en cuenta que, como acertadamente ha señalado el Tribunal Constitucional <sup>12</sup>, en el Derecho administrativo sancionador rigen, con ciertos matices, los mismos principios que en el Derecho penal, y ello implica, por ejemplo, que rija el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia. Este hecho supone una limitación para dirimir conflictos entre particulares en plano de igualdad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal en su Resolución de 14 de diciembre de 1998 <sup>13</sup>.

La discusión entre interés público e intereses privados aparece, en consecuencia, en el centro de todas las cuestiones que se relacionan con la aplicación del Derecho de la competencia y la determinación de los órganos, jurisdiccionales o administrativos, que han de llevarla a cabo.

Si se opta porque sean órganos administrativos los encargados de aplicar el Derecho de la competencia, es de admitir que los intereses públicos estarían adecuadamente defendidos, pero los intereses privados que confluyen en el supuesto concreto quedarían en un segundo orden. Un órgano administrativo solamente con gran dificultad puede adoptar medidas tales como la determinación de la indemnización de perjuicios producidos a las víctimas de las conductas anticompetitivas <sup>14</sup>. Es de destacar que el artículo 13.2 de la LCD determina que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios podrá ejercitarse de acuerdo con lo previsto en las leyes civiles una vez firme la declaración de ilicitud de actos prohibidos. En cuanto se refiere a la declaración de nulidad, el artículo 1.2 de la misma Ley se limita a declarar la nulidad de los acuerdos colusorios, pero sin que sea el Tribunal el órgano encargado de su declaración.

<sup>11</sup> Como señalan M. ORTELLS, y R. BELLIDO, *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 49, de ese hecho de desprende que en el procedimiento cautelar la lógica se invierte, y de defender el interés público y el privado si es coincidente con el público, se pasa a la protección de ambos intereses pero solamente si el titular del interés privado quiere financiar la medida cautelar.

<sup>12</sup> Véase la Sentencia de 8 de junio de 1981.

<sup>13</sup> Expte. 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. Resoluciones del TDC 1998, pp. 575-585.

<sup>14</sup> Esta es una posibilidad prevista en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del texto del precepto se deducen las dificultades que existen para su aplicación, ya que se prevé que si el infractor no abona la indemnización correspondiente quedará «expedita la vía judicial correspondiente», con lo cual poco avance se consigue. Como puede comprenderse fácilmente, existen dificultades de diversa índole para llevar a cabo la fijación de perjuicios en vía administrativa. Tales dificultades son de índole teórica (se trata nuevamente de solucionar conflictos entre particulares en el seno de un procedimiento administrativo sancionador) o práctica (inexistencia de una vía de apremio en beneficio de particulares). En el Anteproyecto de Ley de reforma de la LCD se prevé esa posibilidad.

Por el contrario, si la aplicación de las normas de la competencia quedara reservada a los jueces y tribunales, cabe preguntarse si se adjudica a la jurisdicción civil o penal.

La atribución de la competencia a los jueces y tribunales civiles resulta incompatible con la defensa de los intereses públicos que resultan constitucionales a la normativa concurrencial. Conforme se ha aclarado anteriormente, la libre competencia forma parte del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, y por tanto, la defensa del orden concurrencial no puede dejarse a una jurisdicción que responde al principio de justicia rogada.

Otra cosa sería considerar que la vulneración del principio de la libre competencia constituyera una infracción penal, en cuyo supuesto correspondería a los órganos jurisdiccionales penales la aplicación de la normativa concurrencial. Este sistema se asemejaría al modelo norteamericano y resolvería los problemas anteriormente expuestos para otros modelos, ya que un juez o tribunal penal podría imponer sanciones por vulnerar el interés público, y al tiempo establecer el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios *ex delicto*. En este caso no se pueden ocultar otros inconvenientes. El primero y más importante radica en el principio general, según el cual no deben tipificarse como delito aquellas conductas que no merezcan el reproche generalizado de la sociedad. Cuando no se respeta ese principio se producen importantes distorsiones en la aplicación de las leyes porque los órganos jurisdiccionales penales son, lógicamente, reacios a sancionar aquello que la sociedad no considera como delito. No es necesario indagar mucho para que acudan a la memoria de cualquier intérprete ejemplos de estas afirmaciones. En España el sentimiento de que las conductas anticoncurrenciales deban ser consideradas como delitos no existe ni en la sociedad ni tan siquiera en el mundo empresarial. La razón es que se parte de una tradición jurídica en la que se perseguía más la deslealtad que la libertad en la competencia. Además, en el Derecho español existe una norma que resultaría inconcebible en el Derecho norteamericano. Se trata de la contenida en el artículo 2.1 de la LCD, que excluye de la prohibición del artículo 1 las conductas amparadas legalmente. Esta norma constituye el reconocimiento expreso de que las Administraciones públicas puedan dar la correspondiente cobertura legal a un conjunto inagotable de restricciones de la competencia, como ha ocurrido en aquellas circunstancias en que la economía ha estado fuertemente intervenida. Por ello, y aunque la cultura de la competencia se va abriendo camino en nuestra sociedad, puede afirmarse que en el momento actual existirían serios inconvenientes para criminalizar las conductas anticompetitivas.

En contra de la aplicación de las normas de la competencia por los jueces se acostumbra a afirmar que esa aplicación precisa frecuentemente de estudios económicos y de mercado y de conocimientos económicos de los que carecen los jueces y magistrados<sup>15</sup>. Esa objeción puede com-

<sup>15</sup> A. ALONSO CORTÉS, «Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», ponencia presentada en las XI Jornadas del TDC. Mayo de 1998. En prensa.



batirse si se considera que los jueces aplican el derecho, y cuando precisan conocimientos técnicos pueden acudir a la realización de las oportunas pruebas periciales. No parece que la delimitación del mercado relevante contenga más dificultades que determinadas apreciaciones sobre patentes que los jueces deben dilucidar en conflictos sobre derechos de propiedad industrial.

Ahora bien, estos problemas existen y carecen de solución simplista. Con frecuencia se han planteado soluciones como la establecida en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, en la que se configuraba un TDC como un órgano cuasijudicial, cuyas resoluciones no eran recurribles. Pero ese modelo contradecía el principio de unidad jurisdiccional de la Constitución de 1978.

El modelo diseñado en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia constituye un intento de solucionar los problemas derivados de la aplicación del Derecho de la competencia por órganos administrativos. Según este modelo, atrevido pero que sin duda planteará discusiones de alcance constitucional que deberían ser resueltas desde la perspectiva de la eficacia jurídica y del respeto a la Constitución, se establece que el Tribunal, en sus Resoluciones, podrá establecer indemnizaciones de perjuicios a los perjudicados por conductas anticompetitivas. El intento es imaginativo, pero deben resolverse los problemas que pueden plantearse al amparo del artículo 117.3 de la Constitución por cuanto en el Anteproyecto citado se atribuyen potestades jurisdiccionales a un órgano administrativo. En cualquier caso, si el TDC fijara la cuantía de la indemnización pero fuera necesario acudir a los Tribunales civiles —no obligados por la cuantía determinada por el TDC— para garantizar su efectividad, el sistema no resolvería el problema del tiempo necesario —por regla general, excesivo y contrario a la racionalidad económica— para hacer efectiva la indemnización compensatoria.

El tema no es baladí. Por su trascendencia en relación con la efectividad de la defensa de la competencia debería apoyarse por el refuerzo que supone a las facultades del Tribunal. Pero también deberán resolverse de forma inequívoca los eventuales problemas de constitucionalidad.

También puede calificarse como un intento de solucionar los inconvenientes que se derivan de la aplicación de las normas concurrenciales por órganos administrativos los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) compartido por la Comisión Europea<sup>16</sup> según los cuales los artículos 85 y 86 del Tratado tienen efecto directo y pueden ser aplicados por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

<sup>16</sup> Ver la Comunicación de la Comisión europea citada en la nota 6.

### 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

#### A. APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

##### a) *La jurisprudencia de los tribunales comunitarios*

La jurisprudencia del TJCE ha aceptado desde el primer momento que las normas sobre la competencia contenidas en los artículos 85.1 y 86 del Tratado tenían efecto directo y, por tanto, podrían ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en conflictos entre particulares, con independencia de su aplicación por parte de la Comisión Europea. Aceptada esta afirmación como punto de partida, los problemas se refieren, fundamentalmente, a la posible existencia de procedimientos por los mismos hechos ante la Comisión, por una parte, y ante los órganos jurisdiccionales, por la otra, ya que cabe la posibilidad de resoluciones contradictorias que afecten a la seguridad jurídica<sup>17</sup>.

En diversas ocasiones se ha planteado ante el TJCE —y también ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI)— cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por jueces y tribunales nacionales en supuestos en los que la Comisión no se había pronunciado porque no había conocido del asunto o porque el expediente se encontraba en tramitación.

---

<sup>17</sup> Junto a las restricciones relativas a la búsqueda de seguridad jurídica, la jurisprudencia del TJCE ha planteado también cuestiones relativas a la interpretación del artículo 85.2 del Tratado cuando dispone que los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. La cuestión radica en el hecho de que esa nulidad debe ser declarada por los tribunales nacionales adaptándose a las normas de Derecho interno, ya que los efectos de la nulidad son ajenos al Derecho comunitario.

La expresión «nulo de pleno derecho» plantea, desde la óptica del Derecho español, alguna incongruencia, ya que difícilmente resulta compatible el concepto de nulidad de pleno derecho con la posibilidad de que determinados contratos, por ejemplo, sean autorizados. Resulta sorprendente, desde la dogmática del negocio jurídico, que se permita que los actos nulos continúen vigentes durante cierto tiempo, como ha permitido el TDC en la Resolución de 10 de junio de 1993 (Fútbol por TV, Resoluciones TDC, 1993, pp. 221-274).

La Sentencia de 30 de junio de 1966 (Société Technique Minière/Marchinienbau, *Rec.*, 1966, As. 56/65, p. 235) se plantea la interpretación del artículo 85.2 y declara (parágrafo 15) que dicho artículo debe ser interpretado en el contexto del Tratado y con referencia a los objetivos del Derecho comunitario. En consecuencia, la nulidad automática sólo afecta a los extremos del acuerdo afectados por la prohibición del artículo 85.1, o bien a todo el acuerdo si es imposible individualizar los extremos nulos. Las restantes consecuencias de la nulidad son ajenas al Derecho comunitario.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 14 de diciembre de 1983 (Société de Vente de Ciments et Betons del l'Est/Karpen & Karpen) al afirmar que las consecuencias de la nulidad sobre las partes del contrato no afectadas por la prohibición no constituyen una cuestión de Derecho comunitario.

Por su parte, la Sentencia de 25 de noviembre de 1971 (Beguelin/Sall) declara que los acuerdos prohibidos por el artículo 85.1 son nulos y no pueden producir efectos entre las partes contratantes.

En la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*)<sup>18</sup> se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Comercio de Lieja relativa a un contrato de suministro exclusivo de cerveza. El TJCE consideró que, a diferencia de los acuerdos anteriores a la vigencia del Reglamento 17, la notificación de los acuerdos nuevos, a tenor del artículo 85.3, carece de efectos suspensivos, y que si el principio de seguridad jurídica exige que no se impongan sanciones a los notificantes, habida cuenta del considerable retraso de la Comisión para resolver los expedientes, esa circunstancia no dispensa al juez de resolver sobre la petición de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 85.2 del Tratado. Cuando exista un procedimiento ante la Comisión el juez debe decidir si suspende la tramitación hasta que se pronuncie la Comisión, a menos que constate que el acuerdo no ejerce efectos considerables sobre la competencia o el comercio entre Estados miembros, o bien porque no considere que existe ninguna duda sobre su incompatibilidad con el artículo 85.

En esta sentencia se limita la posibilidad de que el juez resuelva sin esperar a la decisión de la Comisión que la valoración de que la infracción o no infracción del artículo 85.1 sea clara; es decir: «no ofrezca dudas». En caso contrario, debería suspender el procedimiento hasta el pronunciamiento de la Comisión. Obviamente, el grado de certeza de resolución de un expediente constituye un elemento subjetivo y, en cualquier caso, no garantiza la confluencia del criterio del juez con el de la Comisión.

Los criterios relativos a la aplicación de los artículos 85 y 86 se plantearon directamente en la Sentencia de 30 de enero de 1974 (*BRT-1*)<sup>19</sup>. En un conflicto entre la entidad belga de radiotelevisión (*BRT*) y la sociedad belga de autores, compositores y editores (*SABAM*), por una parte, y la Sociedad *NV Fonior*, por la otra, en materia de derechos de propiedad intelectual. El TPI de Bruselas planteó una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 86 y 90 del Tratado, pero para decidir sobre la misma hubo que resolver con carácter previo la incidencia que sobre el proceso civil podría tener el inicio de un procedimiento ante la Comisión contra, entre otros, *SABAM*, por abuso de posición dominante en la gestión de derechos de propiedad intelectual. Para ello fue preciso determinar si los órganos judiciales de los Estados miembros deberían ser considerados como autoridades a los efectos del artículo 9.3 del Reglamento 17, pues si así fuera sería preciso paralizar el procedimiento hasta que se pronunciara la Comisión, a tenor de lo previsto en ese precepto.

Presentada la cuestión en esos términos, el TJCE consideró que las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado eran susceptibles de causar efecto directo en las relaciones entre particulares, lo que implica que generan derechos que las instituciones deben amparar. En ese sentido, las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamen-

<sup>18</sup> *Rec.*, 1973, As. 48/72, p. 77.

<sup>19</sup> *Belgische Radio en Televisie/SABAM, Rec.*, 1974-1, Asunto 127/73 p. 51.

to 17<sup>20</sup> son las autoridades con competencia según el artículo 88 del Tratado y no se puede incluir en el término a los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, un conflicto de esa naturaleza no queda suspendido por la apertura de un expediente ante la Comisión

En esta sentencia se avanza un poco más en orden al reconocimiento del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia. Y lo hace resolviendo la cuestión relativa a cuáles son las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17, cuestión sobre la que no se había pronunciado la Sentencia *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen* anteriormente citada<sup>21</sup>. El abogado general Henry Mayras en sus conclusiones<sup>22</sup> planteó el problema desde la óptica de la seguridad jurídica, argumentando que era preciso en todo caso evitar resoluciones contradictorias, hecho éste que podría producirse si se permitía que los tribunales nacionales aplicaran las normas del Tratado sin esperar la decisión de la Comisión. Es decir, si órganos diferentes y no jerarquizados pueden aplicar las mismas normas. Obviando esta objeción, el TJCE optó por una solución que implica esa posibilidad, pero que es consecuencia inevitable del efecto directo de los artículos 85.1 y 86 del Tratado.

En la Sentencia de 3 de febrero de 1976<sup>23</sup>, al contestar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, se establece que los tribunales de los países miembros tienen jurisdicción para establecer que un acuerdo se beneficia de un reglamento de exención por categorías.

En la Sentencia *Estée Lauder*, de 10 de julio de 1980<sup>24</sup>, se aplica la misma doctrina de la Sentencia *BRT/Sabam*, referida a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento 17. Ante un Tribunal de París la cadena de tiendas *Anne Marty* reclamó frente a *Estée Lauder*, distribuidora mayorista de perfumes de esa marca, por la negativa de venta de productos, ya que esa cadena no pertenecía a su red de distribución. Tal conducta, según la demandante, vulneraba el artículo 85.1 del Tratado de Roma. La demandada alegó que la existencia de una carta administrativa, según la cual la Comisión consideraba el sistema de distribución de *Estée Lauder* en Francia, no era susceptible de infringir las normas de la competencia contenidas en el Tratado de la CEE. A pesar de ello,

<sup>20</sup> El artículo 9.3 del Reglamento núm. 17 (Primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, *DOCE* 204/62, de 21 de febrero de 1962) dispone: «Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado, aun cuando los plazos previstos en el apartado 1 del artículo 5 y el apartado 2 del artículo 7 para proceder a la notificación no hubieran expirado.»

<sup>21</sup> F. RON MARTIN, «Conflicto de competencias entre la Comisión europea y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del Derecho de la competencia: comentario a la Sentencia del TJCE de Luxemburgo *SPEIC*. La Porte de 11 de julio de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE*, B-119, diciembre 1996, p. 7.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>23</sup> *Fonderies Roubaix/Roux*, *Rec.*, 1976, Asunto 63/75, p. 111.

<sup>24</sup> *Anne Marty S. A/Estée Lauder, S. A.*, *Rec.*, 1980, Asunto 37/79, p. 248.

y para resolver ciertas dudas, el Tribunal de Comercio de París planteó la cuestión prejudicial al TJCE, que resolvió, entre otras cuestiones, que la jurisdicción de los tribunales no queda afectada por el contenido del artículo 9.3 del Reglamento 17 por la existencia de procedimientos basados en el efecto directo del artículo 85.1 y que, además, una simple carta administrativa no constituye un acto de iniciación del procedimiento a los efectos del mismo artículo.

Como puede observarse, las consideraciones incluidas en esta sentencia respecto de la naturaleza de la carta administrativa enturbian la claridad de la doctrina que había sido establecida en la Sentencia BRT/SABAM-I. En efecto, si los órganos jurisdiccionales nacionales que aplican los artículos 85.1 y 86 a los conflictos entre particulares no pueden ser considerados autoridades nacionales a los efectos del artículo 9.3 del Reglamento 17<sup>25</sup> carece de sentido cualquier consideración sobre si una carta administrativa supone o no la iniciación del procedimiento ante la Comisión. En este caso, en descargo de la sentencia, debe tenerse en cuenta que la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal de Comercio de París planteaba si en el caso concreto debería considerarse que el procedimiento había sido iniciado en el sentido del citado artículo 9.3.

En la Sentencia de 30 de abril de 1986<sup>26</sup> se plantea nuevamente la cuestión de si los órganos jurisdiccionales nacionales están incluidos en el concepto de autoridades nacionales a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17. Esta cuestión se resuelve acudiendo a la doctrina de la Sentencia BRT/SABAM, pero añadiendo que tampoco tienen la consideración de autoridades nacionales en el sentido del expresado artículo «los órganos jurisdiccionales penales, cuya misión es garantizar la represión de las infracciones a la Ley».

Ahora bien, el reconocimiento del efecto directo de las normas de la competencia no resolvía los problemas de seguridad jurídica por la existencia posible de resoluciones contradictorias. Un planteamiento global sobre los problemas de la aplicación al Derecho comunitario de la competencia se realizó por el TJCE en la Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Stergios Delimitis/Heninger Brau)<sup>27</sup>. Se resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht de Frankfurt en el marco de un conflicto sobre la nulidad de un contrato de compra exclusiva de cerveza. En la cuestión prejudicial, entre otros extremos, solicitaba la oportuna opinión acerca de cómo se debía examinar ese contrato conforme a las normas comunitarias de la competencia. Para responder a esa cuestión el TJCE consideró necesario realizar un planteamiento general de carácter procesal relativo a las competencias respectivas de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar las normas de la competencia.

<sup>25</sup> Ver nota 20.

<sup>26</sup> Sentencia Lucas Asjes, Rep. 1986, Asuntos 209 a 213/84, p. 1425.

<sup>27</sup> Rec., 1991-I, As. 234/89, p. 977.

La sentencia analiza sistemáticamente los diferentes supuestos. A tales efectos señala que la Comisión es responsable de la ejecución y de la orientación de la práctica comunitaria de la competencia. Así, le corresponde tomar decisiones individuales según el Reglamento 17 y adoptar Reglamentos de exención.

Sin embargo, la Comisión no tiene competencia exclusiva para aplicar los artículos 85.1 y 86 del Tratado y las disposiciones de los Reglamentos de exención, ya que comparte competencias con los órganos jurisdiccionales nacionales.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar los Reglamentos de exención no permite que los órganos jurisdiccionales nacionales extiendan el ámbito de aplicación de esos Reglamentos a acuerdos que no le son aplicables.

Realizadas las consideraciones previas, se plantea el TJCE la necesidad de establecer determinados criterios de aplicación del artículo 85.1 para evitar resoluciones contradictorias cuando el juez nacional se pronuncie «sobre las pretensiones de la parte del litigio que invoque la nulidad de pleno derecho del contrato».

En primer lugar, si claramente no se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 85 y no existe riesgo de que la Comisión se pronuncie en otro sentido, el juez nacional puede continuar el procedimiento para resolver el contrato controvertido.

En segundo lugar, si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que el acuerdo impugnado cumple los requisitos formales y puede ser objeto de una Decisión de exención, podrá suspender el procedimiento o adoptar medidas cautelares, según lo previsto en el Derecho procesal nacional. De la misma manera, podrá actuar cuando exista el riesgo de resoluciones contradictorias en el marco de la aplicación de los artículos 85.1 y 86.

En este contexto, el TJCE recuerda que el artículo 5 del Tratado impone a la Comisión un deber de cooperación leal con las autoridades judiciales de los Estados miembros, y por tanto, cuando la aplicación correcta de los artículos 85.1 y 86 plantee especiales dificultades, el órgano jurisdiccional puede contactar con la Comisión para que le facilite los criterios económicos y jurídicos oportunos.

Por último, el órgano jurisdiccional puede plantear la cuestión prejudicial conforme al artículo 177 del Tratado.

Como puede observarse, el TJCE tras haber declarado en la Sentencia *Brasserie de Haecht*<sup>28</sup> que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar normas comunitarias de la competencia cuando «no existan dudas» y haber reafirmado en términos categóricos el efecto directo de los artículos 85.1 y 86 en la Sentencia *BRT/SABAM*<sup>29</sup>, se plantea diversos supuestos de actuación para evitar resoluciones contradictorias entre la Comisión y el órgano jurisdiccional nacional.

<sup>28</sup> Ver nota 18.

<sup>29</sup> Ver nota 19.

El TPI se planteó la cuestión en la Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (Automec)<sup>30</sup>. En esa sentencia se resolvía un recurso de anulación interpuesto por Automec, sociedad italiana dedicada a la distribución de automóviles, que había denunciado ante la Comisión el sistema de distribución de los automóviles BMW, siendo desestimada su pretensión.

El recurrente consideró en su recurso que la Comisión había renunciado a ejercer sus competencias en beneficio de los órganos jurisdiccionales nacionales al remitirle a que fueran los tribunales italianos los que resolvieran el conflicto planteado.

Al resolver sobre la cuestión el TPI señaló que los artículos 85.1 y 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger. En consecuencia, el juez italiano está en condiciones de analizar si el sistema de distribución denunciado constituye una infracción del artículo 85.1, para examinar a continuación si puede acogerse a una exención por categorías, y en caso de duda puede plantear la cuestión prejudicial al TJCE. Y finaliza su razonamiento señalando que «si bien es cierto que el juez nacional no tiene competencia para ordenar que se ponga fin a la infracción que ha podido comprobar ni para imponer multas a las empresas que la hayan cometido, como puede hacer la Comisión, le corresponde no obstante, aplicar, en las relaciones entre particulares, el apartado 2 del artículo 85 del Tratado. Al prever expresamente esta sanción civil el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al juez la facultad de proteger los acuerdos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la competencia».

Como resumen de la doctrina contenida en las anteriores sentencias se puede señalar que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar los artículos 85.1 y 86 del Tratado y los Reglamentos de exención por categorías. Dicha aplicación podría ser realizada sin limitaciones cuando la Comisión no haya conocido del asunto. Cuando la Comisión se haya pronunciado, en aras de la seguridad jurídica será preciso atenerse a su pronunciamiento. Por último, cuando la Comisión ha iniciado un procedimiento no se paraliza la tramitación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien en aras de la seguridad jurídica cabe plantear la consulta a la Comisión. En todo caso, siempre cabe el planteamiento de la cuestión prejudicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Tratado<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> *Rec.*, 1992-II, Asunto T24/90, p. 2250.

<sup>31</sup> M. WAELBROECK, «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*, dirigido por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. LIÑÁN, Civitas, 1993, pp. 867-874, ha realizado un detallado análisis de los distintos supuestos que pueden plantearse. A tales efectos distingue entre los casos en los que la Comisión ya se ha pronunciado y los supuestos en los que no lo ha hecho. En el primer supuesto considera que cuando la Comisión ha dictado una decisión de exención o bien una decisión adversa, el juez nacional debe acatar esas decisiones, si bien puede instar su replanteamiento por la vía de la cuestión prejudicial. Por el contrario, una declaración

b) *La comunicación de la Comisión Europea de 13 de febrero de 1993*

Ante la elaboración de tales criterios jurisprudenciales la Comisión se consideró obligada a aprobar, en febrero de 1993, una «comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE»<sup>32</sup>, que sin establecer criterios nuevos viene a sistematizar los principios anteriormente establecidos por la jurisprudencia del TJCE.

Considera la comunicación de la Comisión que la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia concurrente para la aplicación del artículo 85.1 y 86 del Tratado, si bien las competencias de ambos difieren en cuanto a la finalidad, el contenido y su forma de ejercicio.

La finalidad de la intervención de la Comisión es la defensa del interés público, mientras que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas.

Las competencias de la Comisión derivan de lo dispuesto en el artículo 89 del Tratado, mientras que las de los órganos jurisdiccionales se derivan del efecto directo de las normas comunitarias de competencia.

Finalmente, en cuanto al modo del ejercicio de la competencia, se señala que mientras la Comisión la ejerce conforme a las normas del Reglamento 17, los órganos jurisdiccionales ejercen sus competencias conforme a las reglas procesales nacionales.

En la comunicación se señalan cuatro ventajas de la aplicación del Derecho comunitario por parte de los jueces y tribunales de los Estados miembros: en primer lugar, pueden conceder indemnizaciones; en segundo lugar, pueden adoptar medidas provisionales y conseguir con mayor rapidez que se ponga fin a la infracción; en tercer lugar, se puede combinar la aplicación del Derecho nacional con el Derecho comunitario de la competencia, y, finalmente, se puede imponer la condena en costas. Es cierto que algunas de las ventajas enumeradas por la Comisión son comunes, al menos en el caso español, para la aplicación del Derecho de la competencia tanto por los órganos jurisdiccionales como por autoridades administrativas. En efecto, en España el TDC puede aplicar tanto las normas comunitarias como las nacionales, y también puede adoptar

---

negativa de la Comisión no vincula a las instituciones nacionales. En los supuestos en los que la Comisión aún no se ha pronunciado se distinguen entre los acuerdos antiguos (es decir, los anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 17 y, en la medida en que sean similares a éstos, los anteriores a la adhesión de los respectivos países) que son considerados como “provisionalmente válidos” y los acuerdos nuevos. En estos supuestos para evitar resoluciones contradictorias deberá permitirse la consulta a la Comisión.

<sup>32</sup> Citada en la nota 5.



medidas cautelares. Existen, por el contrario, otras ventajas específicas de la aplicación judicial. Entre ellas merece destacarse que una autoridad judicial puede declarar la nulidad de un acuerdo colusorio, extremo que tiene una especial trascendencia cuando se solicita el cumplimiento de un acuerdo que vulnera el artículo 85.1. A dicha solicitud se puede oponer, por vía de excepción o por vía reconvenzional, la nulidad de un acuerdo.

En cuanto a la enumeración de los criterios para la aplicación de los artículos 85 y 86, la Comisión se limita a sistematizar los elaborados por la jurisprudencia, pero es sumamente cuidadosa en relación con el respeto a la independencia de los órganos jurisdiccionales y se preocupa de señalar que todos esos criterios son potestativos y no de obligado cumplimiento. Dichos criterios se resumen en los siguientes puntos:

1) Aplicación de los apartados 1 y 2 de los artículos 85 y 86. Antes de investigar si los actos constituyen una infracción de los artículos 85.1 u 86, el juez o tribunal deberá investigar si han sido objeto de una decisión o de cualquier toma de posición por parte de la autoridad administrativa o la Comisión, ya que ese dato, aunque no sea formalmente vinculante, puede ofrecer importantes elementos de juicio. Si no se ha iniciado ningún procedimiento, el órgano jurisdiccional puede remitirse a la jurisprudencia del TJCE y a la práctica de la Comisión en materia de decisiones.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional de que se trate puede paralizar el procedimiento por razones de seguridad jurídica cuando la Comisión haya iniciado un procedimiento o bien cuando desee interrogar a la Comisión. Finalmente, cuando lo estime oportuno, el órgano jurisdiccional podrá plantear la cuestión prejudicial a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado.

2) Aplicación del apartado 3 del artículo 85. En este caso caben diversos supuestos: en primer lugar, si el acuerdo ha sido notificado y goza de una decisión de exención por parte de la Comisión, esa decisión debe ser respetada por los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, si se trata de acuerdos incluidos en una exención por categorías, se considerarán excluidos de la prohibición del artículo 85.1 sin necesidad de una decisión de la Comisión, y, finalmente, en los supuestos en los que no puedan incluirse en una exención por categorías ni hayan sido objeto de una exención individual, el órgano jurisdiccional deberá averiguar si el acuerdo ha sido notificado. Si ha sido notificado evaluará si puede ser autorizado o no, para suspender, en el primer caso, el procedimiento y continuarlo en el segundo. Por el contrario, si el acuerdo no ha sido notificado, queda excluida la exención con arreglo al artículo 85.3

Estos criterios aportan escasa luz a los órganos judiciales españoles en orden a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, dadas las dificultades de incardinar las reglas de cooperación con la Comisión con las reglas procesales españolas. Si existe dificultad para utilizar algunas de las vías contenidas en la Comunicación —como es el caso de solicitar el parecer de la Comisión salvo que uno de los litigantes

lo solicite como medio o prueba, o bien como diligencia para mejor proveer— en otros casos, tales como la suspensión del procedimiento, esa dificultad se convierte en imposibilidad.

c) *La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles*

A la hora de analizar la jurisprudencia española sobre aplicación del derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales deben realizarse una serie de consideraciones previas.

En primer lugar, debe analizarse conjuntamente el supuesto de aplicación de las normas comunitarias y la de las normas nacionales. El hecho de que no existan razones para que se aplique una solución diferente en cuanto a la aplicación de unas normas u otras permite analizar conjuntamente ambos supuestos. Se puede afirmar que si los órganos judiciales españoles pueden aplicar las normas comunitarias de la competencia en virtud del efecto directo de los preceptos que los regulan, también podrían aplicar las normas nacionales, pues una opinión contraria conduciría al absurdo de que no se puedan aplicar conjuntamente ambas normas y desaparecería una de las ventajas de la aplicación de las normas de la competencia por las jurisdicciones nacionales que se señalan en la Comunicación de la Comisión.

En segundo lugar, debe aclararse que la cuestión se limita a la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil en procesos en los que se pretende la indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas o la nulidad de acuerdos contrarios a las normas concurrenciales<sup>33</sup>. Es obvio que la aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa es el resultado de la potestad revisora de los actos de las autoridades de la competencia que corresponde a esa jurisdicción.

Hasta el momento la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la posibilidad de que la jurisdicción civil aplique la normativa de la competencia y en ambas ocasiones su criterio ha resultado contrario a esa posibilidad.

En el supuesto que dio lugar a la Sentencia de 18 de mayo de 1985<sup>34</sup> el demandante solicitó la nulidad de un contrato por ser contrario a los artículos 1 (prohibición de ententes colusorias) y 2 (abuso de posición dominante) de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la pretensión y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación, admitiendo los argumentos de la Audiencia, según los cuales para determinar

<sup>33</sup> Excepcionalmente podría hablarse de la aplicación por otras jurisdicciones, tales como la penal (así se plantea en la Sentencia del TJCE en el asunto *Lucas Asjes*, citada en la nota 26) o laboral.

<sup>34</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1985, ref. 2397.

la infracción de los preceptos de dicha Ley hay que acudir al procedimiento en ella establecido.

La Sentencia de la misma Sala de 30 de diciembre de 1993<sup>35</sup>, que ha sido objeto de diversos comentarios<sup>36</sup> y a cuya doctrina se acude con frecuencia por el TDC<sup>37</sup>, analizó con mayor profundidad la cuestión relativa a la aplicación de las normas de la competencia por la jurisdicción civil.

Un total de 210 armadores de buques de pesca formularon demanda ante un Juzgado de Primera Instancia de Madrid frente a CAMPSA en solicitud de que se condenara a ésta a cesar en las prácticas abusivas de su posición dominante consistentes en practicar precios discriminatorios por razón de la nacionalidad en el suministro de carburante a los barcos de pesca y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios. Por la representación de la demandada se formuló excepción previa de falta de jurisdicción del Juzgado por razón de la materia, que se resolvió por medio de un auto por el que se declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada. Contra este auto se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia.

Contra la resolución de la Audiencia interpusieron los demandantes el oportuno recurso de casación, que fue desestimado por la Sentencia de 30 de diciembre de 1993. Los argumentos de la sentencia relacionados con la aplicación de las normas de la competencia por la jurisdicción civil se contienen en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero.

Los razonamientos referidos al Derecho comunitario se contienen en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia comentada. El Tribunal Supremo realiza una serie de consideraciones siguiendo por completo la jurisprudencia del TJCE en la Sentencia BRT/SABAM<sup>38</sup>, tal vez

<sup>35</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1993, ref. 9902.

<sup>36</sup> Ver S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (STS de 30 de diciembre de 1993)», I, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-94, mayo de 1994, pp. 1-3, y II, Boletín-95, junio 1994, pp. 1-3); «La aplicación del Derecho de la los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-97, septiembre 1994, pp. 1-3; «La aplicabilidad directa del Derecho de la competencia comunitario 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*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «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*, núm. 93, 1995, pp. 1-5; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de la competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 233-236. A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999, pp. 57-59.

<sup>37</sup> Ver por ejemplo las Resoluciones de 5 junio de 1997 (F12: Arquitectos Madrid, Resoluciones TDC 1997, p. 358), 24 de julio de 1997 (F14: Aparejadores Cádiz, Resoluciones TDC 1997, p. 473); 13 de julio de 1998 (F11.2: Cajas Rurales, Resoluciones TDC 1998, p. 341) y 28 de julio de 1998 (F1.5: Expertos inmobiliarios-2, Resoluciones TDC 1998, p. 397).

<sup>38</sup> Sentencia de 30 de enero de 1974, citada en nota 19.

innecesarias, y referidas a la interpretación del Reglamento 17, y a las competencias de la Comisión y las autoridades nacionales encargadas de la competencia. En ese orden de cosas la sentencia comentada expresa que la competencia para aplicar el artículo 86 “a título principal” corresponde a la Comisión o a las autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia si la Comisión no ha iniciado un procedimiento. Estas autoridades podrán ser administrativas o jurisdiccionales, según se haya establecido en las legislaciones nacionales. En el caso español las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 son el Servicio y el TDC. Nada se puede objetar a este razonamiento, que sigue fielmente la jurisprudencia del TJCE.

A continuación se realiza una manifestación que frecuentemente ha sido mal interpretada. Considera la sentencia comentada que son las autoridades nacionales, incluyendo en ellas a los órganos administrativos (SDC y TDC) y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa encargados de revisar sus resoluciones, quienes tienen la competencia para aplicar el artículo 85.1 y 86 “a título principal”, pero reconoce que los restantes órganos jurisdiccionales pueden aplicar tales preceptos «a título incidental». La afirmación en la que se basa el fallo de la sentencia es que los demandantes piden que un órgano jurisdiccional civil aplique “a título principal” el artículo 86.

Para aclarar estos extremos será preciso separar los argumentos relativos a la concepción de los conceptos y analizar la argumentación de la sentencia “a título principal” y “a título incidental” y los que se refieren al alcance del pedimento contenido en el suplico del escrito de demanda de los armadores de pesca.

Para determinar qué se entiende por título principal y título incidental<sup>39</sup> es necesario acudir a los argumentos contenidos en la opinión del abogado general Mayras en sus conclusiones en el procedimiento BRT/SABAM<sup>40</sup>.

Según estos argumentos las autoridades de la competencia actúan a título principal cuando proceden contra las empresas que han infringido las normas de la competencia.

Por el contrario, continúa razonando el abogado Mayras, puede haber supuestos en los que los tribunales civiles o mercantiles al dirimir conflictos entre particulares necesiten interpretar las normas de la competencia del Tratado de Roma. En estos supuestos el objeto del proceso no es declarar una infracción, sino determinar las consecuencias de esa infracción: nulidad o finalización del contrato e indemnización de per-

<sup>39</sup> En la versión francesa de la Sentencia BRT/SABAM se utilizan las expresiones «soit à titre principal, soit à titre incident»; en la versión inglesa, «on a direct or an indirect basis».

<sup>40</sup> Como se ha señalado (B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*) estos conceptos coinciden con las opiniones del Profesor Waelbroeck. A. CREUS (*op. cit.*, p. 57) considera que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 «a título incidental» significa que refuerza el argumento a título principal y que el administrado no base su pretensión simplemente en esos artículos.

juicios al perjudicado. Para llegar a esas conclusiones el Tribunal deberá interpretar la norma comunitaria, y puede para ello acudir a la vía de la cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado. En ese sentido, tales tribunales están aplicando incidentalmente el artículo 85 del Tratado, pero no por ello hay que considerar que los órganos jurisdiccionales sean autoridades en el sentido del Reglamento 17.

Es cierto que los conceptos “a título principal o incidental” son novedosos en esta sentencia dentro de la terminología jurídica española en el sentido en el que se utilizan, pero habida cuenta las aclaraciones efectuadas y la fuente de la que trae causa, se ha de concluir que los razonamientos del Tribunal Supremo —que demuestran un elevado conocimiento de la jurisprudencia comunitaria, en particular de la Sentencia BRT/SABAM—, son plenamente conformes con la jurisprudencia del TJCE.

La segunda observación se refiere a la consideración de la primera de las peticiones de la demanda como una solicitud de aplicación a título principal del artículo 86. A tales efectos es preciso tener en cuenta que la primera de las peticiones incluidas en el escrito de demanda de los armadores de buques contiene la solicitud de que se condene 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».

Para analizar este extremo hay que considerar que la legislación *anti-trust* que se encontraba vigente en el momento de iniciarse el procedimiento al que puso fin la Sentencia del Tribunal Supremo era la Ley de 1963, por lo que es preciso recordar que en su artículo 15.1.a) se establecía que el Tribunal Supremo, al dictar resolución por la que se declarara la existencia de prácticas prohibidas debería dirigir una intimación de cese a los autores de las prácticas.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, es preciso coincidir con el Tribunal Supremo que los demandantes han solicitado a un juzgado civil, y en un procedimiento de esa índole, que se realice una declaración que está reservada a una autoridad de la competencia o, por decirlo de otra manera, está pidiendo una aplicación de la ley concurrencial “a título principal”. Nada se puede objetar hasta el momento a los razonamientos del Tribunal Supremo.

En cuanto a los argumentos referidos al Derecho español, están contenidos en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia comentada. La sentencia separa los argumentos referidos al primero de los apartados del *petitum* de la demanda —acción de cesación— de los restantes —acciones de resarcimiento de daños y perjuicios.

En cuanto al primero de estos apartados, el Tribunal Supremo realiza un conjunto de consideraciones que pueden resumirse de la siguiente manera: en primer lugar, la Ley ha encomendado la legislación de defensa de la competencia a órganos administrativos; en segundo lugar, existe

una separación entre Administración y Justicia en virtud de la cual la segunda no puede entrar a sustituir a la primera más que por la vía de la revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por último, las intimaciones a cesar en la conducta analizada son competencia del TDC a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.1.a) de la Ley de 1963.

En cuanto respecta a las pretensiones que se contenían en los apartados 2 y 3 del suplico del escrito de demanda, en las que se solicitaba que se condenara a CAMPSA a indemnizar por la diferencia de precio del carburante y por el lucro cesante, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 6 de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la competencia establecía que el conocimiento de las acciones de indemnización de perjuicios corresponde a los Tribunales, pero el ejercicio de tales acciones precisa que vaya precedido por una resolución firme del TDC.

Esta sentencia ha sido en algunos casos criticada en relación con los argumentos contenidos en el segundo de sus fundamentos jurídicos, aunque elogiada en los del tercero de ellos<sup>41</sup>, y ha sido interpretada en el sentido de considerar que se inclina por la necesidad de una declaración previa del TDC para que los Tribunales se pronuncien incluso para declarar la nulidad de los acuerdos colusorios<sup>42</sup>. También se admite que la sentencia viene a aceptar la tesis jurisprudencial del TJCE<sup>43</sup> según la cual la aplicación directa no significa que un órgano jurisdiccional tenga competencias que no le corresponden según el Derecho interno<sup>44</sup> e incluso que supone un inconveniente para el reconocimiento y aplicación del

<sup>41</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo... II», citado, p. 2.

<sup>42</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios», citado, p. 2, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la competencia*, Marcial Pons 1998, p. 491.

<sup>43</sup> B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, y S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo. I», *op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> Constituye una reiterada jurisprudencia del TJCE la afirmación de que las modalidades de aplicación del Derecho comunitario constituye una cuestión de Derecho interno. En la Sentencia de 16 de octubre de 1976 (*Rewe-Zentralfinanz/LandWirtschaftskaner*) (*Rec.*, 1976, As. 33/76, p. 989) se resolvió una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán competente en materia administrativa acerca de la cuestión de si el particular que ha pagado unas sumas indebidas en virtud de un acto de la Administración contrario a la norma común tiene derecho a la retribución de esas sumas aun cuando hayan vencido los plazos establecidos en la legislación nacional. El TJCE aclaró que, en ausencia de norma comunitaria, corresponde al orden jurídico interno de cada Estado establecer los órganos jurisdiccionales y las normas procesales encargadas de asegurar la salvaguarda de los derechos que tienen los justiciables como consecuencia del efecto directo del Derecho comunitario. En consecuencia, los derechos concedidos por la legislación comunitaria deben ser ejercitados ante las jurisdicciones nacionales según las modalidades del Derecho interno.

Una cuestión similar fue planteada por el Tribunal de Trento en un proceso planteado para el reembolso de determinadas cantidades pagadas individualmente como consecuencia de unas tasas de inspección sanitaria de leche importada a Italia desde otros Estados miembros. El Tribunal de Trento planteó la cuestión prejudicial sobre las modalidades de reembolso, y el TJCE, en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (*Administración de Finanzas del Estado italiano/San Giorgio*, *Rec.*, 1983, As. 199/82, p. 3595) resolvió la cuestión en el sentido de la jurisprudencia anterior referida a que el reembolso basado en normas de Derecho comunitario debe ser realizado conforme a las condiciones establecidas en la legislación interna, siempre que tales condiciones no sean menos favorables que las que corresponden al Derecho interno.

efecto directo del artículo 86<sup>45</sup>. Ahora bien, una interpretación del conjunto de la fundamentación jurídica lleva a la conclusión de que, salvo que la Ley disponga otra cosa (como ocurre con la acción de indemnización de perjuicios) un Juez civil puede aplicar las normas de la competencia "a título incidental" sin necesidad de un previo pronunciamiento del TDC. Al fin y al cabo la sentencia analiza las pretensiones de los armadores demandantes y considera que una de ellas —la cesación de las prácticas abusivas— constituye la petición de una aplicación de las normas de la competencia a título principal y otras —la reclamación de perjuicios— que implican la aplicación a título incidental precisa de la previa declaración del TDC por así exigirlo la Ley española. De ahí se deduce que caben supuestos —por ejemplo, la declaración de nulidad— en los que es posible la aplicación a título incidental de las normas de la competencia sin necesidad del previo pronunciamiento del TDC.

Las sentencias de otros órganos jurisdiccionales inferiores bien aplican sin problema los preceptos de las normas de la competencia<sup>46</sup> o bien siguen la línea argumental según la cual no es posible aplicar las normas de la competencia sin un previo pronunciamiento del TDC. Entre estas últimas se puede destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de febrero de 1994. En un procedimiento que versaba sobre un contrato de instalación de máquinas recreativas en exclusiva en un establecimiento de hostelería se alegó por el demandado su nulidad por contener cláusulas contrarias al artículo 1.1.a), c) y e) de la LCD. El Tribunal desestimó la pretensión de la nulidad porque el demandado «no ha acudido al procedimiento previsto en la Ley para denunciar lo que a su juicio supone una ilícita limitación de la competencia y obtener su declaración de nulidad, que permita el ejercicio de la acción de resarcimiento en vía civil (art. 13.2 de la Ley) si se considera perjudicado a causa del mencionado pacto». Parece desprenderse de esta sentencia que la Audiencia considera que la declaración de la nulidad de un contrato por ser contrario al artículo 1.1 LCD corresponde al TDC, lo cual constituye un sinsentido. Así estaba previsto en la Ley de 1963, por el carácter en cierta medida jurisdiccional que se le daba al Tribunal de Defensa de

---

<sup>45</sup> J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 235. A. CREUS (*op. cit.*, p. 58) llega a considerar la posibilidad que la sentencia vulnera el artículo 5 TCEE al hacer caso omiso de la aplicabilidad directa de los artículos 85 y 86.

<sup>46</sup> J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 236-238) ha realizado un minucioso análisis de la jurisprudencia menor sobre la aplicación judicial del Derecho de la competencia en la que se observa una tendencia a no exigir el previo pronunciamiento del TDC para aplicar las normas de la competencia. A tales efectos cita la Sentencia de 25 de abril de 1989 de la Audiencia Provincial de Burgos en la que se considera que no existía infracción de los artículos 85 y siguientes del Tratado, pero no exigió pronunciamiento previo del TDC; la Sentencia de 29 de noviembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Badajoz, en la que se aplica el artículo 86 del Tratado; la Sentencia de 11 de enero de 1993 de la Audiencia Provincial de Gerona, que se pronuncia sobre una práctica sobre la que con anterioridad había recaído resolución del TDC, y, finalmente, la Sentencia de 4 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña, en que en un recurso interpuesto contra un acto administrativo de un colegio profesional se analiza si se ha producido infracción de las normas de la competencia, para llegar a una respuesta negativa, pero sin exigir el previo pronunciamiento del TDC.

la Competencia. Pero en la Ley de 1989 el artículo 1.2 se limita a indicar que los acuerdos, decisiones y prácticas prohibidas por el artículo 1.1 son nulos, siguiendo también en eso el modelo del artículo 85.2 del Tratado de Roma, pero guardando un prudente silencio en cuanto a quién corresponde declarar esa nulidad.

En el mismo sentido se puede incluir la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante, de 28 de abril de 1997. En este procedimiento se solicitaba, entre otros extremos, la nulidad de un contrato de abastecimiento en exclusiva de gasolina por considerar que la declaración de que una práctica contraria a la LCD corresponde al TDC, que no solamente puede imponer multas sino también la cesación de determinadas prácticas<sup>47</sup>. Esta sentencia ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de marzo de 1999, en la que se asume una posición ecléctica. Tras afirmar que todo ello se realiza con independencia de a quién corresponda la declaración de nulidad del contrato de compra exclusiva, se dedica a analizar las cláusulas del contrato impugnado para afirmar que las cláusulas cuya nulidad se insta son compatibles con lo dispuesto en el Reglamento 1984/83<sup>48</sup>. De ello se deduce que el Tribunal, aun sin afirmarlo expresamente y sin pronunciarse sobre la cuestión controvertida, está aplicando las normas comunitarias de la competencia.

#### d) *Conclusiones y propuestas*

Como resumen de todos los criterios anteriormente expuestos pueden obtenerse algunas conclusiones, a la vez que se pueden obtener algunos criterios que ayuden a ofrecer algunas propuestas que puedan servir de pauta para resolver el complejo problema de la aplicación por los órganos

<sup>47</sup> En el segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia comentada *in fine* se señala: «El interesado (solicita) con carácter subsidiario la nulidad de pleno derecho de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento de industria de 1989 titulada “exclusiva de abastecimiento” por constituir una conducta prohibida conforme a la LCD. Tal pretensión no puede prosperar por cuanto es competencia del TDC, cuyas resoluciones son recurribles en vía contencioso-administrativa, la declaración de la existencia de prácticas prohibidas, consecuencia de la cual y contrariamente a la que expone en el fundamento VIII de su demanda, el Tribunal puede acordar no sólo la imposición de multas, sino también la cesación de prácticas prohibidas, la imposición de condiciones y obligaciones determinadas y la remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público» (art. 46 Ley).

<sup>48</sup> En el FD 2 de esta Sentencia se afirma: «A juicio de la parte apelante, la razón de la nulidad de esa cláusula se encuentra en la vulneración de las normas protectoras de la libertad de competencia, en especial los originarios artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957.

Con independencia de cuál sea el órgano competente dentro de un Estado miembro para la declaración de la nulidad de una cláusula de exclusiva de abastecimiento (el TDC o los órganos jurisdiccionales del orden civil) lo bien cierto es que en la cláusula sexta, cuya nulidad se interesa por la parte apelante, es perfectamente compatible con lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12.2 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.»



jurisdiccionales españoles de las normas de la competencia, tanto nacionales como comunitarias.

La primera conclusión consiste en afirmar que no se pueden establecer diferencias en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias y nacionales. Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para aplicar ambas normas. No sería concebible la afirmación según la cual serían competentes para aplicar las normas comunitarias como consecuencia del efecto directo de tales normas, y, que, por el contrario, no lo serían para aplicar las normas nacionales. En este apartado es aplicable la jurisprudencia del TJCE según la cual, si bien el Tratado ha creado ciertas acciones susceptibles de ser ejercitadas directamente por los particulares ante los Tribunales de Justicia, no ha pretendido crear unas nuevas vías de recurso, por lo que las acciones derivadas del Derecho comunitario se aplicarán por las mismas vías que las derivadas del Derecho nacional<sup>49</sup>. La aplicación de esta doctrina se traduce en este supuesto concreto en el hecho de que ha de darse el mismo tratamiento a la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales españoles, con independencia de que tales normas sean nacionales o comunitarias.

La jurisprudencia del TJCE y la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales ofrecen ciertas pautas para la aplicación del Derecho comunitario a las que es preciso acudir.

Cuando se trate de aplicar las normas a supuestos en los que cuando es evidente que se está enjuiciando una conducta que claramente constituye o bien no constituye una infracción de las normas de la competencia, no hay problema para que los órganos jurisdiccionales<sup>50</sup> puedan dictar su resolución aun cuando para ello precisen averiguar si la Comisión se ha pronunciado o si de la jurisprudencia del TJCE o de las decisiones de la Comisión se pueden obtener elementos interpretativos<sup>51</sup>.

Los problemas pueden surgir cuando el asunto es dudoso. En ese supuesto, según la citada jurisprudencia<sup>52</sup> y la Comunicación de 1993<sup>53</sup>, se puede solicitar la opinión de la Comisión, y siempre cabrá plantear la cuestión prejudicial a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado.

La solicitud de información a la Comisión ha de realizarse, como resulta obvio, de conformidad con las normas procesales nacionales. De acuerdo con las normas procesales civiles españolas, si se trata de obtener una información deberá ser solicitada como prueba documental. Por el contrario, si se trata de pedir la opinión de la Comisión, esta solicitud tendrá la consideración de una prueba pericial, en su modalidad de infor-

<sup>49</sup> Sentencias de Rewe-Zentralfinanz /LandWirtschaftskaner y San Giorgio citadas en la nota 44.

<sup>50</sup> Sentencia Delimitis citada (ver nota 27), parágrafo 50.

<sup>51</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, párrafos 20-22.

<sup>52</sup> Sentencia Delimitis, párrafos 53 y 54.

<sup>53</sup> Párrafo 22.

me de Corporaciones, regulada en el artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por esa vía podrá solicitarse el criterio de la Comisión o el del TDC. En cualquier caso, ya se han puesto de manifiesto las dificultades para solicitar estas informaciones y opiniones, pues deberán hacerse a petición de parte o, excepcionalmente, como diligencia para mejor proveer<sup>54</sup>.

Ahora bien, existe una diferencia entre la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de la competencia, ya que cuando se trate de la aplicación de las segundas, cabe la posibilidad de formular la cuestión prejudicial al TJCE, mientras que no existe una vía paralela a la que se pueda acudir cuando se trata de la aplicación de las normas nacionales de la competencia<sup>55</sup>.

Como se ha señalado con anterioridad, la mayor parte de estas fórmulas tienen como finalidad conseguir una mayor seguridad jurídica evitando resoluciones contradictorias entre órganos administrativos y judiciales. En este orden de cosas es preciso realizar una serie de puntualizaciones.

El problema que preocupa cuando se trata de analizar los supuestos relativos a la aplicación judicial del Derecho de la competencia consiste en asegurar la seguridad jurídica que podría verse afectada si se producen resoluciones contradictorias entre los órganos administrativos (TDC y Comisión europea) y los jurisdiccionales. Vaya por delante la afirmación previa de que este problema se ha magnificado considerablemente.

Son varias las soluciones que pueden arbitrarse. Para evitar resoluciones contradictorias por los órganos jurisdiccionales y administrativos puede aplicarse una fórmula sencilla consistente en solicitar un pronunciamiento firme por parte de la autoridad administrativa antes de que un juez o tribunal civil pueda aplicar al supuesto concreto las normas de la competencia (nacionales o comunitarias). De acuerdo con esta solu-

<sup>54</sup> A. CREUS (*op. cit.*, p. 61) comenta las consultas realizadas a la Comisión por los órganos jurisdiccionales españoles, las cuales se recogen en la publicación *Competition Policy Newsletter*. Se trata de dos consultas realizadas por sendos Juzgados de 1.ª Instancia de Madrid, otra por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, finalmente, la realizada por el Tribunal Arbitral de Barcelona.

<sup>55</sup> Con ocasión de la celebración de las X Jornadas de Defensa de la Competencia del TDC, celebradas en Barcelona en mayo de 1997, se formularon algunos comentarios sobre las vías que pueden existir en el Derecho español para asegurar una aplicación uniforme de las normas nacionales de la competencia. En ese orden de cosas se puso de manifiesto un uso reciente, en procedimientos civiles, consistente en solicitar como prueba pericial el informe del TDC. Según informaciones allí transmitidas, en algunos casos se emitieron esos informes, si bien con posterioridad se ha adoptado el criterio de declarar que el Tribunal no podía manifestar tal criterio, ya que, dada la índole de la cuestión debatida y la posibilidad de que con posterioridad hubiera de pronunciarse sobre si tales conductas suponen la infracción de las normas de la competencia, resultaría que ya se habría prejuzgado la cuestión. En el seno de las mismas Jornadas se realizó una propuesta en el sentido de modificar la Ley para crear una cuestión prejudicial administrativa, según la cual los órganos jurisdiccionales cuando tengan que aplicar las normas nacionales de la competencia puedan formular una cuestión prejudicial al TDC (S. MARTÍNEZ LAGE, «¿Nueva reforma de la Ley de Defensa de la Competencia?», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-122, abril 1997, p. 3).

ción, los órganos jurisdiccionales aplican las normas de la competencia simplemente obteniendo consecuencias de una declaración previa de una autoridad administrativa. El problema de esta solución, que en cualquier caso implica una interminable duración del procedimiento, consiste en que solamente es admisible si la Ley la ha previsto expresamente. Tal ocurre, por ejemplo, con la acción de reparación de daños e indemnización de perjuicios prevista en el artículo 13.2 de la LCD. Ahora bien, cuando la Ley no lo haya previsto expresamente resulta difícilmente sostenible que un juez no pueda aplicar determinados preceptos hasta que no se haya producido un pronunciamiento previo de un órgano administrativo. Es cierto que en ese supuesto pueden, hipotéticamente, producirse resoluciones contradictorias, pero habida cuenta que las resoluciones de los órganos administrativos son siempre recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre existirá una unificación de criterios realizada por órganos jurisdiccionales, aunque sean de índole distinta, que los afectados por una y otra resolución se preocuparán de obtener.

En el supuesto de que el conocimiento del asunto se esté efectuando por la Comisión Europea y un juez o tribunal español, no cabe esa relativa unificación de los órganos jurisdiccionales españoles. En ese supuesto entran en juego las previsiones contenidas en la comunicación de la Comisión de 1993<sup>56</sup> varias veces citada. La comunicación prevé en esos supuestos que cuando la Comisión esté conociendo de un asunto el órgano jurisdiccional pueda aplazar su resolución hasta que la Comisión se pronuncie, o bien solicitar el parecer de la Comisión «por motivos de seguridad jurídica». En el Derecho español, como se ha manifestado, esa consulta se puede realizar por vía de una prueba consistente en la solicitud de un informe de Corporaciones, realizada bien a instancia de parte —no debe olvidarse que estamos hablando de procesos civiles— o bien de oficio como diligencia para mejor proveer, pero no existe previsión alguna que permita la suspensión del procedimiento hasta que se pronuncie la Comisión. Esa paralización es posible cuando se trata de la aplicación de las normas comunitarias por parte de las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17/62, es decir en el caso español el SDC y TDC, como lo prevé el artículo 44.1 de la LCD. Pero no existe ninguna previsión acerca de una paralización del procedimiento seguido ante órganos jurisdiccionales y, por tanto, no será posible esa paralización.

En todo caso, siempre cabrá el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE, que puede garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la competencia tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales.

Planteada la cuestión en estos términos, es preciso analizar cuál es la respuesta a los diferentes supuestos de aplicación de las normas con-

<sup>56</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, citada en la nota 5.

cretas de la competencia por parte de los jueces y tribunales españoles. Para dar una respuesta a los diferentes supuestos que pueden plantearse será necesario acudir a la jurisprudencia del TJCE y a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 anteriormente citada. De esta doctrina se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales españoles cuando dilucidan cuestiones civiles entre particulares no son autoridades a los efectos señalados en el artículo 9.3 del Reglamento 17/62, pero pueden aplicar el Derecho comunitario de la competencia en virtud del efecto directo de las normas contenidas en los artículos 85 y 86. Asimismo podrán aplicar las normas nacionales de la competencia.

En segundo lugar, la aplicación de estos preceptos por los órganos jurisdiccionales podrá realizarse en conflictos ante la jurisdicción civil a título incidental; es decir, no persiguiendo las conductas prohibidas sino obteniendo consecuencias de la prohibición para las relaciones entre particulares.

Por último, la aplicación de las normas de la competencia sólo precisará el previo pronunciamiento del TDC cuando así lo exija expresamente una norma.

Estos principios pueden tener su traducción en diferentes supuestos que será necesario analizar por separado, estableciendo diferencias entre los de las ententes colusorias de las conductas abusivas de una posición dominante<sup>57</sup>.

En el supuesto de una entente colusoria, el primer interés de los afectados consistirá en obtener la declaración de nulidad, sea por la vía de formular una acción o por la vía reconventional cuando se solicite el cumplimiento de un acuerdo colusorio, e incluso por vía de excepción en este último supuesto. La cuestión consiste en determinar si un juez a quien se le dirija una declaración de nulidad de un acuerdo colusorio puede pronunciarse sin necesidad de un pronunciamiento firme del TDC. La respuesta ha de resultar afirmativa.

El artículo 1.2 LCD se limita a establecer que son nulos los acuerdos, decisiones y prácticas tipificados en el artículo 1 de la misma Ley, sin establecer quién ha de reconocer la existencia de esa nulidad. La nulidad de esos contratos corresponde declararla a los tribunales competentes en el orden civil. No se precisa un previo pronunciamiento de la Comisión, tal y como se establece en la Comunicación relativa a la cooperación con los órganos jurisdiccionales<sup>58</sup>. Por otra parte, la necesidad de pronunciamiento previo no está prevista en la LCD. En apoyo de esta tesis

<sup>57</sup> La cuestión relativa a la aplicación del artículo 7 LDC presenta una problemática diferente, ya que en ese supuesto no cabe ninguna duda que se pueden aplicar las acciones derivadas de la LDC y al tiempo se puede perseguir una conducta desleal que afecte al interés público por la vía del artículo 7 LDC.

<sup>58</sup> Parágrafos 21, 22 y 23.

es necesario recordar que el artículo 1 del Reglamento 17 se establece que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el artículo 85.1 y las conductas abusivas quedarán prohibidas «sin que sea necesaria una decisión previa a tal fin»<sup>59</sup>.

Declarar la nulidad de una entente colusoria supondrá la aplicación a título incidental de las normas de la competencia por seguir la terminología utilizada por el abogado general Mayras en la Sentencia BRT/SABAM-I<sup>60</sup>, que ha sido admitida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de diciembre de 1993. Por tanto, no sólo hay que señalar que puede realizarse esa declaración por un órgano jurisdiccional, sino que no precisa de declaración previa por parte de un órgano administrativo de que la conducta constituya una infracción

A favor de esta interpretación hay que aducir que la mayor parte de los supuestos en los que el TJCE se ha planteado la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales lo ha hecho en procedimientos en los que no se había producido la declaración previa de la Comisión ni de las autoridades nacionales<sup>61</sup>.

Por otra parte, si esta afirmación tiene su importancia cuando se ejercite la acción de nulidad en una demanda, cobra especial trascendencia cuando la prohibición de ententes colusorios se formule por vía de excepción o por vía de reconvención; es decir, alegada por un demandado a quien se le reclama, por ejemplo, el cumplimiento contractual de un acuerdo colusorio. El hecho de que un juez pueda condenar al cumplimiento de un acuerdo colusorio simplemente por el hecho de que no se haya producido un pronunciamiento previo del TDC es algo que debe repugnar a cualquier intérprete<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Las únicas excepciones para esta no necesidad de declaración previa de prohibición se refieren, según el precepto contenido en el artículo 1 del Reglamento 17, a las autorizaciones según el artículo 85.3 (art. 6 del Reglamento 17); las relativas a las ententes anteriores a la entrada en vigor del Reglamento (art. 7) y aquellas que hayan sido objeto de una decisión por parte de las autoridades de los Estados miembros (art. 23).

<sup>60</sup> En su escrito de conclusiones el abogado Mayras señala: «En algunos casos, el objeto de la acción no perseguirá la declaración de una infracción. El Tribunal solamente señalará las consecuencias civiles de esa infracción: nulidad o finalización de un contrato e indemnización de perjuicios a la parte perjudicada.»

<sup>61</sup> Sentencia BRT/SABAM. Ver las Sentencias del TJCE citadas en el apartado III.1.A, «La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios».

<sup>62</sup> El supuesto no constituye un caso de laboratorio, pues se ha planteado en varias ocasiones. En la Resolución de 10 de junio de 1997 del TDC se declaraba la existencia de un cartel entre diferentes desmotadoras de algodón para repartirse el mercado, pero antes de que esa resolución adquiriera firmeza recayeron ciertos laudos arbitrales por los que se condenaba al pago de determinadas cantidades pactadas para quien incumpliera los acuerdos colusorios. En tal supuesto, los Juzgados de 1.ª Instancia 11 y 17 de Sevilla acordaron ejecutar los laudos arbitrales y, por tanto, ejecutar el pago de esas cantidades (ver L. BERENGUER, «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-135, julio/agosto de 1998, p. 11). La tesis de que la declaración de nulidad de un acto por abuso de posición dominante precisa de una declaración conforme a las normas de la legislación en materia de Competencia parece desprenderse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1985 (ver nota 34). Pero esa sentencia no razona adecuadamente esa afirmación, que carece, por consiguiente, de base

Otro supuesto de aplicación por vía incidental consiste en la determinación de daños y perjuicios. En ese supuesto es claro que la competencia, si no triunfa la propuesta incluida en el borrador de reforma de la LCD, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes en el orden civil, si bien para el ejercicio de esa acción será preciso esperar que exista una resolución firme del TDC, pues así se establece en el artículo 13.2 LCD. Se trata de una aplicación incidental de las normas de la competencia, pero la Ley establece expresamente la necesidad de un pronunciamiento.

En cuanto respecta a la aplicación de la prohibición de conductas abusivas de una posición dominante, hay que realizar una serie de consideraciones previas.

Según la primera de ellas, la prohibición de conductas abusivas de una posición dominante constituye una modalidad del concepto de abuso de derecho contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil, por lo que cualquier alegación basada en una conducta abusiva de una posición dominante podrá tener en cuenta esta circunstancia.

En segundo lugar, de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, una acción que pretende la cesación de una conducta abusiva de la posición dominante supone la aplicación de las normas de la competencia a título principal y, por tanto, reservada al TDC.

Con estos datos cabe plantearse en qué supuestos podrán aplicarse ante la jurisdicción civil los preceptos que prohíben las conductas abusivas de una posición dominante. Pueden señalarse los siguientes:

En primer lugar, por vía de excepción frente a cualquier reclamación que pueda ser calificada como abusiva de una posición dominante.

En segundo lugar, por vía de acción, exigiendo que la prestación de quien se encuentra en posición dominante se realice de una determinada forma. Dentro de este apartado se puede encontrar la acción de que se satisfaga la demanda de compra de productos o prestación de servicios [artículo 6.2.c) LCD] o bien aquella otra encaminada a que se apliquen las mismas condiciones comerciales practicadas a otros competidores [artículo 86.c) del Tratado y 6.2.d) LCD]<sup>63</sup>.

---

argumental. Debe recordarse nuevamente que se trata de un supuesto en el que se aplicaba la Ley de 1963.

<sup>63</sup> Si se analiza detalladamente el supuesto de hecho contemplado en la Sentencia del TS de 30 de diciembre de 1993 se podría llegar a la conclusión de que la Sentencia obedece a un mal planteamiento de la primera de las peticiones contenidas en el suplico del escrito de demanda. Analizados los razonamientos, particularmente los referidos a la aplicación de las normas de la competencia a título principal y los derivados de la doctrina de la Sentencia del TJCE BRT/SABAM, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que si el Tribunal Supremo declaró que los tribunales civiles no tenían competencia para conocer la acción ejercitada obedece a que ésta se refería a una cesación de conductas. Ahora bien, en sentido contrario podría presumirse que si se hubiera perseguido el mismo objetivo solicitando que se condenara al suministrador de carburante a que

En tercer lugar, podría pensarse incluso que si se han aplicado precios no equitativos, podrá promoverse una acción de restitución del cobro de lo indebido por quien hubiera sido víctima de esa conducta abusiva, si bien con el problema que acarrea siempre la determinación del precio equitativo<sup>64</sup>.

Por último, los órganos jurisdiccionales de índole civil también podrían aplicar los preceptos que prohíben el abuso de posición dominante y declarar la nulidad de cualquier contrato que pueda ser considerado como abusivo. Un claro ejemplo de este supuesto lo constituyen los contratos anudados de acuerdo con lo previsto en el artículo 86.d) del Tratado y en el artículo 6.2.e) LCD. El hecho de que el artículo 6 LCD no incluya un precepto en el que se declare la nulidad de los actos de abuso, similar a la declaración del artículo 1.2 para los supuestos de ententes colusorias, no debe constituir un obstáculo para que se pueda instar esa nulidad. A falta de disposición expresa, el artículo 6.3 del Código Civil puede ser aplicado cuando establece que los actos contrarios a las normas prohibidas son nulos de pleno derecho<sup>65</sup>.

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por conductas abusivas habrá que remitirse a cuanto anteriormente se ha manifestado en relación con los supuestos de conductas colusorias. También en el supuesto de prácticas abusivas el artículo 13.2 LCD impide que se reclamen los perjuicios causados hasta que haya una resolución del TDC que haya adquirido firmeza.

Este panorama, no obstante, debe ser aclarado mediante la adopción de algunas modificaciones legislativas, las cuales deberán posibilitar la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales<sup>66</sup> cuando se posibilita la aplicación judicial de las normas de la competencia se abre el control del Derecho de la competencia a la iniciativa privada si procede una privatización parcial de este Derecho.

La primera reforma que se propugna consiste en la derogación pura y simple del artículo 13.2 LCD. Con ello se permitiría que los jueces puedan resolver sobre reclamaciones de perjuicios sin necesidad de pronunciamiento previo del TDC. La reforma proyectada, consistente en la fijación de la cuantía de la indemnización por el TDC supone un avance, necesario pero probablemente insuficiente, ya que si no se abona voluntariamente

---

en el futuro practicara unos precios no discriminatorios, el resultado de la pretensión podría haber sido diferente, porque en ese supuesto podría haberse interpretado que se solicitaba la aplicación del artículo 86 TCEE no a título principal sino a título incidental.

<sup>64</sup> A. BERCOVITZ, «Normas de la competencia del Tratado de la CEE», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, t. II, Civitas, 1986, p. 429.

<sup>65</sup> J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 267-268. A. BERCOVITZ (*op. cit.*, p. 40) opina que la nulidad se aplica únicamente a los acuerdos y decisiones, no a las prácticas concertadas ni a las abusivas, dado que se trata de comportamientos de hecho y la nulidad sólo se aplica a los actos jurídicos.

<sup>66</sup> Como señala acertadamente A. CREUS (*op. cit.*, p. 64).

será necesario instar su procedimiento. En estos términos, y para que el principio de seguridad jurídica no quede afectado, será preciso prever en las normas procesales la consulta a la Comisión —en los términos previstos en la Comunicación de 1993— o al TDC<sup>67</sup>. En todo caso, deberá aclararse que la respuesta del TDC no prejuzgará la resolución que pudiera recaer en un procedimiento que se abriera por los mismos hechos.

## B. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Tras haber analizado las cuestiones planteadas por la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales es necesario considerar los supuestos relativos a la aplicación de las normas de la competencia por las autoridades encargadas de la competencia; es decir, por aquellos órganos que aplican el derecho *antitrust* no desde una perspectiva de conflictos entre particulares, sino persiguiendo las conductas prohibidas e imponiendo las sanciones correspondientes. Es necesario recordar que el sistema, tanto comunitario como español, consiste en configurar el Derecho de la competencia dentro del Derecho administrativo sancionador, encargando su aplicación a órganos administrativos.

Ahora bien, como resulta obvio, en este apartado solamente se plantearán las cuestiones relativas a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos administrativos, no realizando ningún planteamiento sobre la aplicación de las normas nacionales de la competencia.

### a) *Planteamiento en Derecho comunitario*

Los artículos 87, 88 y 89 del Tratado de Roma contienen una serie de disposiciones que, en cierta medida, tienen carácter transitorio<sup>68</sup>. Según el primero de estos preceptos, el Consejo debería adoptar, en el plazo de los tres años siguientes a la entrada en vigor del Tratado, los reglamentos o directivas para la aplicación de los artículos 85 y 86. Por su parte, el artículo 88 establece que mientras no se aprobaran los reglamentos o directivas previstas en el artículo anterior, correspondería a las autoridades de los Estados miembros la aplicación de los artículos 85 y 86. Finalmente, el artículo 89 determina que será la Comisión el órgano encargado de velar por la aplicación de los artículos 85 y 86. Como puede observarse, desde el texto del propio Tratado se contienen previsiones que permiten una aplicación concurrente de las normas de la competencia, tanto por órganos comunitarios como por las autoridades nacio-

<sup>67</sup> CREUS, A., *op. cit.*, p. 65.

<sup>68</sup> El carácter transitorio de alguno de estos preceptos ha motivado que los artículos 87.1 y 89.1 hayan sido objeto de la simplificación introducida por el Tratado de Amsterdam (segunda parte, art. 6, núms. 46 y 47).



nales. Puede por ello hablarse de que existe la posibilidad de una aplicación del Derecho de la competencia por órganos comunitarios junto a la posibilidad de una aplicación descentralizada.

### i) *Aplicación por la Comisión europea*

En el plazo establecido en el artículo 87.1 del Tratado el Consejo Europeo aprobó el Reglamento núm. 17, «Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado»<sup>69</sup>, que ha dado origen a otros Reglamentos de la Comisión que completan el procedimiento en materia comunitaria<sup>70</sup>. En el Reglamento núm. 17 se establecen algunas reglas procedimentales, que no un auténtico procedimiento, lo cual ha sido criticado con frecuencia<sup>71</sup>. Estas reglas han precisado de una concreción derivada de su aplicación hasta el punto que hoy puede afirmarse que se han perfeccionado con la práctica de la Comisión y la Jurisprudencia del TJCE.

El artículo 9 del Reglamento 17 establece las reglas competenciales. En el número 1 de este artículo se recoge una norma que atribuye a la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el artículo 85.3, mientras que en los números 2 y 3 del artículo 4 se limita a establecer la competencia de la Comisión para aplicar las disposiciones de los artículos 85.1 y 86 y a declarar que mientras la Comisión no inicie un procedimiento las autoridades de los Estados miembros podrán aplicar esos preceptos.

### ii) *Aplicación por las autoridades de los Estados miembros*

Con la excepción referida a la aplicación del artículo 85.3 del Tratado, cuya competencia exclusiva queda reservada para la Comisión, siempre se ha producido una aplicación descentralizada de los artículos 85 y 86. En efecto, las autoridades encargadas de la defensa de la competencia en los distintos Estados eran competentes para aplicar las normas comunitarias de la competencia, aun cuando no existieran unas normas claras

<sup>69</sup> DOCE 204/62, de 21 de febrero de 1962.

<sup>70</sup> En la actualidad Reglamento núm. 3385/94, de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo (DOCE, núm. L 377/28, de 31 de diciembre de 1994) y el Reglamento de 22 de diciembre de 1998 relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE, núm. 354/18, de 30 de diciembre de 1998).

<sup>71</sup> B. VILA COSTA y G. GISPERT I MARTÍ, «Aproximación a los denominados derechos de defensa en el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de la competencia», ICE, diciembre 1987, p. 84; MENÉNDEZ, A., «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia», en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, Madrid, 1993, t. I, p. 361; L. BERENGUER FUSTER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-27, marzo 1997, p. 100.

de distribución de competencias ni unos criterios de colaboración, que eran insistentemente solicitados desde diferentes sectores<sup>72</sup> que consideraban incluso más necesaria una comunicación en esta materia que la relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales.

La aplicación descentralizada de las normas comunitarias de la competencia era una obligación incontestable para el período anterior a la aprobación del Reglamento 17, tal como se establece en el artículo 88 del Tratado. Del mismo texto de este precepto se desprende que esa posibilidad desaparece tras la entrada en vigor de ese Reglamento, ya que solamente se prevé la aplicación de los artículos 85 y 86 «hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87». A pesar de ello, el artículo 9.3 del Reglamento 17 mantiene la posibilidad de la aplicación de los artículos 85.1 y 86 por las autoridades nacionales<sup>73</sup>.

En España, desde el ingreso en la Comunidad Europea, fue necesario determinar cuáles eran los órganos encargados de aplicar los artículos 85 y 86. A tales efectos se aprobó el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, en el que se establecía que el TDC era la autoridad competente para aplicar en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, mientras que el SDC era el encargado de las relaciones de colaboración. Este Real Decreto, que fue aprobado cuando la ley *antitrust* vigente era la de 1963, ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, que regula los mismos extremos, introduciendo ciertas modificaciones y actualizaciones.

Finalmente, en el mes de octubre de 1997 se aprobó la 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<sup>74</sup>.

La comunicación comienza con una serie de consideraciones relativas a la función de la Comunidad y de los Estados miembros. En este apartado menciona que así como los órganos jurisdiccionales tienen como objetivo proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones recíprocas, la Comisión y las autoridades nacionales tienen en común su actuación en aras del interés público. En consecuencia, se produce una competencia concurrente entre las autoridades nacionales y la Comisión,

<sup>72</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales», cit., p. 3.

<sup>73</sup> M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 866.

<sup>74</sup> DOCE 97/C 313/03, de 15 de octubre de 1997. Para un estudio detallado de esta Comunicación ver J. PASCUAL Y VICENTE, «Cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta de la CE y de la competencia*, Boletín-126, septiembre de 1997, pp. 5-9; S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión europea y por las autoridades administrativas nacionales», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-130, enero-febrero de 1998, pp. 1-4.

e incluso se manifiesta que constituye un objetivo para la Comisión que la aplicación del derecho de la competencia sea descentralizada.

En cuanto a las normas de reparto entre el conocimiento por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales se establecen criterios relativos a la eficacia en la investigación y al lugar en el que se producen los efectos, a la naturaleza de la infracción y, finalmente, a la especial importancia que determinados asuntos tienen para la Comunidad.

Atendiendo al primero de estos criterios, señala la comunicación que corresponderá a la Comisión el conocimiento de los asuntos en los que participan empresas cuyas actividades se desarrollan en diversos Estados, y, por el contrario, podrá ser tramitado por una autoridad nacional cuando solamente se desarrolle en un Estado, ya que en el primero de los supuestos la autoridad nacional se encuentra con dificultades para realizar la correspondiente investigación. Por otra parte, cuando el mercado geográfico de referencia se limite a un solo Estado miembro y cuando el acuerdo o la práctica sólo se aplique en él, habrá que considerar que los efectos se producen fundamentalmente en dicho Estado y, por tanto, podrá ser conocido por las autoridades de ese Estado.

En relación con la naturaleza de la infracción, se establece una diferencia entre los artículos 85 y 86. Habida cuenta que la Comisión tiene competencia exclusiva para aplicar el artículo 85.3, cualquier acuerdo que *a priori* pueda beneficiarse de una exención, deberá ser examinado por la Comisión. En lo que respecta a la aplicación del artículo 86 podrá ser realizada por las autoridades nacionales o por la Comisión.

Finalmente, se señalan en la comunicación algunos asuntos que, a pesar de reunir las condiciones anteriores para ser conocidos por las autoridades nacionales, revisten una especial importancia para la Comisión y deberán ser conocidos por ésta.

En esas circunstancias se encuentran los asuntos que plantean un problema jurídico nuevo; es decir, que no ha sido objeto de una decisión de la Comisión o una sentencia del TJCE; aquellos asuntos de importancia económica que además impliquen obstaculizaciones para que operadores de otros Estados miembros accedan al mercado y, finalmente, las prácticas que hayan sido realizadas por una empresa pública, o bien por empresas a las que se hayan concedido derechos especiales o exclusivos o tengan encargada la gestión de servicios de interés económico general o tengan el carácter de monopolio, todo ello a tenor de lo establecido en el artículo 90 del Tratado.

A continuación la comunicación se refiere a algunas reglas de procedimiento, diferenciando los asuntos que se plantean en primer lugar a la Comisión de los que lo hacen en primer lugar a una autoridad nacional.

En los asuntos que se plantean en primer lugar a la Comisión caben diversos supuestos:

a) Procedimientos de oficio: obviamente no se prestan a un tratamiento descentralizado.

b) Notificaciones: la Comisión tiene competencia exclusiva, por lo que tampoco cabe el tratamiento descentralizado. El solicitante tiene derecho a obtener de la Comisión una decisión en cuanto al fondo de su solicitud.

c) Denuncias: podrán ser tramitadas por las autoridades nacionales de competencia a petición de la Comisión siempre que no supongan la aplicación del artículo 85.3 o caigan dentro de las competencias exclusivas de la Comisión (por ejemplo, cuando se trata de una revocación de una exención).

Cuando las empresas afectadas y el territorio en el que tienen fundamentalmente efectos las conductas corresponden a un solo Estado miembro la Comisión puede desestimar la denuncia por no existir interés comunitario bastante, siempre que los derechos del denunciante resulten adecuadamente protegidos. La Comisión se dirigirá al Estado miembro preguntándole si acepta la instrucción y el pronunciamiento. En caso afirmativo la Comisión desestimará la denuncia alegando que debe presentarse ante las autoridades nacionales, poniendo a disposición de dichas autoridades los documentos pertinentes que obren en su poder.

En este apartado debe plantearse la cuestión relativa al uso que las autoridades nacionales pueden hacer de la documentación presentada ante la Comisión, y para ello resulta preciso acudir a la doctrina contenida en la Sentencia del TJCE en el asunto de la Asociación Española de la Banca Privada, de 16 de julio de 1992<sup>75</sup>.

Esta sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el TDC en el marco de un procedimiento instado contra la AEB y determinados bancos españoles a tenor de lo previsto en la LRPRC de 1963. En el expediente se había recogido cierta información que obraba en la Comisión en virtud de un formulario A/B que la AEB y los bancos expedientados habían presentado para obtener la declaración negativa prevista en el artículo 11 del Reglamento 17, o la exención del artículo 85.3 del Tratado, o bien se contenían en las respuestas dadas a la solicitud de información prevista en el artículo 11 del Reglamento 17. Ante las dudas surgidas sobre la posibilidad de utilizar esa información el TDC planteó la cuestión prejudicial acerca de si una autoridad nacional podía utilizar esa información obtenida por los funcionarios de la Comisión.

En respuesta a la cuestión prejudicial planteada el TJCE estimó que las autoridades de competencia de los Estados miembros no tienen derecho a utilizar como medios de prueba las informaciones no publicadas contenidas en las respuestas a las solicitudes de información dirigidas a las empresas en aplicación del artículo 11 del Reglamento núm. 17, así como las contenidas en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 de ese mismo Reglamento. Sin embargo, estas infor-

<sup>75</sup> Rec. 1992, Asunto C-67-91, p. 4820.

maciones constituyen indicios que pueden, en su caso, ser tenidos en cuenta para justificar la apertura de un procedimiento nacional.

El otro supuesto de cooperación está referido a los asuntos que se plantean en primer lugar a una autoridad nacional.

Cuando se trata de asuntos incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de competencia (arts. 85.1 y 86) tramitados por una autoridad nacional a iniciativa propia, solos o en combinación con sus normas nacionales de competencia, o en su defecto solamente estas últimas es deseable informar a la Comisión, quien lo comunicará al resto de autoridades nacionales, especialmente en aquellos casos de particular interés para la Comunidad. Como casos especialmente relevantes pueden citarse los correspondientes a las barreras de entrada aplicadas a una empresa extranjera y algunos asuntos correspondientes a empresas públicas o asimiladas.

Las autoridades nacionales instruirán los expedientes de acuerdo con las normas nacionales, independientemente de que apliquen el Derecho comunitario o el nacional.

Las autoridades nacionales pueden dirigirse a la Comisión solicitando información acerca del estado del procedimiento que la Comisión haya podido iniciar o cuando la aplicación de los artículos 85.1 u 86 plantee dificultades.

En caso de posible contradicción entre las eventuales decisiones de la Comisión y de las autoridades nacionales la Comisión deberá tomar las medidas oportunas para asegurar la plena eficacia de los actos de ejecución del Derecho comunitario de la competencia sobre la base de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional. Las autoridades nacionales, por su parte, pueden consultar a la Comisión, incluso intercambiando documentos, dentro del marco de referencia de la Sentencia "Banca Española"<sup>76</sup>. También pueden solicitar el dictamen provisional de la Comisión sobre la posibilidad de que ésta conceda una exención. En cualquier caso, debe haber intercambio de información entre las distintas autoridades con el fin de evitar conclusiones contradictorias.

En cualquier caso, debe evitarse el fraude procedimental consistente en las notificaciones "dobles" con efectos dilatorios consistentes en notificar a la Comisión para interrumpir el procedimiento ante la autoridad nacional, sustrayéndole —al amparo del art. 9.3 del Reglamento 17— el conocimiento de determinados casos. Y ello sin perjuicio de que el solicitante tiene derecho a una decisión sobre el fondo del asunto que plantea. «La Comisión sólo califica de dilatoria una notificación tras haber consultado a la autoridad nacional correspondiente y comprobado que ésta es de la misma opinión. La Comisión invita asimismo a las autoridades nacionales a que le informen espontáneamente de las notifica-

<sup>76</sup> Ver nota 75.

ciones que se les envíen y que, según dichas autoridades, tengan carácter dilatorio»<sup>77</sup>.

Algunos problemas se plantean en materia de cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales cuando aquélla ha remitido una carta administrativa. El apartado 17 de la Comunicación se refiere a las decisiones comunitarias como elemento de referencia en la aplicación del Derecho nacional. Sin embargo, señala que la Comisión ha indicado que «conviene recordar que, según el TJCE, si bien es cierto que este tipo de cartas no vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales, la opinión expresada por los servicios de la Comisión constituye un elemento de hecho que pueden tomar en cuenta en su examen de la conformidad de los acuerdos o comportamientos de que se trate con las disposiciones del artículo 85. La Comisión estima que otro tanto cabe decir respecto de las autoridades nacionales».

En consecuencia, según recoge acertadamente la Comunicación comentada, las cartas administrativas no vinculan a las autoridades nacionales. Pero la cuestión es susceptible de ser examinada desde otra perspectiva.

Es necesario analizar el caso "Irish Club Rules", en el que seis empresas marítimas europeas de pequeña y mediana dimensión alcanzaron un acuerdo y remitieron a la Comisión una solicitud de exención individual.

Tras las oportunas discusiones y modificaciones de la propuesta inicial, la Comisión publicó una Comunicación, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 4056/86, en la que manifestaba su intención de adoptar una decisión favorable. Posteriormente, la Comisión remitió una *comfort letter* a Irish Club Rules<sup>78</sup>.

En este apartado es necesario recordar la existencia de un «derecho al procedimiento» que implica, cuanto menos, el derecho del ciudadano a una decisión fundamentada y el derecho de los interesados a participar en el procedimiento.

Como puede observarse fácilmente, las *comfort letters* eluden tales cuestiones. De ahí la inseguridad jurídica que provocan. Esta información queda ratificada por el hecho de que ni se publican, ni se pueden recurrir, ni se pueden controlar. De manera que ante situaciones idénticas cabe la posibilidad de *comfort letters* con contenidos distintos.

Y aún más, tienen otras ventajas para el beneficiario sobre el procedimiento normal, ya que de acuerdo con el artículo 8.1 del Reglamento 17 las decisiones de aplicación del artículo 85.3 se concederán por tiempo definido. En cambio, las *comfort letters* no incluyen ningún tipo de limitación temporal.

En el caso concreto de Irish Club Rules deben ponerse de manifiesto algunos extremos concretos.

<sup>77</sup> Apartado 55 de la Comunicación de 15 de octubre de 1997.

<sup>78</sup> DOCE, núm. C263/6, de 29 de septiembre de 1993.

El Comité Consultivo estaba formado por representantes de los 12 países miembros. De ellos ocho votaron en contra de la propuesta y cuatro a favor. Ante este resultado la Comisión no adoptó una decisión negativa. Por el contrario, envió la citada carta administrativa. El acuerdo estaba autorizado sin que nadie pudiera recurrir la decisión de la Comisión.

Cabe plantearse a continuación cuál es la actitud de las autoridades nacionales respecto a las *comfort letters* y, en concreto, si deben considerarse vinculadas por su contenido.

Esta cuestión es importante, máxime si se tiene en cuenta que durante el año 1995 la Comisión concluyó 433 asuntos, de los cuales 419 (97 por 100) terminaron mediante procedimiento informal (*comfort letter*, desestimación de la denuncia o sobreseimiento). A lo largo del año 1996, de los 386 asuntos terminados, 365 (92 por 100) terminaron por un procedimiento informal. En el año 1997 de los 517 asuntos terminados el 95 por 100 (490) fueron resueltos mediante dicho procedimiento.

Conforme se ha indicado anteriormente, la propia Comunicación considera que las cartas administrativas no vinculan a las autoridades nacionales, si bien constituyen un elemento de hecho que pueden tener en cuenta<sup>79</sup>. Cuando se ha planteado la cuestión, el TDC no siempre comparte los principios de las cartas administrativas. En efecto, en la Resolución de la Sección Segunda, de 16 de octubre de 1990<sup>80</sup>, se indica que los interesados formalizaron ante la Comisión la petición de una declaración negativa, de acuerdo con los artículos 5 y 7 del Reglamento CEE 17/1962, que fue contestado mediante una simple carta administrativa «en la que la Comisión estima que aunque los acuerdos que se le han enviado hayan eliminado la posibilidad de competencia a la exportación entre las empresas participantes, eso no constituye actualmente una restricción importante de la competencia en dicho mercado (el mercado comunitario de la potasa a excepción de España y Portugal). Y respecto a la exclusividad de venta concedida a “Comercial de Potasas, S. A.”, para España y Portugal, la Comisión entiende, a la vista de la modificación introducida en los convenios que los deja sin aplicación a partir del 1 de enero de 1992, que no tiene que proseguir de oficio su acción contra estos acuerdos».

En esta circunstancia, el TDC consideró que «el hecho de que un determinado convenio entre en la órbita del Derecho comunitario no supone que queda excluida la aplicación del Derecho nacional si afecta también a los intereses que este ordenamiento tutela. La dualidad de intereses protegidos hace posible la aplicación conjunta de unas y otras normas si se dan los respectivos supuestos que deciden su puesta en acción. Como ocurre con el consorcio entre los productores de potasa que incide en el mercado interior tanto porque elimina directamente la competencia en este ámbito como por efecto reflejo del concierto para unificar la

<sup>79</sup> Apartado 17 de la Comunicación de 15 de octubre de 1996.

<sup>80</sup> Expediente 76/70, Potasas Españolas. Resoluciones 1986-1990 del TDC: t. II, pp. 1656 ss.

actividad exportadora. La legislación nacional sigue siendo aplicable en su propio ámbito, siendo esta aplicación compatible con la que las autoridades comunitarias puedan hacer del Derecho comunitario y siempre que la solución a que se llegue conforme al Derecho nacional no se traduzca en perjuicio al efecto útil del Tratado de Roma». (F. 3) Como consecuencia de estos razonamientos, la Sección Segunda del TDC acordó mantener la autorización concedida en 1971 a los acuerdos entre los productores españoles de potasas para el mercado internacional y dejarlos sin efecto para el mercado nacional.

Finalmente, deben realizarse algunos comentarios finales respecto del contenido de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia, que ha sido objeto de un largo proceso de elaboración y debate entre la Comisión y las autoridades nacionales.

La primera conclusión respecto de los criterios contenidos en la Comunicación consiste en afirmar que su contenido no justifica en modo alguno su largo proceso de elaboración. En efecto, si se analiza detenidamente el contenido de la Comunicación se puede afirmar que nada de su contenido contiene aportaciones significativas que sirvan para delimitar de forma concluyente los criterios de reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales. No resulta exagerado concluir que no se aportan criterios definitivos que sirvan para otorgar criterios claros y concluyentes a los operadores económicos sobre en qué supuestos ha de intervenir la Comisión y en cuáles las autoridades nacionales. Es cierto que hay que ser consciente de la dificultad de la tarea, puesto que no se trata de organismos administrativamente jerarquizados y, por tanto, una delimitación clara de competencias entre uno y otro no puede establecerse simplemente de un documento como una comunicación que carece de valor normativo. Justo es reconocer que en el texto se incluyen algunos elementos que pueden servir de pautas de comportamiento, pero es forzoso afirmar que resultan insuficientes. Por otra parte, en cualquier caso ha de regir el principio *non bis in idem*, pues nadie puede ser condenado por los mismos hechos por la Comisión y la correspondiente autoridad nacional<sup>81</sup>. Pero al margen de este extremo, que no resulta de la comunicación sino de la aplicación de los principios generales del Derecho, pocos elementos adicionales pueden obtenerse de un documento de las características de las de la comunicación. Cabe plantearse si para delimitar de forma clara las competencias entre Comisión y autoridades nacionales debería haberse aprobado un texto con fuerza normativa como hubiera sido un Reglamento, pero esta opción, defendida por algunos países en el proceso de elaboración de la comunicación (tal fue el criterio

<sup>81</sup> Esta afirmación se refiere a que pueden imponerse dos sanciones por unas mismas conductas que infrinjan el artículo 85.1 o el artículo 86 del Tratado, una por la Comisión y otra por la autoridad nacional. Otra cosa es que se puedan imponer dos sanciones, una por la Comisión por infracción de las normas comunitarias de la competencia y otra por la autoridad nacional por infracción de las normas nacionales. Ello es posible por aplicación de la doctrina de la «doble barrera», tal y como se permite en el artículo 44.2 LDC.



de la representación irlandesa, coincidente, por otra parte, con la opinión del Consejo Económico y Social) no fue tomada en consideración.

Por otra parte, debe señalarse que la Comisión ha mantenido a rajatabla el criterio contenido en el artículo 9.1 del Reglamento 17, reservándose en exclusiva la competencia de la aplicación del artículo 85.1 y desatendiendo las opiniones de los países que defendían una aplicación descentralizada de ese precepto. Las opiniones de la Comisión en favor de su postura tiene una cierta fuerza de convicción, referidas a la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho comunitario, pero estas razones decaen ante el hecho incontrovertible de la excesiva duración de los expedientes encaminados a conceder una autorización individual por la Comisión e incluso por el escaso número de decisiones que conceden autorizaciones singulares, normalmente en supuestos en los que las empresas carecen ya de interés por el tiempo que ha transcurrido desde la solicitud<sup>82</sup>. La cuestión ha adquirido una nueva dimensión al haber planteado el Kammergericht alemán dos cuestiones prejudiciales acerca de la conformidad con el Derecho comunitario del hecho que las autoridades nacionales puedan aplicar el artículo 85.1 y no el 85.3 cuando ambos párrafos «constituyen un todo indivisible a efectos de aplicación del Derecho»<sup>83</sup>.

No se puede ocultar que uno de los inconvenientes que surgen para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de las autoridades nacionales ha radicado en el hecho de que no en todos los países miembros ha habido autoridades competentes para ello. En un documento informativo de la Dirección General IV se destaca que solamente las autoridades de ocho de los países miembros pueden aplicar los artículos 85 y 86, mientras que no puede tener lugar esa aplicación en los siete países restantes<sup>84</sup>.

#### b) *La aplicación de los artículos 85 y 86 por el TDC*

Como se ha indicado, el Real Decreto 295/1998 contiene las reglas relativas a la aplicación en España de las normas europeas de la com-

<sup>82</sup> Como señala S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión europea y por las autoridades administrativas nacionales», *op. cit.*, p. 2.

<sup>83</sup> Este criterio de la DG IV es objeto de reconsideración en la actualidad. Ver el Libro Blanco sobre la aplicación de los artículos 85 y 86. *DOCE* de 28-4-1999.

<sup>84</sup> El documento al que se hace referencia obra en la página *web* de la DG IV (<http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/en/ta1.htm>) y lleva el título «Aplicación de los artículos 85-86 en los Estados miembros», y señala, en primer lugar, que en el documento solamente se indica la aplicación de los artículos 85 y 86 por las autoridades administrativas de los Estados miembros y no por los órganos jurisdiccionales, ya que esos artículos son de aplicación directa y, por tanto, pueden ser aplicados por los jueces y tribunales de los Estados miembros sin ninguna excepción. En cuanto a la aplicación por las autoridades administrativas se señala que está sujeta a las limitaciones establecidas en favor de la Comisión por los artículos 88 del Tratado y 9.3 del Reglamento 17. Tras estas aclaraciones se pone de manifiesto que en Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Portugal y España las autoridades administrativas pueden aplicar tales preceptos.

potencia. Este Real Decreto derogó el RD 1882/1986, de 28 de agosto, que reguló la materia al inicio de nuestra integración en la Comunidad europea.

El Real Decreto de 1998 atribuye al TDC la facultad de aplicar en España los artículos 85.1 y 86, mientras que el SDC es el órgano encargado de instruir los procedimientos de aplicación de esos preceptos. Por su parte, se designa a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia como la «autoridad competente a efectos de las funciones de colaboración entre la Administración pública y la Comisión de las Comunidades Europeas en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia». Al mismo tiempo se determinan ciertas normas relativas a la cooperación con los funcionarios comunitarios en sus tareas de verificación a realizar en España y se señala que las normas de procedimiento en los expedientes en los que se aplique el Derecho comunitario de la competencia serán las establecidas en la LCD.

Con posterioridad al ingreso de España en las Comunidades Europeas el TDC ha venido aplicando en un buen número de ocasiones los preceptos comunitarios de la competencia. Algunas consideraciones deben ser efectuadas en este apartado.

La primera observación que debe realizarse al respecto consiste en constatar que el TDC cuando aplica los artículos 85.1 y 86 del Tratado suele considerar simultáneamente la infracción de las normas comunitarias y las correspondientes normas nacionales. A tales efectos el Tribunal constata que una conducta vulnera simultáneamente los artículos 85.1 del Tratado y 1 de la LCD, o bien el 86 TCEE y 6 de la LCD e impone una sola sanción<sup>85</sup>.

En segundo lugar, el TDC se ha preocupado en repetidas ocasiones de delimitar los contratos de aplicación de las normas comunitarias de la competencia y de las normas nacionales teniendo en cuenta el principio de supremacía del Derecho comunitario y sin que se afecte el efecto

<sup>85</sup> La Resolución de 30 de abril de 1993 (Expte. 283/90, Banca española, Resoluciones del TDC 1993, pp. 127 ss.) declara acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) de la Ley 110/1963 y por el artículo 85.1 TCEE, consistente en la fijación y publicación concertadas de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios. La Resolución de 10 de junio de 1993 (Expte. 319/92, Fútbol por televisión. Resoluciones del TDC 1993, pp. 221 ss.) declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 LDC y por el artículo 85.1 TCEE consistente en el acuerdo suscrito entre la LNF y las TV autonómicas para la cesión en exclusiva mundial de los derechos de emisión de los partidos de fútbol. La Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en aeropuertos. Resoluciones del TDC 1995, pp. 72 ss.) declaró la existencia de una práctica abusiva de posición dominante prohibida por el artículo 6.2.c) LDC y 86 TCEE. La Resolución de 31 de julio de 1996 (Expte. 363/95, Cosméticos en farmacia. Resoluciones TDC 1996, p. 336) consideró probada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y 85.1 LDC consistente en fijar el precio de venta al público de los productos cosméticos. La Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97 BT/Telefónica) declaró acreditada la existencia de unas prácticas abusivas de posición dominante que infringen el artículo 6 LDC y, además, el artículo 86, apartados c) y a), del Tratado de la Comisión Europea.

útil de los artículos 85 y 86 del Tratado, todo ello de acuerdo con la doctrina de la Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969<sup>86</sup>.

Así, en la Resolución de la Sección Segunda, de 19 de noviembre de 1990<sup>87</sup>, el TDC, en su Fundamento de Derecho 3, estableció que «la elección de las normas aplicables vendrá determinada, en principio, como ha puesto de relieve el TJCE de la CEE en su Sentencia de 13 de febrero de 1969, por los diversos mercados que resulten afectados por la realización de prácticas contrarias a la competencia. En efecto, las normas del Tratado de Roma sólo pueden ser aplicadas cuando las conductas anticompetitivas pueden afectar los intercambios comerciales entre los países que integran el Mercado Común (arts. 85.1 y 86), mientras que las legislaciones de cada uno de los Estados miembros lo serán cuando los efectos de las citadas actuaciones se produzcan en sus respectivos mercados nacionales (en este sentido se expresan los arts. 1 y 2 de la Ley 110/1963)».

En otras ocasiones el TDC ha considerado inaplicables las normas comunitarias de la competencia. Así ocurre en la Resolución de 7 de abril de 1997<sup>88</sup> en la que se considera que no resulta de aplicación el artículo 85.1 TCEE, ya que el mercado geográfico se circunscribe al territorio español, en donde se concierta el coaseguro, contratan los diversos tomadores y produce sus efectos, no extendiéndose al comercio entre los Estados miembros.

Cuando existía un procedimiento ante la Comisión Europea el Tribunal ha optado en algún caso por continuar el procedimiento. Así, la Resolución de 12 de septiembre de 1994<sup>89</sup> optó por levantar la suspensión con los siguientes argumentos: al ser el Derecho comunitario de la competencia de aplicación directa, las autoridades nacionales correspondientes no pueden dejar de aplicarlo cuando las prácticas prohibidas afectan al comercio entre los Estados miembros. Ahora bien, esta facultad atribuida a las autoridades nacionales sólo podrá ser ejercida mientras la Comisión Europea no haya iniciado un procedimiento para constatar la posible infracción de los artículos 85 u 86 del Tratado CEE (art. 9.3 del Reglamento 17/1962 del Consejo, de 6 de febrero de 1962).

Argumentó el Tribunal que «de conformidad con esta normativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia —que según lo dispuesto en el RD 1882/1986 es la autoridad competente para la aplicación en España del Derecho comunitario de la competencia—, al darse cuenta de que las prácticas objeto del expediente podían afectar al comercio intracomunitario, exhortó, en un primer momento, al Servicio de Defensa de la Competencia para que contemplara la posibilidad de formular acusación contra la RFEF por la infracción del artículo 86 del Tratado CEE;

<sup>86</sup> Rec., 1969, Asunto 14/68, Wihem y otros c. Bundeskartellamt, p. 1.

<sup>87</sup> Expte. 270/90, Mazzoni. Resolución 1986-1990-II, TDC, pp. 1771 ss.

<sup>88</sup> Expte. 388/96, Seguros empresas transportistas. Resolución TDC 1997, p. 217.

<sup>89</sup> Expte. 310/92, Retransmisión de fútbol extranjero por TV, Resoluciones TDC 1994, p. 269.

pero, más tarde, al tener conocimiento de que la Dirección General IV de la Comisión Europea había abierto en relación con estos hechos el expediente núm. IV/B/33734, por Providencia de 25 de febrero de 1993, acordó la suspensión de la tramitación de las diligencias seguidas en nuestro país para la aplicación a las citadas prácticas del Derecho comunitario europeo». Y añadía la Resolución que «cuestión diferente de la anterior es la relativa a la aplicación simultánea a un caso de los Derechos nacional y comunitario de la competencia. Esta posibilidad, conocida en la doctrina como la teoría de la “doble barrera”, ha sido admitida de manera sistemática por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su célebre Sentencia de 13 de febrero de 1969, As. Wilhelm v. Bundeskartellamt, hasta nuestros días, sobre la base de que ambas normativas atienden a objetivos diferentes. De acuerdo con esta doctrina, el artículo 44.1 de la Ley 16/1989<sup>90</sup> prevé que, ante una situación como la descrita, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá aplazar su resolución, a petición de parte, hasta que se produzca la decisión de las autoridades comunitarias. Pero hay que resaltar a este respecto que la norma nacional deja al arbitrio del Tribunal la adopción de la decisión correspondiente. Así pues, la suspensión es facultativa». Y finaliza el Tribunal diciendo que «en este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que la prevalencia de los intereses nacionales en juego aconsejaban no aplazar la resolución y proceder a la aplicación exclusiva de la Ley de Defensa de la Competencia».

En la Resolución correspondiente de 11 de noviembre de 1997<sup>91</sup> el TDC sostuvo que: «La reciente Comunicación de la Comisión, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 15 de octubre de 1997 resalta que tanto su actuación como la de las autoridades nacionales se realiza en aras del interés público, afirmando la conveniencia de que ambas colaboren, a cuyo efecto es necesaria una relación estrecha y permanente entre ambas.»

Además, «reitera la competencia exclusiva de la Comisión en la aplicación del artículo 85.3 del Tratado CE y el derecho de los autores de una solicitud de exención a obtener una decisión en cuanto al fondo de su solicitud, según la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia», y «muestra su convencimiento de que una estrecha colaboración contribuirá a evitar decisiones contradictorias. En este sentido prevé la posibilidad de que se consulte a la Comisión para que la autoridad nacional esté en condiciones de tener en cuenta la posición de aquélla. En particular, en materia de notificaciones, señala que la autoridad nacional deberá normalmente solicitar a la Comisión su dictamen provisional sobre la posibilidad de que conceda una exención al acuerdo notificado». Por

<sup>90</sup> El artículo 44 LDC establece que «el Tribunal podrá aplazar la resolución, a petición de parte, si se acredita documentalmente que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos comunitarios. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. La parte que hubiese alegado la excepción deberá comunicar al Tribunal la decisión adoptada en el plazo de un mes a partir del día en que hubiese tenido conocimiento de aquélla».

<sup>91</sup> Expte. R233/97, Relojes Rolex. Resoluciones del TDC 1997, p. 645.

último, «de acuerdo con la comunicación citada, y con el fin de evitar que la suspensión resulte indefinida, impidiendo la continuación del procedimiento y pudiendo generar indefensión, el Servicio debe, a juicio del Tribunal, solicitar a la Comisión Europea su dictamen provisional sobre la posibilidad de que conceda una exención. Este criterio resulta reforzado en el presente caso por el largo período de tiempo transcurrido desde que se produjo la notificación A/B hasta el momento presente».

Y continúa el Tribunal sosteniendo que «la comunicación de la Comisión no contiene previsiones respecto del plazo en que deba emitir su dictamen provisional, debiendo aplicarse las normas procedimentales de Derecho interno aplicables al caso. A este respecto, el Tribunal considera que, por aplicación supletoria de la Ley 30/1992, debe acudirse a lo establecido en el artículo 83 de dicha norma que permite, en determinadas circunstancias, la evacuación de la consulta en un plazo superior al general de diez días. El servicio, por tanto, deberá señalar a la Comisión un plazo prudencial que, por aplicación del Derecho interno, no podrá ser superior a tres meses, advirtiéndole que si transcurrido el mismo la Comisión no emite su dictamen provisional, la suspensión quedará sin efecto y continuará la tramitación del expediente». Y «todo ello sin perjuicio de que, una vez obtenida la respuesta de la Comisión o si ésta no se produce en plazo, el servicio, si estima que la conducta de Rolex no constituye una restricción de la competencia, pueda proceder al sobreseimiento del mismo en relación con la citada empresa, decisión ésta sobre la que el Tribunal no emite pronunciamiento alguno en la presente Resolución».

Como puede observarse en esta Resolución, que ha sido objeto de comentarios elogiosos<sup>92</sup>, se resuelve el problema de la dilatada tramitación de los expedientes ante la Comisión o, por expresarlo de otra forma, de la paralización incontrolada de los expedientes que se tramitan ante la Dirección General de la Competencia<sup>93</sup> acudiendo a los criterios de la legislación española.

Una cuestión diferente de aplicación del Derecho comunitario por el TDC se deriva del sistema seguido en Derecho español para reglamentar las exenciones por categorías.

El artículo 1 del Real Decreto 157/1992, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de la competencia, dispone que quedan autorizados los acuerdos que, afectando únicamente al Derecho nacional, cumplan las condiciones de los Reglamentos comunitarios en aquel momento vigentes en materia de distribución exclusiva, de compra exclusiva, de licencia de patentes y comunicación de *know how*, de distribución de vehículos automóviles y de licencia de *know how*.

<sup>92</sup> J. E. SORIANO, *op. cit.*, p. 487.

<sup>93</sup> No hay que olvidar que en el supuesto de autos la notificación se había efectuado en el año 1977.

Ahora bien, estos Reglamentos, expresamente citados en ese precepto, tienen una naturaleza temporal y algunos de ellos han sido sustituidos por otros sin que se haya modificado en paralelo el Real Decreto 157/1992 para introducir en su artículo 1 la remisión al nuevo Reglamento vigente. Puesto que tal modificación no se ha efectuado, cabe plantearse cuál es el Reglamento de exención por categorías que se encuentra vigente.

La solución consiste en una de las tres alternativas siguientes: o bien se aplica lo previsto en el Reglamento derogado, o se aplica el nuevo Reglamento, o bien se considera que cuando se derogue el Reglamento mencionado en el artículo 1 del Real Decreto no existe una exención por categorías.

En la comentada Resolución de 23 de mayo de 1996 del Tribunal de Defensa de la Competencia se analizan tales alternativas. El supuesto de hecho consistía en un expediente de autorización singular promovido por La Casera, S. A., para que se declarara que los contratos tipo que presentaba relativos, en primer lugar, a una franquicia industrial y distribución y, en segundo lugar, a un contrato de distribución exclusiva de bebidas refrescantes, que podían acogerse a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos CEE 240/1996 y 1983/1983, y, subsidiariamente, se concediera autorización singular para los contratos notificados. El problema radicaba en el hecho de que el Reglamento 240/1996 no estaba incluido entre los mencionados por el artículo 1 del Real Decreto 157/1992. Este Decreto en la materia referida se remite a lo dispuesto en los Reglamentos 2349/1984 [art. 1.1.c)] y 556/1989 [art. 1.1.f)], pero estos Reglamentos comunitarios ya no estaban vigentes. El primero de ellos por haber cumplido el plazo establecido para su vigencia, y el segundo por haber sido expresamente derogado.

Para dar solución a la cuestión planteada se analizan las distintas alternativas. La solución consistente en aplicar los Reglamentos derogados, es decir, aplicar al contrato de franquicia industrial la exención si cumplía las menciones de los Reglamentos Comunitarios mencionados en el artículo 1 del Real Decreto, constituye, como acertadamente señala la Resolución, un sinsentido «y perjudica el efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado», por lo que no resulta aceptable.

No resulta tampoco posible interpretar el precepto contenido en el artículo 1 del Real Decreto en el sentido de considerar que los contratos que no tengan dimensión comunitaria pero cumplan los requisitos establecidos por Reglamentos Comunitarios que hayan sustituido a los enumerados en dicho artículo están incluidos en la exención por categorías, aun cuando esta consideración, en opinión del TDC, suponga graves consecuencias para el efecto útil del Derecho comunitario derivado<sup>94</sup>, la segu-

<sup>94</sup> Las menciones al efecto útil del Derecho comunitario derivado no resultan aceptables en el supuesto de la Resolución comentada, ya que se trataba de aplicar normas españolas y no comunitarias, puesto que los contratos sometidos a autorización no afectaban al comercio entre Estados miembros y, por tanto, no se trataba de un supuesto al que pudiera ser aplicable el artículo 85

ridad jurídica y el tráfico mercantil. A pesar de ello no es posible esta interpretación, ya que supondría aplicar unas normas que no están incluidas en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992; es decir, aplicar unas normas comunitarias que no han sido convertidas en Derecho español.

En estas circunstancias la única solución aceptable es la de considerar que el contrato de franquicia industrial presentado en el expediente cumple con todos los requisitos incluidos en el Reglamento CEE 640/1996, pero que al no ser posible la aplicación de la exención del artículo 5 de la Ley, se le concede una autorización singular, solución por la que se inclina la citada Resolución.

Ahora bien, esta solución es solamente válida para el supuesto contemplado, por lo que cabe plantearse una solución válida para otros supuestos. En ese apartado, el Tribunal plantea que el Gobierno debe corregir urgentemente la situación mediante la aprobación de un Real Decreto que modifique lo establecido en el Real Decreto 157/1992, pero mientras no se produce la modificación normativa anuncia que el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos aplicando los criterios contenidos en los Reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá multas a los operadores que suscriban contratos sin dimensión comunitaria que cumplan los requisitos contenidos en tales Reglamentos.

Esta solución sirve para supuestos concretos. Pero como señala la Resolución comentada, implica efectos negativos para la seguridad jurídica, por lo que sería conveniente que, con ocasión de la reforma de la Ley, se arbitrara un sistema que solucionara la cuestión planteada sin la concurrencia de los elementos negativos presentes en la regulación actual.

La solución, por otra parte, debe tener en cuenta necesariamente el estado del proceso de reforma de la política de la Comisión Europea tras la publicación del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria<sup>95</sup>. En la actualidad la DG IV trabaja con la idea, en primer lugar, de no renovar los reglamentos de exención por categorías, de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia; en segundo lugar, proponer la adopción de exenciones más amplias y simples basadas simplemente en una lista de cláusulas inadmisibles (lista negra) y, finalmente, en adoptar un reglamento único aplicable a todos los tipos de restricciones verticales<sup>96</sup>.

---

del Tratado. No se trata tampoco de aplicar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario, sino de establecer cuáles son las exenciones por categorías vigentes en Derecho nacional, y ellas serán necesariamente las que se establezcan en las normas internas, las cuales deberán ser interpretadas de acuerdo con el Derecho comunitario.

<sup>95</sup> Doc. Com. (96) 721 final, de 22 de enero de 1997.

<sup>96</sup> M. A. PEÑA CASTELLOT, «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.

#### 4. CONCLUSIONES

Conforme ha quedado expuesto en los apartados anteriores, caben diversos supuestos de aplicación de las normas de la competencia. Por resumir tales supuestos se puede señalar que las normas comunitarias de la competencia pueden ser aplicadas por la Comisión europea, y en España, por los órganos jurisdiccionales del orden civil y por las autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia, en particular por el TDC. Si a ello se le añade que cabe también la aplicación de las normas nacionales de la competencia tanto por los órganos jurisdiccionales como por el TDC, surge de todo ello un panorama en el que deben estar presentes distintos principios.

Por un lado, debe respetarse el principio de seguridad jurídica, tratando de evitar resoluciones contradictorias. Junto al principio de seguridad jurídica deben buscarse resoluciones que permitan, por una parte el más rápido restablecimiento del orden concurrencial alterado, y por otra, la pronta satisfacción de los intereses particulares en juego. Como puede fácilmente comprenderse, el obtener el encaje de todas esas piezas no resulta sencillo, máxime cuando se trata de cuestiones que precisan en cierta medida de criterios uniformes de órganos administrativos de dos Administraciones diferentes, por una parte, y de órganos jurisdiccionales, por la otra.

Finalmente, debe señalarse que existen algunos supuestos íntimamente relacionados con las cuestiones que aquí han sido planteadas y que solamente han quedado apuntados. Tal ocurre con la aplicación del artículo 7 de la LCD, que prevé la posibilidad de perseguir con arreglo a la normativa *antitrust* conductas desleales que puedan ser objeto igualmente de ejercicio de acciones civiles de acuerdo con la LCD. Otro tanto cabe señalar del supuesto de infracción de normas presente en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, especialmente en su artículo 15.2, que plantea algunos casos en los que es posible el sometimiento de una misma conducta a la consideración de un juez civil y del TDC. Del simple planteamiento de esos problemas surgen cuestiones sugerentes que sería conveniente analizar. Pero en ese supuesto cabría el riesgo de que la longitud del capítulo excediera todo lo razonable.



## LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR BANCARIO

Xavier VIVES \*

Director del Instituto de Análisis Económico

### 1. INTRODUCCIÓN

Las autoridades de defensa de la competencia tienen encomendada la tarea de velar por el comportamiento eficiente de los mercados. Esta actividad es compartida a veces con reguladores sectoriales, en especial en las industrias inmersas en un proceso de introducción de competencia acompañado por una reforma regulatoria. El sector bancario se ha transformando profundamente, al pasar de ser una industria fuertemente regulada a una industria liberalizada, aunque sujeta a regulación prudencial. Más recientemente, cambios tecnológicos y el proceso de desregulación y globalización han acelerado la transformación originando una oleada de fusiones que está cambiando el mapa bancario en el mundo.

¿Cuál debe ser la actitud de las autoridades de defensa de la competencia?

En diversos países europeos, al igual que en los Estados Unidos en el pasado, el sector bancario está relativamente protegido de las autoridades de defensa de la competencia, en especial en lo que se refiere a las fusiones entre entidades. Este artículo pasa revista al papel de la competencia en el sector bancario y sus relaciones con la regulación (Sección 2); examina la transformación del sector y el papel de las fusiones (Sección 3); plantea la metodología para analizar las concentraciones bancarias desde el punto de vista de la competencia, con especial énfasis en la práctica en los Estados Unidos (Sección 4), y concluye con unas recomendaciones sobre cómo abordar la cuestión.

---

\* Agradezco el soporte parcial del proyecto PB 93-0679 para la realización de este trabajo.

## 2. LA REGULACIÓN Y EL PAPEL DE LA COMPETENCIA

Existen dos razones fundamentales que explican la actitud benevolente de las autoridades frente a comportamientos limitadores de la competencia en el sector bancario.

En primer lugar, se puede argumentar que un cierto grado de poder de mercado en la banca no es necesariamente malo. A los beneficios de una mayor eficiencia por efecto de la presión competitiva se contraponen unos mayores incentivos a tomar riesgo, en particular en presencia de mecanismos de aseguramiento, tales como el seguro de depósito, o bien de una política de *too big to fail* (demasiado grande para quebrar) por parte del banco central o regulador<sup>1</sup>.

Un banco con poder de mercado tiene bastante que perder si se arriesga demasiado. Esta idea se ha corroborado en diversas modelizaciones en contextos tanto estáticos como dinámicos<sup>2</sup>. De hecho, la estabilidad del sistema bancario estuvo garantizada durante el largo período desde los años cuarenta hasta los años setenta mediante una rígida regulación que mantenía un sector rentable, incluso fomentando la colusión entre entidades con el beneplácito del regulador, y ello moderaba los incentivos a tomar riesgo por el miedo a perder la licencia bancaria<sup>3</sup>. Al mismo tiempo, el problema de una asunción excesiva de riesgo debido a la garantía implícita del prestamista en última instancia y/o el seguro de depósito se disminuía considerablemente mediante la eliminación de la competencia mediante una regulación de tipos, actividades, inversiones, y entrada en el sector<sup>4</sup>.

Cabe destacar también que las liberalizaciones han ido acompañadas en ocasiones de problemas de estabilidad como demuestra el caso de las Savings & Loans (S&L) americanas<sup>5</sup>. La evidencia internacional indica

---

<sup>1</sup> De acuerdo con la doctrina de *too big to fail* (TBTf) se rescata a un banco grande insolvente (protegiendo, pues, a los depositantes no asegurados e incluso a los accionistas), cuya quiebra podría contagiar a otros bancos, a través del mercado interbancario, y al sector real. Tanto la política del TBTf como el seguro de depósito introducen distorsiones en las decisiones de las entidades financieras al reducir los incentivos de los depositantes a supervisar la marcha de los bancos e inducir, dada la responsabilidad limitada de los mismos, una asunción excesiva de riesgo. Así, las entidades pueden financiar inversiones arriesgadas con tipos de interés pasivos sin penalización, dado que los depósitos están implícita o explícitamente asegurados.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, MATUTES y VIVES (1996, 1998) y HELLMANN *et al.* (1997).

<sup>3</sup> Véase KEELEY (1990).

<sup>4</sup> En los Estados Unidos la crisis de los años treinta dio lugar a un sistema regulatorio destinado a evitar la concentración de poder financiero, proteger a los pequeños inversores y controlar la «competencia excesiva». El sistema estaba basado en la prohibición de la banca interestatal, la separación de la banca comercial y la de inversión, el establecimiento del seguro de depósito, y la regulación de tipos sobre depósitos (regulación Q). Para la aplicación de esta regulación se creó en 1933 la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) y la Federal Savings and Loans Insurance Corporation (FSLIC) en 1934.

<sup>5</sup> La aparición en los años setenta de los fondos del mercado monetario ofreciendo tipos elevados sobre depósitos, y el proceso de desintermediación, con la creciente importancia del papel

que las crisis bancarias ocurren con mayor frecuencia en sistemas financieros liberalizados<sup>6</sup>. La liberalización en Europa también ha ido asociada a quiebras bancarias como atestiguan la crisis en España de finales de los setenta y principios de los ochenta, y en los países escandinavos de principios de los noventa. Sin embargo, en cada caso además de la liberalización financiera (de la segunda mitad de los setenta en España y de los ochenta en Escandinavia) otros factores fueron relevantes: la recesión económica en España, errores en las políticas fiscal y monetaria en Escandinavia (que alimentaron una burbuja especulativa) y, en general, mala gestión y fallos en la supervisión bancaria.

La segunda razón de la benevolencia frente a las restricciones a la competencia es que las autoridades reguladoras, y los bancos centrales en particular, han tendido a considerar que para la estabilidad del sistema era mejor tener un sector concentrado e, incluso, cartelizado, que no un sector competitivo. Este argumento se basa en parte en el anterior (márgenes altos dan estabilidad) pero, además, se añade la comodidad de tratar en un sector concentrado con unas pocas entidades a las que se puede controlar más fácilmente, y la mayor facilidad para organizar operaciones de salvamento de entidades con problemas apelando al mismo sector.

La necesidad de un tratamiento especial desde el punto de vista de la competencia para la banca en los Estados Unidos también se basó en la aversión a instituciones grandes que concentrasen demasiado poder económico. El origen de las restricciones a la banca interestatal, que se han levantado de manera importante recientemente a partir de la Riegle-Neal Act de 1994, hay que entenderlo en este contexto. Además, muchas veces se confundió tamaño con poder de mercado cuando en realidad un banco puede ser muy grande pero no tener poder de mercado en ninguno de los segmentos en los que opera. El poder de mercado depende de la concentración del mercado no del tamaño del banco.

En la actualidad se considera que el mercado debe estar abierto a la competencia para fomentar un sistema bancario y financiero eficientes. Los argumentos son los siguientes. En primer lugar, porque no es ya posible restringir la competencia sin limitar de manera importante a la vez la innovación y el desarrollo de los mercados financieros. En segundo lugar, porque el coste de la regulación de tipos y actividades de las entidades financieras en términos de distorsiones e intentos de captura del regulador es muy importante. En tercer lugar, porque el aumento de la competencia viene asociado a menudo con una extensión efectiva del mercado, bien sea a través de la integración de mercados financieros, bien sea por un aumento de la demanda. La consecuencia es que las

---

comercial, dio lugar a la reforma regulatoria de los años ochenta. Algunas de las reformas emprendidas fueron la desregulación de los tipos de interés, una progresiva permisividad de las fusiones interestatales y la ampliación de las actividades permitidas a las S&L. El resultado fue un aumento sustancial del número de quiebras.

<sup>6</sup> Véase DEMIRGÜÇ-KUNT y DETRAGIACHE (1998).

posibilidades de diversificación, y el potencial de disminución del riesgo, también aumentan. En cuarto lugar, porque se considera que para paliar el problema de una asunción excesiva de riesgo se deben utilizar los requisitos de capital y la supervisión de las instituciones, al mismo tiempo que se prima la transparencia y la provisión de información por parte de las entidades.

La conclusión es que la política de defensa de la competencia se debe aplicar al sector bancario aunque existan argumentos para defender que sea algo más laxa que en otros sectores. Una intervención regulatoria directa que limite la competencia solamente se ve justificada en entidades que desarrollen problemas con una base de capitalización pequeña dado que pueden estar tentadas a emprender una «huida hacia adelante» pervertiendo los instrumentos competitivos.

La práctica, según la cual la aquiescencia del banco central o del regulador nacional son suficientes para dar luz verde a las fusiones bancarias debería ser cuestionada. La autoridad de defensa de la competencia debe pronunciarse también. Esto ha sido así recientemente en los Estados Unidos en donde la exención *de facto* de la banca en relación a las leyes antitrust se reconsidera por decisiones de la Corte Suprema en 1944, 1963 y 1964. De esta manera se proporcionan los incentivos adecuados para recabar la información necesaria sobre los efectos de una fusión. El banco central o regulador velando por las repercusiones en la estabilidad del sistema, y la autoridad de defensa de la competencia por los efectos en las empresas y consumidores de la concentración en cuestión. La tensión entre mantener la estabilidad del sistema y la competencia se tiene que resolver de manera transparente proporcionando las agencias correspondientes las argumentaciones pertinentes <sup>7</sup>.

La política de defensa de la competencia se interesa también por las ayudas públicas a las empresas. En el caso de la banca la autoridad europea ha intervenido en casos como el Credit Lyonnais en donde se intentó crear un campeón nacional que diera soporte a la industria francesa. Como es bien sabido, el banco acabó con una cartera enorme de préstamos morosos y fue «demasiado grande para quebrar». Problemas de interferencia política, falta de transparencia e independencia del regulador caracterizaron los sucesivos intentos de reflotar el banco. Como ejemplo, los créditos irrecuperables fueron asumidos por el Consortium de Réalisation que estaba en manos del mismo banco. El comisario europeo de defensa de la competencia intervino en el proceso e impuso la privatización del banco para finales de 1999, así como límites de crecimiento y requisitos mínimos de distribución de dividendos como porcentaje del ingreso. Vemos aquí un papel de la política de defensa de la competencia en la Unión Europea como controladora de las ayudas

---

<sup>7</sup> DEWATRIPONT y TIROLE (1999) estudian los beneficios del sistema de confrontación de instituciones con objetivos distintos (abogados de causas enfrentadas) para generar información sobre una decisión.

públicas en el sector bancario y vigilante cuando la regulación nacional puede interferir con la competencia en el mercado.

### 3. TRANSFORMACIÓN DEL SECTOR, FUSIONES Y COMPETENCIA

En el proceso de liberalización del sector están subyacentes diversas tendencias. Entre ellas destacan los avances en la tecnología de la información, en el procesamiento de transacciones (cajeros automáticos, banca por teléfono, banca a través de PC, etc.), en las técnicas de gestión y cobertura de riesgo, y la rebaja general de costes de transporte y de las barreras al comercio resumidas en lo que llamamos globalización.

Parte integral del proceso es la liberalización de los movimientos internacionales de capital y el cambio regulatorio inducido (libertad de tipos, liberalización de las actividades de inversión de la banca, convergencia en las actividades de cajas y bancos, y entre banca comercial y banca de inversión, levantamiento de restricciones geográficas, reducción o eliminación de coeficientes obligatorios, etc.).

El resultado del proceso es un aumento de la competencia, tanto interna como externa al sector con el avance de la desintermediación, la competencia directa de los mercados financieros y la integración de mercados. Todo ello es potenciado por la Unión Monetaria en Europa (UME). El sector bancario se está transformando y estamos asistiendo a una oleada de fusiones y adquisiciones muy importante con los Estados Unidos a la cabeza y concentraciones post UME en Europa en España, Italia y Francia<sup>8</sup>.

La transformación del sector supone una evolución desde el negocio tradicional de obtener depósitos y otorgar créditos a la provisión de servicios a inversores (venta fondos de inversión y banca privada, seguro) y empresas (asesoramiento, seguro, fusiones y adquisiciones, soporte de emisiones de acciones y obligaciones, cobertura riesgo con instrumentos derivados). En este proceso el margen financiero se equilibra con los ingresos por comisiones y la inversión en la red de sucursales con la inversión en redes de comunicación, tecnología de la información y capital humano muy especializado. Esta evolución puede implicar que el tamaño vuelva a ser importante, sobre todo en banca al por mayor y de inversión, y que el número de entrantes en estos segmentos del negocio sea limitado a pesar de la expansión del mercado. En efecto, en presencia de costes de entrada de tipo I+D un aumento del tamaño del mercado no tiene porque disminuir la concentración<sup>9</sup>. La explicación es que cuando las cuotas de mercado son muy sensibles a las inversiones de las entidades la rivalidad puede ser tal que aunque aumente el tamaño del mercado no quepan más competidores.

<sup>8</sup> Véase GIAVAZZI *et al.* (1999).

<sup>9</sup> Véase SUTTON (1991).

Dados los desarrollos tecnológicos y el importante aumento del grado de competencia en el sector, ¿deben preocupar los procesos de fusiones entre entidades? En principio se podría pensar que la defensa de la competencia en el sector ya no es relevante en el nuevo contexto. Ésta es una conclusión precipitada. La razón es que la banca es un negocio multiproducto y los distintos segmentos del sector pueden tener un grado de competencia muy distinto. Así, mientras el nivel de competencia en la banca al por mayor y de inversión puede ser muy importante y el mercado relevante europeo o mundial, en la banca al por menor de particulares (con la excepción de banca privada y gestión de grandes patrimonios) y empresas pequeñas o medianas (PIMES) el mercado es local. Así, una fusión puede no tener repercusiones relevantes en el grado de competencia en banca al por mayor para grandes empresas porque el mercado relevante es internacional, pero tenerlas muy importantes en banca al por menor, porque el mercado relevante es no ya nacional, sino local. Este parece ser el caso, por ejemplo, de la fusión entre UBS y SBC en Suiza<sup>10</sup>. Téngase en cuenta que desde el punto de vista de defensa de la competencia el mercado relevante (en términos de productos y de alcance geográfico) incluye solamente el conjunto de productos mínimo y/o el alcance geográfico más restringido en el que un grado dado de poder de mercado pueda ser ejercido<sup>11</sup>.

Aun así quizás se puede argüir que las barreras de entrada en la banca al por menor también están desapareciendo debido a la presencia de la banca electrónica (operaciones con cajeros automáticos, banca por teléfono y el comercio a través de internet). La banca al por menor se haría así más impugnabile por parte de la competencia potencial y un grado de concentración elevado no tendría por qué implicar que sea posible ejercer poder de mercado. Cabe hacer tres consideraciones al respecto. En primer lugar, en la banca electrónica también existen costes de cambio (*switching costs*), dado que los cambios de especificación de las transacciones y acceso son costosos<sup>12</sup>. En segundo lugar, el grado de penetración de la banca electrónica todavía es bajo en conjunto, necesitándose quizá una generación de consumidores para que se generalice. La conclusión es que los servicios proporcionados por la red de sucursales siguen siendo centrales y, por tanto, todavía es pronto para que la banca electrónica modifique de manera sustancial la definición de mercado relevante para los productos financieros. Aún así en productos como fondos de inversión, tarjetas de crédito e hipotecas el efecto de la banca electrónica empieza a notarse en algunos países. Éste no es el caso para cuentas corrientes e instrumentos de transacción. En tercer lugar, el mercado para las PIMES es decididamente local, dado que la relación entre

<sup>10</sup> Véase NEVEN y VON UNGERN-STERNBERG (1998).

<sup>11</sup> Según los Merger Guidelines del Departamento de Justicia (DOJ) de los Estados Unidos (1992) este grado de poder de mercado consiste en la capacidad de incrementar de manera rentable los precios en un 5 por 100 por encima del nivel competitivo.

<sup>12</sup> Véase RHOADES (1997).

el banco y la empresa es frecuente y el banco supervisa la solvencia de la empresa.

En resumen, a pesar de que la banca electrónica tiene potencial para extender la definición de mercado relevante y aumentar la impugnabilidad de los mercados locales, hoy por hoy el mercado relevante para la banca al por menor sigue siendo local y la barrera a la entrada que representa una tupida red de sucursales importante. Éste ha sido el criterio seguido por el Departamento de Justicia (DOJ) de los Estados Unidos en su análisis de fusiones bancarias al utilizar las *Metropolitan Statistical Areas* como unidad relevante en base a encuestas a PIMES y consumidores<sup>13</sup>.

#### 4. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LAS FUSIONES

La metodología para analizar los efectos de las fusiones consiste en definir en primer lugar el mercado relevante. Como hemos argumentado, problemas típicamente potenciales se presentan sólo en la banca al por menor al ser el mercado relevante local. En los Estados Unidos, para las PIMES se considera el paquete de servicios que incluye préstamos, depósitos y gestión de tesorería (distinguiendo en general entre *small business* y *middlemarket*). Para los particulares en general el paquete de servicios se aproxima por los depósitos (por la facilidad de obtener datos).

El segundo paso es el análisis de la concentración y barreras de entrada en el mercado relevante. El procedimiento en los EEUU está muy sistematizado en los *DOJ Mergers Guidelines* (1992) y se basa en el índice de concentración de Herfindahl (la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas en el mercado multiplicado por 10.000) como indicador de poder de mercado<sup>14</sup>. Este es un indicador de dominancia colectiva del mercado. El índice de Herfindahl H define zonas de concentración baja, moderada y alta y las utiliza como filtros para orientar la actuación de la autoridad pública. En la Unión Europea (con la regulación de 1989 sobre el control de concentraciones), así como en la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989, se utiliza la cuota de mercado de las empresas que participan en la fusión como criterio discriminador. Se pone énfasis en el concepto de dominancia de una empresa individual más que en el de poder de mercado teniendo en cuenta la interrelación con otras empresas. Sin embargo, en la UE últimamente se está evolucionando hacia la aceptación de criterios de dominancia colectiva.

En los Estados Unidos todas las fusiones deben solicitar permiso al regulador [ya sea la Reserva Federal, el FDIC o bien el *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC)]. Además, el DOJ puede revisar las fusiones para prevenir que reduzcan sustancialmente la competencia. La Reserva

<sup>13</sup> Véase KWAST *et al.* (1997).

<sup>14</sup> Véase VIVES (1998).

Federal, el OCC y el DOJ aplican un filtro que suaviza un poco los umbrales establecidos en general. En efecto, se da luz verde automática a las fusiones bancarias en el caso en que el mercado relevante tenga una concentración según el índice de Herfindhal de menos de 1.800 puntos y que la fusión no la aumente en más de 200 puntos (cuando en los *Merger Guidelines* el umbral es de 100 puntos). El cálculo se basa en la inclusión en el mercado relevante del 50 por 100 de las cajas de ahorro para tener en cuenta que las cajas no compiten con los bancos en todas las líneas de negocio. El DOJ, además, puede imponer un filtro más estricto considerando un mercado relevante más pequeño o eliminando a las cajas de ahorro del cálculo del índice H (dado que en el mercado de crédito a empresas, por ejemplo, las cajas son menos activas)<sup>15</sup>.

La evidencia empírica disponible en los EEUU indica que en los mercados locales se ejerce poder de mercado y que las fusiones «sustanciales» (con consecuencias para la concentración del mercado por encima de los umbrales mencionados que automáticamente dan luz verde) tienen efectos importantes en los tipos de interés del mercado que se concentra. Este tipo de fusiones incrementarían, por tanto, el poder de mercado<sup>16</sup>. En Europa, la evidencia disponible hasta el momento es consistente con el motivo poder de mercado para las fusiones entre entidades domésticas. Sin embargo, hipótesis alternativas no quedan excluidas porque todavía falta realizar análisis detallados de los efectos en mercados locales<sup>17</sup>.

Cuando a consecuencia de la fusión los índices de concentración superan los umbrales definidos se tienen en cuenta factores adicionales, tales como las condiciones de entrada, indicadores de facilidad de colusión y las posibles economías realizadas en la fusión. Sin embargo, el procedimiento europeo no considera de manera sistemática las condiciones de entrada y, además, los argumentos de eficiencia en defensa de una fusión no pueden ser usados como contrapeso al aumento de poder de mercado.

En los Estados Unidos las fusiones bancarias planteadas en los últimos años han tendido a ser aprobadas sujetas al remedio de problemas de concentración excesiva en algunos mercados locales. Es interesante notar que a pesar del aumento de la concentración global en el período 1988-1997, pasando de un porcentaje de activos totales de los bancos domésticos en manos de los ocho más grandes del 22,3 al 35,5 por 100, los índices de concentración local han crecido moderadamente (de 4.316 a 4.414 para «MSA counties») o incluso han decrecido (de 2.020 a 1.949

<sup>15</sup> Véase GUERIN-CALVERT (1996).

<sup>16</sup> Véase HANNAN (1991) y PRAGER y HANNAN (1998).

<sup>17</sup> Vander VENNET (1996, 1997) concluye en su estudio sobre fusiones y adquisiciones en Europa en el período 1988-1993, que fusiones domésticas entre bancos de un mismo tamaño mejoran los resultados del banco y que fusiones internacionales mejoran la eficiencia en costes. CYBO-OTTONE y MURGIA (1998) encuentran que la valoración de mercado de las empresas combinadas mejora cuando se anuncia la operación. Esta mejora se debe a las fusiones domésticas y a la diversificación de los bancos hacia el negocio asegurador.



para «MSA counties») <sup>18</sup>. El remedio ha significado la venta o desinversión (*divestiture*) de parte de la red de sucursales en aquellas localidades en donde el índice H crecía de manera importante por la fusión y el análisis de los otros factores así lo indicaba. En el extremo se llega a requerir la venta total de la red de una de las entidades que se fusionan <sup>19</sup>.

La defensa de eficiencia de las fusiones bancarias, además de las potenciales reducciones de costes, puede incluir los beneficios de una mayor diversificación. En los Estados Unidos estudios recientes indican que existen economías importantes de diversificación del riesgo macroeconómico que pueden ser explotadas por las fusiones entre entidades de distintos Estados <sup>20</sup>. En Europa estas economías de diversificación internacional se ven limitadas por el aumento de la correlación en los ciclos económicos entre países (y la disminución de la correlación entre las regiones que pertenecen a un mismo país) debidos al proceso de integración europea <sup>21</sup>.

Las fusiones, al crear entidades grandes con muchas conexiones con diversos sectores, plantean otra cuestión más sutil: un aumento del efecto *too big to fail*. El resultado puede ser un aseguramiento *de facto* de todas aquellas entidades susceptibles de causar problemas sistémicos. Las consecuencias incluyen un aumento general del problema de la asunción excesiva de riesgo y un subsidio de los bancos pequeños a los grandes. Este problema se plantea, no obstante, fundamentalmente al regulador <sup>22</sup>.

Por otra parte, en los sistemas como el europeo en donde la banca universal impera (y los bancos poseen una cartera de acciones) las fusiones entre bancos plantean también consecuencias en los sectores participados. Así, la fusión de entidades con una cartera importante en un sector determinado puede disminuir considerablemente el grado de competencia. En particular, esto sucede cuando el paquete accionario de la entidad financiera asegura el control de la empresa o empresas y los bancos fusionados están involucrados en la gestión de las empresas participadas. Aun en el caso de participación financiera, se debe analizar si la mera posesión de un porcentaje relevante del capital puede inducir a los gestores de la empresa a internalizar las preferencias del banco y suavizar la competencia. En resumen, puede ser que una fusión no plantee problemas en el sector bancario pero que los plantee en sectores participados. El remedio en estos casos es claro: el banco fusionado se debe desprender de participaciones significativas en empresas distintas de un sector que pongan en peligro la rivalidad.

<sup>18</sup> Véase BERGER *et al.* (1999).

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, KWAST (1999).

<sup>20</sup> Véase HUGHES *et al.* (1996, 1998). Un banco más diversificado tiene más capacidad para asumir riesgo y para supervisar proyectos empresariales.

<sup>21</sup> Véase FATÁS (1997). Según FORNI y REICHLIN (1997) el componente europeo explica el 50 por 100 de las fluctuaciones de la renta de una región, mientras que el resto se reparte entre el componente estatal y el regional.

<sup>22</sup> Véase VIVES (1999).

En general, un sistema de relaciones banca-industria con participaciones cruzadas importantes es proclive a disminuir la competencia en los mercados de productos y servicios.

## 5. CONCLUSIONES

Del análisis precedente se desprenden algunas conclusiones.

El sector bancario necesita una política de defensa de la competencia activa, tanto a nivel nacional o europeo. La tensión entre el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero y de una competencia vigorosa no se puede resolver sacrificando la segunda.

La política de defensa de la competencia en el sector bancario puede relajarse algún grado en relación a la norma general, en relación a fusiones, por ejemplo, dado que un cierto nivel de poder de mercado en el sector puede ser eficiente.

Tanto el regulador como la autoridad de defensa de la competencia deben pronunciarse frente a las fusiones de entidades financieras. Así se proporcionan los incentivos adecuados para que el posible conflicto entre estabilidad y competencia como resultado de una fusión se examine de forma transparente.

La metodología para analizar fusiones está bien establecida. Lo que importa no es el tamaño del banco, sino su poder de mercado potencial en los distintos segmentos del negocio. El mercado relevante para los distintos segmentos de la banca al por mayor será europeo o mundial y difícilmente presentará problemas de competencia. Sin embargo, el mercado relevante para la banca al por menor, de particulares y PIMES, es típicamente local y una fusión, en particular entre entidades nacionales, puede aumentar la concentración de manera importante. Se debe realizar, pues, un análisis del impacto de la fusión en los mercados locales.

En aquellos mercados locales en los que se establezca que existen barreras a la entrada y la fusión eleve la concentración de manera importante, el remedio debe ser la venta de parte de la red de las entidades fusionadas.

Asimismo, se debe examinar el efecto de una fusión en los sectores participados por las entidades que se concentran para que no haya peligro de relajación de la competencia en los mismos. En caso de que este peligro exista, dada la posición de control de las entidades fusionadas en empresas del sector, el remedio es la venta de participaciones.

Al evaluar una fusión bancaria se deberían tener en cuenta los posibles beneficios en términos de diversificación, así como las potenciales reducciones de costes. Una mayor diversificación es importante, puesto que puede dar una mayor estabilidad a una entidad financiera. Las fusiones de entidades de distintos países tienen más posibilidades de aumentar

la diversificación. Sin embargo, la normativa europea no facilita la utilización de argumentos de eficiencia en las fusiones.

Finalmente, como el caso del Credit Lyonnais ha puesto de manifiesto, la política de defensa de la competencia a nivel europeo puede jugar un papel importante para que las ayudas estatales a bancos nacionales no supongan el mantenimiento de entidades ineficientes.

Dos cuestiones de futuro para la política de defensa de la competencia en banca son las siguientes. En primer lugar, se puede especular hasta qué punto la evolución de la banca electrónica afectará la definición de mercado relevante. En caso de que la banca electrónica se generalizase se relajarían de manera importante las barreras de entrada y el mercado relevante tendería a crecer. En segundo lugar, se debe considerar si la consolidación de instituciones a nivel mundial, hasta dejar solamente unos pocos jugadores, puede llegar a afectar de forma adversa el nivel de competencia en segmentos de la banca al por mayor. Aunque la impresión es que la competencia es feroz, falta todavía estudiar el fenómeno en más profundidad.

## REFERENCIAS

- BERGER, A. N.; DEMSETZ, R. S., y STRAHAN, P. E. (1999), «The Consolidation of the Financial Services Industry: Causes, Consequences, and Implications for the Future», *Journal of Banking and Finance*, 23, 135-194.
- CYBO-OTTONE, A., y MURGIA, M. (1998), «Mergers and Shareholders Wealth in European Banking», mimeo.
- DEMIRGÜÇ-KUNT, A., y DETRAGIACHE, E. (1998), «Financial Liberalization and Financial Fragility», mimeo, The World Bank.
- DEWATRIPONT, M., y TIROLE, J. (1999), «Advocates», *Journal of Political Economy*, 107, 1, 1-39.
- FATÁS, A. (1997), «EMU: Countries or Regions? Lessons from the EMS Experience», *European Economic Review*, 41, 743-751.
- FORNI, M., y REICHLIN, L. (1997), «National Policies and Local Economies: Europe and the United States», *Discussion Paper* núm. 1632, Centre for Economic Policy Research, London.
- GIAVAZZI, F.; DANTHINE, J. P.; THADDEN, E. L. von, y VIVES, X. (1999), *Monitoring European Integration: The Future of European Banking*, CEPR, 1999.
- GUERINN-CALVERT, M. (1996), «Current Merger Policy: Banking and ATM Network Mergers», *The Antitrust Bulletin*, summer 1996, 289-322.
- HANNAN, T. (1991), «Bank Commercial Loan Markets and the Role of Market Structure: Evidence from Surveys of Commercial Lending», *Journal of Banking and Finance*, 15, 133-149.
- HELLMANN, T.; MURDOCK, K., y STIGLITZ, J. (1997), «Liberalization, Moral Hazard in Banking, and Prudential Regulation: Are Capital Requirements Enough», *Graduate School of Business Research*, Documento núm. 1466, Stanford University.
- HUGHES, J.; LANG, W.; MESTER, L., y MOON, C. G. (1996), «Efficient Banking under Intestate Branching», *Journal of Money, Credit and Banking*, 28, 4, 1045-1071.

- (1998), «The Dollars and Sense of Bank Consolidation», *Working Paper*, núm. 98-10. Federal Reserve Bank of Philadelphia.
- KEELEY, M. (1990), «Deposit Insurance, Risk and Market Power in Banking», *American Economic Review*, 80, 5, 1183-1200.
- KWAST, M. L.; STARR-MCCLUER, M., y WOLKEN, J. D. (1997), «Market Definition and the Analysis of Antitrust in Banking», *The Antitrust Bulletin*, winter 1997, 973-995.
- KWAST, M.L. (1999), «Bank Mergers: What Should Policy Makers Do?», *Journal of Banking and Finance*, 23, 629-636.
- MATUTES, C., y VIVES, X. (1996), «Competition for Deposits, Fragility and Insurance», *Journal of Financial Intermediation*, 5, 184-216.
- (1998), «Imperfect Competition, Risk Taking and Regulation in Banking», de próxima publicación en *European Economic Review*.
- NEVEN, D., y UNGERN-STERNBERG, T. von (1998), «The Competitive Impact of the UBS-SBC Merger», *Cahiers de Recherches Économiques*, núm. 9805, DEEP, Lausanne.
- PRAGER, R., y HANNAN, T. (1998), «Do Substantial Horizontal Mergers Generate Significant Price Effects? Evidence from the Banking Industry», *Journal of Industrial Economics*, XLVI, 433-452.
- RHOADES, S. A. (1997), «Have Barriers to Entry in Retail Commercial Banking Disappeared?», *The Antitrust Bulletin*, winter 1997, 997-1013.
- SUTTON, J. (1991), *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the Evolution on Concentration*, The MIT Press, Cambridge, Mass.
- VANDER VENNET, R. (1996), «The Effect of Mergers and Acquisitions on the Efficiency and Profitability of EC Credit Institutions», *Journal of Banking and Finance*, 20, 1531-1558.
- (1997), «Determinants of EU Banks Takeovers: A Logit Analysis», *Working Paper*, núm. 97/29, University of Ghent.
- VIVES, X. (1998), «Concentración y Competencia», *Anuario de la Competencia 1996*, Fundación ICO, 71-85.
- VIVES, X. (1999), «La Supervisión Bancaria en la Unión Monetaria Europea», de próxima publicación en *El euro y sus repercusiones sobre la economía española*, Fundación BBV.

## LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO EN 1998

Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ \*

Economista y abogado

### 1. LOS PROBLEMAS DE UN MODELO DE DESREGULACIÓN SIN COMPETENCIA

Los problemas de competencia del sector eléctrico español son estructurales y no coyunturales. Por ello, para que puedan entenderse los problemas de competencia que se han planteado en un año —en 1998— hay que describir, aunque sea brevemente, los problemas que afectan a su estructura, puesto que son los que explican determinadas conductas y son el origen de todos los problemas de competencia más importantes del sector.

Lo primero que hay que decir, para ser más comprensivo con los errores que se han cometido en España, es que la desregulación del sector eléctrico es una moda relativamente reciente y que todavía se ha implantado en pocos países del mundo. Para comprobarlo basta con recordar que las primeras experiencias —las de Noruega e Inglaterra— nacieron a principios de los años noventa, y que, en un país tan partidario de la empresa privada, del mercado y de la competencia como Estados Unidos, todavía casi la mitad de sus Estados no han introducido competencia en el sector eléctrico en el nivel minorista.

Por ello, se puede decir con un cierto orgullo que España, que empezó este proceso de liberalización en 1994 con la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional y lo continuó y desarrolló con la Ley del Sector Eléctrico de 1997, ha dado pasos adelante en la desregulación del sector eléctrico bastante por delante de otros países. Por primera vez, en un proceso de flexibilización de un mercado, España no ha formado parte del pelotón de los países más atrasados.

---

\* Este artículo debe casi todo a los que trabajan en la CNSE, pero especialmente a Raúl YUNTA e Isabel SÁNCHEZ.

Los procesos de introducción de competencia en el sector eléctrico han exigido en todos los países unas políticas similares. Por un lado, la «privatización» de las empresas; por otro, la «liberalización», que consiste en permitir que cualquier oferente tenga la posibilidad de ofrecer sus productos y que los consumidores tengan la posibilidad de elegir entre los distintos oferentes; y, en tercer lugar, pero no en el último, pues esta política es esencial en los sectores de redes que han vivido mucho tiempo bajo el monopolio, la política de «reestructuración», esto es, la que se ocupa de tomar las medidas necesarias —cambiar la estructura heredada— para que haya competencia y rivalidad suficiente. Para conseguir que haya competencia en estos sectores de redes y tradicionalmente monopolistas, es fundamental la reestructuración, tanto horizontal, para que haya un número de rivales suficientes, como vertical, para impedir que surjan problemas de posición de dominio, ya que, dado que siempre subsisten algunas actividades monopolísticas, hay que evitar que contaminen al resto. Es tan importante esta tercera política, que la literatura anglosajona utiliza el término «restructuring» y no los de «liberalization» o «deregulation», cuando se refiere a la introducción de competencia en el sector eléctrico.

Pues bien, aunque España arrancó pronto en el proceso de introducción de mercado en el sector eléctrico, ha dejado esta tarea a medias, sin terminar. En lo que se refiere a los dos primeros grupos de políticas hay que decir que las medidas adoptadas han ido todas en la dirección correcta. Así, en cuanto a la *privatización*, podemos constatar que hoy todas las empresas eléctricas españolas —excepto Red Eléctrica, y ello es justificable, están completamente privatizadas—. Este proceso se inició en el año 1988 y ha acabado precisamente en el año que estudiamos —1998— con la privatización total de Endesa. Cosa distinta es la forma muy discutible en que se ha hecho la privatización, ya que en el corto plazo no se ha conseguido uno de los objetivos esenciales de la privatización, como es la desvinculación de la dirección de las empresas del poder político, pero es evidente que, en el largo plazo, la total privatización del sector eléctrico favorecerá el buen funcionamiento del mercado. Aunque este efecto llegue más tarde que si la privatización se hubiera hecho sin «prácticas mediterráneas» (para utilizar la terminología del *The Economist*) es evidente que a la larga, se acabará produciendo la separación de reguladores y regulados, y esto es muy importante para una adecuada regulación del sector.

En lo que se refiere a la *liberalización*, esto es, a la política por la cual se deja a oferentes y demandantes la libertad de elegir, también los pasos que se han dado han sido importantes. En 1994, la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico se adelantó a la directiva europea y estableció un modelo basado en lo que era entonces el proyecto de esa directiva, manteniendo una parte del sistema bajo el régimen de monopolio, pero permitiendo la introducción de un sistema totalmente liberalizado. En esta Ley se establecieron algunos de los pilares de la

regulación para un sistema liberalizado: la creación de un órgano regulador independiente, la separación de actividades, el acceso de terceros a la red, la operación del sistema y del transporte por una empresa independiente de las generadoras, etc. Tres años después, la Ley de 1997 no sólo mantuvo todos estos elementos, sino que introdujo un modelo más avanzado que el de la directiva europea, organizando un mercado al por mayor que suprimía la dualidad de regímenes, con lo que dio otro paso de gran importancia en el proceso de desregulación del sector.

Pero con estas medidas de privatización y liberalización, aún siendo importantes, acabaron los avances. Desgraciadamente, España no se ha atrevido todavía a introducir competencia en el sector eléctrico, con lo cual las ventajas de la privatización y de la liberalización pueden no llegar a los consumidores. No se ha hecho ninguna reestructuración horizontal, —incluso se ha dado marcha atrás—, con lo cual se ha dejado un inmenso poder de mercado a dos empresas que, en el momento que quisieran, podrían utilizarlo en perjuicio de los consumidores.

En lo que se refiere a la reestructuración vertical, la existencia de Red Eléctrica ha permitido que, sin necesidad de hacer grandes cirugías, España pueda contar con un operador del sistema independiente o, al menos, parcialmente independiente —ya que todavía subsiste un 40 por 100 de intereses eléctricos en su accionariado— lo que supone, cuando se compara con otros países europeos que todavía no cuentan con operadores de sistemas independientes, que en este aspecto también España está por delante. Es paradójico que una medida —la creación de REE en 1984— que se tomó con la finalidad de mejorar la planificación centralizada, se haya convertido en uno de los grandes activos de España a la hora de liberalizar el sector.

Sin embargo, en lo que se refiere a la separación de actividades de distribución y generación, la legislación española no ha obligado a separar los intereses de unas y otras actividades, sino que se ha quedado en la mera separación jurídica, lo cual abre la puerta a numerosos problemas derivados de la integración vertical, como los abusos de posición dominante que luego se mencionarán.

En mi opinión, la elección por parte de España —y de la Europa continental— de este modelo de desregulación del sector eléctrico que piensa que es posible que funcione la economía de mercado sin necesidad de que haya competencia, que cree que para que funcione la economía de mercado basta simplemente con la privatización y la liberalización, es un error que algún día habrá que corregir. En España probablemente se necesitará aprobar una tercera Ley eléctrica. El caso de España es especialmente peculiar porque los otros países europeos continúan con regímenes de monopolio, y sólo a regañadientes aplican los mínimos exigidos por la Directiva, pero España es el único caso de un país que habiendo querido introducir mecanismos de mercado, no sólo no se ha preocupado de la competencia, sino que incluso, como luego veremos, ha mantenido una política activa en contra de la misma.

## 2. LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES MÁS IMPORTANTES: LA ESCASEZ DE CONEXIONES INTERNACIONALES, LA CONCENTRACIÓN HORIZONTAL EN EL MERCADO Y LA INTEGRACIÓN VERTICAL

La clave de la mayoría de los procesos de liberalización que se han llevado a cabo en España y en todo el mundo se encuentra en la liberalización del comercio internacional. El comercio internacional es el gran liberalizador, pero, desgraciadamente, en el sector eléctrico en España, éste es un instrumento imposible de utilizar por razones físicas, por la falta de redes de transporte.

En la mayoría de los sectores productivos basta con suprimir las trabas al comercio para que se produzca el nivel de intercambio internacional que los agentes consideren que les interesa realizar. En estos casos, las limitaciones a la capacidad de intercambio son legales y no físicas, y así basta con suprimir barreras legales para que el comercio internacional juegue su excelente papel de introducir competencia. En el caso de la electricidad, debido a una larga historia de monopolios que se reparten los territorios, las empresas operan, en general, separadas por países, y la capacidad de intercambio se ha limitado prácticamente a lo exigible por razones de seguridad, con lo cual no hay suficiente capacidad de intercambio para el comercio. En el caso de España, este problema de falta de capacidad para que exista comercio es aún más grave que en otros países europeos, hasta tal punto que se puede decir que España está aislada de Europa desde el punto de vista eléctrico. La propia Inglaterra tiene una mayor capacidad de conexión que España, con lo que se puede decir que, eléctricamente, España es más isla que Inglaterra. Para hacerse una idea del problema, baste recordar que la capacidad de intercambio nominal máxima entre España y Francia (y, por tanto, con el resto del continente europeo) representa del orden del 4 por 100 de la demanda punta.

Este aislamiento del mercado español es el que agrava el problema de la concentración horizontal en la generación, que al dar un poder de mercado del orden del 80 por 100 a las dos empresas más importantes lo convierte en el problema de competencia número uno del sector eléctrico español. La concentración que existe hoy en España hace imposible que pueda funcionar el mercado de producción y, en la medida en que los riesgos de precio de ese mercado no son objetivos, se hace imposible que los comercializadores independientes puedan cubrirse, con lo cual la comercialización también queda en manos de las mismas empresas que, además, como no se han tomado medidas de desintegración vertical, son, asimismo, las dueñas de las redes de distribución.

En España no sólo no se han tomado medidas para mitigar los problemas de concentración horizontal —como la «divestiture» (obligación de vender activos), que ha sido la medida normal adoptada en los Estados



Unidos en estos casos— que podrían haber permitido una estructura de producción en la que existiera la rivalidad, sino que incluso se ha adoptado una política activa de concentración, de reestructuración en sentido inverso, de disminuir la rivalidad. La forma en que se ha llevado a cabo la privatización de las empresas eléctricas públicas ha supuesto un proceso de concentración empresarial o, si se quiere ver de otra forma, de desaparición del tejido empresarial eléctrico que había en España. Han desaparecido como entidades empresariales independientes Sevillana, Fecsa, Enher, etc., integrándose todas en un solo grupo empresarial. La CNSE se opuso en su momento a esta operación, aunque con poco éxito, ya que el legislador dejó las decisiones finales sobre estos asuntos de concentración en el Ministerio de Industria y en el gobierno.

Estas concentraciones han creado un problema no sólo para el funcionamiento adecuado del mercado de la generación, como ya se ha indicado, sino también para la mejor regulación de la distribución, en la medida en que se ha privado al regulador de la única posibilidad de comprobar si la regulación de este sector es adecuada, ya que no podrá hacer comparaciones entre la eficiencia de las diferentes empresas de distribución. Se ha perdido lo que se suele llamar «*competencia referencial*». Piénsese que un país como Inglaterra no ha aceptado tener empresas distribuidoras de más de tres millones de clientes, cuando aquí el Grupo Iberdrola puede tener del orden de siete millones y el Grupo Endesa del orden de diez millones de clientes.

La falta de sensibilidad hacia estos problemas de estructura se observa también en otros aspectos menores. Por ejemplo, al no establecer ninguna limitación, la mayoría de las nuevas centrales de generación van a construirse por los actuales monopolios, con lo cual la posición dominante de éstos se verá reforzada en el futuro si estos proyectos no quedan simplemente en una amenaza a los nuevos entrantes, sino que se convierten en realidad.

En lo que se refiere a la integración vertical, España ha resuelto razonablemente los posibles problemas que pudiera plantear el transporte gracias al acceso regulado de terceros a la red y a la existencia de Red Eléctrica que actúa como operador del sistema. Sin embargo, en lo que se refiere a la distribución, la normativa española no sólo permite que dentro de un mismo grupo haya actividades monopolísticas y actividades en competencia, sino que no ha previsto ninguna medida para evitar los problemas que este conflicto de intereses plantea. Así, por ejemplo, no se ha exigido que no se pueda comercializar en las zonas donde se distribuye, ni se ha garantizado que toda la información de los consumidores de las empresas distribuidoras pase a todos sus competidores. Tampoco se ha exigido que no se utilicen las marcas de las distribuidoras en la comercialización, ni se ha asegurado el acceso de los equipos de medida al conjunto de los comercializadores, por citar algunas de las numerosas cuestiones que habría que regular para impedir abusos de posición de

dominio debidos a la integración vertical siempre que, como sucede en España, esa integración vertical no esté prohibida.

### 3. PROBLEMAS CONCRETOS DURANTE 1998

Como se ha señalado, los problemas estructurales hacen imposible el funcionamiento, en régimen de competencia, del mercado eléctrico en España. Examinemos en primer lugar lo que ha sucedido en 1998 en el mercado mayorista. Podemos observar que el precio se ha situado en unas 4,80 pesetas, muy por encima del coste variable que es el que, en una situación de exceso de capacidad, debería haber determinado el precio en el mercado. Los cálculos elaborados por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico llevan a pensar que la manipulación de los precios en el mercado ha llevado a que se fije un precio superior al que hubiera prevalecido de haber competencia. Pero, dada la extrema concentración del sector lo sorprendente no es que el precio sea alto, sino que las empresas no hayan utilizado su capacidad de manipulación para aumentar aún más ese precio, puesto que, con la estructura tan fuertemente concentrada, podrían haber elevado el precio mucho más de lo que lo han hecho.

Lo que explica esa conducta «*autocontenida*» de las empresas eléctricas es que todavía estas empresas, gracias a decisiones administrativas —los Decretos de tarifas— reciben cantidades muy superiores a las que obtendrían en un régimen de competencia, fundamentalmente a través de los conceptos de «*costes de transición a la competencia*» y de «*garantía de potencia*». Por esto las empresas no están interesadas en subir más los precios del mercado a su favor, porque los recursos que obtienen fuera del mercado son tan ingentes —en 1998 recibieron unos 400.000 millones de pesetas— que cualquier intento de manipulación al alza del precio del mercado muy por encima del previsto en los acuerdos de 1996 —4,7 pesetas en el mercado más 1,3 pesetas por garantía de potencia—, iniciaría una reacción inmediata por parte del propio Ministerio de Industria y Energía. En definitiva, es como si hubiera un acuerdo no escrito entre regulador y regulados: tú ingresas unas cuantas centenas de miles de millones de pesetas al año, y a cambio no subes el precio en el mercado mayorista.

Es tal el beneficio que con el sistema actual siguen obteniendo las empresas eléctricas por parte de la regulación, que será muy difícil que en mucho tiempo emerjan los problemas de falta de competencia en el mercado de generación. Pero, a pesar de todo, ya en 1998 han aparecido algunos problemas.

Así por ejemplo, se observa que no sólo el nivel de precios obtenido en el mercado es alto, sino que no tiene ninguna relación con los costes de explotación ni con la demanda. Son obvias las alteraciones del orden de mérito económico en el despacho de las unidades generadoras y los precios no responden en absoluto a lo que deberían ser las causas que

ocasionarían sus variaciones, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda.

Otro aspecto que merece la pena mencionar es la utilización de posiciones dominantes en determinados submercados de generación. Donde más se ha observado este tipo de conductas es en la solución de restricciones y en la gestión de desvíos, y también en el mercado de regulación secundaria. En muchos casos se consideró que estos problemas se generaron por deficiencias de la propia regulación y la Comisión y el Ministerio intentaron corregir la regulación para evitar estos problemas. Pero en cuanto se resuelven estos problemas surgen otros porque la fuente importante de todos ellos no es tanto una deficiente regulación como los problemas de estructura.

Otro problema que subsiste todavía es la existencia de centrales compartidas por competidores. Y es que, además de los problemas de estructura heredados del monopolio, existe en el sistema español el problema adicional de que muchas de las centrales de producción tienen la propiedad compartida entre algunos de los cuatro monopolios. Esto, que es una situación impensable en cualquier mercado en competencia, es mucho más grave en un mercado como el eléctrico donde estas centrales ofrecen precios todos los días en el mercado mayorista de generación.

Estas centrales compartidas entre competidores es un asunto que sería denunciante ante los órganos de Defensa de la Competencia. Si la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico no lo comunicó al Servicio en 1998 es porque prefirió instar a las empresas eléctricas a que lo resolvieran en un plazo breve a través de ventas de sus participaciones. La CNSE les sugirió que al menos acabaran con esta situación en el caso de aquellas centrales que fijan precio, considerando —y esto es discutible— que el que haya centrales nucleares compartidas no tiene por qué afectar negativamente al mercado eléctrico. Durante 1998 han ido avanzando las negociaciones entre las empresas eléctricas, pero todavía no se ha tomado ninguna decisión al respecto.

Otro problema de competencia que surgió en 1998 fue el acuerdo estratégico entre EDP e Iberdrola. El día 29 de mayo de 1998 se difundieron varios comunicados de prensa relativos a los acuerdos entre Iberdrola y Electricidade de Portugal que, aparte de adquisiciones menores de intercambio de capital, suponían un acuerdo de cooperación del cual se hizo amplio eco la prensa. El asunto era interesante porque era la primera vez que la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico se enfrentaba a un acuerdo de este tipo, e inmediatamente, a la vista de que la empresa le negó la información del contenido de los citados acuerdos, el Consejo de Administración aprobó una circular para obtención de información relativa a dicho acuerdo. Inmediatamente después, Iberdrola y Electricidade de Portugal notificaron los acuerdos suscritos a la Comisión Europea, con lo cual el expediente pasó a ser examinado por la Comisión Europea y, a solicitud de Iberdrola, la CNSE acordó la suspensión de la circular relativa a la obtención de información sobre dicho acuerdo.

El acuerdo está todavía sometido a examen de la Comisión Europea, pero simplemente en base a la información que se ha dado a la prensa se puede decir que así como hay aspectos que no tienen mayor importancia como la cooperación en investigación o la inversión en el exterior, hay otros aspectos, como el de la comercialización conjunta, que pueden afectar gravemente a la competencia.

El aspecto más interesante de este asunto, es el de la delimitación del mercado relevante. Cuando, como se ha mencionado, se tienen unas interconexiones tan escasas, la importación no puede ser nunca una amenaza para los productores internos. Esta triste situación puede utilizarse para decir que los acuerdos que reducen la contestabilidad de la importación —como este acuerdo entre Iberdrola y EDP— no deberían ser perseguidos, por ser insignificantes sus efectos. Ésta es una cuestión de un enorme interés porque aun siendo insignificante la contestabilidad de la importación, es la única contestabilidad posible, y sería increíble que lo único que, por pequeño que sea, puede tener algún efecto pro-competencia, pudiera ser despreciado justamente por ser pequeños sus efectos.

La aplicación a este caso de la jurisprudencia de otras decisiones tomadas en otros mercados servirá de poco, porque, cuando en otros mercados hay un comercio insignificante, esto se puede aceptar como un signo de que hay dos mercados diferentes pero en el caso de la electricidad la insignificancia del comercio no se debe a las características del mercado, sino a la insignificancia de las conexiones y estas limitaciones físicas se explican justamente porque los monopolios no tenían ningún interés en comerciar y la capacidad de las interconexiones se ha construido al mínimo imprescindible para garantizar la seguridad.

El comercio de electricidad entre España y sus vecinos es insignificante pero ¿cuál es su explicación?, ¿es que son dos mercados distintos o es que el sector eléctrico ha vivido bajo el monopolio durante décadas y por eso el comercio es insignificante?

Si la decisión de la Comisión Europea fuera favorable a los aspectos más preocupantes del acuerdo entre las dos empresas, estaríamos ante el caso de un moribundo de sed en el desierto, que necesita por lo menos un vaso de agua para sobrevivir, y cuando alguien va a colocarle unas gotas de agua en su boca decide que es mejor no dárselas porque no va a servir para nada. Dadas las limitaciones físicas, no cabe esperar que el comercio internacional de energía eléctrica consiga resolver los problemas de competencia que tiene el mercado eléctrico español, pero ésta no es razón para guillotinarlo.

Esta decisión de la Comisión europea no sólo será interesante desde el punto de vista de la definición de mercado geográfico, sino también desde la de mercado de producto, porque uno de los aspectos más interesantes del sector eléctrico es que probablemente no hay un solo producto si no que hay muchísimos productos. No es lo mismo la electricidad

suministrada en un momento de demanda punta que en un momento de baja demanda. No es lo mismo la electricidad suministrada en un sitio que en otro, debido a las restricciones que se producen en la red, y por ello también esta decisión puede ser interesante desde este punto de vista. Finalmente, será muy interesante porque servirá de precedente a otros acuerdos que se podrían producir en el conjunto de Europa y que podrían acabar con los débiles movimientos hacia la competencia que se están iniciando en este momento en Europa.

Un problema es la soledad en la que está trabajando la Comisión Europea en este asunto y, en general, en todos los asuntos relacionados con la electricidad. En la mayoría de los otros asuntos de competencia la Comisión trabaja escuchando a los monopolistas, o los que hacen prácticas contra la competencia, pero también tiene sobre su mesa las presiones de los competidores y las de los consumidores. En el caso de la electricidad como todavía no hay competidores y los consumidores no han dispuesto todavía de capacidad de elegir, la Comisión Europea decidirá estos temas sin contar con las presiones de los intereses que están a favor de la competencia porque justamente porque no ha habido ni hay competencia tales intereses no existen ni están organizados. Posiblemente en el caso Iberdrola-EDP el único documento de que va a disponer la Comisión europea a favor de la competencia será el informe de la CNSE.

En el caso de la electricidad la balanza de la justicia está muy desequilibrada y haría bien la Comisión Europea en quitarse la venda en estos casos para darse cuenta de que en la resolución de estos expedientes sólo va a recibir los puntos de vista de los que están en contra de la competencia. Mucho más si, como sucede en el caso de este acuerdo, hay un respaldo por parte de los gobiernos. No estamos aquí precisamente ante una actitud como la del gobierno americano en los casos Microsoft o Intel, en la que los gobiernos están persiguiendo a las empresas y defendiendo a la competencia, sino todo lo contrario, es una situación en la que los gobiernos están respaldando este tipo de acuerdos.

El Acuerdo Gas Natural-Endesa es el otro importante acuerdo con problemas de competencia que se produjo en el sector eléctrico, en este caso en el sector energético, durante el año 1998. También fue ampliamente difundido en la prensa y contó con el respaldo del Ministerio de Industria y Energía favorables al mismo. En este caso la Comisión Eléctrica no tuvo que intervenir porque la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia solicitó inmediatamente información sobre dichos acuerdos y lo único que hizo la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico es ofrecerse a la Dirección General para realizar los informes que considerase necesarios. Todavía no se ha producido ninguna petición de informe y de momento sólo se está estudiando algún aspecto de concentración relativo a la distribución de gas.

El acuerdo es muy importante, ya que Endesa es el principal monopolista del sector eléctrico y Gas Natural es el único suministrador en

la práctica en el sector del gas, y si bien aspectos como los de construcciones conjuntas de centrales de gas podrían admitirse habría que ser absolutamente riguroso en cuanto a la operación y el mantenimiento de dichas centrales. Más importante aún es que todas las condiciones, precios, etc. que el monopolista Gas Natural otorgue a Endesa sean absolutamente conocidas y estén a disposición de cualquier otro competidor eléctrico de Endesa

El año 1998 se cerró con otro anuncio de prensa, el de la *«Inversión de ochenta y seis mil millones de pesetas en Repsol por parte de Endesa»*, decisión de nuevo apoyada por el Gobierno. Esto, junto con la concentración del BCH y el Banco de Santander, ha creado en España una telaraña de participaciones cruzadas que se puede ver en el gráfico adjunto, que no sólo afecta al sector de energía, sino también a otros como el de telecomunicaciones, y que es un motivo de gran preocupación porque, para que exista competencia, es necesario que haya intereses distintos compitiendo. Estos cruces de intereses pueden llevar a que no exista rivalidad y, por tanto, a que todos los intentos, políticas y declaraciones de liberalización queden en papel mojado.

Pero si el mercado de generación no funciona porque no hay competencia, tampoco funciona el mercado de comercialización según se ha apuntado en la introducción. Por un lado, la falta de medidas serias de desintegración vertical, bien estructurales—prohibiendo que las empresas que disfruten de monopolio natural puedan tener intereses en empresas sin competencia—, o bien—si se admite, como hace la legislación española, la compatibilidad de actividades—al menos algún otro tipo de medidas que mitigasen los problemas derivados de la integración vertical. La otra razón es que una de las funciones esenciales de los comercializadores—la de cubrir los riesgos—no es posible en un mercado manipulado.

Lo que es cierto es que los resultados, en lo que se refiere a la comercialización, son absolutamente descorazonadores. Si en el mercado de generación hemos comprobado que cuatro años después de permitir la instalación de nuevas centrales, la entrada de nuevos generadores es del 0 por 100, la entrada de comercializadoras independientes en el año 1998 fue del 0,0006 por 100 del total de la demanda negociada en el mercado. En 1999, gracias a medidas regulatorias como la reducción de las tarifas de peajes y la reducción de la garantía de potencia, se facilita la entrada en el mercado a numerosos consumidores. Pero ello no sirve para permitir la entrada de nuevos competidores en la comercialización: en los dos primeros meses de 1999 el porcentaje de las nuevas comercializadoras en el mercado era el 0,003 por 100, mientras que el de las comercializadoras de los monopolios era del 99,997 por 100.

Hubo también en 1998 un problema con la independencia del Operador del Mercado que merece la pena señalar. La independencia del Operador del Mercado de las empresas eléctricas es deseable porque los monopolios eléctricos no están interesados en el desarrollo del mercado, y por eso el legislador limitó a un 40 por 100 la representación

de las empresas eléctricas en su capital. Como se sabe, en Estados Unidos la participación de las empresas eléctricas en los operadores del mercado es nula, pues allí consideran que deben ser empresas u órganos absolutamente independientes de los generadores los que operen en el mercado. Pero es que, desgraciadamente, cuando se llevó a la práctica la privatización del Operador de Mercado, la SEPI dio exclusivamente siete días a los distintos agentes para que hicieran ofertas en la privatización, de tal forma que los monopolios eléctricos, que conocían dicha privatización, pues estaban en el Consejo de Red Eléctrica, coparon totalmente dicho 40 por 100, mientras que los consumidores sólo consiguieron un 1 por 100 del capital.

Esta forma de privatizar fue criticada por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y, posteriormente, en la Ley de Acompañamiento del Presupuesto para el año 1999, se introdujo un artículo que pudiera corregir esta situación en el futuro.

Finalmente, un asunto que merece la pena mencionar porque revela simbólicamente hasta qué punto el sector eléctrico vivía en 1998 todavía a espaldas a la competencia, es que tres años después de la aprobación de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico, donde se introducía competencia en el sector eléctrico, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico tuvo que realizar un informe, remitido a la Dirección de Defensa de la Competencia, señalando la necesidad de que se cambiaran los Estatutos de UNESA. Estos Estatutos fueron redactados durante los años cuarenta, durante el paroxismo del intervencionismo y la autarquía del régimen anterior y así, en mayo de 1998, todavía se podía leer en los Estatutos de UNESA frases como las de «... *coordinar la actuación de las empresas en sus relaciones con usuarios, autoproductores, fabricantes de equipos, proveedores de materias primas, etc.*» o «... *coordinar las actividades en materia de producción, programación de la explotación, explotación, control y seguimiento, transporte, distribución y planificación, etc.*», diez años después de aprobada la Ley de Defensa de la competencia y cuatro años después de que iniciara la liberalización con la aprobación de la LOSEN.

#### 4. ¿QUÉ HACER?

La CNSE ha señalado en numerosos documentos e intervenciones que es fundamental resolver los problemas de estructura y, seguramente, será necesario, aprobar una tercera Ley eléctrica para que esto suceda. El problema mayor es que hoy no hay conciencia de que exista tal problema y la razón de esta ausencia de conciencia es que es tal la cantidad de dinero que están cobrando las empresas eléctricas por encima de lo que deben recibir por la prestación de sus servicios, que se puede ir reduciendo este dinero poco a poco para satisfacción del consumidor sin que llegue nadie a notar los problemas de la falta de competencia. Sólo cuando se supriman todos estos costes injustificados como los costes de transición

a la competencia, la garantía de potencia, etc., el consumidor empezará a observar los problemas que se derivan de una inadecuada estructura del mercado y, las consecuencias, de la falta de rivalidad y competencia efectiva.

En cuanto a las soluciones —para el día que se tome conciencia del problema—, la Comisión ha considerado, en mi opinión correctamente, que el modelo americano de desinversión, ligándolo, si se quiere, a los costes de transición a la competencia, es la forma más razonable de resolver el problema. Mientras tanto —hasta que haya voluntad política para tomar esta decisión—, se podrían ir adoptando otra serie de medidas menores como la prohibición de que los actuales monopolistas construyan nuevas centrales o la elaboración de algunos códigos de conducta para las empresas que forman parte de un mismo grupo que, sin ser totalmente eficaces, al menos mitigarían algo los problemas actuales.

## 5. COMPARACIÓN CON OTROS SECTORES

Para darse cuenta de la intensidad de los problemas de competencia del sector eléctrico es interesante comparar sus problemas con los de otros sectores, y a esto dedico este epígrafe final. En primer lugar, hay que comparar los sectores que vienen del monopolio con los sectores que, aunque estaban protegidos, no habían sido monopolizados. Esto lo expliqué en el *Anuario de la Competencia de 1996* \* y allí me remito. Recordaré sólo que, para conseguir competencia en los sectores protegidos, basta con liberalizar y luego los instrumentos de defensa de la competencia se ocupan de corregir las conductas dañinas, mientras que en los sectores monopolizados no basta con liberalizar, sino que además hay que reestructurar, y esto es así porque los instrumentos de defensa de la competencia no tienen la potencia suficiente para corregir conductas si no hay reestructuración.

En segundo lugar, para darse cuenta de cómo los problemas de competencia que ya tienen todos los sectores que vienen del monopolio se agudizan en el caso del sector eléctrico, lo mejor es examinar los resultados de la desregulación en otros dos sectores monopolizados —el aéreo y las telecomunicaciones— y compararlos con el sector eléctrico (ver cuadro 2). Los tres sectores arrancaron con un suministro del 100 por 100 del mercado por parte de los monopolistas, pero el resultado de la desregulación ha sido bien distinto. Se puede observar en el cuadro cómo se utilizó la libertad de elección por parte de los consumidores y finalmente, qué efecto tuvo en el suministro por parte de los monopolistas y de los nuevos consumidores.

---

\* FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. Á. (1998), «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», en L. CASES (ed.), *Anuario de la competencia 1996*, Madrid: Fundación ICO-Marcial Pons.



Puede observarse que en el caso del transporte aéreo, concretamente en el puente aéreo Madrid-Barcelona, los monopolistas suministraban el 100 por 100 antes de la liberalización. Después de la liberalización, que dio posibilidad de elección a todos los consumidores, ha habido un 28 por 100 de consumidores que han elegido cambiar de compañía, y esto ha significado que los nuevos competidores suministren ahora el 28 por 100 del mercado. Lo mismo, aunque con una intensidad menor porque sólo lleva liberalizado un año, ha sucedido con las conferencias interurbanas e internacionales en el sector de telecomunicaciones, donde en un año Telefónica ha perdido el 9 por 100 del mercado.

Frente a lo sucedido en esos sectores, en el sector eléctrico el hecho de que se haya permitido a los consumidores acudir al mercado mayorista —en 1998 acudió un 3 por 100 y seguramente este año el porcentaje que acuda al mercado será muy importante—, no tuvo ningún efecto en la entrada de nuevos competidores. Es verdad que los consumidores van al mercado, es cierto que ya no compran directamente a los antiguos monopolistas, pero a los antiguos monopolistas les da igual porque su participación en los mercados que se han abierto teóricamente a la competencia no se ve amenazada por ningún nuevo competidor.

Los antiguos monopolistas *de derecho* se han convertido en los nuevos monopolistas *de facto*. No sólo conservan el 100 por 100 del negocio de transporte y el 100 por 100 del negocio de distribución, lo cual es lógico porque estas actividades no se han liberalizado, sino que conservan el 100 por 100 de la generación y el 99,99 por 100 de la comercialización, que son las dos actividades que, en teoría, se han abierto a la competencia. Y así sucederá durante años hasta que España abandone su modelo singular de desregulación sin competencia y adopte las medidas de reestructuración horizontal y vertical que se han tomado en otros países y que, dado que España no es diferente, será aconsejable adoptar algún día en nuestro país.



## CONDUCTAS PROHIBIDAS AUTORIZADAS Y AUTORIZACIONES SINGULARES

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos  
Magistrado. Ex Vicepresidente del TDC

A semejanza del Derecho comunitario europeo nuestro legislador nacional encomienda la tutela de la libre competencia a autoridades administrativas a través de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, pudiendo, además, las autoridades nacionales en determinados casos aplicar el Derecho comunitario sobre la materia.

Así, en la distribución de atribuciones de las normas sobre competencia que establece el artículo 87 TCEE se deriva la reserva a las Instituciones Comunitarias tanto el conocimiento como el desarrollo de los principios establecidos en los artículos 85 y 86 del mismo Tratado a través de Reglamentos y Directivas, preveyendo al propio tiempo la existencia de derechos nacionales sobre competencia en su apartado 2.e). 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 de acuerdo con los artículos 85 y 86 y, en particular, conforme al artículo 85.3. La entrada en vigor del Reglamento 17 del Consejo priva a las autoridades nacionales de competencia de la facultad de conceder exenciones en virtud el artículo 85.3 TCEE, ya que el artículo 9.1 de aquél establece a este respecto la competencia exclusiva de la Comisión.

Así, en definitiva, las autoridades comunitarias aplicarán las normas comunitarias en materia de competencia y las autoridades nacionales, además de su propio Derecho interno de competencia, podrán seguir aplicando los artículos 85.1 y 86 TCEE en los términos que señala el artículo 9.3 del Reglamento 17 y conforme a los criterios que se han venido a establecer en la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación

entre ésta 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 TCE <sup>1</sup>.

## 1. PRÁCTICAS PROHIBIDAS POR LA LDC Y CONDUCTAS AUTORIZADAS

Los artículos 1 y 6 de la LDC tipifican en términos similares a los artículos 85.1 y 86 TCEE, las denominadas prácticas colusorias y abuso de posición de dominio, aunque con concretas diferencias sustanciales, cuyo análisis excede el objetivo del presente trabajo <sup>2</sup>. Además, el artículo 7 LDC también considera sancionables por la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia afecten al interés público <sup>3</sup>.

El artículo 1 LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, tipificando a continuación una serie de conductas a título ejemplificativo y no limitativo, pues, además de las expresamente señaladas, también resultarán prohibidas cualesquiera otras que resulten subsumibles en la citada cláusula general.

El párrafo 2 del propio precepto sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas por el número 1 con independencia de que sus autores puedan ser multados en las cuantías que al TDC le habilita el artículo 10 de la propia Ley.

El artículo 6 LDC, por su parte, prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Si bien no se define que es lo que habrá de entenderse por posición de dominio, el mismo artículo hace una tipificación de las principales conductas en que podrá consistir tal práctica, debiendo en todo caso de acudir a la doctrina económica para delimitar el mercado relevante en el que la práctica acontece <sup>4</sup> para así comprobar si una empresa tiene en él posición de dominio y en tal caso si está abusando o pretendiendo

<sup>1</sup> 97/C 313/03, DOCE 313, 5 de octubre de 1997.

<sup>2</sup> Véase, al respecto, BERENGUER FUSTER, L., «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE*, GJ-D-29.

<sup>3</sup> El TDC ha considerado que conocerá de los actos de competencia desleal en virtud del artículo 7 LDC, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los comportamientos denunciados sean constitutivos de un acto de competencia desleal; b) que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, y c) que por su propia dimensión afecten al interés público: Resoluciones de 30 de noviembre de 1991 en Expte. 295/91, 8 de julio de 1992, Expte. 294/91, y de 18 de diciembre 1992, Expte. 314/92, entre otros.

<sup>4</sup> Geográfico y de producto.

abusar de dicha posición, ya que sólo el abuso es el que resulta prohibido y sancionable.

Finalmente, nuestro legislador, como se apunta antes, también ha venido a prohibir en el artículo 7 LDC los actos desleales que por falsear sensiblemente la competencia en el mercado afectan al interés público, a diferencia del legislador comunitario que no los persigue por esta vía administrativa.

Tanto los acuerdos colusorios como el abuso de posición de dominio o el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, proscritos por la LDC podrán ser perseguidos en los términos que establece la propia Ley distinguiéndose dos fases del procedimiento, una instructora ante el SDC y otra decisoria ante el TDC, que concluye con resolución en los términos que señala el artículo 4 LDC, pudiendo incluir multas en las cuantías que fija el artículo 10.

De los tres tipos de conductas contrarias a la competencia el legislador da un trato distinto a los acuerdos colusorios respecto de los abusos de posición de dominio y del falseamiento de la competencia por actos desleales, por cuanto que en el supuesto de estos dos últimos no se establece exención o posibilidad de autorización alguna, mientras que para la primera mencionada señala posibles exenciones y autorizaciones. Así mientras que todo supuesto prohibido por los artículos 6 o 7 será perseguido y sancionado en su caso, los denominados acuerdos colusorios prohibidos por el artículo 1, bien por gozar de amparo legal, o de exención u haber obtenido una autorización singular, pueden no ser sancionados.

#### A. CONDUCTAS AUTORIZADAS POR LA LEY

Según establece el artículo 2.1 LDC las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de aplicación de una Ley o de disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

Puede parecer chocante que una Ley ampare prácticas anticompetitivas, máxime si la competencia constituye en el plano de las libertades individuales la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa, como proclama la Exposición de Motivos de la LDC, debiendo de concebirse la defensa de la competencia como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución, como a continuación se afirma en la misma Exposición de Motivos.

Si bien es cierto que nuestra Constitución se decanta en el artículo 38 por la libertad de empresa dentro de un régimen de economía de mercado, tales principios no pueden considerarse como absolutos debiendo, en todo caso, ser compatibles con el artículo 128 de la misma Constitución,

que establece una cláusula general de intervención al subordinar toda la riqueza del país al interés general<sup>5</sup>.

La defensa de la competencia tampoco constituye un absoluto ni es el único mecanismo a disposición de los poderes públicos para ordenar el comportamiento de las empresas en el mercado<sup>6</sup>.

Pero en todo caso la competencia es siempre un importante parámetro a tener en cuenta en un régimen de libertad de empresa en el marco de economía de mercado y la afectación o restricción que a la misma pueda implicar cualquier norma, máxime si ésta tiene rango de Ley. Por ello, el artículo 26 LDC establece entre las funciones del TDC el informar los Anteproyectos de normas con rango de Ley que afecten a la competencia, lo que conlleva la obligación del gobierno a solicitar dicho informe que tendrá carácter de preceptivo aunque no vinculante. Además, el TDC viene también facultado para formular propuestas al gobierno de modificación o supresión de las situaciones restrictivas de la competencia establecidas de acuerdo con normas legales<sup>7</sup>, lo que se complementa con las amplias funciones que se contienen en el artículo 26 LDC de dirigir informes a cualquier poder u órgano del Estado<sup>8</sup>; y el poder ser consultado por las Comisiones de las Cámaras Legislativas sobre Proyectos o Proposiciones de Ley relativas a la libre competencia<sup>9</sup>.

La interpretación que ha de hacerse al considerar si un acuerdo, recomendación, decisión o práctica contraria al artículo 1 LDC tiene amparo legal, ha de ser lógicamente como la de cualquier excepción a la regla general, restrictiva. Tiene, en primer término, que resultar de la aplicación directa de una Ley, y sólo de Disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley. El primer supuesto ofrece menos dudas, pues el amparo legal directo determinará la licitud de la conducta autorizada por aplicación del artículo 2.1 LDC. El problema surge principalmente cuando se busca ese amparo en una norma reglamentaria, toda vez que la práctica diaria demuestra en muchos supuestos la difícil conexión de ésta con la Ley que desarrolla. Por ello, puede parecer en un primer análisis que la doctrina establecida por el TDC en sus Resoluciones al analizar la aplicación del artículo 2.1 LDC resulta vacilante. Sin embargo, un análisis más profundo demuestra, por un lado, la preocupación del Tribunal en la aplicación restrictiva de dicha norma en pro del sometimiento general a las prohibiciones del artículo 1 LDC y, de otro, la dificultad en la conexión de la norma reglamentaria con la Ley que desarrolla.

<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de diciembre de 1981 señala que, «la libertad de empresa. en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del artículo 128...».

<sup>6</sup> CASES PALLARES, Ll., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, 1995, p. 400.

<sup>7</sup> Artículo 2.2. LDC. Crítica a la actual redacción proponiendo su reforma parcial. Véase BERENGUER FUSTER, L., *op. cit.*, pp. 151 a 156.

<sup>8</sup> Artículo 26.1.b) LDC.

<sup>9</sup> Artículo 26.2 LDC.

Ante el amparo legal de la norma reglamentaria cabe comenzar por preguntarse a qué Reglamentos se refiere la Ley y si los Reglamentos pueden amparar de forma autónoma una restricción a la competencia o si debe considerarse que para que un Reglamento contemple excepciones a la aplicación del artículo 1 LDC se precisa que la restricción a la competencia esté prevista en la Ley<sup>10</sup>.

El primer problema lo resuelve la Audiencia Nacional<sup>11</sup> al confirmar una Resolución del TDC de 10 de noviembre de 1992<sup>12</sup>, en el sentido de señalar que el Decreto que amparaba la conducta no encuentra cobertura en la Ley, en este caso en la de Colegios Profesionales, y, por tanto, no es suficiente para conceder amparo legal. Interpretarlo de otra manera, considera la Sala, supondría admitir la inaplicación del principio de jerarquía normativa.

El otro problema es el determinar si la restricción de la competencia ha de resultar de la voluntad explícita del legislador o basta con que se encuentre en un Reglamento ejecutivo. Las Resoluciones del TDC en este caso son vacilantes, ya que en algunos casos la interpretación es restrictiva<sup>13</sup> mientras que en otras ocasiones ha admitido una interpretación más amplia<sup>14</sup>, siendo preciso el reconocer que tanto desde el punto de vista doctrinal como del más concreto de buscar la justificación teleológica de la norma, la solución no resulta fácil. La complejidad es aún mayor en el supuesto de entes públicos, cuya actuación se rige en determinados aspectos por el ordenamiento administrativo y en otros por el ordenamiento jurídico privado, como acontece en los supuestos examinados en los expedientes R-126/95 Handling Aeropuertos y r 296/98 Aeropuertos españoles.

## B. EXENCIONES POR CATEGORÍAS

La incorporación de otros valores colectivos y la consideración ya antes señalada de que la competencia no es un valor absoluto son las claves explicatorias de la tesis que abona en nuestro Derecho y en el Derecho comparado el otorgamiento de excepciones a la aplicación generalizada de la prohibición de realizar prácticas que puedan alterar el régimen de concurrencia perfecta entre distintos competidores<sup>15</sup>. Si bien en el supuesto contemplado antes de las conductas autorizadas por la Ley, la facultad de excepcionar viene establecida a favor del poder legislativo,

<sup>10</sup> BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, p. 153.

<sup>11</sup> Sentencia de 6 de octubre de 1997 de la Sección 6.ª Sala de lo Contencioso-Administrativo.

<sup>12</sup> Expte. 30/92, Colegio de Agentes de la Propiedad de España.

<sup>13</sup> Resolución de 11 de diciembre de 1991. Expte. 25/91. Conferencia Marítima Algeciras-Ceuta y Resolución de 30 de abril de 1996, Expte. r 148/96, TRAGSA.

<sup>14</sup> Resolución de 2 de noviembre de 1994. Expte. r 83/94, Publicidad Abogados, y Resolución de 30 de abril de 98, Expte. 266/97, TRAGSA-2.

<sup>15</sup> SORIANO GARCÍA, S. E., *Derecho público de la competencia*, ICO-Marcial Pons, 1998, p. 560.

en este supuesto tal facultad corresponde al poder ejecutivo. Ello tiene, además, su razón de ser porque al gobierno corresponde en definitiva el establecimiento y dirección de la política de competencia del país, para lo cual tendrá en cuenta no sólo el propio interés del Estado en la competencia, sino también otros valores colectivos como son la atención de los intereses de los consumidores y usuarios y la elevación del nivel económico de sectores deprimidos, así como también valores de tipo económico como son la mejora del comercio exterior y la corrección de los fallos que se produzcan en el mercado.

El artículo 5 LDC establece en su apartado 1 que el gobierno mediante Reglamentos de exención podrá autorizar las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, previstos en el artículo 3.1, y en el apartado 2 de aquel precepto se le faculta para el empleo del mismo medio reglamentario para autorizar también las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 3.2<sup>16</sup>. Para ambos supuestos se prevé el informe preceptivo, no vinculante, del TDC. De otro lado, es de resaltar que la facultad que concede el comentado artículo 5 LDC no es absoluta o indefinida, sino reglada por los supuestos del artículo 3 a que debe concretarse. Ambas previsiones van a condicionar el que la norma no suponga un medio para posibilitar prácticas anticompetitivas, sino por el contrario para adecuar el mercado que es algo dinámico a las circunstancias que se den en cada momento, máxime si el gobierno hace uso de esa facultad como hasta ahora, dando entrada al TDC en la elaboración del Reglamento de exención y contando, además, con su informe favorable<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Artículo 3. Supuestos de autorización.

1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

2. Asimismo, se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que:

- a) Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España.
- b) Tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico.
- c) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos.
- d) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

<sup>17</sup> En la Exposición de Motivos del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, se señala que el TDC participó en su elaboración y emitió su informe favorable al mismo. Además el artículo 2 del Real Decreto posibilita al TDC a suprimir la aplicación de la exención contenida en un Reglamento



El gobierno ha hecho uso de la facultad que le delega el artículo 5 LDC hasta la fecha en una única ocasión, por Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

La nota más característica de esta norma de desarrollo es la constante referencia a los Reglamentos comunitarios de competencia para la consideración de las conductas cubiertas por la exención, reconociéndose las categorías que se autorizan en su formulación a las condiciones para cada caso establecidas en las normas comunitarias dictadas en desarrollo de los artículos 85 y 86 del Tratado<sup>18</sup>.

El adecuado uso que se ha hecho de la facultad que otorga el artículo 5 LDC por el Real Decreto 157/1992 tiene, a mi juicio, un fallo que ya se puso de manifiesto por el TDC en sus resoluciones. El ser el derecho de la competencia algo dinámico que se manifiesta lógicamente en los cambios de los Reglamentos comunitarios y la no puesta al día del Real Decreto ha supuesto que desde hace algún tiempo algunos estén modificados, sustituidos por otros e incluso derogados. Tal es la situación que afronta el TDC en su Resolución de 23 de mayo de 1996 en el Expediente 177/96, «La Casera». En este expediente se solicitaba del TDC que decla-

---

si se comprueba que un acuerdo exento produce efectos no compatibles con las condiciones previstas en el artículo 3 LDC, con lo que se propicia un importante freno para el caso de excesos. Esta facultad que se atribuye al TDC comporta una importante herramienta en pro de la defensa de la competencia, no suficientemente resaltada.

<sup>18</sup> CASES PALLARÉS, LL., *op. cit.*, p. 351. El artículo 1 del Real Decreto dice:

Artículo 1. Exenciones por categorías.

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos Empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establecen:

a) Acuerdos de distribución exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte determinada del mercado nacional, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 1983/1983 de la Comisión, de 22 de junio de 1983.

b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella, a Empresas vinculadas a ella o a terceras Empresas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 1984/1983 de la Comisión, de 22 de junio de 1983.

c) Acuerdos de licencia de patentes y acuerdos mixtos de licencia de patente y comunicación de *know how*, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984.

d) Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984.

e) Acuerdos de franquicia, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988.

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 núm. 556/89 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1989.

rara que los contratos tipo que se presentaban relativos a una franquicia industrial y distribución, y otro contrato de distribución exclusiva de bebidas refrescantes podían acogerse a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos CEE 240/96 y 193/83. Subsidiariamente se solicitaban al TDC que concediera autorización singular para el empleo de los citados contratos. Por lo que respecta al contrato de distribución exclusiva, el TDC señala que cumple todos los requisitos del Reglamento CEE 1983/83 y está amparado por la exención por categorías nacional prevista en el artículo 1.1.a) del Real Decreto 157/1992<sup>19</sup>. El problema surge al examinar el contrato de franquicias por cuanto que el Reglamento 240/96 no está incluido entre los mencionados en el Real Decreto, al ser aquél de fecha muy posterior y los Reglamentos sobre la materia contemplados por el Real Decreto no se encontraban vigentes. Al analizar las diversas alternativas, el Tribunal considera que aplicar los Reglamentos derogados constituye un sin sentido y perjudica el logro del efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado<sup>20</sup>. De otro lado, el aplicar el nuevo Reglamento, no contemplado por el Real Decreto, ni existiendo en el mismo una remisión más genérica a los Reglamentos comunitarios que pudieran sustituir a los vigentes tampoco es posible<sup>21</sup>. En consecuencia, el TDC opta por considerar que cumpliendo el contrato de franquicia todos los requisitos establecidos por el Reglamento CEE 640/96<sup>22</sup> pero no siendo posible aplicarle la exención vía artículo 5 LDC, procede conceder una autorización singular.

Como consecuencia de la situación ya planteada resulta necesario que el gobierno opte entre la actualización puntual, sin que lleguen a producirse situaciones como la analizada o modificar el Real Decreto en el sentido de posibilitar la aplicación de los nuevos Reglamentos comunitarios que bien sustituyan o modifiquen a los vigentes, o creen nuevas categorías de exenciones.

## 2. AUTORIZACIONES SINGULARES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 LDC, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por el artículo 1 pueden ser autorizadas por el TDC siempre que concurren los supuestos y requisitos enumerados en el artículo 3 de la propia Ley.

Del sistema elegido por nuestro legislador para exceptuar de la prohibición del artículo 1 de la Ley a determinados acuerdos y otros supuestos contrarios a la libre competencia se deduce que no ha querido establecer en el mismo texto legal unos supuestos tasados a los que no alcance la prohibición, sino que ha optado por excepcionar, de un lado, de forma

<sup>19</sup> FJ 2.

<sup>20</sup> FJ 4.

<sup>21</sup> FJ 3.

<sup>22</sup> Según se analiza en el FJ 1.

genérica, mediante excepciones por categorías, y, de otro, por el camino de posibilitar que de forma específica por la autorización singular, aquellos supuestos que no obstante estén prohibidos por el artículo 1 de la LDC podrían ser autorizados.

Este tratamiento distinto determina consecuencias diferentes en cuanto a las características de la autorización. En el supuesto de la exención por categorías, una norma declara que ciertos acuerdos, enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992 están autorizados, pudiendo, no obstante, el TDC retirar la exención en los supuestos señalados por el artículo 2 del mismo Real Decreto.

El mecanismo que establece el legislador para la autorización singular es distinto del anterior. En este supuesto no existe una exención de carácter general, sino que el artículo 4 de la Ley permite al TDC autorizar excepcionalmente y de forma individual un acuerdo, decisión, recomendación o práctica, que estando prohibida por el artículo 1, concurren ciertas circunstancias y se cumplen determinados requisitos que señala el artículo 3 cuya concurrencia ha de probar el solicitante y que ha de valorar el propio Tribunal. La expresión «se podrán autorizar...» con que comienza el artículo 3 y «el TDC podrá autorizar...» con que principia el artículo 4, significa que se podrá igualmente no autorizar e introducen la valoración del elemento de oportunidad. De este texto se deriva el indiscutible carácter de excepcionalidad de la autorización, lo que obliga al TDC a analizar las características del supuesto concreto para determinar si concurren las circunstancias y requisitos que justifiquen que un acuerdo contrario a la competencia sea autorizado. Así concreta el TDC las diferencias entre la exención por categorías y la autorización singular y pone de relieve el carácter individual y excepcional de esta última en su Resolución de 3 de junio de 1996<sup>23</sup>, recordada en Resolución de 4 de noviembre de 1997<sup>24</sup>.

#### A. SUPUESTOS DE AUTORIZACIÓN Y REQUISITOS EXIGIDOS

Señalados por el artículo 3 LDC, pueden concretarse en dos grandes grupos de supuestos para los que el legislador exige el cumplimiento de determinados requisitos que también define, para que puedan resultar autorizables.

A) Acuerdos, Decisiones, Recomendaciones y Prácticas Prohibidas por el artículo 1 que estén en alguno de estos supuestos:

1. Que contribuyan a mejorar la producción.
2. Que contribuyan a mejorar la comercialización.
3. Que contribuyan a promover el progreso técnico.
4. Que contribuyan el progreso económico.

<sup>23</sup> Expte. A. 164/96 Servicio Trip/Asnef.

<sup>24</sup> Expte. A. 201/97, Impagos Alquiler Vehiculos, FJ 4.

Requisitos exigidos: En «cualquiera» de estos «supuestos» se han de cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que permitan participar a los consumidores de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas autorizadas restricciones que no sean imprescindibles para la consecución de aquellos objetivos.
- c) No permitan a las empresas partícipes en el acuerdo la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

B) Acuerdos, Decisiones, Recomendaciones y Prácticas prohibidas por el artículo 1 en los siguientes supuestos y con cumplimiento de los requisitos que para cada uno se marcan:

1. Los que tengan por objeto defender o promover las exportaciones. Requisito: Que sean compatibles con los Convenios ratificados por España.

2. Los que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda. Requisito: Que se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de aquélla o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómica.

3. Los que produzcan una elevación suficientemente importante del nivel económico. Requisito: Que se refiera a zonas o sectores deprimidos.

4. Los de escasa importancia. Requisito: Que no afecten de manera significativa a la competencia.

La justificación de todos los comprendidos en este segundo grupo vendrá dada por la situación económica general y el interés público.

Como fácilmente se deduce de la comparación entre los dos anteriores grupos de supuestos, el segundo se referirá normalmente a prácticas que engloben un mayor número de empresas y afecten a un sector más amplio del mercado.

Ya se adelantaba antes que la autorización procede en su caso concederla al TDC<sup>25</sup>. Esta importante facultad, si bien reglada por el artículo 3, concede un importante grado de discrecionalidad al Tribunal en el análisis de los supuestos y requisitos que se han de cumplir en cada caso, por cuanto que por su propia naturaleza son fundamentalmente dinámicos y, por tanto, contemplables no sólo para un supuesto específico, sino también para un momento concreto. Creo que no ha sido valorada suficientemente esta función, siendo así que convierte al Tribunal en árbitro en el análisis de los principios económicos que han de primar en cada momento valorando los mismos y el grado de competencia o restricción a la misma que resulte aconsejable para una mejor dinámica del mercado. Repárese, además, que el legislador no señala en el artículo 4 que el TDC concederá la autorización de encontrarse la solicitud en alguno de los supuestos y cumplirse los requisitos establecidos para cada uno por el artículo 3, sino que incluso en este caso podrá autorizar o denegar

<sup>25</sup> Artículo 4.1. LDC.

la autorización, valorando el interés público, como se deduce de la dicción «podrá autorizar» contenida en el artículo 4, según se apunta antes.

Ello resulta posible por las singularidades que concurren en el TDC, que si bien es un Órgano administrativo, goza de absoluta independencia de la Administración, sólo sometido al ordenamiento jurídico<sup>26</sup>, garantizada, además, su independencia por la inamovilidad de sus miembros durante la duración de su mandato<sup>27</sup>, el prestigio logrado por el Tribunal formado por ocho Vocales y el Presidente nombrados entre juristas, economistas y otros profesionales de prestigio con más de quince años de ejercicio profesional<sup>28</sup>. Tales circunstancias determinan la gran especialización de éstos en Derecho de la competencia para cuya aplicación resulta tan adecuado el complemento entre juristas y economistas, pues si bien las Resoluciones se han de tomar conforme a Derecho la materia exige la valoración de muchos parámetros económicos. De aquí que se les encomiende variadas competencias y funciones no circunscritas a la resolución de los expedientes sancionadores, sino también consultivas, de emisión de informes, etc.<sup>29</sup>.

Una cuestión que cabe plantearse es si la autorización singular tendrá sólo efectos meramente administrativos o si, por el contrario, concedida la autorización singular por el TDC ésta tiene plenos efectos y no cabrá perseguir la práctica autorizada no ya ante el TDC, sino tampoco ante los Órganos jurisdiccionales. Dicho de otra forma, si una práctica contraria al artículo 1 LDC que haya sido autorizada por el TDC podrá, no obstante, ser perseguida ante la jurisdicción, quien puede conocer directamente de las conductas prohibidas por la LDC en determinados supuestos, fundamentalmente vía el ejercicio de una acción en base a la Ley de Competencia Desleal al estar tipificada expresamente como deslealtad la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial<sup>30</sup>. O si un Tribunal jurisdiccional puede conceder una autorización singular.

La facultad para otorgar una autorización singular le viene encomendada exclusivamente al TDC por el artículo 4 LDC, de igual forma que el establecimiento de exenciones por categorías le viene dada en exclusiva al gobierno por el artículo 5 de la misma Ley. La única intervención jurisdiccional en los supuestos de autorizaciones singulares será al conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente por la Audiencia Nacional, del recurso que alguno de los interesados en el expediente interpongan contra la Resolución del TDC. No podemos olvidar que la autorización se concederá o denegará atendiendo los efectos de

<sup>26</sup> Artículo 20 LDC.

<sup>27</sup> Artículo 23 LDC.

<sup>28</sup> Artículo 21 LDC.

<sup>29</sup> Artículos 25, 26 y 27 LDC.

<sup>30</sup> Artículo 15.2 L.C.D. Véase, al respecto, mi trabajo: «Aplicación Jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 215 a 239.

la práctica en el mercado y valorando la afectación del interés público. Aquí no se dirimen contiendas entre particulares, aunque afecte a los intereses de éstos, por lo que, a mi juicio, deberán los órganos jurisdiccionales de abstenerse de entrar a considerar si la autorización singular concedida por el TDC debió no otorgarse. De igual forma, puede decirse que no corresponde a los Tribunales ordinarios la concesión de una autorización singular, al existir reserva legal de esta función a favor del TDC.

## B. TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE AUTORIZACIÓN SINGULAR ANTE EL SDC

La norma que indica la tramitación de estos expedientes es el artículo 38 LDC y la que la desarrolla es el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, concretamente su Capítulo II<sup>31</sup>. Se prevé una fase instructora del expediente, que se encomienda al SDC y otra resolutoria al TDC, aunque la tramitación que ante este último marca el legislador excede la normal de una fase exclusivamente resolutoria.

De la normativa aplicable la primera deducción que cabe establecer es que para que pueda concederse una autorización singular ha de producirse una solicitud al respecto por uno o varios interesados. Aquí no opera tramitación de oficio del expediente ni concesión automática<sup>32</sup>, sino que alguien ha de pedirla, quien, por tanto, puede renunciar a su solicitud, careciendo en tal caso de sentido continuar la tramitación del expediente<sup>33</sup>.

La solicitud ha de presentarse ante el SDC en el correspondiente impreso normalizado a que se refiere el artículo 4 del Real Decreto 157/1992, y si en el acuerdo, decisión, recomendación o práctica participan pluralidad de empresas, asociaciones o agrupaciones de aquéllas, la solicitud deberá ir en impreso único. En el supuesto de que sólo fuese firmada la solicitud por sólo una o alguna de las empresas participantes, los solicitantes deberán acreditar el haber informado a las restantes, no precisándose, por tanto, la petición unánime, lo cual podrá deberse a causas distintas entre las que cabe destacar que en opinión de algunos la práctica no se considere prohibida, mientras que otros más previsores, ante la duda y para evitar la posibilidad de ser sancionados, acuden al remedio de la autorización singular al no existir en nuestro Derecho interno de competencia la posibilidad que se contempla en cambio en el Comunitario de ejercer una petición negatoria ante la Comisión. Ésta, en principio, deficiencia de nuestro ordenamiento no lo es tal en la práctica, toda vez que en el supuesto de que tras la instrucción llevada a cabo por el SDC, que no podrá sobrepasar los treinta días<sup>34</sup>, si a juicio de éste, no existiendo

<sup>31</sup> Artículos 4 a 18.

<sup>32</sup> Artículo 38.1 LDC.

<sup>33</sup> Resolución de 13 de mayo de 1993. Expte. 34/92 acumulado al 26/91 COPECAN y Resolución de 17 de noviembre de 1997. Expte. A 221/97, Fontanería de Madrid.

<sup>34</sup> Artículo 6 RD.

oposición de ningún interesado, se califica la práctica objeto de la solicitud de autorización como no incluida entre las prohibidas por el artículo 1 LDC o con el amparo legal que excepciona el artículo 2 de la misma Ley, si se comparte tal opinión por el TDC, se dictará la Resolución sin más trámite, tal como señala el artículo 8.a) del RD.

El impreso de solicitud debidamente cumplimentado deberá acompañar la documentación requerida en el anexo del RD en el que se explicita el formulario de solicitud y los documentos justificativos que por original o copia auténtica deberán unirse. De especial relevancia, porque a ello se ha de concretar la autorización, es la presentación del texto del acuerdo o contrato, o la descripción de la práctica <sup>35</sup>.

El legislador concede al SDC amplias facultades para permitirle establecer su informe de calificación de la práctica como no comprendida en las prohibiciones del artículo 1 LDC, autorizable, autorizable pero con condiciones o no autorizable. A ello contribuirán especialmente la información que proporcionen al efecto los interesados y los consumidores, con independencia del carácter preceptivo de la publicidad y de solicitud de informe de los consumidores que contiene el artículo 5 RD. A este respecto es de resaltar que si bien el plazo de treinta días que como máximo señala el artículo 6 RD para que desde la presentación de la solicitud el SDC lleve a cabo la instrucción, califique y remita el expediente al Tribunal, puede resultar adecuado ante prácticas que merezcan la calificación de no incluidas en la prohibición del artículo 1 LDC o con amparo legal, en otros supuestos, que son mayoría, resultará insuficiente. Repárese que hay que publicar una nota sucinta en el *BOE* y en su caso, en un diario con la finalidad de que cualquiera pueda aportar información por plazo de hasta quince días <sup>36</sup>, y si hay que oír a los informantes y en su caso, como consecuencia de todo lo anterior practicar posteriores diligencias de instrucción antes de proceder a la calificación, difícilmente va a poder cumplimentarse todo en treinta días, lo que determinará en ocasiones una deficiente conclusión de la fase instructora. Como consecuencia de ello el TDC se ha visto obligado en varios supuestos a devolver el expediente al SDC para que complete la instrucción. Así, por Resolución de 9 de diciembre de 1997 <sup>37</sup> el TDC acordó devolver el expediente al SDC para que con la libertad de criterio que corresponde al órgano instructor practique diligencias hasta completar la instrucción, al menos en lo relativo a los hechos puestos de manifiesto ante el Tribunal tras la celebración de una audiencia en los términos que habilita el artículo 11 RD, acordando suspender la puesta en práctica del acuerdo objeto de solicitud hasta tanto no recaiga resolución definitiva. La petición de autorización se referirá en aquel supuesto a un registro de morosos en el seno de una asociación profesional, y sorprendentemente se manifestaba en el cuestionario de notificación que existía un reparto de mercado por

<sup>35</sup> Último inciso del artículo 4.

<sup>36</sup> Artículo 5 RD en relación con el artículo 36.4 LDC.

<sup>37</sup> Expte. A 229/97, Morosos Suelo.

zonas entre las empresas que formaban la asociación, lo que fue atribuido a un error en la cumplimentación del cuestionario por el Presidente de aquélla al comparecer a la audiencia preliminar ante el TDC, dándose, además, la circunstancia de que el firmante de la solicitud a título de gerente era al parecer un asesor carente de poderes. El Servicio había solicitado aclaración y al no facilitársele en el tiempo que restaba por concluir los treinta días del plazo aquélla se vio obligado a enviar el expediente al Tribunal sin completar debidamente la instrucción y sin recibir incluso el informe del Consejo de Consumidores. El TDC, en la indicada Resolución, entiende que el órgano instructor debe completar debidamente la instrucción constatando en todo caso cuál de las dos afirmaciones contradictorias responde a la realidad o si ésta incluso se corresponde con otra situación diferente, y de comprobar si se están llevando a cabo conductas prohibidas, en este caso distintas a aquella a la que se contrae la solicitud, que recordemos era para un registro de morosos, procediendo a iniciar el correspondiente expediente sancionador de conformidad con el artículo 31 LDC<sup>38</sup>.

La delimitación del mercado relevante al que va a afectar la práctica va a constituir en la mayor parte de los supuestos una exigencia para la correcta y completa instrucción de un expediente de autorización singular y su calificación, máxime si como va ya siendo frecuente ciertas autorizaciones que se solicitan lo son para prácticas complejas. Así, en la Resolución de 4 de noviembre de 1997<sup>39</sup> el TDC pone de relieve que el SDC no ha realizado un estudio del mercado y en su calificación consecuentemente no lo delimita de forma adecuada, afirmando simplemente que aquél viene constituido por el alquiler de vehículos sin conductor cuando concurre la intermediación de las agencias de viajes. El Tribunal se ve por ello obligado a su delimitación en base a la información obrante en el expediente, lo que normalmente resultará dificultoso e incluso deficiente, llegando, en aquel supuesto, a la conclusión de que el mercado relevante era el nacional de alquiler de automóviles sin conductor intermediado por las agencias de viaje a comisión, en el que a la vez se distinguen dos submercados: el de los vehículos alquilados en los aeropuertos, donde los 4 miembros de APEAV tienen posición de dominio y el del mismo alquiler referido a zonas turístico-vacacionales, dónde tienen al menos una importante cuota de mercado<sup>40</sup>.

El completarse debidamente la instrucción por el SDC llevará también a una correcta calificación en los términos que exigen los párrafos 2.º y 3.º del artículo 6 RD, siendo ello doblemente importante toda vez que la calificación, además, comportará una tramitación del expediente distinta ante el TDC, según se examina más adelante.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir con que no hay que resaltar la necesidad de una correcta instrucción del expediente por

<sup>38</sup> FFJJ 2 y 3.

<sup>39</sup> Expte. A 201/97, Impagos Alquiler de Vehículos.

<sup>40</sup> FJ 1.



el SDC lo que precisará que se flexibilice el plazo de los treinta días a los que la norma lo limita en el tiempo, toda vez que sólo en contados supuestos resulta suficiente, habiéndose constatado en la práctica su cordedad sobre todo para el examen de prácticas más complejas que vienen siendo las más habituales últimamente en las solicitudes de autorización singular.

### C. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE POR EL TDC

#### a) *Aspectos comunes del procedimiento*

Bajo este epígrafe se pretende agrupar aquellas singularidades más sobresalientes del procedimiento ante el TDC en las autorizaciones, que son comunes a las tres tramitaciones distintas que ha previsto el legislador posiblemente con la intención de aligerar la resolución de aquellos expedientes que de los que se deriva más claramente la posibilidad de autorización, pero que la práctica viene demostrando la complejidad innecesaria de esta diversificación de trámites

##### a).1. Admisión a trámite

Remitido el expediente al TDC se procederá a su admisión a trámite en el término de cinco días «si se hubieran apartado, el mismo los antecedentes acreditativos del cumplimiento de los trámites establecidos en los artículos anteriores», según señala el artículo 7 RD. En otro caso, concreta el mismo precepto normativo se interesará del Servicio la práctica de la diligencia o diligencias que falten. Es de destacar que a diferencia de otro tipo de expedientes en que se resuelve la admisión a trámite por el Pleno del Tribunal, aquí se realiza por providencia del Presidente a propuesta del Secretario, pareciendo que la admisión tiene un mero carácter formal y limitado a la comprobación de si se han aportado los antecedentes que señala el RD, por lo que «la admisión a trámite en el expediente de autorización no prejuzga ni condiciona los pronunciamientos que posteriormente pueda adoptar el Tribunal». Así lo ha señalado el TDC en Resolución de 5 de mayo de 1997<sup>41</sup>.

Dependiendo de la calificación que haya realizado el SDC, admitido a trámite el expediente, correrá por caminos distintos hasta llegarse a la resolución del mismo, según veremos más adelante.

##### a).2. Aplicación provisional

En el supuesto de que tres meses después de la presentación de la solicitud el TDC no haya notificado a los solicitantes su decisión de que

<sup>41</sup> Expte. A 211/97 COFAS. FJ 8.

no procede la aplicación provisional del acuerdo, decisión, recomendación o práctica para la que se solicitó autorización, aquéllos podrán llevarla a cabo provisionalmente <sup>42</sup>. La oposición a la puesta en práctica provisional deberá, además, en su caso motivarse debidamente por el Tribunal <sup>43</sup>. No juega aquí el silencio administrativo positivo propiamente dicho, toda vez que el transcurso del tiempo con el silencio de la Administración no produce el efecto favorable para el administrado, ya que la autorización provisional puede revocarse, aunque sí evita que durante el tiempo que medie hasta la Resolución definitiva denegatoria de la autorización se pueda sancionar la práctica llevada a cabo. Por el contrario, si en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud el TDC se pronunció en contra de la aplicación provisional y se puso en práctica el acuerdo, ello derivará la imposición de multa <sup>44</sup>.

Evidentemente, el TDC dejará transcurrir el plazo de los tres meses sin dictar resolución contraria a la aplicación provisional cuando tras la admisión a trámite formal del expediente ha podido analizar más profundamente el mismo y llegar al convencimiento provisional de que la práctica no precisa de autorización o razonablemente va a ser autorizada, para lo cual normalmente contará con las aclaraciones o criterios de los interesados obtenidos a través de audiencias preliminares para las que habilita el artículo 11 RD. En otros casos el TDC optará generalmente por la suspensión como lo acreditan multitud de Resoluciones.

### a).3. Audiencias preliminares. Su función negocial

En cualquier momento, antes de dictar una resolución de autorizaciones no condicionadas o decidir la tramitación del expediente como contradictorio <sup>45</sup> o el continuarlo por el camino más simple y rápido de las denominadas autorizaciones condicionadas, en este último caso, claro está, si se da alguno de los supuestos previstos en el artículo 9 RD, podrá el TDC convocar al instructor del expediente, al solicitante y a los demás interesados, conjunta o separadamente, para celebrar una o varias reuniones con el Vocal ponente o una Comisión designada a los siguientes efectos:

- a) Aclarar cuestiones de hecho o de derecho.
- b) Reducir las discrepancias.
- c) Conocer el criterio de los interesados sobre eventuales modificaciones, condiciones u obligaciones.

Esta interesante facultad que señala el artículo 11 RD va, sin duda, encaminada, de un lado, a conseguir mejor información por parte del Tribunal que es quien ha de decidir no sólo en cuánto el fondo del asunto,

<sup>42</sup> Artículos 4.4. LDC y 16 RD.

<sup>43</sup> Artículo 16 RD.

<sup>44</sup> Artículo 10.4 LDC.

<sup>45</sup> Artículo 10 RD.

sino también previamente sobre la forma de tramitar el expediente y, de otro, a lograr un acuerdo que posibilite la concesión de la autorización. Para ello se informará a los interesados de las posibles modificaciones, condiciones u obligaciones con las que podría ser concedida la autorización a fin de que expresen su criterio al respecto, pues bien podrá acontecer que en este supuesto no les interese la autorización condicionada o con modificaciones u obligaciones suplementarias, resultando en tal caso absurdo prolongar por más tiempo la tramitación del expediente. Esto es lo que aconteció en el Expediente A 22/97, Fontanería de Madrid, en el que la Asociación de Empresarios de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción, Climatización, Mantenimiento y Afines de Madrid —ASEFOSAM— formuló una petición de autorización singular para llevar a cabo una campaña publicitaria dirigida a usuarios y consumidores de gas natural y GLP sobre revisión de instalaciones y precio orientativo de la indicada revisión. La calificación del SDC había sido que la práctica no resultaba autorizable, pues si bien la campaña publicitaria sobre la necesidad de revisión de las instalaciones de gas no requiere autorización, la publicación de un precio recomendado no es susceptible de autorización. Examinado por el Pleno el expediente se decidió que por el Vocal ponente se mantuviera una reunión preliminar con el instructor y el representante de la notificante a fin de exponer los criterios mantenidos por el TDC en diversas Resoluciones sobre la no autorización de precios recomendados, a la vista de lo cual el representante de la solicitante desistió de su petición de autorización y solicitó el archivo del expediente. Por Resolución de 17 de noviembre de 1997 se acordó tener por desistido a ASEFOSAM y archivar el expediente.

El supuesto, también contemplado a efectos de la audiencia preliminar por el artículo 11 RD y concretado en «reducir discrepancias» tiene, a mi juicio, un claro carácter negociador. La negociación entre los interesados y la Administración sustituye al procedimiento administrativo, en tanto que éste ya no será necesario. Es una versión de mayor amplitud que la posibilidad de terminación convencional del procedimiento administrativo prevista en el artículo 88 de la Ley 3/1992<sup>46</sup>. Toda vez, que al Tribunal compete el otorgar o denegar la autorización, ha de valorar para ello que se está en alguno de los supuestos señalados por el artículo 3 LDC y se cumplen los requisitos exigidos para el supuesto determinado, y aún cumplidos éstos, la conveniencia para el interés público de autorizar o no, dentro del margen de discrecionalidad que le otorga la Ley en la ponderación de todos los valores que el ordenamiento ha establecido en la regulación institucional de los mercados, en donde la competencia es un valor primordial pero no absoluto, debiendo apreciarse también otros, entre los que cabe mencionar el logro de una mayor eficiencia y la satisfacción de los intereses de los consumidores.

En el supuesto de llegarse a un acuerdo sobre los términos de la autorización, el SDC y los interesados podrán renunciar a los plazos y

<sup>46</sup> CASES PALLARÉS, LI., *op. cit.*, p. 359.

audiencias previstos para la tramitación del expediente, según habilita el último párrafo del artículo 11 RD. Ello sólo acontecerá de llegarse a un acuerdo sobre una propuesta concreta del Tribunal trasladada por el Vocal ponente, pues toda vez que la resolución corresponde al Pleno pudiera acontecer que éste no diera su conformidad al acuerdo logrado. En tal supuesto y aún en caso de renuncia a los trámites se deberán conceder todos sus términos a fin de evitar una posible indefensión.

#### b) *Autorizaciones no condicionadas*

En tres supuestos contemplados por el artículo 8 RD el TDC dictará Resolución sin más trámite, acortándose con ello sensiblemente la terminación del expediente. Son los siguientes:

1. Cuando, según la calificación del SDC, proceda declarar que el acuerdo, decisión, recomendación o práctica, no está incluida entre las conductas prohibidas por la LDC o que resulta de la aplicación de una Disposición legal o reglamentaria. Tiene que concurrir en estos casos otra circunstancia y es que no exista oposición de ningún otro interesado.

Como se señala anteriormente al no contemplarse en nuestra legislación la posibilidad de solicitar certificaciones negativas como sucede en el ordenamiento comunitario <sup>47</sup>, ante la duda de que la práctica pudiera estar incurso en prohibición del artículo 1 LDC habrá que optar entre llevarla a cabo y correr el riesgo de ser sancionado o para evitar posibilidades de sanción acudir al remedio de la autorización.

El otro supuesto, más frecuente y con igual finalidad de evitar ser sancionado, es en el caso de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que prohibidas por el artículo 1 LDC resulten de aplicación de una Ley o Disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley, en cuyos supuestos el artículo 2 LDC declara autorizadas.

En este caso se plantearán situaciones más complejas, dado que la excepción que contiene el artículo 2.1. LDC obliga a una interpretación restrictiva <sup>48</sup>. Así lo ha entendido, además, el TDC en diversas resoluciones referidas fundamentalmente a Colegios profesionales. Así, en Resolución de 28 de julio de 1994 <sup>49</sup> señaló que deberán aplicarse las normas de competencia a las actividades no administrativas de los colegios profesionales que no estén expresamente autorizados por Ley. En esta línea la Resolución de 12 de diciembre de 1994 <sup>50</sup> considera que la Ley de Colegios Profesionales entonces vigente autorizaba a los Colegios a establecer tasas de honorarios de carácter general pero no va a aplicar honorarios mínimos a determinados colectivos y menos a empresas concretas.

<sup>47</sup> Artículo 2 del Reglamento 17, DOCE 21-12-1962.

<sup>48</sup> VICIANO J., *Libre competencia e intervención pública de la economía*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 486.

<sup>49</sup> Expte. 339/93 COAM.

<sup>50</sup> Expte. R 92/94 ASISA.

En cuánto al amparo legal que proporciona la norma reglamentaria, véase lo dicho anteriormente en el epígrafe dedicado a examinar las conductas autorizadas por la Ley.

2. El tercer supuesto, que posibilita la inmediata resolución por tratarse de autorizaciones no condicionadas es el caso de calificación por el SDC de procedencia de la autorización sin ninguna modificación, condición o establecimiento de obligaciones<sup>51</sup>. Igual que en los otros supuestos examinados no tiene que existir oposición de ningún interesado. Son supuestos éstos frecuentes en los denominados registros de morosos en los que al existir, hasta ahora, una consolidada doctrina del TDC para su concesión, de no contenerse en su Reglamento de funcionamiento ninguna disposición no acorde con aquélla, se produce la autorización prácticamente de forma automática por este rápido trámite.

En estos tres casos, previa propuesta del Vocal ponente, de compartir el Tribunal el criterio del SDC dictará sin más trámite Resolución declarando que la práctica objeto de autorización no está comprendida entre las prohibidas por el artículo 1 LDC, goza de amparo legal conforme al artículo 2 LDC o procede su autorización. Como ya se ha apuntado, la autorización, que va a amparar intereses privados es rápida, y éstos quedan así también debidamente tutelados.

### c) *Las llamadas autorizaciones condicionadas*

En evitación de dilaciones en la tramitación del expediente, lo que indudablemente acontecerá en el supuesto de su tramitación contradictoria, el legislador contempla otra serie de supuestos en los que la autorización puede resultar posible de forma más rápida. En estos casos de tramitación no contradictoria deberá de no concurrir oposición de tercero interesado, pues de no ser así habría de acudir a la tramitación contradictoria del expediente. Los supuestos previstos por el artículo 9 RD son los siguientes:

1. Cuando proceda la autorización a juicio del TDC pero con ciertas condiciones, modificaciones u obligaciones, estén contenidas o no en la calificación del SDC.

2. Cuando el SDC hubiese calificado en contra de la autorización y el TDC la estimase procedente en un primer análisis bien en sus propios términos o con modificaciones, condiciones u obligaciones.

En estos casos por providencia se acordará la audiencia de los interesados y del SDC por plazo común de diez días, especificándose en ella las eventuales modificaciones, condiciones u obligaciones que el TDC se propone establecer. Con ello se pretende conocer más ampliamente el criterio tanto del SDC como de los interesados, antes de resolverse definitivamente por el TDC y en el supuesto de imposición de condiciones

<sup>51</sup> Artículo 8.b) RD.

el grado de aceptación de las mismas por los interesados o su criterio en rebatirlas o rechazarlas.

Es preciso señalar con respecto a este trámite que el procedimiento para la audiencia puede ser tanto oral como escrito, ya que no concreta su forma el legislador, aunque la fórmula literal empleada de «plazo común de diez días» parece apuntar por el trámite escrito, siendo en cualquier caso secundario e indiferente a la resolución del proceso el que se emplee uno u otro medio. De decidirse por la audiencia mediante comparecencia oral o vista, debe ésta señalarse al décimo día o a los inmediatos siguientes, para que el término resulte útil a los interesados posibilitando el examen del expediente y la preparación de sus respectivas defensas. Además, en este supuesto, la audiencia o vista ha de tener lugar ante el pleno del Tribunal. Repárese que la propia dicción del precepto así lo indica: «Oída la propuesta del Vocal ponente, el Tribunal mediante providencia acordará la audiencia de los interesados y del Servicio de Defensa de la Competencia por plazo común de diez días...» El que ha de oír es el Tribunal al que a continuación corresponde resolver, pudiendo hacerlo mediante el estudio por el Pleno de las alegaciones escritas o celebrando una audiencia o vista para escucharlas de viva voz de las partes.

Muy distinto es el supuesto de las audiencias preliminares que posibilita el artículo 11 RD en los términos antes analizados, en las que por ser previas a la determinación del procedimiento a señalar para la tramitación del expediente y desde su función negocial, sí pueden en cambio encomendarse al Vocal ponente como señala el citado precepto.

Debe también indicarse que para el supuesto de que el TDC hubiese contemplado la posibilidad de conceder la autorización singular pero sometida a condiciones, modificaciones u obligaciones deberán concretarse aquéllas debidamente razonadas en la providencia o auto, toda vez que en otro caso podría ocasionarse indefensión a las partes que carecerían de los elementos suficientes para atacar su improcedencia y argumentar en consecuencia. En una reciente Resolución del TDC se observa de la lectura de los antecedentes cómo se cuestiona por el interesado esta falta de concreción<sup>52</sup> y aunque el Tribunal lo rebate en la fundamentación jurídica parece que debió ofrecerse al interesado mayor grado de explicitación del criterio adoptado por el TDC al acordar la no aplicación provisional del acuerdo y el trámite del expediente como contradictorio.

Finalmente, señalar la inadecuada titulación del artículo 9 RD: «Audiencia previa para autorizaciones condicionadas», pues, como se comprueba, el apartado b) del mismo posibilita también la autorización sin ninguna condición, modificación u obligación, con lo que tal denominación añade un elemento de más de confusión al complejo sistema inventado por nuestro legislador.

<sup>52</sup> Resolución 30 de julio de 1998, Expte. A 228/97 Glaxo Wellcome, que el TDC rebate en el FJ 6.

Como se señala más arriba el sistema de audiencias preliminares que habilita el artículo 11 RD, es un medio de gran utilidad que posibilita, además, a través de sucesivas audiencias el que los interesados puedan conocer la posibilidad de las condiciones, modificaciones u obligaciones con las que el TDC estaría dispuesto a conceder la autorización y después de estudiadas debidamente llegar a aceptarlas o rechazarlas. Todo ello sin olvidar las posibilidades «negociales» que habilita dicho precepto.

Por todo ello, y según mi criterio, esta tramitación de las mal llamadas autorizaciones condicionadas debiera desaparecer dejando los supuestos reducidos a las hasta ahora denominadas autorizaciones no condicionadas y las de tramitación contradictoria. Se clarificaría con ello sensiblemente la situación actual y se ganaría, además, en seguridad jurídica. Piénsese que, además, por el trámite de las autorizaciones condicionadas se reducen los medios de defensa y prueba de los interesados que quedan limitadas a ser oídos, verbalmente o por escrito, a lo que sigue la Resolución del Tribunal, mientras que a través de la contradicción pueden alegar, probar y rebatir con mucha mayor amplitud y consiguiente garantía para sus intereses, sin que el interés público sufra por ello merma alguna, sino que incluso quedará mejor salvaguardado con la intervención que del SDC propicia la Ley en el contradictorio, como parte e, incluso, por la mayor información que proporcionarán con su intervención también los interesados que se opongan.

#### d) *Tramitación contradictoria de autorizaciones*

Para tres supuestos exige el artículo 10 RD el trámite contradictorio en la actualidad:

a) Cuando el Servicio se hubiese pronunciado en contra de la autorización en su calificación y estuviese conforme el TDC con la calificación de aquél.

b) Cuando el SDC calificase a favor de la autorización y el TDC fuese contrario a ella.

c) Cuando algún interesado se opusiese a la autorización.

Teniendo en cuenta que el SDC interviene en todo caso en defensa del interés público no se comprende bien el porqué en el supuesto de que éste califique el acuerdo o práctica como no autorizable y el TDC la estimase procedente, incluso sin condiciones<sup>53</sup>, se sigan el trámite más simple establecido para las autorizaciones condicionadas y en el supuesto inverso, esto es cuando el Servicio se hubiese pronunciado en favor de la autorización y el Tribunal la estimase improcedente se deba recurrir al sistema más complejo y lento, pero también más garantista, de la tramitación contradictoria<sup>54</sup>. Supuesto bien distinto es cuando otro inte-

<sup>53</sup> Artículo 9.b) RD.

<sup>54</sup> Artículo 10.b) RD.

resado en el expediente se oponga a la autorización ya que en tal caso sólo el procedimiento contradictorio puede garantizar debidamente los intereses diversos, pero todos legítimos, del solicitante y de los otros interesados.

La tramitación contradictoria, que acordará el Pleno del TDC, oída la propuesta del Vocal ponente, por simple providencia, ordenará poner de manifiesto el expediente al SDC y a todos los interesados por plazo común de quince días a fin de que puedan proponer las pruebas que juzguen convenientes y solicitar la celebración de la vista. En el plazo de los cinco días siguientes el TDC resolverá sobre dichos pedimentos. Nada se indica sobre el plazo que deba acordarse para la práctica de las pruebas que se admitan como pertinentes. El legislador da aquí un margen de discrecionalidad al Tribunal para que acuerde el plazo para práctica de las pruebas acorde con la naturaleza de las que deban practicarse. Piénsese que, por ejemplo, una prueba pericial precisará de un mayor plazo si se tiene en cuenta que habrá de procederse al nombramiento del perito o peritos, con las debidas garantías para las partes, y deberán aquellos disponer de un plazo acorde con la complejidad de la pericia y procederse a su ratificación ante el TDC con la garantía de audiencia de las partes para la solicitud de concreciones u aclaraciones. El plazo para práctica de pruebas entre diez y treinta días que señala el artículo 80 de la Ley 30/1992, que actúa como supletoria, puede resultar adecuado. En todo caso, el TDC podrá hacer uso de la facultad que la LDC le concede para mejor proveer<sup>55</sup> y acordar la práctica de aquellas que no pudieron llevarse a cabo en el término ordinario u ordenar cualquier otra que estimase necesaria.

Cabe señalar respecto de las pruebas que resultará pertinente cualquiera de las admisibles en Derecho, siempre y cuando guarde conexión con los hechos objeto de debate. También debe aclararse que siguiendo la norma general de todo proceso a cada parte compete probar los hechos alegados por ella. Así, el solicitante deberá tratar de acreditar la incardinación del objeto de la solicitud en los supuestos tasados por el artículo 3 LDC y el cumplimiento de requisitos que aquel precepto señala, según además recuerda el artículo 13 RD. Nos encontramos en el supuesto de carga de la prueba ordinario, aunque su innecesaria referencia en el citado artículo 13 RD ha llevado a algunos a considerarlo como supuesto de inversión de carga de la prueba, lo cual, a mi juicio, no concuerda con la realidad, según lo antes manifestado.

Practicadas las pruebas se pondrán de manifiesto a los interesados y al Servicio por plazo de diez días para valoración, transcurrido el cual gozaran de otro de quince días para conclusiones, salvo que se hubiese acordado la celebración de vista<sup>56</sup>. No se comprende la necesidad de este plazo sucesivo, pareciendo suficiente uno único de quince días para el trámite escrito o la celebración de vista en otro caso.

<sup>55</sup> Artículo 42 LDC.

<sup>56</sup> Artículo 10 RD, último párrafo.



Llegado el momento último de resolver el TDC deberá pronunciarse principalmente sobre la concesión de la autorización solicitada con o sin condiciones, modificaciones u obligaciones o, en su caso, denegación, y en todos los supuestos motivando su decisión conforme recuerda el artículo 13 RD, y conteniendo en su parte dispositiva el supuesto de autorización aplicable y separadamente cada una de las condiciones, modificaciones u obligaciones que se establezcan, o lo que es lo mismo, la parte dispositiva debe expresar claramente el supuesto autorizado y las restricciones que pueda marcar el Tribunal de forma que su práctica no comporte oscuridad o imprecisiones que pudiesen llevar a confusión.

Una cuestión que el legislador deja a criterio del TDC es el de establecer el plazo a que se extiende la autorización. Será acorde con el tipo y naturaleza de la práctica autorizada, siendo en la generalidad de los casos el criterio del TDC que se extienda por el de cinco años, según se constata en multitud de resoluciones que marcan este término.

Si la resolución deniega la solicitud deberá en ella intimarse al solicitante y a otros interesados en la misma para que desistan de la práctica prohibida previniéndoles que su desobediencia podrá ser sancionada en los términos señalados por el artículo 10 LDC.

### 3. PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN SINGULAR CONCURRENTENTE CON EXPEDIENTE SANCIONADOR

Bueno es recordar, aunque ya se haya dicho antes, que la solicitud de autorización singular viene referida a una práctica prohibida por el artículo 1 LDC, con la excepción de que hubiese dudas de que pudiera estar incluida o no en las prohibiciones de aquel precepto, gozar de amparo legal o de exención por categorías y ante la duda se acude al remedio preventivo de la autorización para evitar ser sancionado por la puesta en práctica.

De ello se deduce que la práctica no debe llevarse a efecto hasta tanto no se obtenga la Resolución del TDC autorizándola, salvo que éste en una primera aproximación la considerara como no necesitada de autorización, con amparo legal o autorizable, y aun en el supuesto de que al final no fuera así, la afectación que ha de producir en el mercado por su puesta en práctica previsiblemente sería escasa, por lo que con su silencio durante los tres meses siguientes a la petición de autorización, va a autorizarla provisionalmente<sup>57</sup>. La resolución definitiva denegando la autorización conllevará el cese de la práctica.

La Ley, ante las dificultades que en algunos casos conlleva el determinar si una práctica puede resultar prohibida y, por tanto, sólo posible de llevar a cabo previa autorización, da una última posibilidad a aquéllos contra los que se ha iniciado un expediente sancionador. Así, el artículo 18

<sup>57</sup> Artículos 4.4 LDC y 16 RD.

RD que desarrolla el artículo 38.2 LDC, establece que la solicitud de autorización singular se formulará conforme a cuanto establece el artículo 4 del mismo RD, y se dará la publicidad que señala el artículo 5, pero tratándose acumulada al expediente sancionador.

La petición de autorización conlleva el cese en la práctica, puesto que ha de ser autorizada. De no ser así se estaría privilegiando al desaprensivo o descuidado en el mejor de los casos, y al decidido infractor en otros, ya que pese a las advertencias de la Ley sobre petición de autorización no la formuló<sup>58</sup>. Igual conclusión sobre la necesidad de suspender la práctica se extrae de lo dispuesto en el artículo 18 RD que señala que el Tribunal al resolver el expediente acumulado decidirá, por separado, la declaración que proceda sobre el expediente sancionador con los pronunciamientos accesorios, esto es, sancionando por el período de puesta en práctica y concediendo o denegando la autorización. No se impondrá sanción por las conductas realizadas en el tiempo comprendido desde la presentación de la solicitud hasta la resolución del expediente, salvo que el TDC se hubiese pronunciado en los tres meses oponiéndose a la puesta en práctica. Esto es lo que prescribe el artículo 10.4 LDC con carácter general. Ello supone que si no se hubiese iniciado el expediente sancionador el que solicita la autorización se ha abstenido de la puesta en práctica de la conducta que desea se le autorice a no ser que en el transcurso de los tres meses desde la presentación de la solicitud el TDC con su silencio hubiese permitido su práctica provisional, según antes veíamos.

Mas este precepto debe interpretarse para su adecuación al supuesto ahora examinado. Si la práctica se ha llevado a cabo, como se deducirá del expediente incoado, se puede optar entre varias posibilidades. De estar convencido de que la práctica tiene amparo legal, goza de exención por categorías o no se incardina entre las prohibidas por el artículo 1 se podrá pedir la autorización singular y continuar con la práctica corriendo el riesgo de una mayor sanción, pues de resultar contraria al artículo 1 pero no autorizable la sanción que prevé el artículo 46.2.b) LDC deberá modularse según las prácticas que señala el artículo 10 de la misma Ley, entre las que se encuentra la duración de las restricciones de la competencia<sup>59</sup>. Pero si se decide cesar en la práctica, a partir de la petición de autorización, no se sancionará por el período comprendido entre la petición y cese, y aquel en que se produce la resolución declarándola prohibida. Ésta es, a mi juicio, la única interpretación posible, según lo señalado más arriba, pues en otro caso se privilegiaría al desaprensivo e incluso al contumaz infractor, lo que el legislador en todo caso no debió querer.

Acumulada la petición de autorización al expediente sancionador, conforme prescribe el artículo 18 RD, el SDC en el caso de que no se hubiese cesado en la práctica, podrá, además, solicitar medidas cautelares

<sup>58</sup> Resolución 30 de abril de 1997, Expte. r 208/97, FJ 3.

<sup>59</sup> Artículo 10.2.e).

al TDC en los términos que le habilita el artículo 45 LDC<sup>60</sup> con lo que, en todo caso, el interés público quedará salvaguardado.

El SDC remitirá en su momento al TDC el expediente sancionador acompañado de su informe, incluyendo también la calificación de la solicitud de autorización<sup>61</sup>.

La resolución definitiva que recaiga en el expediente acumulado deberá contener por separado la declaración que proceda sobre las prácticas o acuerdos objeto del expediente sancionador, que pueden, en definitiva, resultar prohibidas o no por el artículo 1 LDC, pero también por los artículos 6 y 7 de la misma Ley, con las accesorias que en su caso correspondan<sup>62</sup> y la declaración concediendo o denegando la autorización cuya petición ha sido acumulada<sup>63</sup>.

La tramitación no ofrece especiales problemas cuando, como ha sido habitual, al menos hasta ahora, el expediente de petición de autorización es posterior al inicio del expediente sancionador. Como señala el artículo 18 RD, sin ninguna duda y excepción, aquélla se acumulará a éste y se continuará la tramitación en los términos que al menos sintéticamente quedan señalados. Los plazos y trámites más completos del procedimiento sancionador permitirán el que ambos sean instruidos con mejor información para el TDC, lo que llevará a la valoración, no siempre fácil, de las prácticas o conductas enjuiciadas.

El problema surge cuando coinciden en el tiempo una denuncia por prácticas prohibidas y una petición de autorización. Esta situación se produjo recientemente con el expediente A 211/97 COFAS. El mismo día en que se pide una autorización singular, pero unas horas o unos minutos después, se presenta una denuncia por un competidor<sup>64</sup> que considera que los acuerdos objeto de petición de autorización son constitutivos de abuso de posición de dominio y de actos de competencia desleal y, por tanto, prohibidos y no autorizables. El SDC comenzó por instruir el expediente de autorización y acuerda en el expediente de denuncia dejar en suspenso su admisión a trámite hasta tanto el TDC se pronuncie sobre la petición de autorización.

Recurrido este último Acuerdo del SDC ante el TDC dio lugar al Expediente r 206/97, en el que por el Tribunal se estimó el recurso y se ordenó al Servicio que se pronunciase sobre la admisión a trámite de la denuncia llevando a efecto previamente las diligencias que considerase oportunas. Al propio tiempo el Tribunal indica en su Resolución que de apreciarse en cualquier momento en el transcurso de la investigación que las prác-

---

<sup>60</sup> Véase, al respecto, mis trabajos: «Medidas cautelares en el derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia 1996*, Fundación ICO-Marcial Pons 1998, pp. 139 a 159, y «Medidas cautelares en el ámbito de defensa de la competencia», *Comunicaciones IDEI*, núm. 16, octubre-diciembre 1998, pp. 239-329.

<sup>61</sup> Artículo 18 RD.

<sup>62</sup> Artículo 46 en relación con el artículo 10 LDC.

<sup>63</sup> Artículo 18 RD.

<sup>64</sup> Así se deduce del número de registro.

ticas llevadas a cabo pudieran hacer ineficaz la Resolución que en definitiva se dicte, proponga la adopción de medidas cautelares tendentes a preservar su eficacia.

En la fundamentación jurídica de esta Resolución el TDC después de analizar la tramitación de las autorizaciones singulares y resaltar que sólo se referirán a prácticas del artículo 1 y que por versar sobre conductas prohibidas por el mismo deberá solicitarse la autorización con carácter previo a llevarse a efecto, según se analiza con detalle más arriba. La petición de autorización iniciado ya un expediente sancionador, conforme posibilita el artículo 38.2 LDC conlleva el cese en la misma, pues sino se estaría privilegiando al descuidado o incluso decidido infractor y sólo podrá continuarse en ella de estimarse que se encuentra no incluida en las prohibiciones del artículo 1 LDC, con amparo legal según el artículo 2 LDC o exenta conforme al artículo 5 de la propia Ley. En estos supuestos incluso podrá ser sancionado de estimarse por el TDC que no se daban los respectivos supuestos. Todo esto que se recuerda aquí ha sido analizado anteriormente con referencia a la propia Resolución de 30 de abril de 1997.

Se examina a continuación el acto del SDC de suspender la admisión a trámite de la denuncia. Señala a este respecto el Tribunal que tal acto, objeto de recurso, no está previsto por la LDC, por lo que debió aquél pronunciarse sobre su admisión practicando en su caso las diligencias mínimas para comprobar su verosimilitud en los términos que le habilita el artículo 36 LDC, toda vez que, además, en el caso en cuestión se había denunciado una conducta grave y solicitado medidas cautelares<sup>65</sup>. Además, la presentación de la autorización singular no impide para nada la admisión a trámite de la denuncia, ya que ésta se refiere a conductas presuntamente incurso en los artículos 6 y 7 LDC y, por tanto, en ningún caso autorizables. De resultar las conductas denunciadas iguales a las objeto de autorización, lo que puede comprobarse mediante información reservada, se puede en definitiva acumular el expediente u ordenar el archivo, según razona el TDC<sup>66</sup>.

Según reconoce el Tribunal, la LDC «no contempla expresamente el supuesto de que la denuncia de una práctica como contraria a la LDC concurra, con posterioridad en el tiempo de manera formal, pero casi simultáneamente con la petición de autorización»<sup>67</sup>. Al tener conocimiento el SDC de una conducta prohibida por el artículo 1 o tipificable en las también prohibiciones de los artículos 6 y 7 de la misma Ley, «debe abrir el correspondiente expediente sancionador para la averiguación de las conductas llevadas a efecto. El tramitar el expediente de autorización como preferente, sería, en tal supuesto, privilegiar una situación que cla-

<sup>65</sup> FJ 4.

<sup>66</sup> FJ 5.

<sup>67</sup> Se indicó antes que según consta en los antecedentes de hecho fueron presentadas ambas el mismo día aunque en momentos diferentes.

ramente la LDC no puede en ningún caso desear»<sup>68</sup>. A continuación se decanta el Tribunal porque tras la apertura del expediente sancionador se acumule al mismo la petición de autorización, lo que permitirá su tramitación con mayor amplitud de criterio, pudiendo, además, solicitar al TDC la adopción de medidas cautelares si la gravedad de los efectos que la práctica está causando en el mercado así lo aconseja para salvaguardar la eficacia de la Resolución definitiva, pues de otra forma la conducta llevada a efecto no podrá ser frenada hasta que el expediente de autorización llegue al TDC, quién podrá hacerlo conforme se deduce del artículo 10.4 LDC, pero no antes por el Servicio al no estar prevista esta posibilidad en los expedientes de autorización<sup>69</sup>.

El singular Acuerdo del SDC de suspender la admisión a trámite de la denuncia hasta el pronunciamiento del TDC sobre la petición de autorización singular trajo como consecuencia el recurso y subsiguiente Resolución del TDC estimatoria del mismo en los términos antes vistos. Pero la tramitación separada de la autorización por parte del Servicio dio lugar a la entrada en el TDC casi simultáneamente del expediente de autorización en el que el SDC se opone a la misma de no ser que se realicen determinadas modificaciones. El TDC por Resolución de fecha 5 de mayo de 1997<sup>70</sup> acordó en concordancia con los argumentos antes expuestos, el devolver el expediente de autorización al Servicio y ordenar la incoación de expediente sancionador, a fin de que se pudiera proceder a su acumulación conforme autoriza el artículo 18 RD, incorporando las actuaciones practicadas.

El conocimiento de una práctica prohibida por cualesquiera de los artículos 1, 6 ó 7 LDC, si se está llevando a efecto determinará la apertura del correspondientes expediente de los denominados sancionadores, para comprobar su adecuación o no a la Ley, pudiendo incluso solicitarse la adopción de medidas cautelares en evitación de que la Resolución final carezca de eficacia. La presentación de solicitud de autorización en tal caso deberá acumularse al expediente principal.

Si del expediente tramitado como consecuencia de la autorización singular resulta una práctica prohibida, no susceptible de autorización, máxime si se descubre su posible incardinación en los supuestos de los artículos 6 ó 7 LDC deberá iniciarse el correspondiente expediente sancionador, tal como ordenó el TDC en sus Resoluciones de fechas 9 de diciembre de 1997<sup>71</sup> y 12 de febrero de 1997<sup>72</sup>, no suponiendo en ningún caso que la petición de autorización pueda sanar conductas prohibidas por la Ley<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> FJ 6, primer párrafo.

<sup>69</sup> Ver FJ 6, párrafos 2.º y 3.º

<sup>70</sup> Expte. A 211/97 COFAS.

<sup>71</sup> Expte. A 229/97 Morosos Suelo, FJ 2, último párrafo.

<sup>72</sup> Expte. A 179/96 Acuerdo Marco Repsol.

<sup>73</sup> No se puede estar de acuerdo con el criterio del Profesor SORIANO, *op. cit.*, p. 515, cuando afirma que abrir un expediente sancionador cuando se solicita una autorización repugna a la conciencia jurídica, a principios fundamentales y a la propia eficacia del sistema de defensa de la competencia, salvo que exista denuncia de tercero.



# HACIA UN CAMBIO DE LAS IDEAS SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES

José Eugenio SORIANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo

## 1. PRIMERAS APROXIMACIONES

El Derecho de la competencia provoca hoy actitudes de asombro, pasión y sorpresas. De ser un gran desconocido, ha pasado a resultar un elemento que acompaña casi habitualmente a las grandes decisiones empresariales. No resulta ya nada extraño en nuestro país comprobar que empresarios, agentes de los distintos mercados, operadores económicos y opinión pública lo tienen en cuenta en sus conversaciones, decisiones, foros. El neointervencionismo que supone, está sometiendo a tensiones a los mercados, desacostumbrados a estas técnicas de supervisión, lejanas, sin duda, a la vieja intervención administrativa directa. La Administración consigue constituirse en una especie de mando a distancia que vigila, inspecciona, disciplina y aun regula los mercados, pero sin que ello implique una participación inmediata en los procesos de tomas de decisiones. Esta es la nueva perspectiva para nuestro país que se avecina con la creciente fortaleza del Derecho de la competencia<sup>1</sup>.

Hay que decir que, quienes desde hace algún tiempo predicábamos, entonces en el desierto, sobre la bondad de buscar estas nuevas aristas públicas con las que organizar los mercados, nos cuidábamos muy mucho de subrayar que lo que no cabía en modo alguno era convertir el Derecho de la competencia en un caos y en un desorden arbitrario con el que intervenir en los mercados. La gran preocupación de los juristas, en este punto distantes de los economistas, ha sido siempre la de conseguir algunas dosis de certeza, seguridad y estabilidad jurídica que haga viable este Derecho. Quizá lo que más nos ha preocupado ha sido, precisamente, comprobar cómo las sucesivas olas y modas económicas suponían un cambio brusco, en ocasiones inesperado también, sobre las actitudes, con-

<sup>1</sup> Véase, en general, SORIANO, J. E., *Derecho Público de la Competencia*, Madrid 1998, p. 17 ss.

ductas y comportamientos que puedan afectar a los distintos mercados. No nos ha convencido esa alegría, en ocasiones superficial, con la que los economistas modifican totalmente sus ideas. La falta de convicciones, unida, sin embargo, contradictoriamente a un peligroso fundamentalismo circunstancial, ha provocado cambios de raíz en las apreciaciones de cómo organizar desde el poder público la supervisión sobre los mercados. En este punto, pues, economistas y juristas se encuentran un tanto distanciados, ya que basta un cambio en la moda económica para que sin previo aviso se produzcan alteraciones radicales de los supuestos con los que la jurisprudencia explicaba —aprobando o reprobando— un determinado supuesto en el que el juicio «antitrust» determinaba básicamente el asunto. Como recuerda el gran STIGLER<sup>2</sup>: «La diferencia entre una disciplina que pretende explicar la vida económica (y, por tanto, todo comportamiento racional) y una disciplina que busca lograr la justicia en todos los aspectos de la vida humana, es profunda. Lo que significa que básicamente, economistas y juristas viven en mundos diferentes y hablan lenguajes distintos.» Y GARY BECKER, añade «Los economistas necesitamos también las contribuciones de los sociólogos, psicólogos, sociobiólogos, historiadores, antropólogos, científicos de la política, abogados y otros. Aunque defiendo que el enfoque económico proporciona un marco adecuado para la comprensión de cualquier tipo de comportamiento humano, no trato en modo alguno de devaluar las contribuciones de otros científicos sociales, ni siquiera trato de sugerir que la contribución del economista sea la más importante (...) el valor de las demás ciencias sociales no queda en absoluto disminuido ni siquiera por una aceptación completa y entusiasta del enfoque económico.»

De la mano de estos dos premios Nobel de la Escuela de Chicago, creo, pues, poder realizar así esta pequeña crítica al imperialismo económico, especialmente cuando es observado con recelo y sospecha la aportación de la Economía a otras ciencias que se sienten invadidas y contaminadas por su ataque. Creo que, sin complejo alguno de inferioridad, podemos exigir cada uno desde nuestro modesto lado, que cumplamos nuestro cometido, y en este sentido ninguna duda cabe de que el Derecho impone un *tempo lento* antes de precipitarse en acoger la primera teoría o el primer cambio que se produzca en otra disciplina, como es la Economía.

Así pues, las restricciones verticales, o con mayor precisión, la teoría económica que apoyaba la idea de que las restricciones verticales constituían un supuesto típico de atentado a la libre competencia, con toda evidencia se ha venido aplicando durante décadas. Tanto es así que era una de las coordenadas en las que se situaba todo análisis «antitrust». La idea de que había que atacar allí donde se encontrase la cadena de restricciones, con inclusión de las distintas fases de la producción, comercialización, etc., de un producto, bien o servicio, estaba bien consolidada.

<sup>2</sup> STIGLER, G. J., «Law or Economics?», *The Journal of Law and Economics*, vol. xxxv, octubre 1992.



Cierto que, en tono menor, venía indicándose que este tipo de atentados a los mercados no tenían la importancia de los acuerdos horizontales. Y, cierto también, que los tipos penales y administrativos que definían los acuerdos verticales, mezclaban distintos supuestos, entre los que la posición de dominio relativa ocupaba un lugar preponderante, al menos entendida como competencia desleal. Ahora bien, resulta preciso aclarar un tanto las cosas jurídicamente. No es sencillo estar al albur de los meros cambios de opinión de los doctrinarios económicos cuando sus pareceres tienen influencia directa sobre casos ante los Tribunales. La Economía dista de ser una ciencia. Desde luego el Derecho no lo es. En ambos casos, se trata de un conjunto de técnicas que tienen mucho de convención y de sobreentendido. Y, sin embargo, sea técnica o mero arte, el Derecho funciona y sirve para mucho en cualquier sociedad civilizada. Por eso mismo, con modestia y humildad, puesto que está en juego, en muchas ocasiones, el patrimonio de los individuos y de las organizaciones, es exigible alguna estabilidad en el Derecho «antitrust». Insisto: no hay duda de que si una teoría falla, conviene cambiarla y cuanto antes. Pero, al mismo tiempo, hay que ser un poco prudentes antes de lanzarse con banalidad y alegría no compartida, por la pendiente de las bruscas modificaciones de los supuestos con los que se viene operando en los Tribunales. Los economistas no entenderán fácilmente que el Derecho, al final, es el lenguaje común. Precisamente el lenguaje con el que se han de entender los distintos operadores económicos. La estabilidad en el Derecho es uno de los mejores negocios para las empresas. Y, por el contrario, la inseguridad jurídica es uno de los peores escenarios en que se pueden encontrar los inversores, empresarios y en general todos los agentes del mercado. El Estado de Derecho, entendido en su amplitud, es siempre una garantía para todos los que actúan en los mercados. Y parte de ese Estado de Derecho consiste, al final, en lograr tipos sancionadores, penales o administrativos, que sean exactos, precisos y estables. Dejar en la incertidumbre la seguridad de los resultados de una operación, es un reforzamiento indebido de la discrecionalidad, acaso arbitrariedad, administrativa, incompatible con la seguridad en las inversiones y, en general, con las expectativas de quienes actúen en el mercado.

Por eso, el cambio que propugna el denominado «Libro Verde» sobre las restricciones verticales, según entiendo, debe aceptarse *cum grano salis*. Antes de nada, bienvenido el debate provocado por la propia Comisión. Pero a continuación, hay que decir que esperemos que se logren una serie de objetivos que tienen que ser explicados con suficiente claridad. En concreto, se necesita saber si los cambios que se propugnan tienen vocación de permanencia y no constituyen una aventura temporal sometida a su vez a rápido cambio dependiente de la teoría económica. Y, en segundo término, si el avance que supone apostar por un mayor realismo no se hace a costa de aumentar la ya de por sí considerable inseguridad jurídica en este campo.

Es así que enmarcamos la propuesta de modificación en el ámbito de las restricciones verticales, siempre teniendo en cuenta, desde luego,

que nada se logra si no se avanza en la línea de conseguir mayor precisión y menor inseguridad a la hora de definir los tipos que luego los Abogados tendremos que defender ante los Tribunales.

## 2. EL SENTIDO DE LA REFORMA

Es cierto que hasta ahora se venía trabajando en el ámbito de las restricciones verticales con exceso de formalismo, legalismo y rigidez. Y nada hay que oponer, todo lo contrario, al dato de que la evolución en materia de restricciones verticales ha de evolucionar en el sentido que la nueva percepción económica de las mismas ha suscitado ya entre los autores, logrando un consenso básico. Pero dicho lo anterior, y aplaudiendo la idea de que hoy por hoy son excesivas las restricciones verticales, suscita, sin embargo, mayores dudas la tesis de que ese alto grado de formalización tenga que ser compensado mediante la técnica de aumentar solamente —exclusivamente diría un abogado de competencia— el razonamiento económico que opere sobre cada caso concreto.

La corrección de la afirmación de que la apreciación de un hecho tenga que partir de un enfoque económico, no empece que se formalice, en la medida posible, cual sea el efecto que produzca sobre el mercado la existencia de una restricción vertical. Aún más, entendemos que, una vez lograda la conclusión sobre dicho efecto en un caso concreto, éste pasa a constituirse en un precedente que es imprescindible utilizar. Aceptando la racionalidad de la tesis del caso —esto es que en vez de ir a grandes formulaciones dogmáticas examinemos mediante observación empírica un supuesto concreto y a partir de ahí, hagamos las inducciones que creamos precisas— hay que añadir inmediatamente que es a través del establecimiento de una serie de casos que podemos llegar a fijar reglas más o menos generales que ofrezcan garantías de cómo operar en el futuro. Lo preocupante de la apuesta, nada ingenua dicho sea de paso, por un método exclusivamente económico es el de la inseguridad que plantea. Así, la idea de que cada caso es distinto y que, por tanto, la Autoridad de Competencia entenderá con absoluta libertad en cada supuesto específico si se dan o si no se dan las restricciones, sin apenas vincularse con precedentes anteriores, implica entrar en un campo sembrado de minas que estallan en las manos que sostienen la seguridad jurídica, la estabilidad del Derecho y la igualdad de los ciudadanos y empresas ante la Ley.

Naturalmente que todo caso es distinto a otro. Pero de ahí no cabe inferir la absoluta libertad de la autoridad de competencia para empezar desde cero su razonamiento entendiendo que puede comenzar su argumentario como si no existiera ningún pasado que vinculara el razonamiento económico sobre la dimensión y efectos de esa restricción vertical. Es decir, el razonamiento de fondo será económico pero el procedimiento de raciocinio ha de ser exquisitamente jurídico. De no ser así, la ines-

tabilidad generada puede ser enorme y el poder de la Comisión prácticamente incontrolable. Ya lo es en alguna medida, así que hay que tener mucho cuidado con incrementar su tendencia irrefrenable hacia la arbitrariedad argumental. Dicho lo anterior, aceptando desde luego que la Comisión siempre actúa de buena fe, si bien es manifiestamente mejorable su procedimiento entero. Y es que nos encontramos con un terreno por colonizar jurídicamente. El Derecho de la competencia, especialmente en lo que a la definición de los distintos tipos de restricciones hace, es un campo no roturado todavía por el Derecho; el viejo arado que es la Ley no ha penetrado en este suelo con un surco lo suficientemente profundo.

Puesto que falta una teoría económica sobre la predicción que sobre el mercado generan estas restricciones verticales, sería muy conveniente acudir a formas de «Derecho suave» que de manera leve, pero sin ligereza, permitiera pronosticar con alguna fiabilidad cuál será la conducta de la Autoridad de Competencia sobre una determinada restricción vertical. Por ello, la acreditada idea de crear unos «Principios-Guía» que vayan más allá de una mera recopilación de doctrina legal y jurisprudencial, parece en este punto del todo aconsejable. Esta técnica, unida indisolublemente a las ideas propias del Derecho norteamericano, parece muy útil. Allí, en Estados Unidos, la «regla de razón» como técnica de razonamiento obliga a utilizar esas recomendaciones administrativas. Son auténticas circulares con efectos frente a terceros, que operan como interpretación auténtica y precisa, relativamente al menos, de lo que la Administración Pública entiende como una restricción. Y, sobre todo, permite conocer el *modus operandi* y el procedimiento razonador de la Administración. Su fuerza, recordémoslo, deriva de los principios constitucionales que imponen el juego limpio (proporcionalidad, igualdad, precedente, transparencia, contradicción...) que tanto han hecho por construir en el Derecho anglosajón un conjunto de técnicas al servicio del ciudadano.

El sistema continental, especialmente el comunitario, está más cerca de lo que parece del anglosajón. Recientemente, Luis MARTÍ MINGARRO ha escrito valiosas y hermosas páginas sobre el tema<sup>3</sup>. Justamente en el Derecho de la competencia, cada vez más, esa fusión a la que alude el Decano madrileño es cada vez más visible. Por ello mismo, entendemos, resulta perfectamente importable esa idea norteamericana. En realidad, todo el Derecho de la competencia procede de Estados Unidos, por lo que no debe resultar extraño que, pese a algunas diferencias de aproximación, en la Unión Europea debería seguirse cuantas técnicas permitan reducir el margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa a la hora de definir el papel, la dimensión y los efectos de las restricciones verticales.

<sup>3</sup> MARTÍ MINGARRO, L., *Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión*, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (nueva época), núm. 200, abril-mayo 1999, p. 26 ss.

Veamos algunas otras reflexiones que suscita, con carácter general, el Libro Verde y su seguimiento.

Parece apropiado admitir un «recinto protegido» como escudo de legalidad para las situaciones en las que no exista poder de mercado. La necesaria economía de medios, los escasos recursos administrativos, la presión administrativa indirecta sobre los agentes, en fin, una mayor racionalidad en la aplicación del Derecho de la competencia, recomiendan aceptar que en determinados supuestos bien definidos, no se fiscalice necesariamente lo que en puridad formal y reglamentista podría parecer una restricción vertical. El sistema de lista negra, ofrece más seguridad que el procedimiento inverso, y resulta desde luego más atractivo por razones de seguridad jurídica.

Cambiando el eje del discurso, hay que expresar nuestra profunda conformidad con la tesis de que la distribución, en el seno de la Unión Europea, resulta menos dinámica que en otros países. Y, también, que eso es debido a que se utilizan normas de Derecho público totalmente desviadas de los fines que aparentemente defienden. Así, valga el ejemplo, la utilización del Derecho urbanístico para impedir en la práctica la instalación de determinadas fórmulas comerciales en el centro de la ciudad, es un error de bulto y, además, constitutiva de una crasa desviación de poder. Prohibir por esta vía el «descuento duro», por poner un ejemplo, es un error notable que debe rechazarse. El daño que ocasiona a la libertad de empresa, base en definitiva del Derecho de la competencia, es enorme. La casi permanente desviación de poder, dicho en términos técnicos, que aquí sucede en muchos países de la Unión, erosiona terriblemente la confianza en el Derecho como instrumento modesto pero fiable de unión entre las libertades económicas de los distintos países miembros. El daño que a la libertad de establecimiento y en general a los intercambios comerciales, ocasiona este tipo de «Mal Derecho» es muy importante y, además, se trata de perjuicios que van dañando acto a acto a las cuatro libertades comunitarias, especialmente vista la debilitada actitud que tiene hoy el Tribunal de Justicia sobre algunas de ellas desde el asunto Keck y Mithouard.

En esta misma línea, hemos de destacar que la potenciación de las cadenas europeas de distribución, en sí mismo es un objetivo bueno y lograble mediante el abatimiento de las barreras que hoy por hoy, permiten (y aún potencian) la fragmentación del mercado.

En este sentido, la propuesta que se desprende del texto que analizamos de conseguir la nivelación de precios entre los distintos países, debe obtenerse espontáneamente, como por generación automática, pero sin que esas diferencias entre los precios según países y zonas, responda siempre y sin más a un caso de discriminación. Los precios en los mismos sectores pueden ser distintos por múltiples causas, no necesariamente ilegales. Es decir, no son un síntoma indiscutible de que se haya producido un atentado a la competencia libre; puede ser que sí, pero no siempre y mucho menos de manera indefectible.

Refiriéndonos ahora a otro aspecto que ha sido tenido en cuenta por la Comunicación de la Comisión sobre aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales, hay que decir que es saludable la tendencia pragmática con la que adorna toda su exposición. Así, el análisis de la estructura del mercado puede efectivamente confirmar que cuando la competencia entre marcas es débil y existen barreras de acceso en los sectores de la producción o de la distribución, se potencia el efecto anticompetitivo de las restricciones verticales y que cuando la competencia es fuerte entre marcas, los efectos anticompetitivos estarán compensados por la eficiencia y la competencia, siempre que a su vez el mercado no responda a una estructura oligopolística. También debe estimarse como correcta la idea de que hay que atender primordialmente al impacto sobre el mercado más que a la forma pura de los acuerdos; lo formal, ciertamente, no es lo superfluo, pero tampoco debe convertirse en la única clave decisoria. Naturalmente, teniendo siempre en cuenta que lo formal, la manera de producir la expresión de la voluntad, implica desde luego un signo, índice o módulo de comportamiento de la conducta del agente, que ha de ser muy valorado por el Derecho de la competencia.

Otras ideas muy meritorias del papel producido por la Comisión, es la de que los acuerdos «de minimis», no son importantes para los mercados y debe obviarse su persecución. Y que las «ventas pasivas» y las «importaciones paralelas» deben ser los límites últimos a la protección territorial absoluta en los casos de distribución exclusiva. Asimismo, es interesante la posición asumida por la Comisión de que es un análisis del mercado el que puede permitir comprobar cuáles han de ser los efectos restrictivos de las llamadas «redes de acuerdos» que, como los de compra exclusiva, puedan suponer un efecto anticompetitivo en el mercado.

Este documento de la Comisión está pleno de buenas ideas. Así, tiene todo el sentido del mundo que en el ámbito de la Unión Europea primen las políticas de integración, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos. En qué medida esto implica una dulcificación de la exigencia rígida de la aplicación de las restricciones verticales, es algo que está por ver en el futuro, sin que creamos que podemos pronunciarnos ahora sobre ello. De ahí se desprende que se quiera evitar en determinadas restricciones la posibilidad de una protección territorial absoluta.

Desde luego, la idea expresada en el documento de lograr con el tiempo una Autoridad única, expresa un horizonte más que aceptable. Y potenciar la seguridad jurídica, como venimos reclamando en este trabajo, es algo absolutamente esencial si se quiere conocer con exactitud la dimensión de una restricción vertical y su verdadera importancia. Hay que decir que las cartas administrativas no son fórmula seria y llevamos demasiado tiempo soportando la inseguridad que generan.

De ahí que, como venimos insistiendo hace tiempo, sea absolutamente capital lograr de una vez una ley de procedimiento administrativo comunitario. Los poderes ocultos de la Comisión deben ser rechazados y debe

aflorar su verdadera potestad en este ámbito, naturalmente sometida también a deberes.

### 3 COMENTARIOS CONCRETOS

#### A. CARENCIAS DE LA ACTUAL POLÍTICA: NECESIDAD DE UN ENFOQUE MÁS ECONÓMICO

Algo ya hemos indicado en el epígrafe anterior. El «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria»<sup>4</sup> revisa cuarenta largos y complicados años de historia que criticaba de la manera que a continuación se describe.

De un lado, los Reglamentos de Exención por Categorías son demasiados estrictos y formales, por lo que han considerado los autores del documento que los requisitos resultan excesivamente legalistas y provocadores de rigidez en su aplicación a los supuestos en los que los mercados se desenvuelven. Y ciertamente, a estos Reglamentos les sucede, como en general a todo el Derecho comunitario, que al sobrevolar los temas a demasiada altura, solamente puede tener una idea figurada y genérica de los casos reales. Por ello, sin dudar, una aproximación más realista es de todo punto necesaria. Así, con razón y buen fundamento, entiende la Comisión que para aquellas empresas que carezcan de poder de mercado, no tiene mucho sentido que eviten la utilización de las restricciones verticales con objeto de mejorar su situación competitiva en el mercado.

No obstante, tampoco es de recibo someter a una sospecha generalizada a las grandes empresas por el mero hecho de ser tal. Y lo que es peor aún: estas grandes empresas no tienen garantizado un procedimiento adecuado y apropiado en Derecho para defenderse con nitidez. Así, hay que decir que si se desea aumentar los poderes de la Comisión mediante la concentración de sus recursos humanos y sus esfuerzos organizativos en las grandes empresas, tiene que balancearse ese incremento de poder mediante una mayor transparencia y seguridad. Lo que no cabe es «estar a las duras y no a las maduras». Mejorar los poderes de la Comisión debe ser equivalente a mejorar los derechos de las empresas sometidas a tales ejercicios de poder. En fin, resulta criticable continuar con una política de discriminación entre grandes empresas y pequeñas empresas, tan cara a la Comisión Europea. Hay que lograr un trato semejante, *servata distantia*. Y eso es algo que está muy lejos de los objetivos de la Comisión, pero que los Estados miembros deberían exigir.

Es cierto que los REC solamente abarcan los acuerdos verticales cuando se refieren a reventa de bienes de consumo. Por consiguiente, los bienes intermedios y los bienes de servicio no quedan en principio incluidos. Esto se traduce en una presión indirecta sobre tales acuerdos verticales

<sup>4</sup> COM (96) adoptado por la Comisión el 22 de enero de 1997.

referidos a estos últimos tipos de bienes aunque se trate de pequeños acuerdos o en definitiva de empresas con escaso poder de mercado. Con ello, se ven obligadas a sufrir la aplicación sobre tales acuerdos en casos verdaderamente ridículos.

Naturalmente, dentro de este cometido de flexibilizar la política de la competencia y reservarla para los asuntos verdaderamente graves, tiene todo el sentido del mundo que se adopte un enfoque más económico. Más económico pero más jurídico también. Los acuerdos verticales deben observarse dentro del contexto que supone el mercado. De ahí que, como indicábamos antes, nos parezca correcto que se limite el examen pormenorizado de un acuerdo cuando la competencia entre marcas resulte escasa y exista un notable poder de mercado.

En todo caso, un objetivo capital lo constituye la integración europea. Y esto tiene, naturalmente, importantes consecuencias jurídicas. Así, respecto de las importaciones paralelas, lógicamente se favorecen más en un contexto de integración que en otro de compartimentación y estanqueidad de los mercados.

## B. IDEA DE LAS RESTRICCIONES EN LA LITERATURA ECONÓMICA

La reciente literatura económica viene a indicar que solamente son dañinas las restricciones verticales en casos de actuar en las relaciones en que una de las partes tenga un gran poder de mercado. Cuando la competencia entre las distintas marcas es muy alta, las restricciones verticales no han de suponer un efecto contra el mercado, o por lo menos, no puede entenderse así *a priori*. Poder de mercado, al final, es poder sobre los precios (aunque no únicamente). Los precios, como contenedores de la información económica de un bien, en términos generales constituyen uno de los mejores indicadores sobre el poder de un operador. No obstante, la idea, demasiado objetivada, de que existe un precio «normal» que sería la base de los beneficios extraordinarios que permitirían indicar que ha existido un atentado a la libre competencia. Esto es harto dudoso. La idea de definir un beneficio «normal» es el equivalente a pretender fijar el «precio justo» de las cosas. Pero sólo en situaciones extraordinarias —normalmente acompañadas de potestades públicas de carácter autoritario en su ejercicio— puede pretenderse establecer ese «justiprecio». La expropiación forzosa, por ejemplo, exige sin dudar la determinación de un equivalente patrimonial a la lesión causada por la incautación necesaria basada en el ejercicio de una autoridad legítima que coactivamente impone esa sustitución como consecuencia de una contradicción flagrante entre el interés general y la situación particular que conviene abatir<sup>5</sup>. Y es que como decía LUIS DE MOLINA, allá por el

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, reedición, Madrid, 1984. Últimamente, véase el espléndido trabajo dirigido por SOSA WAGNER, F., *Expropiación*

siglo XVI, preguntado sobre cuál era el precio justo de las cosas «... eso es algo tan difícil que sólo Dios lo sabe».

No tiene sentido formular un precio justo que determine el beneficio ordinario en situaciones normales, esto es, sin barreras de acceso, permanencia o salida de los mercados o sometidos a caudillaje de una empresa que sea ella misma el mercado o lo defina, cautive y soborne. Más bien, el análisis debe ser exactamente al revés. Es decir, que en todo caso se comprueben primero cuáles son las restricciones y solamente después se pueda comprobar empíricamente, con modelos adecuados, por qué se obtiene un beneficio que no se corresponde con el de una situación de competencia.

Asimismo, desde la ingenuidad del jurista que pregunta al economista si el Rey está desnudo, como en el viejo cuento, tenemos que cuestionar la afirmación apriorística de que hay que examinar las restricciones verticales con sospecha en los mercados oligopolísticos. De entrada, lo primero que tenemos que decir es que si el mercado es por definición oligopolístico, es decir, que sólo caben en él unas cuantas empresas, no tiene mucho sentido analizar ese mercado bajo la teoría de la sospecha. Porque en definitiva, el mercado, si realmente no admite por múltiples causas un número indefinido de agentes, será porque su propia naturaleza así lo imponga y el mercado continuará siendo oligopolístico en cualquier caso. Otra cosa será, desde luego, que en ese mercado alguno de los agentes se concierte con otros o que proceda a establecer barreras de entrada o de otra índole. Pero siempre haciendo un análisis normalizado, sin tensiones ni prejuicios, como ocurre lamentablemente en muchos de estos casos.

En definitiva, será el análisis y estudio concreto de las restricciones lo que permita concluir si se ha atentado a los consumidores, a los competidores, proveedores o compradores, o al propio proceso de integración (por impedir la libertad de elección de los consumidores europeos entre los diferentes bienes o servicios en distintos Estados miembros).

Más realista es la idea expresada en el documento de que cuando no existe ese poder de mercado, la restricción vertical no es prohibible por no resultar dañina para el propio mercado. La cuota de mercado, como signo de poder económico con potestad de imponer precios, es eso, simplemente un signo, sin otro significado añadido. Por eso la fijación de porcentajes (20 por 100 ó 40 por 100 a que alude el documento) es simplemente una aproximación, sin otro sentido que el de ir preparando una decisión que procure ser correcta en el fondo cuando se produzca el análisis concreto del supuesto que es objeto de averiguación.

Pero hemos de rechazar firmemente la expresión, por la Comisión, de que «las normas de competencia son disposiciones de carácter eco-



nómico que, por su propia naturaleza, llevan aparejado cierto grado de incertidumbre jurídica». El Derecho no es ciencia exacta, pero de ahí a conformarse con la incertidumbre como parte de la estructura del razonamiento, hay un paso no autorizado y que no conviene dar.

La mayor facilidad para la Comisión en la averiguación de las conductas prohibidas, basándose en las cuotas de mercado, no debe permitirnos concluir en que hay que aceptar ese riesgo de incertidumbre y, por tanto, de equivocación como si de algo natural se tratase. La idea, repetidamente expresada por la Comisión, de lograr una «seguridad jurídica razonable» es ridícula (palabra que existe en otros idiomas y que significa *ridere* —reír— y *culum* sufijo diminutivo que implica ánimo peyorativo). En el Derecho todo debe ser razonable; de ahí que disminuir un concepto jurídico indeterminado, aceptando que «un enfoque más económico es incompatible con una absoluta seguridad jurídica» es una apuesta por la arbitrariedad. Y ya estamos demasiado hartos de la arbitrariedad de la Comisión. La Comisión, por esta vía, abandona el Derecho y no es que entre en la Economía, sino que va recta hacia la Política, el reino de lo indiscutible y de lo «razonable». Y eso es malo para la integración, ya que la desconfianza que de por sí crea un proceso tan poco controlado como el europeo, se ve desafiado por actitudes contrarias al Derecho, único parámetro de alguna solidez y fiabilidad en las decisiones.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Para terminar este trabajo, puede ser pertinente abordar las conclusiones de la propia Comunicación de la Comisión en relación con la propuesta alcanzada tras los debates, amplios, que ha tenido lugar sobre el famoso «Libro Verde».

De una parte, se pretende que un pilar fundamental sea el establecimiento de un Reglamento de exención por categorías de muy amplia cobertura aplicado a los bienes y servicios que fije una cuota de mercado límite y un planteamiento de lista negra.

Parece correcto este procedimiento, según hemos explicado, y ofrece una dosis de seguridad más notable que la que podría obtenerse de un estudio limitado a la técnica del caso por caso.

En segundo lugar, la idea de elaborar las directrices o principiosguía, es de aplaudir. La confianza en que tales directrices supondrán una interpretación auténtica y fiable, supone que la Comisión ha de implicarse en términos muy concretos, explicando con claridad el alcance, contenido y límites de los acuerdos. La exposición con ejemplos claros y nítidos ha de acompañar a esa redacción y en este punto se nos antoja capital el papel de los abogados. No será ése el momento de los economistas, que ya habrán tenido su oportunidad en la definición de los grandes principios de nivel reglamentario. Es llegado el momento de que se limiten

a la labor de meros peritos. Deberán, pues, en tal caso, ceder claramente el paso a los juristas, que con apoyo de aquéllos, tendrán que poner en negro sobre blanco los diferentes supuestos que permitan alcanzar una mayor claridad y sobre todo precisión sobre las cláusulas y supuestos prohibidos.

En este punto es importante, quizás clave, comenzar a convencer a la opinión cualificada de que ser pequeño no equivale necesariamente a ser bello ni europeo y que, al revés, tampoco ser grande es antieuropeo, sospechoso y malo. La idea de disponer de grandes campeones europeos es compatible con la competencia. Y no se debe descuidar, aguas abajo, el mercado pensando en que nada de lo que allí ocurra, en la desembocadura, es peligroso y que solamente la fuente puede ser objeto de contaminación. En otras palabras, no nos sirve la teoría de la sospecha. Las directrices deben tratar a todos por igual, *servata distantia* para que haya una aplicación proporcionada pero no injusta del Derecho de la competencia. La vieja idea europea de que ser rico es ser malo, a diferencia de lo que sucede en Norteamérica, subyace a la teoría de la sospecha que, lamentablemente, sí que informa todavía este documento.

En cuanto al incremento de la función de las autoridades nacionales, vía descentralización, es lógica y oportuna. Naturalmente somos conscientes de que en determinados países sus autoridades nacionales pueden jugar el papel de encubridores de actitudes nacionalistas, trasnochadas y lamentables. Pero de ahí a negar que la descentralización sea buena, hay todo un abismo. Nos parece positivo que, como autoridad delegada de la Comisión, en su caso con revisión por esta última, se lleve a cabo la ejecución de las políticas antimonopolios.

En resumen, creemos que este «Libro Verde» supone un paso adelante, con algunas marchas atrás, corregibles en fase de redacción de las directrices. Una aproximación más realista y concreta, unida a un menor dogmatismo, sería recomendable a la hora de redactar esos principios-guía. Y, desde luego, conseguir que la seguridad jurídica aumente, limitándose la necesidad de acudir al Tribunal de Justicia y al de Primera Instancia, es labor en la que debemos quedar comprometidos y conseguir que se comprometa también la Comisión.

## LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada. Sala de lo Contencioso Administrativo  
de la Audiencia Nacional

### 1. INTRODUCCIÓN

La redacción de estas líneas se inició con el propósito de enlazar con dos artículos aparecidos en el *Anuario de la Competencia 1997*: el de Francisco CABRILLO titulado, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», y el de Luis BERENGUER «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia». Tal propósito se reforzó por la circunstancia de que la Audiencia Nacional dictó en 1997 y 1998 cinco sentencias relacionadas con la cuestión, algunas ya valoradas en el trabajo de Luis BERENGUER, resoluciones judiciales que suscitan problemas sobre los que parece oportuno extender la reflexión.

El profesor CABRILLO, comentando la reforma de la Ley de Colegios Profesionales operada por la Ley de 14 de abril de 1997, concluía: «En resumen, el legislador parece querer conservar ciertas características institucionales de las profesiones colegiadas; pero, al mismo tiempo, 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.»

En su trabajo, Luis BERENGUER dedicaba un apartado al examen del artículo 2.1 LDC y la actividad administrativa según las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, concluyendo que constata «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» y señalando que «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».

Antes de proseguir con la valoración de los problemas que suscita el sometimiento o no a las normas de competencia de los Colegios Profesionales, parece oportuno hacer memoria cronológicamente de las Resoluciones que ha dictado el TDC en relación con el enjuiciamiento de la conducta de aquéllos y de otras Instituciones con facultades delegadas por la Administración, o de la Administración Local. Y al tiempo, reseñar los pronunciamientos judiciales sobre las mismas cuestiones.

## 2. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1992-1998)

El examen de las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia a partir de 1992, fecha en que, en líneas generales empieza a aplicar la Ley 16/1989, pone de manifiesto que la cuestión relativa a si la actividad administrativa se somete o no a la jurisdicción del Tribunal se plantea con relativa frecuencia. Debe tenerse en cuenta el cambio que supuso en estas cuestiones la aprobación del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, y de la Ley 7/1997, de 14 de abril.

En 1992, con fecha 20 de noviembre (expte. 313/1992, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), se dicta una Resolución que ha sido posteriormente recordada en muchas ocasiones por otros Acuerdos del TDC, incluso, como se verá, literalmente reproducida. La expedientada alegó que los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público que se integran dentro de la denominada «Administración Corporativa», y, en consecuencia, la conducta enjuiciada (orden de abstención a los colegiados respecto de un concurso) queda fuera de la competencia del TDC, al ser un acto de una Administración Corporativa. El TDC dice literalmente: «... ni cabe sin más aplicar a los Colegios Profesionales la calificación de Administraciones Públicas, ni sus actos son actos administrativos en sentido estricto, ni dejarían por ello de estar sometidos a la legislación de Defensa de la Competencia, ni podrían buscar amparo en lo establecido en el número primero del artículo segundo, ya que no hay norma que ampare esta orden de abstención». Continúa señalando que son Corporaciones sectoriales de base privada depositarios de potestades delegadas, lo que no transforma sus actuaciones en actos administrativos, siendo el mecanismo de delegación el que explica la atribución de potestades, y una decisión de oportunidad legal la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa los recursos contra sus acuerdos. Finalmente, la resolución analiza por que no es de aplicación el artículo 2.1, y declara que se trata de un acto prohibido por el artículo 1 de la Ley.

En ese mismo año 1992 (expte. 34/1992, Federación territorial vizcaína de kárate) con fecha 10 de diciembre el TDC resuelve la cuestión planteada por la denuncia de una sociedad mercantil contra la Federación Vizcaína de Kárate que le ha impedido la organización de competiciones de ese deporte en el País Vasco. El TDC define a la denunciada como «la representante en el ámbito estatal de los diversos estamentos del citado deporte en el País Vasco» y señala que inscrita en el Registro de Asociaciones y Federaciones Vascas de la Comunidad Autónoma, desarrolla su actividad al amparo de la Ley 5/1988 de Cultura Física y Deportes del País Vasco. La Consejería de Cultura del Gobierno Vasco informó que se trata de «Asociaciones privadas que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo en exclusividad» y el TDC concluye que, puesto que la denunciada ejerce por Ley funciones públicas de carácter administrativo (entre otras la organización y autorización de las competiciones oficiales), la actuación denunciada hay que inscribirla entre aquellas que el artículo 2 de la Ley 16/1989 declara exentas.

En la Resolución dictada el 18 de octubre de 1993 (expte. A 58/1993, Ayuntamiento de Sabadell) el TDC se plantea «si es posible que el Tribunal revise y juzgue la actuación de un Ayuntamiento que decide realizar una actividad económica...» y distingue entre la decisión del Ayuntamiento de realizar una actividad económica (crear un Centro de Enseñanzas de Formación Empresarial) que considera un acto administrativo sometido a normas de Derecho público y, por tanto, no controlable por el TDC; y el ejercicio de la actividad económica no constitutiva de servicio público que «atribuye a quién la realiza —el Ayuntamiento o la persona creada al efecto— la condición de empresario plenamente sometido en su actividad dirigida al mercado a las normas que lo regulan, entre ellas la de defensa de la competencia» (el ejercicio de la actividad de enseñanzas de formación empresarial). Como consecuencia, ordena reabrir un expediente archivado por el Servicio.

En ese mismo año 1993 se dicta una Resolución, la de 30 de diciembre (expte. 333/1993 Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cáceres) que reproduce textualmente la de 20 de noviembre de 1992 para resolver la objeción de la expedientada, según la cual su conducta no puede ser enjuiciada por el TDC al ser una Corporación de Derecho público cuyos fines se dirigen a la ordenación de la profesión de Arquitecto Técnico.

En este expediente se plantea una cuestión novedosa: el Colegio alega, como segundo motivo de oposición, que no es un agente económico. El TDC recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 20/1988, de 18 de febrero, según la cual los Colegios Profesionales son «corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros pero que también atienden finalidades de interés público en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público». El corolario de tal argumento es, para el TDC, que «en defensa

de los intereses privados actúan como cualquier asociación empresarial siendo, por tanto, agentes económicos equiparables a estas asociaciones» con apoyo en el Derecho comunitario, según el cual los agentes económicos son empresas a los efectos del Derecho comunitario de la competencia, y así están sometidas a este Derecho de la competencia todas las entidades que ejercen actividades de carácter económico, con independencia de su forma jurídica.

En esta Resolución el TDC alcanza conclusiones que es importante resaltar: la primera, que el Colegio Profesional es agente económico y empresa cuando ejerce sus actividades de defensa de los intereses privados de sus colegiados, como cualquier otra asociación profesional o empresarial. La segunda, que ostenta una posición de dominio, porque la colegiación es obligatoria, todos los estudios de Seguridad e Higiene de las edificaciones han de estar suscritos por arquitecto técnico colegiado y solo el Colegio tiene la facultad legal de conceder el visado exigible a los estudios citados. En este expediente se discutía la exención de honorarios solicitada por un arquitecto técnico ligado por relación laboral a la constructora, y denegada, denegación que conllevaba un beneficio económico para el Colegio. El TDC declaró cometida una infracción por imponerse el cobro de unos honorarios inexistentes, señalando que el hecho de que la posición de dominio se la de una ley no exime al Colegio de su obligación de aplicar el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En 1994, y con fecha 28 de julio (expte. 339/1993, COAM) el TDC dicta una Resolución en la que nuevamente enjuicia una orden de abstención para participar en un concurso que el Colegio de Arquitectos da a sus colegiados. El planteamiento de este Acuerdo, en el que se tratan muchas cuestiones de interés, se basa en estas premisas: *a)* la Ley 16/1989 es una ley general sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por ellos en sus actuaciones; *b)* la valoración de si ha habido o no infracción de la citada Ley corresponde al TDC; *c)* asimismo, es de su competencia el analizar el caso concreto y dictaminar, en primer lugar, si la actuación constituye un acto administrativo al margen de la LDC y en segundo lugar, si existe o no una autorización legal para la conducta enjuiciada.

A continuación, el TDC reitera la doctrina de la Resolución COAVN de 20 de noviembre de 92, y añade que es competente «para proceder al análisis de si un acto de un Colegio Profesional o de cualquier otro instituto que tenga delegadas funciones públicas constituye o no un auténtico acto administrativo ajeno al tráfico mercantil y que no puede ser analizado a la luz de los preceptos de la LDC». Su conclusión es que la orden de abstención no tiene amparo legal.

Una última cuestión relevante a los efectos de esta reflexión es la alegación del Colegio expedientado de que en el caso de que las normas de competencia fuesen aplicables a los Colegios Profesionales, los actos de regulación de la profesión deberían ser examinados desde una regla

de razón. La regla, desde su punto de vista, debe interpretarse en el sentido de que resulta imposible aplicar estrictamente a las actividades profesionales los mismos criterios que a las actividades económicas. El TDC recuerda que no es posible invocar la regla de razón para tratar de argumentar que los acuerdos anticompetitivos producen otros beneficios sociales o económicos.

Este Acuerdo tiene el voto particular del vocal Sr. Bermejo, quien, en resumen, señala que «el Reglamento de Concursos se ha dictado por el Colegio en ejercicio de una función pública delegada, versa sobre el ejercicio de la profesión y, lo mismo que el acto colegial que lo aplica, pertenece al tráfico administrativo y no privado del Colegio. Basta con afirmar la naturaleza administrativa de las conductas en examen y su no inclusión en el artículo 1 para que el Servicio/Tribunal deban declararse incompetentes para enjuiciar su legalidad». El citado vocal sostiene que lo correcto es decidir la naturaleza del acto, y si es administrativo, declarar la incompetencia y señalar la vía del artículo 8 para el examen de legalidad.

El día 11 de julio del mismo año (expte. 74/1994, Cirujanos Taurinos) se dicta una Resolución en cuyo primer Fundamento Jurídico se establece esta premisa: «Aunque el Servicio ha planteado el asunto como si hubiera que discutir si procede que con arreglo a la LDC se revisen o no actos administrativos y si una denegación de doble colegiación tendría o no amparo legal, de lo que realmente se trata es de investigar cómo se realiza la prestación de asistencia médica taurina en instalaciones no permanentes y determinar la regulación aplicable». Y a analizar si la conducta enjuiciada (del Colegio de Médicos de Ávila) ha producido o no, *prima facie*, efectos restrictivos de la competencia se dedica la Resolución, hasta concluir que debe revocarse el archivo de la denuncia porque aparentemente si se ha restringido la competencia, señalando en el Fundamento Jurídico número 7 que no procede el archivo «a no ser que se considere pura y simplemente que todas las actividades de profesionales colegiados caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual dista mucho de la doctrina permanentemente mantenida por este Tribunal».

En el Acuerdo de 2 de noviembre de 1994 (expte. 83/1994, Publicidad Abogados) el TDC confirma el archivo decretado por el Servicio de la denuncia formulada por un Abogado contra el Consejo General de la Abogacía y subsidiariamente contra el Ministerio de Justicia e Interior por la prohibición genérica de la publicidad de información profesional establecida en el Estatuto General de la Abogacía, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley 16/1989.

La Resolución de 12 de diciembre de 1994 (expte. 92/1994, ASISA) revoca el sobreseimiento, decretado por el Servicio, de las denuncias formuladas por una aseguradora contra dos Colegios de Médicos, por imponer a sus colegiados el cobro de honorarios mínimos y, por cobrar sus honorarios médicos a través del Colegio.

El Tribunal recuerda que la Ley de Colegios Profesionales tiene como uno de sus objetivos esenciales «la ordenación del ejercicio de las Profesiones», lo que, a su juicio, revela que pretende regular el «colectivo de cada Colegio Profesional y no a regular las actuaciones de terceros ajenos a la profesión; de una regulación general que no contempla excepciones específicas dirigidas a colectivos concretos dentro de cada colegio respectivo». La consecuencia que extrae el TDC es que la Ley de Colegios Profesionales no puede amparar conductas contrarias a la competencia como la aplicación de honorarios mínimos a determinados colectivos, y mucho menos a empresas concretas que no están sujetas a la jurisdicción colegial, por lo que debe investigarse el alcance de los acuerdos denunciados.

En el año 1995, en la Resolución de 28 de junio (expte. 351/1994, Asociación de Tocoginecólogos de España) el TDC señala que la Asociación «que no es un Sindicato, ni un Colegio, ha decidido realizar, sin cobertura legal, una negociación colectiva de un baremo de honorarios, incurriendo en la prohibición del artículo 1 de la LDC». Se imponen dos sanciones, por infracción del artículo 1.1.a) y del artículo 1.1.

El 3 de julio de este año (expte. 108/1995, Farmacia Santander) el TDC analiza en su Resolución si la denegación por un Colegio de Farmacéuticos de la autorización de abrir una farmacia es un acto administrativo al que no puede aplicarse la Ley de Defensa de la Competencia, partiendo de la base de que siendo su función aplicar esta Ley «a todas aquellas situaciones de restricción de competencia que hayan sido creadas por operadores económicos privados o públicos, debe proceder, en consecuencia, a analizar el carácter con el que estos últimos operadores intervienen para determinar si les resulta o no aplicable dicha legislación». La conclusión a la que llega es que la Administración ha delegado en los Colegios de Farmacéuticos la facultad de conceder las autorizaciones para el establecimiento o apertura de oficinas de farmacia, siendo el hecho denunciado un acto administrativo del Colegio que no puede ser revisado por el Tribunal.

En la Resolución de 26 de julio de 1995 (expte. 122/1995, Cirujanos Taurinos II), el Tribunal no solo se remite a su Resolución de 20 de noviembre de 1992 (Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro) y a la de 30 de diciembre de 1993 (COAATC), sino que reproduce literalmente varios apartados de dichos Acuerdos. La conclusión es que «cuando un Colegio Oficial adopta decisiones que no están amparadas por el artículo 2.1 LDC ni por ninguna otra norma para defender los intereses corporativos de unos o de la totalidad de sus colegiados actúa como cualquier agente económico o federación de los mismos a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia» ordenando se incoe expediente para investigar los hechos denunciados. El voto particular del vocal Sr. Bermejo se remite a su voto discrepante en la Resolución de 30 de julio de 1994 (COAM).



En 1996, y con fecha 1 de abril (expte. 145/1996, Denegación de venta ambulante) el TDC analizando la concesión de licencias municipales para la venta ambulante, señala que «las decisiones o acuerdos de las Corporaciones Locales sobre concesión o denegación de tales licencias o autorizaciones, constituyen actos administrativos sujetos a normas de Derecho público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asumen un papel de operador económico. En consecuencia, su actividad no puede analizarse ni ser revisada por el Tribunal desde la perspectiva de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por el contrario, tales actos, en cuanto están sujetos al Derecho administrativo pueden ser recurridos por los interesados que se consideren perjudicados, ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

El Acuerdo de 15 de abril de 1996 (expte. 126/1995 Handling Aeropuertos) analiza diversas actuaciones de AENA, que según el artículo 82.2 de la Ley 4/1990 se regirán por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación y por el Derecho público en lo que atañe al ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas. El TDC recuerda que la citada Ley establece: son actos dictados en el ejercicio de funciones públicas los que realice AENA en relación con la gestión y utilización del dominio público aeroportuario, los de recaudación de ingresos públicos y los de ordenación de los servicios aeroportuarios, y son actos sometidos al ordenamiento jurídico privado los de gestión y explotación de la actividad aeroportuario y de las actividades complementarias de esta, así como la contratación.

Sobre estas bases concluyen que los actos denunciados no son actos administrativos, que en la prestación de ese servicio actúa con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico privado y que debe continuar la investigación por parte del Servicio.

Con fecha 30 de abril de 1996 (expte. 148/1996, Tragsa) el TDC acuerda investigar la denuncia que presentó la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra la Comunidad Autónoma de Aragón y la Empresa Nacional de Transformación Agraria por el Convenio suscrito para establecer como régimen para la ejecución de obras y servicios por parte de la primera en materia de carácter agrario o de mejora del medio rural la contratación con Tragsa. Desestima los argumentos dados por el Servicio para justificar el archivo: que el Convenio se enmarca en el proceso de transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, y que la normativa de contratación de obras por las Administraciones prevé la posibilidad de la ejecución directa por la Administración implicada si tiene medios propios para ello.

En la Resolución de 25 de junio de 1996 (expte. 160/1996, Aparejadores Madrid) se examina la finalidad del visado previo, que según el TDC es «un instrumento en virtud del cual el Colegio garantiza que el encargo profesional se ajusta a la legalidad. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de diciembre de 1989 ha declarado que el visado de los Colegios Profesionales es un control de carácter administrativo

de una relación de sujeción especial de Derecho público». Concluye el Tribunal que el visado, en el caso de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, no puede denegarse cuando los honorarios que un profesional asegura que se le adeudan no han sido abonados o garantizados, para lo que no es impedimento la norma (art. 48 del RD 497/1983, de 16 de febrero) que prohíbe a los aparejadores y arquitectos técnicos intervenir en un trabajo profesional hasta tanto no se le hayan abonado al anterior profesional sus honorarios.

El TDC considera que esta norma tiene un «carácter deontológico» para los colegiados y su aplicación no «puede suponer un boicot colectivo a quien contrata con un aparejador mientras mantiene un conflicto con otro profesional, pues estas conductas resultan anticompetitivas».

En la Resolución de 2 de julio de 1996 (expte. R 159/96 Contenedores de Barcelona) el Tribunal revoca el Acuerdo de archivo del expediente incoado por denuncia contra una Autoridad Portuaria con el argumento de que «no parece que todas estas sucesivas actuaciones de la Autoridad del Puerto de Barcelona puedan tener apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria ni que las mismas se llevan a cabo con cobertura legal de Derecho público. Más bien parece que se trata de acuerdos que están dentro del ámbito del Derecho privado, y que son los propios de un agente económico que actúa en el mercado y, por tanto, sujeto a la legislación que protege la libre competencia». Las «actuaciones» consistían en la concesión administrativa otorgada a una empresa para la carga y descarga de buques.

El día 17 de diciembre de ese mismo año (expte. 175/1996, Farmacias de Alicante) el TDC se pronuncia de nuevo respecto de una denuncia contra un Colegio de Farmacéuticos por denegar la apertura de una farmacia. El Tribunal recuerda su Resolución de 3 de julio de 1995, señalando que las resoluciones de los Colegios en la materias sobre las que la Ley les atribuye competencias sólo podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo (previo agotamiento de la vía administrativa).

En el año 1997 se dictan dos Resoluciones relacionadas con las actividades de los Colegios de Arquitectos y Aparejadores.

La primera, de fecha 5 de junio (expte. 372/1997, Arquitectos Madrid) se declara realizada por el Colegio una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989 consistente en fijar de forma directa el importe del presupuesto de una obra proyectada por un colegiado, hechos que ocurrieron en 1995.

El denunciado había alegado reiteradamente dos cuestiones: la incompetencia de los órganos de defensa de la competencia, y la no aplicación de la LDC a los Colegios Profesionales, por tratarse de tarifas de honorarios. El TDC rechaza sus argumentos por remisión a sus anteriores Resoluciones, singularmente la de 28 de julio de 1994, y recuerda que, aunque en 1995 la fijación de honorarios mínimos por los Colegios Profesionales tenía amparo legal, la situación ha cambiado por aplicación de lo dis-

puesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril. En cuanto a la posibilidad de que una Circular del COAM caiga dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.1 de la LDC, el Tribunal se remite a su Resolución de 20 de noviembre de 1992 para establecer que no tiene habilitación legal, concluyendo con un pronunciamiento sobre el hecho concreto denunciado: no se trata de una cuestión de fijación de honorarios profesionales, para lo que el Colegio estaría autorizado por el artículo 5.ª) de la Ley de Colegios Profesionales, sino de una determinación de presupuestos y fijación de precios.

La segunda Resolución es de fecha 24 de julio de 1997 (expte. 393/1996, Aparejadores Cádiz) y declara nuevamente la existencia de una práctica prohibida en el artículo 1.1.a) cometida por el Colegio denunciado por convenir con un Ayuntamiento «en cuantías distintas a las previstas legalmente, las tarifas de honorarios a percibir por los aparejadores y arquitectos técnicos» de dos provincias, cuando emitan informes técnicos para la legalización de viviendas en un determinado municipio. En este supuesto, el pacto había sido a la baja, y según el propio Tribunal, del mismo «cabe suponer que ha de derivarse ventajas en el orden urbanístico para el municipio y en la mejora del hábitat para cierto número de sus vecinos, seguramente los de menor nivel de renta». Pese a las razones citadas la conducta se considera prohibida, y se señala expresamente que «lo es con independencia del carácter de corporaciones públicas de los causantes» y que «el carácter de operador económico de una entidad depende de lo que hace, no de quien lo hace».

Finalmente, debe resaltarse que el TDC resuelve que la cuestión no ha quedado «sin sentido» por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/1996, porque la conducta se produjo con anterioridad.

La última Resolución dictada en 1997 en relación con el tema que nos ocupa lleva fecha 15 de diciembre (expte. 258/1997, Procuradores Madrid) y se suscita como consecuencia, primero de la promulgación del Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, que modificó la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales estableciendo que cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales bastaría la incorporación a uno de ellos —el del domicilio profesional único o principal— para ejercer en todo el territorio del Estado; y posteriormente, aprobada la Ley 7/1997, cuyo artículo 5.3 contempla una excepción al régimen general de colegiación única para ejercer en todo el territorio del Estado, cuando los Colegios estén organizados territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia.

El TDC analiza varios Acuerdos del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, y concluye que fueron adoptados de acuerdo con la Disposición Transitoria del Estatuto General de Procuradores (Real Decreto 1417/1983), por lo que están amparados por el artículo 2.1 de la LDC. Considera que la Disposición Transitoria del Estatuto es compatible y susceptible de ser integrada en las nuevas disposiciones de la Ley 7/1997.

Este Acuerdo tiene el voto particular del vocal Sr. Rubí, quién sostiene que la Ley 7/1997 ha sometido al régimen de libre competencia dos aspectos del ejercicio de las profesiones colegiadas: la oferta de servicios y la fijación de la remuneración. La excepción para los colegios organizados territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia debe aplicarse de conformidad con la LDC, y considera, por tanto, que la voluntad derogatoria de la Ley 7/1997 respecto de las normas anteriores contrarias a la LDC se extiende al RD 1417/1983.

En el año 1998 se decide por primera vez, en la Resolución de 2 de marzo (expte. 275/97, Universidad Santiago), la competencia del TDC para enjuiciar un acto administrativo con base en el párrafo 2 del artículo 2.1 de la LDC según la redacción aprobada por Real Decreto-ley 7/1996.

El día 4 de marzo siguiente (expte. 415/1997, Abogados Pamplona) el Tribunal examina el requerimiento de abstención formulado por un Colegio de Abogados a quienes, no siendo Letrados, realizaban publicidad ofreciendo «asesoramiento legal en materia de multas de tráfico». Concluye que no se trata de una práctica prohibida por la LDC porque el Colegio está «legitimado y quizás obligado, para inquirir la calificación profesional de quienes se dedicaban a prestar el asesoramiento legal anunciado», según lo dispuesto por el artículo 9 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado mediante Real Decreto 2090/1982, y debe velar para que se reconozca la exclusividad de su actuación.

Los días 31 de marzo (expte. 403/1997 Arquitectos Canarias), 14 de abril (expte. 374/1996, Aparejadores Valencia y Alicante) 8 de mayo (expte. 390/96, Arquitectos Asturias) 10 de julio (expte. 396/1997, Aparejadores Madrid), 28 de octubre (expte. 410/1997, Aparejadores Mallorca) y 29 de diciembre (expte. 422/1998, Arquitectos Andalucía) todas las fechas del año 1998, se dictan otras tantas Resoluciones en las que se declaran cometidas prácticas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la LDC, cometidas por cuatro Colegios Oficiales de Arquitectos o Aparejadores, salvo en dos casos, en que las conductas se encuadran en el artículo 6.1. Las conductas consistieron, respectivamente en: I) la publicación y distribución entre sus colegiados de un cuadro de precios de referencia al que se atribuye la cualidad de precios mínimos; II) el establecimiento por el Consejo de Colegios oficiales de aparejadores y arquitectos técnicos de una Comunidad Autónoma de una tarifa de honorarios para los trabajos de control de calidad, llevada a la práctica por tres Colegios dependientes del Consejo; III) la publicación de un denominado «Cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios», en el que se contienen distintas fórmulas o expresiones matemáticas para calcular el presupuesto correspondiente a una edificación concreta, fórmulas que incluyen un módulo establecido por el propio Colegio; IV) la negativa de visado a un encargo profesional en tanto no se deposite la fianza que garantice el pago de los honorarios discutidos con un profesional anterior; V) condicionar el visado a la constitución de depósito o aval bancario

de los honorarios de los anteriores directores de obra, y VI) acordar con un Ayuntamiento las tarifas de honorarios a percibir cuando emitan los profesionales informes técnicos.

En todos los casos (salvo en el expediente objeto del Acuerdo de 29 de diciembre que es en todo semejante al resuelto por el Tribunal el 24 de julio de 1997) los expedientados plantean al TDC que los Colegios Profesionales no están sometidos a su actuación hasta la promulgación del Real Decreto Ley 5/1996, de 7 de junio, y el Tribunal se remite a sus anteriores pronunciamientos (20 de noviembre de 1992, 30 de julio de 1993, 24 de julio de 1994, 26 de julio de 1995, 25 de junio de 1996, 5 de junio de 1997, son las referencias utilizadas).

Las Resoluciones de 10 de julio de 1998 y de 28 de octubre de 1998 tratan uno de los temas más sensibles para la actividad de los Colegios de Arquitectos y Aparejadores: el visado. El expedientado en cada caso sostiene que la conducta enjuiciada se halla dentro de la actividad administrativa de los Colegios Profesionales en su condición de entidades delegadas de la Administración que queda al margen de la LDC. El Tribunal considera que la negativa de visado es un comportamiento con trascendencia económica, y una actuación en la que el Colegio impone a terceros sus reglas internas, enjuiciando a continuación cuál es su finalidad, y las razones que las normas que lo regulan han previsto para denegarlo. La conclusión a que llega el TDC es que no existe norma alguna que autorice al Colegio a denegar el visado hasta tanto no se abonen por el cliente los honorarios «que un colegiado dice que le adeudan», interpretando en tal sentido el artículo 48 de los Estatutos Generales del Consejo General y Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, aprobado por Decreto 1471/77 y modificado por el Real Decreto 497/83: a juicio del TDC no puede interpretarse una norma de carácter deontológico dirigida a los colegiados para la defensa corporativa de los intereses económicos de los mismos, ni puede admitirse que tal conducta venga amparada por la Ley de Colegios Profesionales 2/1974.

En similar sentido (aplicación de la LDC a todos los operadores económicos) se pronuncia el TDC el 28 de julio de 1998 (expte. 405/1997, Expertos Inmobiliarios 2) al enjuiciar una denuncia presentada por la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria por la publicación de anuncios relativos a su exclusividad en la mediación inmobiliaria.

En la Resolución de 23 de junio de 1998 (expte. r 278/1997, Microordenadores) se examina la actuación de la Dirección General del Patrimonio del Estado por una denunciada infracción de los artículo 1 y 6 de la LDC, cometida en la convocatoria de un concurso para la adquisición de ordenadores. La denuncia fue archivada por el Servicio, y el archivo confirmado por el Tribunal, con el voto particular del Ponente, Luis BERENGUER. En este voto particular se analiza la cuestión de si las normas de la competencia deben o no aplicarse a las Administraciones Públicas

no sólo cuando actúan como oferentes de bienes y servicios, sino cuando lo hacen como demandantes, recordando que el propio TDC admitió lo segundo en el Acuerdo de 30 de abril de 1996, expte. Tragsa. Tras exponer unas interesantes consideraciones sobre la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la luz de la LDC, concluye que debió plantearse una cuestión prejudicial al TJCE, acerca de si las normas de los artículos 183.g) y 184 de la LCAP infringen o no el contenido de una Directiva.

En el Acuerdo de 30 de julio de 1998 (expte. r 316/1998, Expendedurías de Tabacos de Barcelona) el Tribunal archiva la denuncia formulada contra Tabacalera por denegar autorizaciones a determinadas expendedorías para ser punto de recogida de correspondencia y paquetería porque «la posibilidad de comercializar productos o servicios en las expendedorías del Monopolio está sujeto a autorización de la Delegación del Gobierno, subordinada a que no perjudique la imagen del mismo (art. 13.1 del Real Decreto 2738/1986). La impugnación de los actos otorgando o denegando tales autorizaciones debe realizarse en vía administrativa, y en su caso, contencioso-administrativa».

Al tiempo, ordena continúe la investigación respecto de una carta circular de 15 de octubre de 1996 relacionada con los contratos concertados con empresas de mensajería.

La última Resolución del año 1998 a reseñar en este contexto es la de 16 de noviembre (expte. 296/1998, Aeropuertos Españoles) en la que se reiteran algunas de las consideraciones expuestas en el Acuerdo de 15 de abril de 1996 sobre la condición de ente público de AENA y su sometimiento al Derecho administrativo en el desarrollo de sus funciones públicas, y al ordenamiento jurídico privado en lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación.

En los primeros meses de 1999 se han dictado dos Resoluciones de interés a los efectos de esta reflexión. En la de 11 de enero (expte. 423/1998, ASISA), una aseguradora médica denuncia a dos Colegios de Médicos por haber establecido honorarios mínimos y el cobro de los mismos obligatoriamente por medio del Colegio.

El primero de los denunciados alega que actuó en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Colegios Profesionales: el Tribunal considera que la «tardía» aplicación de la normativa no era sino una medida de presión para que la aseguradora aceptara los honorarios mínimos, medida que se encuadra en el marco de un «boicot».

El segundo Colegio denunciado acreditó que se había dictado Sentencia por un Tribunal Contencioso-administrativo exonerándole por las actuaciones denunciadas, y el TDC considera que «es un asunto sobre el que no debe pronunciarse por tratarse de cosa juzgada».

Con fecha 4 de marzo de 1999 (expte. r 335/1998, Colegios Notariales) el TDC enjuicia una recomendación del Consejo General del Notariado

relativa al mecanismo compensatorio de honorarios. Esta Resolución contiene una interesante precisión sobre la previsión del artículo 2.1 LDC: «la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador». Al tiempo, se aborda «la cuestión relativa a la naturaleza de los acuerdos colegiales denunciados y si se trata de actividad administrativa de los colegios o bien de actividad susceptible de ser sometida a las normas de la competencia» para dar una respuesta que puede resumirse como sigue: los Colegios Profesionales tienen una doble naturaleza, Administración Pública y gremio de profesionales, pese a lo cual el Tribunal ha venido aplicando las normas concurrenciales a «los acuerdos de los colegios profesionales de contenido económico». La Ley de 14 de junio de 1997 supone una consolidación de su doctrina, a juicio del TDC, y en consecuencia no cabe discusión sobre esta aplicación a estos acuerdos «con trascendencia económica».

### 3. LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Frente a este importante número de Resoluciones del TDC, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado hasta la fecha únicamente cinco sentencias revisando la actuación de aquel Tribunal, dos en 1997 y tres en 1998.

La Sentencia de 12 de noviembre de 1997 resuelve el recurso formulado por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra el Acuerdo de 20 de noviembre de 1992 en sentido desestimatorio, analizando la naturaleza jurídica del Reglamento interno de los Colegios Oficiales de Arquitectos para los concursos de Arquitectura aprobado por el Pleno del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y concluyendo que «no se puede calificar jurídicamente de Reglamento, en sentido estricto, que es el concepto empleado en el inciso final del artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

La Sentencia de 11 de diciembre de 1997, desestima el recurso interpuesto por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Ávila contra el Acuerdo de 12 de junio de 1994 por el que el TDC ordena interesar al Servicio la investigación de los hechos denunciados, así como, en su caso, la incoación del correspondiente expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia. La Sala se limita expresamente a enjuiciar la procedencia de la continuación de la investigación, sin entrar a valorar otras cuestiones planteadas por las partes.

La Sentencia de 16 de mayo de 1998 examina el mismo asunto, una vez que el TDC en el Acuerdo de 26 de julio de 1995 ordena la incoación de expediente sancionador, al haber ordenado nuevamente el Servicio el archivo de las actuaciones. La Sala estima el recurso, remitiéndose

expresamente a los argumentos expuestos en la Sentencia de 23 de febrero del mismo año, por lo que procede recordar la motivación de la misma.

En esta Sentencia (la de 23 de febrero) se enjuicia el recurso del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España contra la Resolución del TDC de 28 de julio de 1994. En el Fundamento Jurídico cuarto, literalmente se señala: «los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda... Los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública y como entes privados; en el primer caso, se les reconocen las potestades propias de tal Administración; en el segundo, actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho».

La Sala considera que lo esencial no es determinar la naturaleza jurídica de los Colegios y el Consejo Superior de Colegios actores, sino determinar qué competencias actúan. Se expone que «debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio 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, aun siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia —y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho público que ocupa— pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho privado, como sujeto de Derecho privado y al margen de la habilitación legal de potestades». La conclusión es que si el Colegio actúa en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, opera el artículo 2 de la LDC por la habilitación legal de esas potestades, si bien éstas exclusivamente en el ámbito público de actuación de intereses generales que normas con suficiente rango les atribuyen.

La Sala concluye que en el supuesto concreto, la orden de abstención a los colegiados para que no participen en un concurso, el Colegio ha pretendido imponer una concreta forma de selección del profesional que vaya a dirigir una construcción, y esta actuación no está dentro de la esfera competencial administrativa de las actoras. La conducta se encuentra dentro de las tipificadas por el artículo 1.1 de la LDC y no está cubierta por el artículo 2, porque el Reglamento interno no es un Reglamento en el sentido previsto por la LDC (no tiene «aptitud ni vocación de generalidad en la complementación y desarrollo de la Ley»).

La sentencia confirma el Acuerdo del TDC excepto en lo relativo a la imposición de una sanción de multa.



En aplicación de la misma doctrina, la Sentencia de 16 de mayo llega a una conclusión diferente: analizando las competencias de los Colegios Profesionales con base en lo dispuesto en la Ley 2/1974, se comprueba que el artículo 5, apartado *i*), se refiere a la función de «ordenar en el ámbito de su competencia la actividad de sus colegiados» y, por otro lado, el artículo 3.2 establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión». La conclusión que se extrae es que «la función del reconocimiento de la colegiación (o la denegación de la misma) es una función claramente pública de aquellas que realizan los colegios en el ejercicio de las facultades que le son propias y cuya revisión se encuentra sometida a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa» y, por tanto, el acto de denegación de la doble colegiación «no puede estar vinculado a las prescripciones de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que carece de sentido la continuación del procedimiento».

Finalmente, la Sentencia de 2 de abril de 1998 examina el recurso interpuesto por la Asociación de Tocoginecólogos contra el Acuerdo de 28 de junio de 1995, y confirma íntegramente el mismo reiterando que la recurrente es un *tertius genus* que carece de cobertura legal para realizar la negociación colectiva del baremo de honorarios, incurriendo en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El origen del variable tratamiento de la cuestión del sometimiento de los Colegios Profesionales al Derecho de la competencia está en las dificultades que la doctrina y la jurisprudencia encuentran para determinar su naturaleza jurídica.

El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, recuerda que «el artículo 36 de la CE no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, manteniéndose por ello viva —y explicable— la preocupación de la doctrina en torno a aquélla. Puede afirmarse, sin embargo, que la inmensa mayoría se pronuncia en favor de una concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa, nacida de la misma actividad profesional titulada (a ésta se refieren casi todos los Colegios Profesionales) consideran los Colegios como corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de Corporación».

Hilario HERNÁNDEZ MARQUÉS en su reciente trabajo «Colegios Profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad» reconduce a tres orientaciones fundamentales la posición de la doctrina más autorizada: 1) la de quienes consideran a los Colegios Profesionales como supuestos de la llamada Administración Institucional, integrados, pues,

en la organización administrativa; 2) aquella que los conceptúa como Corporaciones sectoriales de base privada, con dos notas definitorias: su origen y su esencia son privados, pero tienen delegadas funciones públicas, y 3) el sector de la doctrina que les atribuye una naturaleza pública derivada de la esencia de su ser, el ejercicio de funciones públicas no por delegación, sino como propias en virtud de una atribución legal en régimen de descentralización.

El Tribunal Supremo, si bien no en sentencias relativas a recursos contra Acuerdos del TDC, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, con bastante claridad en sentencias recientes, debiendo destacarse la de 25 de febrero de 1998 (RA 1794) en la que señala: «a) La jurisprudencia constitucional ha venido a reconocer, en Sentencias de 5 de agosto 1983, 20 febrero 1984 y 15 julio 1987 que la nota relevante de las Corporaciones de Derecho público como Colegios Profesionales, consiste en señalar que son auténticas Corporaciones sectoriales de base privada, esto es, Corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad que, en parte, es privada aunque tengan atribuidas por ley o delegadas funciones públicas y es, en los aspectos concretos en que actúan en funciones administrativas atribuidas por ley o delegadas, donde puede calificarse la intervención de tales Corporaciones de base privada como sujetas a Derecho administrativo a los efectos de su régimen jurídico y de su control jurisdiccional. b) También ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así en Sentencia de 3 noviembre 1988) la que ha reconocido que las Corporaciones públicas son asociaciones sectoriales de base privada a las que el Estado confía la realización de fines públicos.»

## 5. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Tras esta definición se mantiene la incógnita: separar y diferenciar en cada Acuerdo de un Colegio Profesional el carácter administrativo del acto o su carácter de actos sometidos al Derecho privado.

La cuestión se plantea en otros ámbitos de la actividad colegial, y merece la pena reseñar las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, y por la Audiencia Nacional en relación con el Derecho tributario, resolviendo precisamente estas dudas con un sistema semejante al que utiliza hasta la fecha el TDC para determinar la incriminación o no incriminación de las conductas de los Colegios Profesionales.

Los Colegios Oficiales de Arquitectos y Farmacéuticos especialmente, pero también los de Abogados, han planteado numerosos recursos contencioso-administrativos, contra Actas de la Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por el Impuesto sobre el Valor Añadido. En ellos se suscita si determinadas actividades que llevan a cabo están o no sujetas al precitado Impuesto, y en caso de estar sujetas, si

se hallan o no exentas. Expresado de otra manera: si bien el Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente enjuiciando Resoluciones del TDC sobre esta materia, sí lo ha hecho, resolviendo recursos contencioso-administrativos contra las actuaciones de los Colegios Profesionales, o formulados por estos contra actos de la Administración, señalando en cada caso la naturaleza jurídica de las objeto de impugnación.

Un grupo importante de éstos recursos ha sido planteado por diversos Colegios de Arquitectos en relación con el sometimiento a tributación de las cantidades satisfechas por los colegiados como consecuencia del visado de proyectos. La actividad litigiosa es el «visado» que el Colegio realiza de los proyectos, y se alegó por los recurrentes que la expedición de visado es una actividad de control, de entre las funciones «públicas», y, por tanto, no está sujeta al IVA, según lo dispuesto en la Sexta Directiva en relación con la Ley del Impuesto y el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales. Las sentencias concluyen que tal actividad está sujeta porque se realiza en favor de terceros, clientes de los colegiados con carácter retribuido, ajena a la cuota periódica que el colegiado satisface al Colegio por su pertenencia al mismo. Por estas mismas razones, se deniega el reconocimiento de la exención: la Ley del IVA declara exentas las cantidades que cobra de sus colegiados por cuotas periódicas de afiliación, y la cuota de incorporación por tratarse de «cotizaciones fijadas en los estatutos»; por el contrario, el servicio de visado de proyectos es independiente del pago de la cuota periódica.

En la Sentencia de 19 de febrero de 1998 (RA 1400) el Tribunal Supremo define la naturaleza jurídica del visado en los siguientes términos: declara en primer lugar que «existe un único y genérico visado, el estatutario o corporativo, al que se ha adherido, como uno de sus aspectos, la vigilancia de la legalidad urbanística» y que constituye «un control de la actividad de los colegiados, en pro de los intereses gremiales y generales, y que conforma, en consecuencia, una función pública de modo que los actos producto de esa potestad de visado son actos colegiales sujetos al Derecho administrativo que resuelven, definitivamente, un procedimiento corporativo, susceptible, en definitiva, de recurso contencioso-administrativo». Continuando con el examen de su naturaleza concluye la Sala que el visado es una «contraprestación económica o ingreso público de naturaleza no tributaria... con la precisión o inteligencia, sin embargo, de que dicha contraprestación, ingreso o recurso no puede afectar en ningún caso, al tercero que encargó al Arquitecto Técnico o al Aparejador la obra, el certificado o el informe, sino, sólo y exclusivamente, al colegiado contratado o comisionado, pues, de todo el ordenamiento expuesto y examinado, se infiere que la relación jurídico-colegial que permite el cobro de los «derechos» (o de la llamada Tasa) de visado aquí cuestionados es estrictamente corporativa...».

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997 (RA 9233) reitera que el visado de trabajos profesionales y legalización de firmas de los colegiados son prestaciones realizadas para ter-

ceros o mediante contraprestación distinta de las cotizaciones fijadas en los Estatutos.

La conexión comparativa entre estas conclusiones del Tribunal Supremo y las que ha alcanzado el TDC en sus resoluciones cuando la denegación del visado ha sido denunciada pone de manifiesto que para este último: «El visado constituye un acto de control. El trámite del visado no es un servicio que los Colegios profesionales prestan a sus colegiados o a los clientes de éstos concurriendo libremente en el mercado dentro de un esquema de Derecho privado, sino un control de carácter administrativo dentro de una relación de sujeción especial de Derecho público (STC 219/1989, de 21 de diciembre). Tiene carácter obligatorio para los colegiados» (ATDC 30 de diciembre de 1993).

En idéntico sentido se pronunció en la Resolución de 25 de junio de 1996, concluyendo en ambos casos que denegar el visado para asegurar el cobro de honorarios es una conducta anticompetitiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998 citada, establece que el visado no puede afectar nunca al tercero que encargó la obra, el certificado o el informe, sino «sólo y exclusivamente al colegiado contratado o comisionado, pues de todo el ordenamiento expuesto y examinado se infiere que la relación jurídico-colegial que permite el cobro de los “derechos” (o de la llamada Tasa) de visado aquí cuestionados es estrictamente corporativa y tiene, como sujeto prestador del servicio y perceptor de su precio, al Colegio y, como sujeto pagador del mismo, al colegiado, quedando excluido, por tanto, de forma directa, de tal obligación, el tercero comitente (ajeno a la mencionada relación corporativa y colegial)».

En la Sentencia de 30 de junio de 1992 (RA 6097) el Alto Tribunal ya indicaba que, si bien los Colegios tienen la facultad de defender los derechos e intereses profesionales de sus colegiados «esa potestad de ordenación que comprende la de regular los contratos no puede afectar a los derechos de los terceros que no estén limitados por una norma legal, y sí sólo a los colegiados en el ámbito de sus derechos y obligaciones que dimanen de la sujeción especial que los vincula con los Colegios».

Según esta doctrina jurisprudencial, el carácter de «acto administrativo» (de los actos de los Colegios Profesionales) queda reducido a la relación Administración (el Colegio) administrado (el colegiado), y la posible «exención» legal o reglamentaria no ampararía ninguna extralimitación.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992 (RA 1453), al tratar la competencia normativa del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España en materias relativas a la deontología profesional, se subraya que en cumplimiento de sus fines los Colegios Profesionales tienen la finalidad de ordenar el ejercicio de las profesiones; podrán regular las cuestiones que guarden relación con «la ética y dignidad profesional» y «el respeto debido a los derechos de los par-

ticulares», con un límite efectivo, no incurrir en infracción de la Ley ni del resto del ordenamiento jurídico.

En general, el Tribunal Supremo ha confirmado las actuaciones disciplinarias de los Colegios Profesionales en materias como la prohibición de la publicidad, y las exigencias de la colegiación, y ha revocado sus actuaciones en otras como la denegación de altas o la fijación o el cobro de los honorarios profesionales.

## 6. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha examinado alguno de estos problemas desde el punto de vista de la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE.

En la Sentencia de 30 de enero de 1985 (A. 123/83, *BNIC/Clair*) se examinaba un supuesto en que la legislación francesa contemplaba la posibilidad de concluir acuerdos en el seno de una organización interprofesional agrícola. El Tribunal resuelve que el marco jurídico en el que se lleva a cabo la conclusión de tales acuerdos, y la calificación jurídica que le otorguen los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales no tienen incidencia en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la libre competencia. Por tanto, un acuerdo interprofesional concluido por dos grupos de operadores económicos debe considerarse como un acuerdo entre empresas o como una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, incluso si estos acuerdos o asociación se adoptan en el seno de un organismo que, según la jurisprudencia nacional, es de Derecho público.

La Sentencia de 23 de abril de 1991 (A. C-41/90, *Höfner y Elser*) establece que una oficina pública de empleo que ejerce actividades de colocación puede calificarse de empresa a efectos de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, dado que, en el contexto del Derecho de la competencia, esta calificación se aplica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación a cualquier entidad que ejerza una actividad económica.

En el asunto C-185/91 (*Reiff*) se dictó la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 según la cual «aunque considerado en sí mismo, el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a las medidas legales o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, no obstante, es jurisprudencia reiterada que el artículo 85 del Tratado, considerado en relación con el artículo 5, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas, o bien despoja a su propia normativa del carácter estatal, delegando en operadores privados la respon-

sabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica». En consecuencia, «el hecho de que la autoridad pública proceda al nombramiento de personas propuestas por las organizaciones profesionales directamente interesadas, como miembros de un organismo encargado de fijar los precios, no excluye la existencia de una práctica colusoria en el sentido del artículo 85 del Tratado, puesto que estas personas han negociado y celebrado un acuerdo sobre precios en calidad de representantes de las organizaciones que las han propuesto».

En el Asunto C-244/94 (*Fédération Française des Sociétés d'Assurance y otros*) se dicta la Sentencia el día 16 de noviembre de 1995 resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés para que el Tribunal dilucide si una Entidad pública encargada de la gestión de un régimen complementario voluntario de Seguridad Social está sujeta a las normas del Tratado en materia de competencia. La respuesta es que una Entidad con fines no lucrativos como la litigiosa, que funciona con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, es una empresa a los efectos de los artículos 85 y siguientes del Tratado CEE.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (*A. C-55/96, Job Centre*) el Tribunal resuelve que «una oficina pública de empleo puede ser calificada de empresa a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, dado que en el contexto del Derecho de competencia, esta calificación se aplica a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación».

Por último, el 18 de junio de 1998, en el asunto C-35/96 (*Comisión/República Italiana*) el Tribunal dicta sentencia en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión.

En esta Sentencia, el TJCE reitera conceptos ya recogidos en otras Resoluciones anteriores que concretan su doctrina en la materia: 1) el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación; 2) a estos efectos, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado; 3) el estatuto de Derecho público de un organismo nacional no impide la aplicación del artículo 85 del Tratado, ni incide en su aplicabilidad el marco jurídico en el que se celebran los acuerdos entre empresas, ni la calificación jurídica que este marco recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Al tiempo, el Tribunal avanza un paso más en la valoración de la cuestión que nos interesa, al analizar la composición, actividad, y finalidades del Consejo Nacional de Agentes de Aduanas (CNSA en la sentencia): *a)* sus miembros representan a unos profesionales, y la ley nacional no impide que actúen en interés exclusivo de la profesión; *b)* sólo pueden ser miembros los profesionales inscritos en los Registros, sin par-

ticipación ni intervención de la Administración; c) su función es determinar las tarifas de honorarios, y la ley nacional no exige que se tenga en cuenta el interés público, d) los miembros del CNSD no son expertos independientes.

Con estas premisas el TJCE llega a la conclusión de que la tarifa uniforme y obligatoria para todos los agentes de aduanas que adoptó el CNSD restringe la competencia en el sentido del artículo 85 del Tratado CEE. La tarifa litigiosa tiene estas características: fija los precios de los servicios profesionales, fija los máximos y los mínimos, contiene una graduación escalonada atendiendo a diversos criterios, y es imperativa. La afectación de los intercambios comunitarios proviene del efecto de consolidación de compartimentaciones de carácter nacional que obstaculizan «la interpenetración económica perseguida por el Tratado».

La infracción se imputa al Estado porque «si bien es cierto que, considerado en sí mismo el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros, también es cierto que este artículo analizado en relación con el artículo 5 del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas».

## 7. CONCLUSIONES

De todo lo que se ha venido exponiendo resulta que tanto el TDC como los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cierto modo habían adelantado en sus resoluciones algunas de las medidas liberalizadoras en materia de Colegios Profesionales que introdujeron el Real Decreto-ley 5/1996, de 14 de abril, y la Ley 7/1997, de 14 de abril. Siguiendo la sistemática de Luis CALVO SÁNCHEZ, el contenido y significado de esta reforma tiene tres líneas maestras: 1) la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al Derecho de la competencia, 2) la colegiación única para el ejercicio profesional en todo el territorio nacional, con la excepción relativa a los Colegios organizados territorialmente atendiendo a la exigencia del deber de residencia para la prestación de los servicios, y 3) la supresión del carácter obligatorio del cobro de honorarios profesionales por mediación del Colegio.

Al tiempo, la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como antes la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no incluye a los Colegios Profesionales en el concepto de «Administración Pública». La Ley 29/1998, de 13 de julio, establece en su artículo 2, letra c), que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público,

adoptados en el ejercicio de funciones públicas». Los comentaristas, y en concreto José Manuel SALA ARQUER, han señalado que la utilización del término «funciones públicas» entronca con la noción de competencias administrativas en sentido material y con la terminología utilizada por la legislación sectorial (la Ley de Colegios Profesionales y la Ley de las Cámaras Oficiales de Comercio).

La jurisprudencia comunitaria, por su parte, ha reiterado que los Estados miembros no pueden adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas, al tiempo que considera empresa a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad, y que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.

Retomando el tema en el punto que se abordó al principio de estas líneas, puede concluirse que, en lo que a los Colegios Profesionales respecta tanto el TDC como la jurisdicción contencioso-administrativa, al señalar el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia han efectuado una interpretación integradora respecto de las exigencias generales de esta norma legal.

En consecuencia, se ha entendido (antes y después de la reforma introducida por la Ley 7/1997) que la LDC es de aplicación a los Colegios Profesionales, que los mismos están sujetos a sus previsiones, y se ha determinado si la conducta o el acto están o no exentos por remisión a su autorización por una Ley o un Reglamento. Expresado de otra manera: se ha examinado caso por caso la naturaleza de la actuación, limitando el carácter de «administrativa» a la relación Colegio-colegiado, que por aplicación de la previsión del artículo 2.1 de la LDC queda fuera de la competencia del TDC cuando el acto tiene amparo legal o reglamentario.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.
- CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas.
- HERNÁNDEZ MARQUÉS, H., «Colegios Profesionales, facultades disciplinarias y principio de legalidad», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. II, 3.ª época, febrero 1999.
- SALA ARQUER, J. M., «Comentario al artículo 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 100.
- CABRILLO, F., «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons-Fundación ICO.
- BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Marcial Pons-Fundación ICO.



# LA INTERVENCIÓN CONCURRENTENTE DE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO CE. REFLEXIONES DESDE LA PRÁCTICA

Marcos ARAUJO BOYD

Abogado  
Garrigues & Andersen

*«La existencia de procedimientos paralelos ante la Comisión, por una parte, y ante una autoridad de competencia de un Estado miembro, por otra, supone un coste para las empresas cuyas actividades entran tanto en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario como en el de las normativas nacionales de competencia. Dichos procedimientos pueden dar lugar a una proliferación de controles sobre una misma actividad ejercidos, por un lado, por la Comisión, y por otro, por las autoridades de competencia de los Estados miembros afectados» (Comisión Europea, Comunicación de 15 de octubre de 1997).*

## 1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una característica del ordenamiento concurrencial vigente en España, imposible de olvidar, es que se encuentra regido, en lo material, por dos conjuntos normativos formalmente independientes: de una parte, el comunitario europeo; de otra, el ordenado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»).

Junto a esta duplicidad de ordenamientos materiales, encontramos otra de autoridades y procedimientos; dos Administraciones Públicas, al menos tan legalmente independientes entre sí como los conjuntos normativos materiales, que tienen atribuida competencia a título principal

para la aplicación del Derecho de la competencia <sup>1</sup>; a saber: de una parte, a la Comisión europea, a la que corresponde la aplicación de las disposiciones comunitarias, y de otra al Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC»), órgano que no sólo tiene encomendada la aplicación de la LDC sino, asimismo, la aplicación en España de los artículos 85 y 86 del Tratado CE <sup>2</sup>.

La presencia de dos ordenamientos materiales y la realidad de su posible conflicto, de una parte, y la existencia de dos autoridades administrativas ante las que se sustancian procedimientos de rasgos bien distintos, pero ambas con título bastante, son el contexto en el que los operadores económicos ven la aplicación de la disciplina concurrencial. Dos *fora*, dos *iura*. Un contexto en el que será comprensible la tentación de comprar un procedimiento concreto, por ofensiva que sea esta idea para una materia regida por el orden público económico como el que preside la normativa de competencia.

En este contexto que las empresas encuentran se enmarca la presente exposición, que aborda únicamente la cuestión de la intervención concurrente; esto es, aquella que se produce cuando las dos autoridades administrativas en presencia tienen algo que decir sobre un problema determinado. Un tema abordado por la Comunicación de la Comisión de cooperación con las autoridades administrativas, publicada en octubre de 1997 <sup>3</sup> y sobre el cual se han producido interesantes Resoluciones de nuestro Tribunal administrativo.

## 2. LA INTERVENCIÓN CONCURRENTE DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS Y EL TDC EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO. PRINCIPIOS BÁSICOS

La intervención concurrente, o coincidencia de procedimientos ante las autoridades administrativas comunitaria y nacional, puede producirse de dos maneras bien diferentes. De una parte, cabe encontrar supuestos de «*mera concurrencia de procedimientos*», en la cual se llevan a cabo iniciativas paralelas en aplicación de las *mismas* normas de Derecho. Esta situación resulta de la posibilidad, expresamente recogida en la normativa comunitaria, de que tanto la Comisión como las autoridades nacionales intervengan en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado <sup>4</sup>. De otra

<sup>1</sup> No olvidamos, desde luego, que los artículos 85 y 86 del Tratado pueden ser aplicados por otras autoridades administrativas, especialmente aquellas a las que el ordenamiento atribuye competencias para la vigilancia sectorial ni, desde luego, a los Tribunales, cuestiones de las que no se ocupa el presente trabajo.

<sup>2</sup> Véase artículo 1.1 del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, BOE de 7 de marzo de 1998.

<sup>3</sup> 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 C 313, de 15 de octubre de 1997.

<sup>4</sup> Véanse artículos 87 y 88 del Tratado CE y el artículo 9 del Reglamento 17, cfr., apartado (5) de la Comunicación *cit. supra*, nota 3.

parte, encontramos supuestos de «*conurrencia de procedimientos en aplicación de normas diferentes*». En este segundo caso, la intervención de las autoridades nacionales se funda en su propio ordenamiento, aun cuando coincida con otra actuación, esta última de las instancias comunitarias, evidentemente en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

De estas dos situaciones se derivan consecuencias distintas. El ordenamiento comunitario contiene reglas para solucionar el supuesto de intervención concurrente en el cual ambas autoridades pretenden adoptar una decisión a su amparo, al que hemos llamado «*mera concurrencia de procedimientos*». Pero si la intervención de las autoridades nacionales se produce en aplicación de su ordenamiento interno, no es tan sencillo hallar una solución. Seguidamente se examinan estos temas por separado.

#### A. CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO

Dispone el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17 que «*mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2 (Declaraciones negativas), 3 (Decisiones de infracción) o 6 (Decisiones de exención), las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado*». Con estas palabras resume esta norma una atribución de competencias en favor de las autoridades nacionales y una regla de solución de conflictos: las autoridades nacionales —en nuestro caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia— puede aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado, pero deberán cesar en ello si la Comisión inicia un procedimiento al respecto <sup>5</sup>.

Del tenor literal de esta disposición podría llegarse a la conclusión de que no puede existir, estrictamente hablando, una concurrencia de procedimientos sino, a lo más, una *sucesión* de procedimientos. La autoridad nacional, en efecto, podría comenzar un procedimiento en aplicación de las normas comunitarias; pero lo debería cerrar tan pronto se produjese la intervención de la Comisión. A lo más, surgiría duda sobre las condiciones de la sucesión en las tramitaciones ante una u otra autoridad, pero nunca casos de aplicación concurrente.

La cuestión dista, en la práctica, de ser tan sencilla, especialmente por las dificultades que ocasiona determinar la existencia y el momento inicial de un «procedimiento» iniciado por la Comisión europea. Por razones de todos conocidas y por todos criticadas, la Comisión lleva a cabo frecuentemente trámites de diversa importancia y contenido, incluyendo

<sup>5</sup> Obsérvese que, a pesar de la remisión que la norma contiene en favor del artículo 84 del Tratado, lo que sugiere la posibilidad de que las autoridades nacionales apliquen el apartado 3 del artículo 85, expresamente mencionado en esta disposición, esta competencia no existe en virtud de la «competencia exclusiva» proclamada a este respecto por el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento 17.

solicitudes de información, verificaciones o inspecciones domiciliarias, estudio de denuncias o recepción de notificaciones, a lo largo de meses o incluso años, sin que se haya iniciado formalmente un «procedimiento». Todas estas gestiones, preparatorias de procedimientos en sentido estricto, pueden coincidir y de hecho coinciden frecuentemente con actuaciones nacionales. Éste es el campo en el que encontramos tramitaciones concurrentes.

Buena parte de las dificultades provienen de qué debe entenderse por que se haya iniciado un «procedimiento» en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento 17/62. De la respuesta a esta pregunta depende que la intervención de las autoridades nacionales al amparo de las normas comunitarias siga siendo posible a pesar de haber comenzado la Comisión actuaciones al respecto.

La respuesta a la cuestión no la encontraremos en el Reglamento 17<sup>6</sup> sino en la jurisprudencia del Tribunal. Recordaremos, a este respecto, el asunto *Brasserie de Haecht c. Wilkin (número 2)*<sup>7</sup>, en la que se preguntaba al Tribunal si la recepción de un acuse de recibo a resultas de la presentación de una notificación en solicitud de certificación negativa o, subsidiariamente, exención, implicaba la existencia de un «procedimiento» en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento 17.

Como es sabido, el Tribunal respondería negativamente: la remisión por la Comisión de un acuse de recibo es un simple «acto de corrección administrativa» de parte de la Comisión, y no implica que se haya iniciado un procedimiento. Pero la Sentencia irá más allá, sentando criterios respecto a cuándo habría que entender que se ha iniciado un procedimiento. Cuando los actos de la Comisión, dirá el Tribunal, manifiesten la intención de la Comisión de adoptar una Decisión formal.

A partir de aquí, el tema queda en la habitual nebulosa que rodea los conceptos de procedimiento comunitario. Un acto «de autoridad», nos dice el Tribunal, que muestra la intención de la Comisión de adoptar una decisión formal. Viene entendiéndose que tiene este carácter una comunicación de cargos, si bien no olvidaremos lo frecuente que es que no se adopte Decisión formal tras su emisión. Incluso ha llegado a proponer a este respecto el Abogado general Mayras, en las Conclusiones al asunto *BRT/SABAM*<sup>8</sup> que la emisión por la Comisión de una solicitud de información del artículo 11 del Reglamento 17 sería un «acto de autoridad» en este sentido. Una opinión que nos parece inicialmente extrema. Aunque, por otra parte, nunca dejará de extrañar que cualquier ini-

<sup>6</sup> Sorprende, en efecto, que un Reglamento cuya finalidad es ordenar los procedimientos de aplicación de los artículos 85 y 86 no se haya ocupado de algo tan básico como definir cuándo se inicia un procedimiento. La única explicación de ello, que no excusa, es la manifiesta carencia de unas reglas procedimentales adecuadas, la falta de un Derecho administrativo razonablemente vertebrado en el sistema comunitario. Defecto, por lo demás, conocido y denunciado repetidamente.

<sup>7</sup> Sentencia del TCE de 6 de febrero de 1973, asunto 48/73, *Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen (n.º 2)*. Recopilación, p. 77.

<sup>8</sup> Sentencia de 30 de enero de 1974, as. 127/73, *BRT c. SABAM*. Recopilación, p. 51.

ciativa de la Comisión (una solicitud de información del artículo 11 del Reglamento 17; una verificación de las previstas en el artículo 14 del mismo Reglamento) baste para interrumpir la prescripción de una conducta a los efectos del Reglamento 2988/74<sup>9</sup>, pero no sea bastante para entender que existe un procedimiento a los efectos del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17.

En la práctica, la Comisión europea adopta un acuerdo formal, del que se traslada copia a los Estados miembros, incoando el procedimiento, bien antes o simultáneamente al envío de la comunicación de cargos. Del mismo modo que es de lamentar la inadecuada doctrina creada por el Tribunal respecto a cuándo se entiende que existe un procedimiento, es de agradecer que la práctica haya creado un trámite específico. Al menos, existe una razonable seguridad jurídica, si bien a través de un acto que difícilmente podría ser impugnado directamente<sup>10</sup>.

En cualquier caso, una vez iniciado el procedimiento, decae la capacidad de la autoridad nacional para aplicar autónomamente los artículos 85 y 86 del Tratado al supuesto de que se trate. A partir de ese momento, y a través de los procedimientos de colaboración que prevé el Reglamento 17, la autoridad nacional sólo podrá intervenir en el marco del procedimiento comunitario. Pero no ha perdido con ello toda posibilidad: si el asunto sigue siendo de interés ante la autoridad nacional, si hay algún afectado o interesado por el tema en cuestión que reclama una solución y no se contenta con esperar a que la Comisión europea resuelva en cuanto al fondo —normalmente mucho más de lo que tardaría al autoridad nacional— puede exigir que nuestras autoridades cumplan con su función al amparo de otras disposiciones: las normas nacionales de protección de la libre competencia. Seguidamente se considera esta posibilidad.

## B. CONCURRENCIA EN APLICACIÓN DE ORDENAMIENTOS DIFERENTES

Es sabido que el Derecho comunitario de la competencia no implica el ejercicio de una competencia legislativa exclusiva. En efecto, además de existir una «competencia de aplicación» compartida entre las autoridades comunitarias y nacionales respecto a los artículos 85 y 86, estas disposiciones no impiden la adopción y aplicación por los Estados miembros de sus propias normas sobre libre competencia, reconociendo el Tratado<sup>11</sup> a los Estados miembros jurisdicción —esto es, «decir Derecho»— para disciplinar la libre competencia. Y en la ordenación de esta materia, gozan de una muy amplia libertad. No existen Directivas u otras normas

<sup>9</sup> Reglamento 2988/74, de 26 de noviembre, JOCE L 319 de 29.11.74, p. 1.

<sup>10</sup> En efecto, si bien la iniciación de un procedimiento por la Comisión tiene efectos jurídicos claros —especialmente, privar a las autoridades administrativas nacionales a aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado— el acto que la dispone no parece ser una decisión atacable en virtud del artículo 173 del Tratado.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 87.e) del TCE.

de Derecho derivado que, armonizando las legislaciones nacionales, impongan una cierta manera de legislar en este ámbito.

La razón de esta realidad es simple: el ordenamiento comunitario mira al Derecho de la competencia como un medio de los enumerados en el artículo 3 del TCE al objeto de alcanzar los fines o «misión» de la Comunidad, no como una política en sí misma. De ahí que se aplique únicamente en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Quedan fuera de su ámbito de aplicación los comportamientos que no producen tal efecto, que debe, además, revestir un carácter «sensible».

Planteado en estos términos, parecería que la aplicación concurrente de los ordenamientos nacional y comunitario de la competencia no es posible. De afectar a los intercambios intracomunitarios, una conducta ofendería al ordenamiento comunitario; de afectarse a la competencia a nivel nacional, se aplicaría el Derecho interno. Pero el tema dista de ser tan sencillo, por cuanto un determinado comportamiento puede, a la vez, ofender al Derecho comunitario y al Derecho interno al distorsionar los intercambios entre Estados miembros y, a la vez, la competencia en el interior de un Estado miembro<sup>12</sup>. Es en estos casos que se da el supuesto de aplicación concurrente de ordenamientos.

Como es sabido, ya en fecha temprana el Tribunal de Justicia zanjó la —por otra parte, estéril— discusión entre las denominadas «doctrina de la barrera única» y «doctrina de la doble barrera» en la Sentencia *Walt Wilhelm*<sup>13</sup>, confirmando la posibilidad de aplicación simultánea de los artículos 85 y 86 del Tratado y las legislaciones nacionales. De acuerdo con los términos de esta jurisprudencia, y dado que el ordenamiento comunitario y el nacional consideran las conductas anticompetitivas desde diferentes perspectivas, un determinado comportamiento puede ser censurado doblemente e, incluso, doblemente sancionado. El único límite que el Derecho comunitario impone a este respecto es el derivado del principio de primacía, que impide al Derecho interno amparar una decisión nacional incompatible con una decisión adoptada por la Comisión. Éste sería el caso si el Derecho interno pretendiera autorizar conductas prohibidas por el ordenamiento comunitario y, según una opinión extendida —aunque pendiente de ratificación por el Tribunal de Justicia—, si el Derecho interno se opusiera a una exención otorgada por la Comisión al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. No habrá, en cualquier caso, obstáculo para que el ordenamiento nacional prohíba comportamientos declarados «no prohibidos» por el ordenamiento comunitario, como los resultantes de las certificaciones negativas contempladas en el artículo 2 del Reglamento 17/62.

La Sentencia *Walt Wilhelm* dispone, en aplicación del principio antes enunciado, que si en el curso de un procedimiento nacional parece posible

<sup>12</sup> En realidad, cuando un comportamiento afecte a los intercambios entre Estados miembros, será normal que afecte, asimismo, a la competencia en el interior de uno o varios Estados.

<sup>13</sup> Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/68. Recopilación, p. 1.

que una futura decisión de la Comisión relativa a un procedimiento en curso será incompatible con aquella que las autoridades nacionales se disponen a adoptar, corresponde a estas últimas tomar las medidas apropiadas. Este principio, que en parte recuerda la regla de aplicación concurrente del ordenamiento comunitario contenida en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17, es ciertamente menos severo. No impone el Derecho comunitario, a la autoridad nacional una suerte de abstención, que llevaría a esta última a cerrar su procedimiento y esperar pacientemente a la resolución de la Comisión. Únicamente es requerida a adoptar las «medidas necesarias» para evitar una decisión incompatible; medidas que pueden suponer consultas con la Comisión —expresamente recogidas en nuestro ordenamiento como causa de suspensión de los plazos para la resolución del expediente<sup>14</sup>, y contempladas en la Comunicación de 15 de octubre de 1997— o, simplemente, una adecuada toma en consideración del posible impacto de la duplicidad de procedimientos.

Sobre esta cuestión, el artículo 44 de nuestra vigente Ley de Defensa de la Competencia propone al Tribunal de Defensa de la Competencia la simple suspensión del expediente. No se trata ciertamente de una norma que pretenda agotar todas las posibilidades, sino recoger expresamente una de ellas. Su redacción merece en todo caso una severa crítica, por cuanto impone requisitos innecesarios (tales como que haya petición de parte, la acreditación documental o la identidad de los hechos) y una rigidez en el levantamiento de la suspensión (una vez acordada la suspensión, parece admisible su alzamiento únicamente cuando haya resolución firme de las autoridades comunitarias) que mal se coheren con la flexibilidad que debe presidir la adopción de este tipo de medida<sup>15</sup>.

Puede concluirse destacando que ni el Derecho comunitario ni el artículo 44 de la LDC impiden al Tribunal continuar el procedimiento a pesar del procedimiento en curso. Pero sí exige el ordenamiento comunitario al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de «medidas apropiadas» para evitar potenciales incompatibilidades. Y a este respecto puede plantear algún problema la opción que nuestro ordenamiento ha efectuado respecto de la autoridad encargada de mantener las relaciones con la Comisión europea en materia de competencia<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Véase artículo 100 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que introduce el nuevo artículo 56 en la Ley de Defensa de la Competencia, BOE de 31 de diciembre de 1997.

<sup>15</sup> Buena parte de las dificultades de esta norma pueden solventarse considerándola implícitamente derogada por el artículo 100 de la Ley 6/1977, que introduce un nuevo artículo 56 a la LDC.

<sup>16</sup> En efecto, como resulta del Real Decreto 295/1988 y ratificado luego el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE del 17 de abril de 1999), la labor de coordinación entre la Comisión y las autoridades nacionales para la aplicación de los procedimientos comunitarios ha sido confiada al Servicio de Defensa de la Competencia, órgano encargado de la instrucción de los expedientes, si bien es el TDC el órgano encargado de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado en España.

### 3. APLICACIÓN CONCURRENTE DEL DERECHO CE POR LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Examinada ya la base teórica de la cuestión, interesa asomarse a los casos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha visto en la necesidad de aplicar los principios antes comentados; esto es: casos en los que la Comisión había ya intervenido o estaba interviniendo simultáneamente a la intervención del TDC. Seguidamente se considera esta práctica.

#### A. LÍMITES EN LA COLABORACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DERIVADA DEL EMPLEO POR ESTAS ÚLTIMAS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN: LA RESOLUCIÓN «AEB»

En el supuesto de expedientes paralelos ante la Comisión y las autoridades nacionales de competencia se produce de manera inevitable el acceso de esta última a determinados documentos presentes en el expediente ante la Comisión. En efecto, en aplicación de los mecanismos de colaboración previstos en el Reglamento 17/62, esta última remite automáticamente a las autoridades nacionales copia de los documentos más importantes de su expediente. Entre los mismos, se encuentran aquellos que los operadores a los que se aplica el ordenamiento concurrencial han notificado, así como las respuestas a solicitudes de información ordenadas por el artículo 11 del Reglamento 17/62.

Es indudable que las autoridades nacionales de competencia han recibido copia de esta documentación al objeto de cooperar en el procedimiento comunitario, y no para otro propósito; pero en el expediente pueden aparecer indicios o pruebas de comportamientos que interesan a la aplicación del Derecho interno. Si las autoridades nacionales que reciben copia de la documentación comunitaria instruyen en paralelo un procedimiento en aplicación de sus propias Leyes, se comprende la tentación de emplear las informaciones obrantes en el expediente comunitario para confirmar o descartar su punto de vista sobre el tema de referencia.

Éste es el conflicto al que el Tribunal de Defensa de la Competencia se enfrentó en el asunto «*Asociación Española de Banca*» o «*AEB*»<sup>17</sup>. Se trataba de un expediente iniciado en 1987 al amparo de la Ley 110/63, de 20 de julio, respecto a determinadas iniciativas en materia de tarifas de intereses y comisiones. En el mismo surgió pronto la tentación a que se ha hecho referencia, por cuanto a los pocos meses de iniciadas las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia, la AEB presentó

<sup>17</sup> Resolución del TDC de 30 de abril de 1993, expediente 283/90.



una notificación ante la Comisión europea en aplicación del artículo 4 del Reglamento 17/62 en solicitud de una exención.

Tramitado el expediente ante el Servicio, éste hizo su trabajo teniendo en cuenta no sólo actuaciones propias, sino, asimismo, informaciones de documentos procedentes del expediente comunitario. Al elevarse lo actuado al Tribunal de Defensa de la Competencia, se planteó en el mismo lo inadmisibles de este proceder del Servicio. Al objeto de encontrar una respuesta, el Tribunal acordó suspender las actuaciones, remitiendo al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas una cuestión prejudicial de las contempladas en el artículo 177 del Tratado CE, en la hasta ahora única ocasión en que el TDC ha hecho uso de esta posibilidad<sup>18</sup>.

La respuesta del Tribunal comunitario<sup>19</sup> fue firme, pero moderada: Las autoridades nacionales no pueden emplear las informaciones que la Comisión ha recibido de las empresas en aplicación del Reglamento 17/62 para probar infracciones a su Derecho interno. Ello no obliga a estas autoridades, sin embargo, a un —por otra parte imposible— ejercicio de «amnesia aguda», en expresión que la misma Sentencia recoge. Las autoridades nacionales están, por el contrario, facultadas para tomar en consideración datos del expediente comunitario como relevantes a los efectos de iniciar un procedimiento de Derecho interno, pero no podrán incorporar sin más los datos del expediente comunitario como prueba de infracciones<sup>20</sup>.

La Sentencia hace referencia a informaciones obtenidas en contestación a requerimientos de información de los previstos en el artículo 11 del Reglamento 17 y a las notificaciones de los artículos 2, 4 y 5 del mismo Reglamento. Su argumentación, sin embargo, sugiere que esta regla es aplicable, asimismo, a informaciones obtenidas por otros medios; en especial, verificaciones del artículo 14 del Reglamento 17.

La Sentencia del Tribunal merece un juicio claramente positivo, en la medida que refuerza las garantías del notificante en el procedimiento comunitario. Pero es, sin duda, algo menos positiva desde la óptica de la intervención de la autoridad nacional, que queda relegada al papel de consejero no ejecutivo de la Comisión. No puede, en efecto, emplear estas informaciones ni para aplicar las normas nacionales, ni para aplicar las comunitarias. Dejando de lado el incentivo que ello puede suponer para que las empresas notifiquen iniciativas que quedarían al abrigo de

<sup>18</sup> Como es sabido, el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJCE está restringido a los órganos jurisdiccionales, en el sentido que esta expresión tiene en la jurisprudencia comunitaria. No se discutió en el asunto que el TDC tuviera este carácter, a pesar de su configuración como órgano administrativo en el Derecho interno.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 16 de julio de 1992, asunto C-67/91, Recopilación, p. I-4785.

<sup>20</sup> En la práctica, como tantas veces, el tema se simplifica bastante: la autoridad nacional, concedora de una información cualquiera por el expediente comunitario puede fácilmente requerir al interesado la aportación de una copia del documento o respuesta a una pregunta al amparo, según sea el caso, del artículo 28 o el artículo 32 de la LDC, sabiendo anticipadamente de la existencia de la información. No parece que la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo impida esta posibilidad.

las autoridades nacionales, se trata de una doctrina que deberá ser reexaminada en el proceso actualmente en curso para la eventual reforma del Derecho europeo de la competencia. Porque si la autoridad nacional es incapaz de decidir sobre la base de los documentos entregados a la Comisión, será difícil asegurar la descentralización que pretende la Comunicación de la Comisión de 28 de abril de 1999.

#### B. DEJACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO CONCURRENCIAL INTERNO POR PREVISIBLE DECISIÓN COMUNITARIA. LAS RESOLUCIONES «ROLEX»

Una situación distinta es la que se plantea en varias Resoluciones, de idéntico contenido y fechas cercanas, todas referidas a la política de distribución del fabricante suizo de relojes *Rolex*<sup>21</sup>. En este caso, el Servicio de Defensa de la Competencia venía instruyendo expedientes sancionadores a diversas empresas fabricantes y distribuidoras de relojes de alta gama. Una de las empresas, el fabricante de relojes Rolex, hizo valer que su sistema de distribución había sido notificado a la Comisión europea. En esa situación, el Servicio debería, al entender de Rolex, abstenerse de aplicar tanto el ordenamiento interno como el comunitario, al objeto de evitar el riesgo de que la resolución que pudiera adoptar la autoridad nacional deviniera incompatible con la que en su día pronunciase la Comisión europea. Sobre la base de esta petición, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó suspender la tramitación de su procedimiento hasta tanto la Comisión decidiera acerca de la concesión de la exención.

Algunos interesados en el expediente formaron varios recursos, que serían tramitados de manera independiente, contra este acuerdo del Servicio, que estimaron equivalente en sus efectos a un archivo. Estos recursos fueron parcialmente acogidos en la que fue la primera aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunicación de la Comisión sobre cooperación, publicada apenas un mes antes. En sus Resoluciones el Tribunal aceptó en lo esencial la posición del Servicio, tanto respecto al fondo de la cuestión (la relación entre distribución selectiva y piezas de recambio) como respecto a la necesidad de evitar el riesgo de resoluciones incompatibles. No obstante, valoró el hecho de que la Comisión había recibido la notificación de Rolex el año 1977, estimando que existía un riesgo apreciable de retrasos adicionales. Tras ello, reconoció que los denunciantes tenían derecho a una contestación, en un sentido o en otro, a su denuncia, y solicitó del Servicio que, tras intentar coordinar su posición con la Comisión, adoptara una resolución definitiva.

De la lectura de estas Resoluciones se desprende con facilidad que la suspensión *sine die* de un procedimiento, a la espera de una resolución de la Comisión, no será una solución admisible desde el Derecho español. Sin discutir por un momento la obligación que le compete en tanto autoridad nacional de adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo

<sup>21</sup> Resoluciones del TDC de noviembre de 1997, asuntos r 233/97 a r 238/97.

de una resolución incompatible con aquella que en un futuro la Comisión pudiera adoptar, sí traza aquí el Tribunal español un claro límite: los derechos de los interesados, en particular los denunciantes, a una respuesta. Y, sabedor del largo tiempo que en ocasiones lleva a la Comisión decidir sus procedimientos, nuestro Tribunal se ocupa especialmente de que se obtenga una contestación de la Comisión en plazo. Con el claro propósito de evitar que la inexigibilidad de plazos de respuesta en el sistema comunitario «contagie» a los procedimientos nacionales, estas Resoluciones imponen a la Comisión términos extraídos de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para evacuar las consultas a que se refiere la Comunicación de 15 de octubre de 1997<sup>22</sup>.

C. APLICACIÓN CAUTELAR DEL ORDENAMIENTO CONCURRENTIAL EN PRESENCIA DE ACTUACIONES CONCURRENTES DE LA COMISIÓN. LA RESOLUCIÓN «GLAXO WELLCOME»

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1998, otorgando medidas cautelares en favor de determinados mayoristas farmacéuticos es, indudablemente, una de las más importantes Resoluciones en materia de procedimiento de los últimos tiempos. En efecto, con independencia de la cuestión de fondo —esto es, la licitud desde el ordenamiento concurrential de sistemas de doble precio y otros mecanismos aptos para restringir el comercio paralelo de medicamentos—, destaca esta Resolución por considerar un supuesto de intervención de la autoridad nacional en paralelo a la Comisión.

El supuesto de hecho era básicamente el siguiente: el 6 de marzo de 1998, la empresa Glaxo Wellcome envió una carta a los distribuidores mayoristas farmacéuticos con los cuales venía manteniendo relaciones comerciales, anunciando un cambio en las condiciones. Este cambio consistiría en la aplicación de un precio distinto para las especialidades que los distribuidores fueran a comercializar en España a través de Oficinas de Farmacia y para las ventas destinadas a la exportación. Respecto a las primeras, se aplicaría el precio aprobado por la Administración española. Los productos destinados a la exportación serían gravados con un precio superior.

La carta enviada por Glaxo Wellcome a los almacenes mayoristas mencionaba que los términos contenidos en la misma habían sido notificados a la Comisión europea en solicitud de declaración negativa o exención. Esta notificación se había producido en la misma fecha que el envío de la carta a los distribuidores; esto es, el 6 de marzo.

<sup>22</sup> No cabe olvidar el supuesto de hecho considerado en estas resoluciones: una notificación presentada ante la Comisión en el año 1977, esto es, hace veinte años, a cuya vista el Servicio propone suspender la tramitación del procedimiento nacional hasta que la Comisión resuelva.

A partir del día 13 de marzo, según recoge la Resolución, Glaxo dejó de suministrar a los almacenes mayoristas que no hubieran suscrito las nuevas condiciones. Frente a ello, se presentaron diversas denuncias ante el Servicio de Defensa de la Competencia y, en este contexto, se solicitó la adopción de medidas cautelares. El Tribunal concedió efectivamente medidas cautelares en su Resolución.

Con independencia de los aspectos de fondo, relativos a la licitud de sistemas de doble precio y su compatibilidad con el ordenamiento concurrencial comunitario y nacional, la Resolución es, como ya se ha apuntado, importante desde la perspectiva procedimental, especialmente por matizar la protección que el ordenamiento debe reconocer a un comportamiento contemplado por el artículo 85 del Tratado que ha sido objeto de notificación a la Comisión. Una protección que ya sabemos amplia. Para empezar, inmunidad de multas: la conducta notificada no podrá ser objeto de sanción por la Comisión<sup>23</sup>, salvo que la misma adopte una decisión para la retirada de esta inmunidad<sup>24</sup>. Además de ello, protección respecto al empleo de las informaciones que pudiera contener, en los términos que resultan de la Sentencia AEB, ya citada. Y, desde luego, constituir a la autoridad nacional en la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo de una resolución eventualmente incompatible. Beneficios todos ellos que suponen una razonable contrapartida a los riesgos que la puesta en conocimiento de la conducta a la Comisión suponen para la entidad notificante, y que son adecuados para animar a los operadores económicos a notificar sus iniciativas a la Comisión.

Frente a ello, sin embargo, recuerda esta Resolución, algunos límites que impiden considerar la protección otorgada por la notificación como absolutos. En primer lugar, la autoridad nacional puede intervenir en aplicación del ordenamiento comunitario sin menoscabo del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17/62 a pesar de haberse presentado una notificación e, incluso, haber enviado la Comisión una solicitud de información de las previstas en el artículo 11 del mismo Reglamento, por cuanto, ni lo uno ni lo otro suponen la iniciación de un procedimiento en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento. En segundo lugar, y probablemente *a fortiori*, la autoridad nacional puede intervenir con arreglo a su propio ordenamiento tras haber valorado el riesgo de una eventual resolución incompatible. En tercer lugar, y ésta es la aportación indudablemente más importante, nada impide a la autoridad nacional adoptar medidas cautelares respecto de un comportamiento a pesar de haber sido objeto de notificación, adoptando medidas que, por su propia naturaleza, son incapaces de causar problemas de incompatibilidad con eventuales resoluciones futuras, ya sea de la autoridad nacional o de la Comisión europea.

Es lícito preguntarse en qué medida esta decisión nacional se vio influida por dos elementos que la Resolución recoge, sin valoración espe-

<sup>23</sup> Véase artículo 15.5 del Reglamento 17/62.

<sup>24</sup> Véase artículo 15.6 del mismo Reglamento.

cífica; a saber: la coincidencia de la fecha de notificación a la Comisión con la de envío de las condiciones comerciales a los mayoristas y la inmediata interrupción de suministro a quienes no firmaron, lo que sugiere una estrategia de las denominadas «notificaciones dilatorias» a que se refiere la Comunicación de la Comisión de 15 de octubre de 1997; y la aportación al expediente de una «carta de advertencia» de la Comisión europea, en la que esta Institución expresaba sus serias dudas en cuanto a la compatibilidad de la conducta de Glaxo con las normas comunitarias sobre la competencia. En todo caso, esta Resolución confirma lo adecuado de un sistema de aplicación concurrente de las normas de competencia entre la Comisión y las autoridades nacionales, esquema en el que puede confiarse más en la rapidez de la autoridad nacional (relativa, por cuanto la adopción de las medidas exigió cerca de seis meses en este caso, tiempo durante el cual diversos mayoristas españoles carecían de productos de la multinacional) que en la de la Comisión, que en el mismo período poco más pudo hacer que requerir información y emitir una carta de advertencia.

#### D. PROCEDIMIENTOS NACIONALES EN PRESENCIA DE RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN. LAS RESOLUCIONES «POTASAS», «CAMPSA» Y «UNESPA»

Encontramos en la doctrina del Tribunal situaciones en las que la actuación concurrente de la Comisión y la autoridad nacional ha tenido como fruto ya una toma de posición definitiva de la Comisión, una resolución que pone fin al expediente comunitario, y que debe valorar el Tribunal como cuestión de hecho. En estos casos no se trata de un expediente paralelo que se mantiene en el tiempo, como puede ser el supuesto en las Resoluciones *Rolex*, ya tratadas, o en la Resolución *Glaxo Wellcome*. La autoridad comunitaria ya ha decidido, y corresponde a la nacional comprobar si se contenta con la solución adoptada o la corrige, así como atender a los aspectos que hayan quedado expresamente prejuzgados por la Comisión.

Las Resoluciones cuyo análisis se propone coinciden, además de en tratarse por el Tribunal supuestos ya resueltos por la Comisión europea, en que el procedimiento comunitario ha finalizado mediante un acto informal, una carta de archivo. Ello ha permitido al Tribunal pronunciarse sobre los efectos de este tipo de resoluciones.

#### *El asunto Potasas*

Uno de los primeros expedientes en los que el Tribunal resolvió tras una previa decisión informal de la Comisión fue el asunto de las Potasas<sup>25</sup>. Se trataba de un cártel que el Tribunal había autorizado originariamente

<sup>25</sup> Resolución de 16 de octubre de 1990, expediente 76/70.

mediante Sentencia de 29 de marzo de 1971, autorización que había sido prorrogada sucesivamente. Al producirse la adhesión, el cártel de exportación fue notificado a la Comisión, que exigió el desmantelamiento del cártel en la medida que se aplicara al interior de Europa, emitiendo tras obtener la conformidad de los notificantes una carta de archivo.

Tras ello, los interesados presentaron solicitud de prórroga de la autorización (o declaración de práctica exceptuable, en la terminología de la Ley 110/1963) ante las autoridades españolas. Éstas, tras valorar el expediente, decidieron respetar los términos de la resolución comunitaria, y mantuvieron la autorización para el mercado internacional en tres años más; pero fueron considerablemente más estrictos con el cártel nacional, imponiendo su desmantelamiento antes de un año, además de declarar a las partes libres de actuar en el mercado con independencia desde la fecha de la resolución.

Una solución compatible en lo formal, pero que suponía una muy distinta manera de concebir la aplicación del Derecho de la competencia a nivel intracomunitario y español. Y ello, como recoge la Resolución, habida cuenta que *«la dualidad de intereses protegidos hace posible la aplicación conjunta de unas y otras normas si se dan los respectivos supuestos»*, por lo que *«la legislación nacional sigue siendo aplicable en su propio ámbito, siendo esta aplicación compatible con la que las autoridades comunitarias puedan hacer del Derecho comunitario y siempre que la solución a que se llegue conforme al Derecho nacional no se traduzca en perjuicio al efecto útil del Tratado de Roma»*.

### *La Resolución CAMPSA*

A resultas de la liberalización del suministro de gasóleo para barcos de pesca, se iniciaron distintos procesos y reclamaciones ante la Comisión y ante las autoridades nacionales. Entre ellos se encontraba una denuncia presentada ante la Comisión europea por la Federación Española de Armadores de Buques de Pesca y 208 armadores.

Tras la instrucción del oportuno expediente, la Comisión dio por finalizado el procedimiento mediante sendas cartas dirigidas al denunciante y a CAMPSA. En las mismas, la Comisión viene a declarar, en la equívoca redacción que caracteriza las cartas administrativas de archivo, que se había producido un comportamiento contrario al artículo 86 del Tratado; pero, habida cuenta el escaso efecto en los intercambios y el desmantelamiento del monopolio de CAMPSA —hecho posterior, pero que la Comisión valora positivamente para resolver el asunto— se abstiene de decidir sobre el fondo, remitiendo el asunto a *«las instancias nacionales competentes»*.

Desafortunadamente para los denunciantes, en el —por otra parte, largo— tiempo que ocupó la efectiva remisión del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal español decidió un caso en

buena medida semejante. En efecto, en respuesta a una denuncia presentada por la Confederación Española de Asociaciones Pesqueras, el Tribunal dictó el 8 de febrero de 1993 una Resolución que prejuzgaba ampliamente el asunto. Y, en base a la doctrina del Tribunal, el Servicio archivó estas denuncias por «cosa juzgada».

Los denunciantes interpusieron recurso contra esta decisión de archivo, que el Tribunal resuelve mediante Resolución de 31 de mayo de 1995. En la misma, el Tribunal se enfrenta al dilema de aceptar un caso en el que no cree; un asunto que la Comisión europea ha calificado como abusivo, pero que ya ha sido resuelto por la autoridad nacional en otro sentido.

Como no puede ser de otra forma, el Tribunal confirma el archivo del Servicio. Se apoya para ello en una doble constatación: que la recepción de un expediente remitido por la Comisión no obliga al Servicio a formular acusación, estando el Servicio facultado para sobreseer si así lo estima adecuado; y que no es posible la condena de CAMPSA por estos hechos por cosa juzgada, doctrina aplicable a los procedimientos administrativos de carácter sancionador. Únicamente deja al denunciante el limitado consuelo de interesar al Servicio la investigación de una parte del problema que podría no estar afectada por la previa decisión y, por tanto, no amparada en la «cosa juzgada». Y ello, contra el voto particular del ponente de la Resolución.

El interés principal de esta Resolución reside en la constatación de la facultad del Servicio de archivar los expedientes venidos de Bruselas. En contra de la posición que reflejó otro voto particular de la misma Resolución, suscrito por Cristina Alcaide, el Tribunal se decantó por reconocer al Servicio este derecho, que permite evitar facilitar a la Comisión una estrategia de «tirar la piedra» (declarar una infracción al artículo 86) y «esconder la mano» (remitir para la imposición de infracción a la autoridad nacional).

### *La Resolución UNESPA*

Una solución diferente es la que contiene la Resolución del Tribunal de 30 de enero de 1997<sup>26</sup>, UNESPA. Se trata también de un recurso contra un acuerdo de archivo, emitido esta vez respecto a una denuncia que había sido presentada frente al acuerdo ASCIDE, en cuya virtud los daños derivados de una colisión de vehículos serían tasados exclusivamente por la compañía del asegurado no responsable de la colisión.

El Servicio archivó la denuncia tras ser informado por UNESPA que el acuerdo había sido notificado a la Comisión. Menciona a este respecto la Resolución incluso el envío por la Comisión de una carta administrativa de conformidad, en la cual la Institución comunitaria había expresado

<sup>26</sup> Expediente r 188/96.

un juicio favorable respecto al acuerdo. El denunciante se opone a este archivo, e interpone el correspondiente recurso ante el Tribunal.

Entre los motivos de recurso, el denunciante hace valer que la conducta de UNESPA sería claramente contraria a la propia doctrina del Tribunal sobre acuerdos entre aseguradoras. La Resolución no contiene los detalles que permitan confirmar esta apreciación, aunque el hecho de que ni discuta este extremo sugiere que éste podría ser, al menos en parte, el caso. En efecto, constatada la notificación a la Comisión y, especialmente, la carta administrativa de conformidad, el Tribunal parece no tener nada más que añadir. No se extrae consecuencia alguna para la decisión del hecho de que la forma en que la Comisión se ha expresado es una simple carta ni se plantea una posible «doble barrera». El Tribunal acata la solución de la Comisión dándole sin más un valor equivalente al de una exención formal y aceptando la interpretación más estricta de la doctrina de la doble barrera. Únicamente alza su voz el Tribunal para, en tono menor, elevar una protesta que se reproduce por su interés:

«Una cuestión que, sin afectar al fondo del asunto que se ventila en el presente expediente, este Tribunal desea comentar con oportunidad del mismo es la siguiente. La Comisión Europea está utilizando cada vez más la “carta administrativa” como instrumento para comunicar sus criterios a las empresas y entidades de los países miembros de la Unión cuando es requerida por éstas. Es opinión de este Tribunal que, con carácter general, sería deseable que se utilizara el instrumento de la Decisión, en lugar de la “carta administrativa”, lo que produciría otros efectos positivos, como una mayor seguridad jurídica y la participación de las autoridades nacionales en su elaboración a través del Comité correspondiente.»

Sin dejar de compartir el punto de vista expresado por el Tribunal, cabe preguntarse si la aceptación sin discusión de las cartas administrativas con valor de exención formal es el mejor instrumento para favorecer el abandono por la Comisión de esta cómoda forma de trabajar. Si bien es de entender que el Tribunal desee evitar que los administrados sean rehenes de la estructural incorrección procedimental comunitaria, las cartas de conformidad pueden en muchas ocasiones contener respuestas inadecuadas, habiéndose emitido sin las audiencias de interesados y terceros, incluidas las Administraciones nacionales, que en buena medida justifican el respeto debido a los actos formales de la Comisión.

#### 4. OBSERVACIONES FINALES

El escaso número de Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en el que se ponen de manifiesto situaciones derivadas de procedimientos concurrentes no impide alcanzar algunas conclusiones sobre lo tratado en los apartados anteriores.

La primera idea a retener es que los procedimientos concurrentes, esto es, los procedimientos que se tramitan simultáneamente ante la



Comisión y las autoridades nacionales, crean distorsiones de distinta naturaleza, según se trate de concurrencia en aplicación de las mismas normas o de normas diferentes.

En cuanto a la que hemos llamado «mera concurrencia de procedimientos», se trata de una anomalía que no debería producirse, habida cuenta los claros términos del artículo 9.3 del Reglamento 17/62. Y, si ello no es así, es únicamente por la incertidumbre —que, habida cuenta el largo tiempo transcurrido desde que el problema fue detectado, deberemos reconocer querida— en cuanto al momento en que se entiende iniciado un procedimiento. Este hecho, combinado con la lentitud que frecuentemente presentan los procedimientos comunitarios provoca situaciones en las que la concurrencia de actuaciones se prolonga sin justificación técnica razonable. Ejemplos de ello son la posibilidad de que la autoridad nacional adopte medidas cautelares respecto a iniciativas que la Comisión estudia, como en el asunto *Glaxo Wellcome*, derivadas de la lentitud de la Comisión en la tramitación de un expediente sometido a su consideración; o los problemas que tiene la autoridad nacional para resolver un expediente pendiente de decisión en Bruselas desde hace más de veinte años (asunto *Rolex*).

Más frecuentes, y complejos de resolver, son los casos de intervención concurrente en aplicación de ordenamientos diferentes. Todos los asuntos examinados en esta comunicación participan, de una forma u otra, de este tipo de problema: dos autoridades con plenas facultades, aplicando ordenamientos muy parecidos pero con preocupaciones y prioridades distintas, ven cómo la actuación de la una influye en la libertad de la otra.

En este escenario, es difícil evitar la impresión en la autoridad nacional de que Bruselas dificulta su labor. Las empresas sacan partido de la duplicidad de autoridades, intentando que Bruselas intervenga. La lentitud de los procedimientos y el carácter informal de las soluciones convienen a quienes consideran iniciativas que disgustan a la autoridad nacional. Sólo el que la Comisión acepte una notificación ya resulta en determinadas garantías (asunto *AEB*, asunto *Glaxo Wellcome*). Y si la Comisión toma alguna decisión, incluso informal y sin un procedimiento abierto a la autoridad nacional o eventuales terceros afectados, la autoridad nacional deberá estar y pasar por lo decidido por la Comisión (asunto *UNESPA*). Más aún: Bruselas puede incluso jugar a no decidir, pero prejuzgando decisiones que quedan sobre la espalda de las autoridades nacionales (asunto *CAMPSA*). Estas últimas encuentran ocasionalmente, como en *Potasas*, base para actuar sin contradecir a la Comisión. Es la excepción en un sistema basado en la obligación de la autoridad nacional de no contradecir a la Comisión.

No parece tampoco sencillo encontrar soluciones por la vía de la cooperación entre las Administraciones. Existen demasiados problemas de interlocución. La función de coordinación de las autoridades administrativas españolas con la Comisión no corresponde, como ya se ha destacado, al órgano encargado de la aplicación del Derecho comunitario

de la competencia. Y, del otro lado, la constante huida por la Comisión de los procedimientos en favor de soluciones informales ha vaciado de competencias a los órganos de coordinación, los Comités Consultivos, por los que pasa una ínfima parte de los asuntos que Bruselas resuelve.

Siendo difícil la cooperación, es ésta la única vía para evitar tensiones y asegurar una aplicación correcta de los ordenamientos en presencia. Por ello, habremos de reclamar una redefinición de los Comités como foro adecuado de debate y coordinación; unos Comités no únicamente dedicados a facilitar la participación de las autoridades nacionales en los procedimientos comunitarios, aunque también, sino para hallar respuestas a problemas comunes. Unos Comités a los que Bruselas lleve lo que realmente gestiona con frecuencia, esto es, los procedimientos informales; y a los que las autoridades nacionales lleven también lo que supera su jurisdicción y afecta al conjunto —para empezar, lo que las autoridades nacionales llevan a coordinación en el seno de la OCDE. Lo que es difícil de aceptar es que la coordinación entre las autoridades de competencia de la Unión europea no la lidere la Comisión, sino se haga a sus espaldas, mientras la Comisión organice su propia coordinación con las autoridades estadounidenses, canadienses o japonesas de la competencia.

El debate, en estos días en que se oyen vientos de reforma del Reglamento 17, está servido. Es buena hora para revisar un sistema establecido hace muchos años, en un contexto bien diferente. De los mecanismos que se creen surgirán nuevas soluciones al viejo problema de la intervención concurrente de las autoridades de competencia.

# LA COMPETENCIA ENTRE UNIVERSIDADES

Manuel BALLBÉ

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

Los economistas son los profesionales que han estudiado más concienzudamente la competencia. Sin embargo, el término como principio y como valor es cronológicamente anterior a todas las teorías económicas. Este presupuesto político y jurídico de la competencia se ha ido fraguando desde los orígenes de la configuración de un sistema plural de poderes donde la autonomía universitaria ha tenido un protagonismo histórico como veremos a continuación.

Se trata, pues, de poner de manifiesto cómo la competencia en la mayoría de ocasiones, a pesar de que ha quedado reducida, patrimonializada e identificada con el mercado dándole tan sólo un significado y una conceptualización puramente económica y en términos de eficiencia<sup>1</sup>, tiene un calado metaeconómico más profundo. La competencia, sin el sentido económico, ha sido uno de los elementos fundamentales que ha fraguado el sistema jurídico pluralista y democrático. La democracia es competencia<sup>2</sup>.

En otro orden de cosas, HIRSCHMAN en su conocido libro *Salida, voz y lealtad* señala como uno de los mecanismos del análisis económico, aunque «no les son exclusivos en modo alguno» (también del análisis político y jurídico) el concepto de «salida». Los ciudadanos, los consumidores, las empresas abandonan un organismo, un territorio, un mercado o un producto y optan por otro en un éxodo de opción o de movimiento que produce unos efectos económicos, políticos o jurídicos.

<sup>1</sup> Véase BALLBÉ, «La competencia como principio constitucional pluralista», en *Anuario de la competencia*, 1997.

<sup>2</sup> BALLBÉ y PADRÓS, *El estado competitivo y armonización europea*, Barcelona, 1997.

Los ciudadanos expresan normalmente su insatisfacción frente al Estado o frente al mercado mediante la opción de la «voz», que puede ser una protesta colectiva radical o una argumentación que influye y corrige la acción gubernamental o empresarial. Ciertamente, uno de los mecanismos para expresar el descontento ciudadano es la «voz», pero el otro es la «salida».

Es clásica la teoría de TIEBOUT de que los ciudadanos no sólo votan en las elecciones, sino que también hacen un «voto con los pies», haciendo opciones de salida, de éxodo, de una región a otra, de un país a otro, que les da más oportunidades de trabajo, más reconocimiento de derechos (por ejemplo el derecho de creencia religiosa, pensemos que una gran mayoría de inmigrantes a las colonias americanas huían de diferentes persecuciones religiosas en Europa). Esta movilidad se produce de un municipio a otro si las infraestructuras, los impuestos o la seguridad son mejores en una región o en un Estado diferente.

Pues bien, este mecanismo de renovación que expresa claramente una voluntad individual y colectiva, no es más que una expresión de una competencia entre Estados, entre regiones por unos mejores servicios y una mejor calidad de vida y protección de los derechos ciudadanos. La competencia se desarrolla por esta amenaza de «salida», de movilidad, de deslocalización, de ciudadanos o de empresas.

Mucho antes de que la teoría económica construyera el concepto de competencia en el mercado, éste se hallaba funcionando como fenómeno en la sociedad, en la política o en la ciencia. Los antecedentes históricos a la competencia entre universidades lo ilustran fehacientemente.

## 2. UNIVERSIDADES Y COMPETENCIA: ORÍGENES HISTÓRICOS

Un ejemplo paradigmático de la competencia entre universidades ya desde sus inicios lo podemos comprobar en los sucesos acaecidos en la Universidad de París en 1229 expuestos por el gran historiador medievalista LE GOFF<sup>3</sup>. En esta época se produce un tumulto de estudiantes y una intervención desproporcionada de «los sargentos reales y sus arqueros, los policías de la época, para restablecer el orden» con el resultado de varias víctimas. «Éste es el origen de un agudo conflicto entre la Universidad, los burgueses y el poder real» que deriva no sólo en una huelga estudiantil y profesoral, sino en un fenómeno que va a dar lugar a la competencia entre universidades.

Como relata LE GOFF «es el paro de las clases, es la huelga, la primera gran huelga conocida en accidente. Esta huelga va acompañada de una secesión (éxodo) de una salida de profesores y estudiantes hacia otras ciudades (...). Es la ocasión para varios príncipes o ciudades de tentar

<sup>3</sup> LE GOFF, *Saint Louis*, París, 1996, pp. 112-116.

una *brain drain* (fuga de cerebros) de la élite intelectual parisina. El rey de Inglaterra intenta atraer a los parisinos hacia la recién creada Universidad de Oxford, el conde de Bretaña sueña con fundar gracias a ellos una universidad en Nantes. Las autoridades de Tolouse intentan atraer a los parisinos para ayudar a poner en marcha la universidad que Raimond VII ha jurado fundar: invocan también la promesa de que se permitirá explicar los libros de Aristóteles, prohibidos en París».

La reacción del Rey y del Papa a esta «salida» y al reforzamiento de otras universidades que competían en el fichaje de los profesores de París fue la promulgación de la bula *Parens scientiarum* de abril de 1231, denominada como la *Carta de la universidad de París*, considerada la Carta Magna de la Autonomía Universitaria. El poder real y el poder papal reconocían la autonomía e indemnizaban por la violencia sufrida por los estudiantes, y se convalidaban los diplomas obtenidos durante esos dos años en otras universidades con la condición de que volvieran a París. Llegan a reconocer el derecho de huelga a los estudiantes.

Si reflexionamos mínimamente sobre este suceso, nos daremos cuenta de cómo la «salida», el éxodo, fue un mecanismo imprescindible para alcanzar libertades fundamentales como la libre expresión, la investigación o la autonomía de diferentes poderes, en este caso de la universidad, y cómo, a través de la pluralidad de universidad y su concurrencia y competencia, iban a ser el detonante del desarrollo científico y cultural en una Europa sumida todavía en el monopolio real y canónico que obstaculizaba el desarrollo de las ideas.

La opción «salida» y la competencia entre universidades iban a acelerar un proceso concurrencial de alternativas culturales y científicas que, aunque con retrocesos, iba a ser imposible de parar y controlar.

### 3. LA COMPETENCIA ENTRE UNIVERSIDADES COMO FÓRMULA INHERENTE A UN SISTEMA PLURALISTA DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Una realidad institucional basada en una pluralidad de administraciones universitarias autónomas lleva aparejado un fenómeno que es a la vez un valor del sistema: la competencia entre universidades. Este principio del sistema pluralista es el más controvertido en las tradiciones centralistas herederas de una cultura del sistema de monopolio, sea religioso, político o económico. En nuestro contexto se produce, pues, una relegación y una ocultación de esta realidad jurídica concurrencial a pesar de que se presenta diariamente en el marco de la pluralidad universitaria.

La competencia entre universidades es la esencia del sistema pluralista de enseñanza superior. Constituye el mecanismo de afloramiento de nuevas ideas, para desburocratizar las administraciones y para generar un dinamismo y una evaluación comparativa entre los resultados de diferentes universidades.

El principio de la competencia entre diferentes opciones, como ya hemos dicho, no puede atribuirse a un análisis economicista o a una escuela económica determinada, porque está en el origen y es la esencia de la democracia. La democracia es competencia, puesto que el momento más representativo de la democracia es el día de las elecciones. Los partidos políticos compiten con sus programas y alternativas y los ciudadanos, en el acto electoral, eligen una de esas opciones en competencia.

En un sistema administrativo basado en una pluralidad de instituciones se va a producir también una competencia entre las diferentes opciones, programas y gestiones que presenta cada universidad según el más genuino esquema democrático. Pierre BOURDIEU, el insigne sociólogo del Collège de France, demuestra que la competencia es el motor principal de la creación intelectual y artística, ya que se sitúa necesariamente en un campo de conflicto, donde se trata, para el pretendiente-creador de conquistar un lugar dominante y ocuparlo el máximo tiempo posible para ejercer en él un poder, una autoridad y obtener el reconocimiento por medio de una victoria intelectual sobre el que domina o ha dominado ese campo<sup>4</sup>.

Uno de los más reconocidos expertos en materia de educación superior, el profesor de Berkeley, Martin TROW, lo ha expresado de forma paradigmática:

«He subrayado la confianza en el espíritu de competencia, frente a la regulación. La mayoría de veces lo que alimenta nuestros propios esfuerzos internos de automejora es un apasionado deseo, compartido por muchos dentro de la institución, de realizar su propio potencial, de que sea todo aquello que puede ser. A menudo, ese espíritu adopta la forma de una competencia enérgica con otros académicos en el mismo campo, o entre departamentos o entre instituciones. Esta lucha por la excelencia se refleja a menudo en una lucha por el *status*, y si esa lucha se circunscribe a los límites de la vida académica y respeta sus normas, entonces es una valiosa fuente de motivación. Sin ese espíritu, las regulaciones del gobierno intentan proporcionar la motivación para mejorar a través de una mezcla de incentivos y castigos. Pero como la mayoría de nosotros sabemos por experiencia propia, éste es un pobre sustitutivo de nuestras motivaciones internas»<sup>5</sup>.

En palabras de WEBB, un autor británico en cuyo país se acaba de implantar una reforma universitaria siguiendo estos principios:

«La competencia entre universidades no es un concepto sucio y creo por contra que puede aportar considerables beneficios, tales como incrementar la responsabilidad de las instituciones, hacer coincidir las demandas

<sup>4</sup> BOURDIEU, *Les Règles de l'Art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, 1992.

<sup>5</sup> TROW, «Thoughts on the White Paper of 1991», en *Higher Education Quarterly*, vol. 46, núm. 3, summer 1992, p. 225.

de los estudiantes y de los empresarios y aumentar en volumen y la calidad de lo que se presta»<sup>6</sup>.

En los Estados pluralistas se pretende, pues, potenciar, a través de medidas legales, la competencia para obtener una mayor calidad de la enseñanza universitaria. No obstante, la exclusiva aplicación de disposiciones legales no puede lograr ese objetivo si no hay una cultura y una conciencia en los individuos sobre el valor de la competencia.

Lamentablemente, en el caso español, no está extendida dicha cultura ni el Estado ha establecido un marco legal que promueva la competencia cívica. Normalmente, cuando no existe un marco cultural e institucional pluralista que promueva y encauce la confrontación y la competencia, éstas se invierten en una acción destructiva y negativa para todos. En España, pues, todavía estamos en la fase de introducir el principio competitivo como valor pluralista y estamos muy alejados todavía de debatir sobre la aplicación de la legislación *antitrust* o de defensa de la competencia en el ámbito de las universidades<sup>7</sup>.

El fenómeno pluralista de competencia entre universidades es irreversible, tal como se ha concluido en un debate internacional entre expertos patrocinado por la OCDE:

«La evolución de la enseñanza superior no es posible sin competencia a todos los niveles, sea en el interior de las instituciones de enseñanza superior, entre ellas mismas o en la relación entre la enseñanza superior y el mundo no universitario.

Por otro lado, la definición por el Estado de los objetivos, requiere también un alto grado de autonomía y de autosuficiencia por parte de las instituciones de enseñanza superior. La conclusión unánime del debate de clausura ha sido que una autonomía de este tipo exige no sólo un cuadro, una organización y una estructura de gestión apropiados de la enseñanza superior, sino también la aptitud para medir el grado de cumplimiento y los resultados»<sup>8</sup>.

En España se ha introducido el sistema de evaluación de universidades, sin establecer, no obstante, un marco de comprensión imprescindible para la existencia de una competencia enriquecedora. La técnica de la evaluación es una de las piezas fundamentales del sistema de competencia pluralista entre universidades que, sin embargo, sólo puede tener efectividad en un completo entramado institucional que diseña la competencia entre universidades como clave para la desburocratización, inno-

<sup>6</sup> *Op. cit.*, 4.

<sup>7</sup> Véase, *ad exemplum*, un debate sobre la aplicación de la legislación *antitrust* en las universidades en CARLSON y SHEPHERD, «Cartel on campus: the economics and Law of Academic Institutions' Financial Aid Price-Fixing», *Oregon Law Review*, 1992, pp. 563 a 629.

<sup>8</sup> EMPTER, Foundation Bertelsman. Allemagne, «Comment introduire la concurrence dans l'enseignement supérieur? Résumé d'un débat international entre experts», *Gestion de l'enseignement supérieur*, noviembre 1991, núm. 3, p. 323.

vacación, dinamización y diversidad de los programas de las diferentes universidades.

«La intensa competencia entre universidades y *colleges* ha demostrado en el pasado que presenta ventajas, principalmente la referente al incremento de la calidad, y se traduce en una diversidad entre las instituciones de enseñanza superior, los estudios y los diplomas obtenidos»<sup>9</sup>.

En nuestro país, aunque se han introducido parcialmente y de forma desconectada técnicas propias del sistema pluralista, sigue habiendo un rechazo al conjunto de valores y mecanismos del sistema de competencia entre universidades. Incluso, ha habido algún rector que ha manifestado su abierta oposición. Pero más sorprendente es aun que se estén incumpliendo las previsiones legales, ya que el principio de la competencia está consagrado de forma inequívoca en nuestra LRU, que, en este punto, fue precursora respecto de la cultura dominante. En efecto, en la exposición de motivos de la LRU se proclama abiertamente que

«la aplicación progresiva de esta Ley se caracterizará por una diversificación entre las universidades, que estimulará, sin duda, la competencia entre las mismas para alcanzar los niveles más altos de calidad y excelencia».

#### 4. COMPETENCIA Y PRIVATIZACIÓN

Los retos de la universidad pública están íntimamente ligados a la mayor flexibilidad y autonomía de que se ha dicho goza la universidad privada. De hecho, se hace difícil pensar que el fenómeno cada vez más extendido, incluso en Europa, de privatización de las Administraciones Públicas no vaya a afectar a las universidades, sobre todo si éstas no proceden a una rápida y profunda reforma y dinamización de sus actuales sistemas de organización y gestión.

La privatización se está produciendo en instituciones, no sólo de tipo económico, sino también en Administraciones Públicas genuinas como la policía o correos. La universidad estará abocada, pues, a esta misma dinámica si no se prevén las reformas necesarias que la doten de una autonomía real, necesaria para reaccionar con agilidad y eficacia frente a las nuevas demandas de la sociedad. Con ello se demostraría que la alternativa para una mayor eficacia en la Administración Pública no es necesariamente la privatización, sino el establecimiento de una mayor independencia y competencia en la gestión de las organizaciones públicas.

En este punto, hay que resaltar que los expertos en privatizaciones están incidiendo en un aspecto de notable trascendencia para las reformas universitarias. En efecto, estudios recientes sobre privatización, poco sospechosos de ser partidarios de lo público, reconocen que el éxito de la

<sup>9</sup> EMPFER, *op. cit.*, p. 323.



dinamización y desburocratización de las organizaciones no está tanto en la privatización, como en el hecho de la existencia de competencia dentro de cada sector. Es decir, que una privatización que dé lugar a un monopolio privado es tan ineficaz como un monopolio público.

Por consiguiente, en el caso de la universidad, la solución no consistiría en privatizar, sino en establecer, sea la universidad pública o privada, unos sistemas que aseguren una competencia entre universidades públicas o incluso entre universidades públicas y privadas. En este sentido, recientemente GOODMAN y LOVEMAN han afirmado que

«el debate sobre la privatización debe centrarse en la naturaleza de los cambios estructurales, y no convertirse en un amplio debate ideológico sobre el papel y la eficacia de la Administración. La sustitución de la dirección pública por la privada no sirve por sí misma al bien público, del mismo modo que la propiedad privada por sí misma no fue suficiente para maximizar el valor de la empresa para los accionistas de muchas grandes compañías.

La responsabilidad y la consonancia con los intereses públicos deben ser los principios orientadores. Estos principios se encontrarán donde la competencia y los mecanismos estructurales aseguren que los directivos vayan a hacer lo que nosotros, los propietarios, queremos que hagan»<sup>10</sup>.

En definitiva, los problemas estructurales de la universidad no se van a resolver privatizando las universidades, sino a través del establecimiento, tanto en las instituciones públicas como en las privadas, de un verdadero sistema pluralista de autonomía universitaria en competencia. Ello generará una competencia entre instituciones y la introducción de unos sistemas de evaluación de los resultados de cada universidad que contribuirá a superar los esquemas de gestión burocratizada. Un esquema contrario en la universidad pública sólo derivará a la larga en el prestigio de la universidad privada y en una irreversible privatización de las públicas, tal como ha ocurrido en otros sectores o países. Por tanto, es simplemente mantener el engaño quien piensa que no se está produciendo una competencia entre modelos universitarios y, concretamente, entre modelos públicos y privados de universidad.

Asimismo, también se está produciendo una competencia entre modelos de organización y dirección de las universidades. Por ejemplo, si deben tener mayor protagonismo las gobernadas por un *Board of Trustees* o por un rector o canciller con mayor protagonismo y autogestión de la comunidad universitaria. Lamentablemente nuestra LRU, a pesar de que las Comunidades Autónomas tienen competencias sobre universidades, no ha permitido ni tan siquiera establecer dos sistemas alternativos y concurrentes de gobierno de la universidad, tal como ocurre en Alemania.

Un elemento que no puede pasar desapercibido es que las universidades privadas de mayor prestigio no son privadas en un sentido estricto-

<sup>10</sup> GOODMAN y LOVEMAN, «Does Privatization Serve the Public Interest?», *Harvard Business Review*, noviembre-diciembre 1991, p. 38.

tamente empresarial, tanto en la forma de gestión como en los objetivos (obtención de beneficios económicos), sino que en su mayoría son organizaciones sin ánimo de lucro («*non-profit organizations*»). Este aspecto tiene importantes consecuencias.

En primer lugar, son instituciones que no buscan exclusivamente la eficiencia y el lucro económico y no están estimuladas, por tanto, por un reparto de beneficios, sino por otros objetivos que los economistas no valoran con el suficiente impacto que tiene en la realidad, como es la acción altruista, la reputación institucional y científica y otros valores que, aun fuera del mercado económico, tienen una fuerza emprendedora e innovadora que la comprobamos cada día en la investigación y en el avance científico.

En segundo lugar, el sistema de gestión de estas organizaciones sin ánimo de lucro ha sido considerado por Peter DRUCKER —uno de los más reconocidos expertos en gestión empresarial— como uno de los más avanzados y dinámicos y que debería ser imitado en muchos aspectos por las empresas privadas<sup>11</sup>.

En tercer lugar, la tesis de que no son extrapolables las técnicas de gestión empresarial a instituciones públicas se verifica falsa en este caso porque no se trata de una empresa privada pura orientada al negocio y a exclusivos resultados económicos, sino de una organización sin ánimo de lucro cuyas técnicas de gestión son perfectamente asimilables por la universidad pública. La competencia, como ya hemos visto en los antecedentes históricos, no es un principio propio y dinamizador de la empresa privada, sino que otro tipo de competencia ha sido el mecanismo de innovación desde el inicio de la creación de las universidades públicas, hace más de setecientos años.

No hace falta añadir que esta competencia entre universidades sólo se puede dar realmente en un sistema de reconocimiento completo y real de la autonomía universitaria. Cuando, por contra, la universidad se encuentra maniatada y bajo una dirección monocéntrica en muchos de sus campos de actuación (planes de estudio, programas, personal, impuestos...), aunque se establezca un sistema de competencia y evaluación entre universidades, los resultados no serán totalmente satisfactorios porque se impide la acción emprendedora de un equipo con la suficiente libertad para orientar y experimentar nuevas políticas y gestiones académicas e investigadoras. En efecto, el mantenimiento de técnicas soterradas de centralización, dirigismo y de controles *a priori* dificulta la libertad y la competencia entre opciones diversas, lo que choca frontalmente con el contenido de la autonomía.

El debate actual ya no reside en aceptar o rechazar el sistema de competencia interuniversitaria, sino en adecuarse rápidamente a ese esquema de funcionamiento internacional donde nuestras universidades

---

<sup>11</sup> DRUCKER, *Managing the Non-Profit Organization*, New York, 1990.

pueden tener un papel destacado o, por contra, en obstaculizar un elemento consustancial al sistema pluralista de universidades que está impuesto en todos los países avanzados. Andrew ADONIS<sup>12</sup> ha afirmado que «el libro blanco del gobierno sobre educación superior exige mayor competencia para los fondos y las instituciones universitarias» y como «Gran Bretaña sigue la vía norteamericana pronto tendrá su propia *Ivy League*» de instituciones universitarias.

Por consiguiente, aunque se ignore en el plano nacional, esta competitividad se va a producir en el marco europeo y, por tanto, quien no esté habituado a sus exigencias, difícilmente podrá integrarse en un esquema de competencia universitaria europea. En varios países europeos ya se ha introducido el sistema de contratos-programa de enseñanza y otras técnicas que no pueden verse de forma aislada, sino que son piezas del mismo engranaje competitivo. «Un sistema por el que las instituciones compiten a nivel nacional por contratos del Gobierno para enseñar a un número determinado de estudiantes. Los contratos se dan al mejor postor»<sup>13</sup>. La competencia, pues, ya es un hecho en toda Europa aunque lo sea todavía en aspectos parciales. Como dice DAUMARD,

«para afrontar la competencia europea entre sistemas de enseñanza, conviene emancipar la gestión pública en materia de enseñanza superior»<sup>14</sup>.

También es cada vez más importante la competencia generada por las universidades extranjeras que se instalan y presentan ofertas en otro país.

Evidentemente, la competencia tiene que producirse dentro de un campo de actuación ordenado. Sin embargo, las patologías que pueda generar no son motivo para rechazar uno de los principios fundamentales del sistema administrativo pluralista. El premio Nobel francés de química y presidente del comité científico de aquel país, que tiene la función de evaluación, Jean-Marie LEHN, ha señalado sobre este punto que

«la regla básica está clara: hay que hacer que la universidad se aproveche de la calidad de su investigación y de sus investigadores. El *overhead* americano, esa sangría financiera considerable de las universidades sobre los contratos de investigación de sus laboratorios es a menudo exagerada y conduce a una competencia feroz. Pero tiene una virtud: inculca en el espíritu de cada uno la convicción de que la calidad es un plus —incluso financiero— para los establecimientos»<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> ADONIS, Andrew, «The Era of Campus Competition», *Financial Times*, 19 de noviembre de 1992.

<sup>13</sup> NEAVE, «Sobre el desarrollo de la calidad, la eficiencia y la iniciativa: un resumen de las tendencias recientes de la enseñanza superior en Europa Occidental, 1986-1988», en *La Evaluación de las Instituciones Universitarias*, Consejo de Universidades, Madrid, 1991, p. 29.

<sup>14</sup> DAUMARD, «Valutazioni e management pubblico: Il caso delle Università», en *Problemi di Amministrazione Pubblica*, a. XVI, núm. 3, septiembre 1991, pp. 537 ss.

<sup>15</sup> Jean-Marie LEHN, entrevista, *Le Monde*, 14 de enero de 1993.

La cuestión no es, pues, poner en evidencia únicamente los aspectos negativos de la competencia, porque ésta puede ser perfectamente corregida en todo aquello que pueda considerarse excesivo, pero en ningún caso puede eludirse el juego competitivo en una estructura pluralista universitaria. Es en el establecimiento de esas medidas correctoras donde tienen un papel la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

Precisamente, el papel de los Consejos sociales o de organismos intermedios, se revela como un mecanismo adecuado para resolver algunos de los problemas de este marco competitivo. «La teoría económica, así como el sentido común, identifican los mecanismos del mercado y la competencia como ciertos influjos beneficiosos, tales como el permanente esfuerzo para mejorar la calidad, el ajuste de disfunciones, la orientación de las demandas del consumidor, eficiencia, productividad y permanente presión sobre los costes de producción y los precios de los productos o servicios (...). Un consejo con atribuciones financieras, podría perfectamente actuar como un sustituto del mercado (protegiendo de esta forma las instituciones de enseñanza superior de las patologías del mercado), pero tampoco puede esperarse una completa sustitución de los mecanismos del mercado, por estos consejos»<sup>16</sup>.

La competencia no se puede producir si no existe una profunda autonomía de cada universidad, concretada en la elaboración de sus planes de estudio, en el establecimiento de tasas, en la selección de su equipo de profesorado y alumnado y en otros aspectos, como la financiación, sin los cuales la autonomía universitaria y la competencia serán únicamente nominales, como se ha puesto de manifiesto en la tradición latina, con fuerte influencia del viejo sistema dogmático y canónico, que aunque ahora secularizado, sigue teniendo como valor supremo el monopolio y como la fuente de todos los males la competencia.

Uno de los más autorizados expertos en educación y políticas universitarias, que fue durante más de dos décadas presidente de la Universidad de Harvard, el profesor de Derecho DEREK BOK, ha resumido perfectamente el significado y las claves de un sistema universitario pluralista. Y lo que es más, el resultado exitoso del funcionamiento de este sistema:

«Tomado en su conjunto, el sistema descentralizado entero, con más de 3.500 *colleges* y universidades separados, sirve nuestros intereses extremadamente bien. Ofrece muchos puntos de iniciativa y de experiencias educativas ampliamente diversas para satisfacer las demandas de una enorme y heterogénea población estudiantil. Produce una rivalidad por el éxito que estimula a las instituciones a innovar y a reclutar estudiantes y profesorado con talento con programas e instalaciones atractivos. Al fragmentar la autoridad, minimiza las consecuencias de las decisiones erróneas.

<sup>16</sup> Edgar FRACKMANN, «The role of buffer institutions in higher education», *Higher Education Policy*, vol. 5, núm. 3, 1992, p. 16.

Éstas no son ventajas insignificantes. Al decir de todos, los sistemas controlados por el gobierno que predominan en Europa occidental no han funcionado ni mucho menos tan efectivamente en proporcionar calidad, adaptabilidad e innovación. En efecto, no puedo recordar un solo comentarista que haya sugerido que otra forma de organización podría ser superior a la nuestra»<sup>17</sup>.

## 5. LA EVALUACIÓN COMO TÉCNICA CONSUSTANCIAL AL SISTEMA PLURALISTA Y DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y COMO ESTÍMULO DE LA ACTIVIDAD DOCENTE E INVESTIGADORA DE LAS UNIVERSIDADES

En un sistema pluralista de autonomía universitaria una de las piezas clave que viene a sustituir, tanto en la supervisión jerárquica y centralista como los mecanismos de control opuestos del mercado, es el establecimiento de un sistema objetivo de evaluación de las actividades y de los resultados de las diferentes universidades, departamentos y profesores. Se trata, pues, de establecer unos mecanismos de control diametralmente opuestos a las técnicas clásicas del sistema de planificación centralista o las del mercado. Como ha señalado Karl JASPERS,

«El objetivo de la supervisión estatal es precisamente impedir aquellas corrupciones a las que estaría expuesta una universidad completamente independiente. El temor a la competencia externa y a la excelencia tiende a convertir a las instituciones autoadministradas en camarillas monopolistas interesadas en salvaguardar su propia mediocridad»<sup>18</sup>.

El programa francés Schéma Université 2000 trata de combinar estos dos factores: una mayor autonomía de las universidades y a la vez un sistema de evaluación de máxima calidad y objetividad científica. En este sentido, el Nobel de química, el profesor LEHN, que preside el comité científico creado por el Ministerio de Educación Nacional Francés para la evaluación universitaria, ha señalado que deben establecerse una serie de medidas para reforzar la autonomía de las universidades:

«Es una evolución fundamental. Es necesario entregar la mayoría de instrumentos de mando a las universidades para que se conviertan en personas adultas. Pero la libertad hay que aprenderla. Al mismo tiempo que esta autonomía crece, hay que establecer procedimientos de corrección, a través de los comités de evaluación situados en cada universidad y compuestos por expertos externos al establecimiento y preferentemente extranjeros. Es la condición indispensable para superar el localismo y asegurarse de que la autonomía no conduce a la endogamia»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Derek BOK, «What's Wrong With Our Universities?», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, núm. 2, spring 1991, p. 310.

<sup>18</sup> JASPERS, *The Idea of the University*, London, 1960, p. 138.

<sup>19</sup> Jean-Marie LEHN, entrevista, *Le Monde*, 14 de enero de 1993.

Por consiguiente, también modelos de tradición cultural centralista como el francés demuestran que las patologías corporativistas de la universidad deben combatirse a través de una mayor autonomía y competencia entre universidades, rompiendo los hilos que mantienen un control rígido y unidireccional de las universidades y estableciendo un sistema auténtico de responsabilidad como el representado por la evaluación. Evaluación que, incluso en el sistema francés, se atribuye a una Comisión independiente compuesta incluso por expertos extranjeros para que sus apreciaciones sean más objetivas.

En opinión de uno de los más cualificados autores franceses en esta materia, QUERMONNE<sup>20</sup>, la evaluación responde a una exigencia básica de la democracia porque es una fórmula para ofrecer a los ciudadanos informaciones objetivas que les permitirán hacer un juicio sobre el funcionamiento de los servicios públicos, en este caso de las universidades. Esta evaluación, que garantiza una mejor información al ciudadano, es un instrumento esencial para el control de las Administraciones Públicas, entre ellas la universitaria, y constituye, por tanto, un mecanismo para exigir a los responsables de la Administración universitaria las reformas necesarias para la superación de los defectos que pueda generar la institución.

La evaluación de la política universitaria, siguiendo al mismo autor, asegura el respeto a uno de los principios básicos de la democracia pluralista: la *accountability* o rendición de cuentas. «Concepto clave de la democracia americana que implica medir el grado de eficacia y el respeto de cierta ética para los poderes públicos.»

Expertos en sistemas de evaluación, como CHEMLISKY, Directora de evaluación de programas y metodología PEMD del General Accounting Office norteamericano, indican que el coste de la evaluación no es muy elevado, ya que «sea prospectiva o retrospectiva, la evaluación empuja a la Administración a ser más eficaz y más accesible a los ciudadanos»<sup>21</sup>.

En Francia, mediante la Ley de 26 de enero de 1984, se creó el Comité Nacional de Evaluación de las Universidades. El modelo francés se diferencia, según QUERMONNE, del británico en que en este último, el University Grants Committee, dispone del poder de repartir los medios financieros y de personal a las universidades, mientras que el francés se limita a la evaluación y tiene un simple poder de recomendación frente al Ministerio.

En el país vecino, el sistema está todavía en fase de ensayo y no ha habido un encargo de evaluación general de las universidades, sino sólo de aquellas que lo han solicitado, pero tan sólo este anuncio ha sido un revulsivo que ha propiciado medidas internas de regeneración.

NEAVE, de la Universidad de Londres, ha dicho que se ha establecido «una nueva relación entre educación superior y gobierno y entre edu-

<sup>20</sup> QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, 1991.

<sup>21</sup> Citado en QUERMONNE, *op. cit.*, p. 273.

cación superior y sociedad. En cuanto a la primera, se puede interpretar como la aparición del concepto *evaluative State*, y la otra, como un intento de introducir una forma particular de "ética competitiva", definida externamente como la principal fuerza motriz del desarrollo institucional y, en consecuencia, del sistema de enseñanza superior»<sup>22</sup>.

El sistema de evaluación es, por consiguiente, una pieza esencial cuyo presupuesto ineludible es el establecimiento de un sistema de competencia entre universidades y entre equipos científicos en el seno de las mismas.

La introducción de este sistema de competitividad conlleva la sustitución de los viejos sistemas de control *a priori*, jerárquico y paternalista, por parte de la Administración Pública. Se trata ahora de implantar un control compartido por la Administración y los ciudadanos consumidores. En el debate internacional patrocinado por la OCDE, se llegaba también a idéntica conclusión:

«Dando por sentado que la competencia entre los establecimientos de enseñanza superior no supone únicamente la autonomía de los "productores", sino también un control y una comparación para los consumidores, se ha dedicado un tiempo considerable a la discusión sobre la importancia, para la competencia *intra e inter* universidades, de institucionalizar evaluaciones por los estudiantes de los resultados y de su calidad»<sup>23</sup>.

En este sentido, una consideración importante es que la evaluación, realizada por un organismo independiente, no debe referirse globalmente a las universidades, ya que también es imprescindible una evaluación interna por áreas, así como individualizada por cada profesor. Los expertos coinciden, además, en señalar que esta labor debe encomendarse a organismos que no representan directamente al estamento docente. En nuestro caso es evidente que esta facultad debería atribuirse al Consejo Social, por propio mandato de la LRU. En este orden de cosas, la dirección de un sistema de evaluación intrauniversitaria potenciaría el papel del Consejo Social en la supervisión regular y periódica de los servicios que se prestan a los estudiantes.

«La exigencia de una competencia productiva implica, después de todo, una reducción de la intervención del Estado, un desmantelamiento de las complejas reglamentaciones existentes, así como un incremento de responsabilidad y de autonomía en el plano de las instituciones de enseñanza superior»<sup>24</sup>.

La implantación del sistema de competencia entre universidades no es más que la plasmación del pluralismo proclamado como valor superior

<sup>22</sup> NEAVE, «Sobre el desarrollo de la calidad, la eficiencia y la iniciativa: un resumen de las tendencias recientes de la enseñanza superior en Europa Occidental, 1986-1988», en DE MIGUEL, *et al.*, *La evaluación de las instituciones universitarias*, Consejo de Universidades, Madrid, 1991, p. 18.

<sup>23</sup> EMPER, «Comment introduire la concurrence...», *op. cit.*, p. 329.

<sup>24</sup> EMPER, *op. cit.*, p. 329.

del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE y forma parte de un principio inherente a la naturaleza de dos derechos fundamentales constitucionalizados, como son el derecho a la autonomía universitaria y el de libertad de cátedra.

La competencia entre universidades es la garantía imprescindible para asegurar el «mercado de las ideas»<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Keyishian vs. Board of Regents 385 US 589.



## ALIANZAS ESTRATÉGICAS: SU EFECTO EN LA COMPETENCIA Y LA ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL <sup>1</sup>

Joaquín TRIGO PORTELA

Profesor Titular de Fundamentos de Análisis Económico  
Universidad de Barcelona

«Muchas de las economías que normalmente se considera que corresponden a las... fusiones, se pueden obtener por acuerdos particulares de cooperación...» (MARSHALL, A.).

Se entiende por alianzas estratégicas los acuerdos formales de colaboración entre empresas, o entre empresas y organizaciones de otra índole que reúnen cuatro características: a) Están relacionadas con su actividad productiva. b) Son tendentes a alterar el posicionamiento en el mercado o a abrir mercados. c) En ellas la autoridad y la toma de decisiones se comparten, con lo que se adoptan las resoluciones sin recurrir a métodos jerárquicos de coordinación. d) Reversibilidad.

Las alianzas estratégicas pueden tomar la forma de acuerdos de puesta en común de recursos financieros, humanos o tecnológicos, de cara a un fin preciso y con una validez predeterminada o prolongarse sin expectativa explícita de cancelación. Se pueden plasmar en la creación de organizaciones independientes, en el establecimiento de conexiones estables o, simplemente, consistir en el intercambio de servicios o personas, con tal de que entre los partícipes se instaure una relación que haga per-

<sup>1</sup> Este artículo reproduce una parte de la introducción y el capítulo 1.º de *Alianzas estratégicas: Las claves y la práctica de la cooperación entre empresas*, de TRIGO, J., y DRUDIS, A., Gestión 2000, 1999. Se agradece la amabilidad del editor al autorizar la publicación de parte de ese material. En esa obra el lector interesado puede encontrar un tratamiento extenso de las condiciones de viabilidad de las alianzas, información sobre su desarrollo y gestión. Una visión global con amplia información sobre las experiencias españolas está en *Las estrategias de cooperación como medio de internacionalización: experiencias de las empresas españolas*, de GARCÍA CANAL, E; LÓPEZ DUARTE, C.; RIALP CRIADO, J., y VALDÉS LLANEZA, A., Centre d'Economia Industrial, 1998.

meables las fronteras de la empresa, cuando menos, en lo concerniente al objetivo del acuerdo. Se excluyen de este ámbito colaboraciones puntuales en la actividad típica de las empresas, tales como pueda ser la Unión Temporal de Empresas, realizada para la ejecución de una obra, servicio o suministro, así como la agregación de medios propia de la sindicación de créditos en banca, en la medida en que se trata de una adición de esfuerzos dentro de actividades típicas de las entidades que se agrupan circunstancialmente. Se excluyen, asimismo, los acuerdos de simple cooperación comercial que se limitan a la promoción de ventas de productos y servicios preexistentes (véase YOSHINO, M. Y., y SRINIVASA RANGAN, U., 96).

La definición de alianza estratégica permite englobar diferentes vínculos bajo distintas configuraciones, con lo que la acepción dada al término alianza es amplia, e incluso, se sustituye por «acuerdos», por «cooperación» o «colaboración», si bien en ocasiones —cada vez en menor número— continúa evocando coaliciones frente a terceros que tenderían a reforzar la posición competitiva en algún ámbito, tal como se ha entendido, por ejemplo, en el análisis teórico de las alianzas entre países (véase OLSON, M., y ZECKHAUSER, R., 66).

Para la definición de estrategia se parte de la establecida por CHANDLER, A. D. (62) que la entiende como «la determinación de las metas y objetivos básicos de una empresa a largo plazo y la adopción de los cursos de acción y asignación de los recursos necesarios para lograr dichas metas» o, en palabras de ANDREWS, K. R. (71), «es el patrón de los principales objetivos, propósitos o metas y las políticas y planes especiales para conseguir dichas metas, establecidas de tal manera que definan en qué clase de negocio la empresa está o quiere estar y qué clase de empresa es o quiere ser». Una versión más moderna (véase PORTER, M., 91) la define como la forma de integrar las actividades de los diversos departamentos funcionales de una empresa, incluyendo marketing, producción, I + D, aprovisionamientos, finanzas y otros, de forma que constituiría una solución al problema de agencia, que aparecería por no poder la alta dirección participar o gestionar todas las decisiones y asegurar directamente la miríada de acciones y elecciones individuales que configuran la actuación de la empresa. Estas acepciones son más limitadas que la usual en la literatura de la organización industrial, en que se suele mencionar la estrategia para referirse a las decisiones tomadas teniendo en cuenta la reacción de los competidores y que pretenden afectarlas, pero también permite integrar esa dimensión. En todo caso, en el planteamiento empresarial, se trata de evitar la connotación militar (arte de ganar guerras vs. táctica, arte de ganar batallas), por cuanto la estrategia de la empresa que busca alianzas pretende conseguir sinergias y no «arrasar» al competidor al margen del funcionamiento del mercado, lo que entraría en la ilegalidad (véase BURNETT, K., 94).

El tratamiento a realizar se refiere a la toma de decisiones en un marco competitivo y orientadas a mejorar la acción de los participantes

en el marco de ese entorno. Agrupa medidas que persiguen incrementar la competitividad y modificar los mercados, tanto en el ámbito de generación de conocimiento, en su concreción precomercial, en producción, en distribución, en intercambio de licencias y servicios o en actividades relacionadas con la configuración del entorno relevante para la actuación empresarial.

Este enfoque se enmarca en el análisis de mercados basado en la perspectiva «Comportamiento-Resultados-Estructura» (véase VICKERS, J., 85), en el que hay márgenes de libertad para una orientación no determinada por el entorno (NELSON, R., 91) y donde las aspiraciones empresariales juegan un papel en la fijación de estrategias y orientaciones (HAMEL, G., y PRAHALAD, C. K., 93). Estas iniciativas, cuando tienen éxito, permiten obtener resultados muy superiores a la media, cambiando la dimensión y número de empresas, con lo que la estructura de la oferta se modifica.

Por el contrario, el enfoque que todavía sigue siendo el más usual, conocido como «Estructura-Resultados-Comportamiento», entiende que el entorno es un dato y la gerencia empresarial actúa como simple optimizadora en un marco dado de tecnología (en el que, en ocasiones, se desarrollan nuevas tecnologías o se integran las nuevas que aparecen en el mercado), regulación, preferencias de consumidores y configuración de la oferta en cuanto a número y dimensión de los competidores. Desde esta óptica, la gerencia es meramente optimizadora dadas las circunstancias en que opera y el papel del empresario, en tanto que innovador en productos o proceso, en tecnología o en la organización y gestión de recursos es inexistente. Tanto la reflexión teórica más reciente, como la experiencia práctica, aconsejan optar por el enfoque que prioriza el comportamiento, aunque en lo relativo a cooperación interempresarial los desarrollos prácticos aún suelen estar ausentes en los materiales docentes utilizados en la enseñanza de la gestión empresarial.

En el análisis de los mecanismos que configuran la Organización Industrial (concepto utilizado en la teoría económica para referirse a la formación de un mercado concreto), la colaboración entre empresas tiene una presencia que, en general, está limitada a las prácticas colusivas (véase KROUSE, C. G., 90; SEGURA, J., 93, y VIVES, X., 86), lo que se extiende incluso a buena parte de los tratados de economía de la empresa (SALAS FUMAS, V., 87). En cambio, esta opción está presente en un número creciente de artículos técnicos<sup>2</sup>, mostrando que, o bien se carece de un cuerpo de doctrina lo bastante formado como para incluirlo en publicaciones

<sup>2</sup> El propio SALAS FUMAS, V., dedicó un artículo al tema en el mismo año del libro de referencia (véase SALAS FUMAS, V., 87) y ya en 1981 (véase POLO, Y., y SALAS, V., 81), trata los aspectos de aprendizaje y difusión que son el eje central en tratamientos más recientes. Más aún, incluso ha realizado tratamientos empíricos (véanse ESPITIA, M. A.; POLO Y., y SALAS, V., 91) lo que resalta las prevenciones apuntadas en el texto respecto a la situación global del tema. GRIMA, J. D., y TENA, J. (84), en su tratado sobre estrategia empresarial hacen sólo una referencia a los «acuerdos de cooperación» identificándolos con *Joint Ventures*, p. 281. En el plano académico la atención, en

docentes, o bien se considera un tema de relevancia menor o, simplemente, las dificultades en acopiar información que fundamenta conclusiones de forma empírica aconseja postergar ese paso. Sin embargo, cuando se hacen referencias explícitas, si bien de forma breve, se señala que el desarrollo del tema merece el esfuerzo (TIROLE, V. J., 88) o se plantean sus coordenadas centrales ilustradas con casos concretos, pero sin desarrollos específicos (v. MILGROM, P., y ROBERTS J., 92).

Esta integración parcial se relaciona, por una parte, con el carácter complementario de este tipo de actuaciones, que requieren la disponibilidad de conocimientos o experiencias susceptibles de ser intercambiadas y que no suplen, por tanto, la función de afirmación propia que ha de realizar cada aliado por sí mismo (quien cuenta con medios alternativos para el objetivo perseguido por la alianza, como la adquisición de empresas o la expansión directa). Esto es, las alianzas no son una estrategia en sentido estricto, sino un mecanismo para contribuir a ella, por lo que la acepción «estratégica» aparece como calificativo (véase PORTER, M., 87, y MARITI, P., 89). Por otra parte, está condicionada por los aspectos controvertidos del tema que, por el momento, permiten pocas conclusiones inequívocas (véase HAMEL, G.; DOZ, H., y PRAHALAD, C. K., 89). La excepción, de ámbito creciente, la ofrecen en su vertiente general las obras de *management* de KANTER, R. M. (89), y BADARACCO, J. (91), las de consultores como WILLE, J. (90) y FRANK, L. (90), o profesores como URBAN, S., y VENDEMINI, S. (92), y, en aspectos concretos como sus implicaciones antitrust y otras, las aportaciones de JACQUEMIN, A.; SHAPIRO, C.; WILLIG, R. D.; KATZ, M. L.; ORDOVER, J. A., y otros, tratados más adelante.

La cooperación entre empresas tiene una larga trayectoria recogida en obras como la de OLLER, V. (68), pero las razones del interés creciente por estos acuerdos de colaboración entre empresas se han incrementado en las dos últimas décadas. Las causas explicativas pueden deslindarse, según su carácter sea objetivo, esto es, derive de situaciones de costes, de exigencias del progreso técnico o responda a la presión de la dinámica competitiva o del impulso realizado por agencias gubernamentales o internacionales (véase PORTER, M., y FULLER, M. B., 86), si bien los tres aspectos pueden aparecer combinados en grados diferentes. Entre las primeras, pueden contarse las siguientes:

- a) El grado creciente de globalización de la economía.
- b) El aumento en el coste de desarrollo de nuevos productos y la reducción de su período de vida en condiciones de rentabilidad, presionan para obtener una rápida recuperación del gasto realizado en su puesta a punto. Esto se facilita con alianzas que permitan compartir los costes y acceder a mercados más amplios.
- c) La integración de tecnologías diversas, difíciles de obtener en su totalidad y que es preferible compartir.

---

la óptica de la economía de la empresa, se muestra en trabajos como los de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, E. (91 y 92), y GARCÍA CANAL, E. (98).

d) En algunos casos, la magnitud relativamente reducida de un mercado que aconseja compartir el gasto de lanzamiento del producto ante las dificultades de recuperación si se realizara por separado.

e) El carácter declinante de un mercado puede hacer preferible una salida ordenada, cediendo paulatinamente la cuota que se tiene a un socio con más posibilidades de continuar en esa actividad.

f) La oportunidad de acceder a un nuevo mercado sin asumir los costes hundidos (costes fijos no recuperables si cesa la actividad *sunk costs*) de esa entrada.

g) La flexibilidad de un acuerdo de duración temporal frente a la irreversibilidad del crecimiento autónomo, las fusiones o la creación de empresas conjuntas.

Entre las causas que derivan de la dinámica competitiva puede mencionarse, el recurso a estas alternativas por parte de otras empresas que, gracias a ellas, han logrado ventajas apreciables (así, el consorcio PRADCO en que cinco fabricantes de aparatos de bombeo se aliaron tras perder un contrato, véase OUCHI, W. G., y BOLTON, M. K., 88), o el riesgo de que se realicen esos acuerdos (como Nissan y Toyota tras el acuerdo de los tres grandes fabricantes de automóviles norteamericanos para investigar un motor eléctrico, véase COY, P., 93), con lo que las ventajas serían para quien asumiera la iniciativa y facilitaría una percepción colectiva favorable a estas acciones (véase REGER, R. K., y HUFF, A. S., 93). Este último caso es el de las compañías aéreas que, mediante alianzas como el acuerdo alcanzado entre Iberia, British Airlines y American Airlines, pueden ofrecer reservas comunes, coordinar vuelos y servicios de mantenimiento y, de esta forma, ahorrar costes y mejorar la oferta a sus clientes. Esta convicción puede reforzarse por el asesoramiento y sugerencias que realizan consultores de prestigio como OHMAE, K. (89, 90), al tiempo que, por el énfasis de las autoridades económicas, quienes, en su panoplia de instrumentos de intervención microeconómica, conceden un papel a la colaboración entre empresas, por ejemplo, los acuerdos entre el Keidanren y el MITI japonés para reducción ordenada de capacidad de producción en industrias en declive o, lo que se parecería a prácticas colusivas, acuerdos de «no agresión», desescalada competitiva o acuerdos contingentes (ROIG, B., 89).

El marco institucional puede impulsar la colaboración entre empresas mediante proyectos de promoción, así en el caso del MITI en el proyecto VLSI, en algunos programas comunitarios<sup>3</sup> como el COMETT y el EUREKA

<sup>3</sup> Entre las acciones comunitarias para el impulso de la cooperación entre pequeñas y medianas empresas pueden citarse: a) BC-NET para encontrar socios. b) Difusión del uso de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico. c) Aportación de fondos para investigaciones conjuntas como el Programa CRAFT (Actividad de colaboración para la investigación tecnológica que facilita hasta un millón de ECUS). d) Centro de Cooperación Empresarial (CCE). e) Centros Europeos de Información Empresarial (CEIE). f) Centros de Empresas e Innovación. g) Technology Innovation information (TII). h) Centro para el Desarrollo de la Industria (CDI). En cuanto a proyectos de I + D financiados por la CEE están los programas: i) COMETT. ii) BRITE. iii) BRITE/EURAM. iv) BRAP. v) Climatología. vi) Ahorro energético. vii) JOULE. viii) Medio Ambiente. ix) SPRINT. x) Colaboración científica. xi) Mate-

o en programas de colaboración subvencionados por el Ministerio de Industria y Energía en España o por el ICEX en lo relativo a consorcios de exportación. Por el contrario, las restricciones legales a la cooperación pueden ser un freno apreciable con incidencia en la competitividad del país, como resaltan DERTOUZOS, M. L.; LESTER, R. K., y SOLOW, R. M. (90), para quienes «la cooperación entre empresas con frecuencia, si no siempre, ha sido inhibida por la regulación antitrust». Las facilidades paulatinas que ofrece la regulación antitrust en los Estados Unidos actúan en el mismo sentido<sup>4</sup> y minimizan —sin eliminarla— la prevención con que los teóricos americanos encaran el tema, prevención que es compartida por las autoridades responsables de la política de competencia en la Unión Europea.

Más allá de la realidad de los acuerdos estables entre empresas y de los cambios en la regulación, la proliferación de estas figuras (matizada por PETERS, T., 91) sugiere desarrollos de la teoría económica de la empresa (PIORE, M. J., 86, y BADARACCO, J., 91) y de la organización industrial que, al considerar la permeabilidad de los límites de la empresa (véase HIRSCHORN, L., y GILMORE, T., 92), debe minimizar el papel de algunos instrumentos conceptuales como los coeficientes de concentración y la naturaleza de las ventajas competitivas, al contarse entre éstas no sólo la producción, sino la integración de los componentes del sistema empresarial formado por cada empresa con sus suministradores, distribuidores

---

riales. xii) ESPRIT. xiii) Gestión y almacenamiento de residuos radiactivos. xiiii) I + D para energías no nucleares. xv) Desastres tecnológicos. xvi) RACE. xvii) Eurotech capital. A este respecto véanse RODRÍGUEZ DE TEMBLEQUE, M. T., y MÉNDEZ, J. (89); RAUSA, A. (90); EYBEN, D., y JAMAR, J. (91), y para la dimensión jurídica de los acuerdos, véase GARCÍA VICENTE, R. (89). La CE también ha editado materiales prácticos para facilitar la cooperación como CEGOS IDET (92). Un análisis económico de la postura comunitaria en materia de colaboración empresarial en I + D en JACQUEMIN, A. (88) y en lo relativo al programa EUREKA PETERSON, J. (91). Una descripción cuantitativa de los acuerdos promovidos en ZABALA, J. M.<sup>a</sup>, 92. La Administración japonesa apoya acuerdos entre empresas en sectores en declive para permitir una reducción ordenada de la capacidad productiva permitiendo que se mantenga un alto grado de utilización en las instalaciones en activo, impulsa programas como el VLSI relacionados con la inteligencia artificial y parte de la actividad del JETRO (véase HASHIMURA, K., 90). El gobierno de los EEUU tiene su iniciativa INPACT (International Program for Commercialization of Technology), que coordina el Departamento de Comercio (véase LYONS, M. P., 91). Una comparación de estrategias públicas de impulso de la colaboración en investigación industrial en DUFORT, D. (90).

<sup>4</sup> La National Cooperative Research Act (NCRA) de 1984 adoptó dos medidas para reducir las trabas legales a la investigación cooperativa. En primer lugar, estipula que los acuerdos de investigación y desarrollo realizados conjuntamente no deben ser considerados *per se* ilegales, y que tales acuerdos deben ser juzgados en base a su razonabilidad (*reasonableness*), tomando en cuenta todos los factores relevantes que afectan a la competencia, incluyendo, pero sin limitarse a eso, sus efectos en la competencia en los mercados relevantes de I + D definidos adecuadamente. En segundo lugar, establece un procedimiento de registro para los acuerdos de realización conjunta de I + D, limitando las reclamaciones antitrust frente a los acuerdos registrados a los daños simples, intereses y costes incluyendo honorarios de abogados. Posteriormente, a fin de dar salvaguardas a la cooperación en mercados no concentrados y en los concentrados cuando se facilitan la comercialización y aprobación, el House Judiciary Committee aprobó la norma «National Cooperative Production Amendments de 1990». V. JORDE, T. M., y TEECE, D. J. (90), en línea con la conveniencia de esta flexibilidad reguladora, así como KANTER, R. M. (89), para algunos desarrollos y Brodley, J. F. (90), cuestionando su conveniencia. Una ilustración del impulso a la I + D cooperativa derivada de esta flexibilidad lo aporta COY, P. (93).

y cooperadores en distintas fases de investigación. Al tiempo, los criterios de gestión, estructura de incentivos, horizonte temporal de acuerdos, enfoque de negociaciones y otros, cobran una dimensión tal que aconseja su tratamiento explícito en lugar de suponerlos estables, por cuanto en su versión extrema (véase LESSEM, R., 92) supondrían una gestión que reduciría su interés en la competencia para aumentarlo en la coordinación.

## 1. ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL Y ALIANZAS ESTRATÉGICAS

La referencia a la empresa como una isla de coordinación planificada en un océano de relaciones de mercado (devida inicialmente a ROBERTSON, D. H., y popularizada en COASE, R. H., 37) fue, durante casi cuatro décadas, un enfoque incontestado que llevaba a deslindar entre la teoría de la empresa, centrada en la lógica de su planificación consciente, y la teoría de los mercados que atendía al mecanismo de precios en distintas ordenaciones estructurales. Esta dicotomía entre empresa y mercado prescindía de lo denominado por RICHARDSON, G. B. (72), como densa red de cooperación y afiliación que interrelaciona las empresas, a la que sólo se hacía referencia en tanto que manifestación del deseo de restringir la competencia.

Según RICHARDSON, el modelo de Coase omitía cuatro tipos de acuerdos estables:

a) Relación comercial entre dos o más partes, suficientemente estable como para eliminar incertidumbre en la demanda y, por tanto, facilitar la planificación de la producción.

b) Acuerdos prolongados de subcontratación, que pueden inducir a los subcontratistas a asumir riesgos asociados a una mayor especialización y permitir la colaboración en el desarrollo de especificaciones, diseños y procesos.

c) Vínculos de dependencia en fabricación o marketing, como los existentes entre grandes almacenes y sus proveedores, a quienes informan de la cuantía de pedidos previstos para permitirles ajustar la producción, al tiempo que intervienen en especificación y desarrollo de procesos y productos.

d) Acuerdos de puesta en común o transferencia de tecnología. La característica común es la reducción de la incertidumbre y la asunción de compromisos, con lo que, «del mismo modo que la presencia de cooperación es una cuestión de grado, también lo es la soberanía que, *de facto*, puede ejercer una empresa nominalmente independiente».

Así, la planificación consciente no acaba en el linde de la empresa, sino que se extiende a la cooperación entre empresas. Las precisiones añadidas en el artículo señalaban que la presencia de colaboración no

implicaba falta de competencia y que los acuerdos suscritos eran temporales <sup>5</sup>.

La noción de «quasi-integración vertical» (acuñada por BLOIS, J. J., 72, el mismo año de la publicación del artículo de RICHARDSON y retomada en MACMILLAN, K., y FARMER, D., 79), muestra una variante de acuerdo, la establecida entre proveedor y gran cliente, que aspiraría a las ventajas de la integración vertical sin incurrir en los inconvenientes de coste, asunción de control e irreversibilidad absoluta. Este acuerdo requiere dos supuestos: *i*) Que el cliente sea lo bastante importante para un suministrador como para hacerle sensible a sus necesidades. Las exigencias que pueden imponerse se referirían a volumen de stocks y plazos de entrega, especialización de algunos productos, servicio técnico, acceso a fábrica y registros (a fin de verificar calidad de materiales y procesos), políticas de marketing (para prevenir la oferta a competidores directos o campañas de publicidad con éstos), gerencia, materiales utilizados, condiciones de pago y precio. *ii*) El proveedor tiene un conocimiento preciso de los costes que implican las exigencias recibidas y de su incidencia en el precio a fijar.

Con las salvedades mencionadas, lo expuesto, que puede ser una simple consecuencia del poder de mercado del gran cliente, tiene ventajas para el suministrador si recibe asesoría técnica y accede a un volumen de ventas que permita obtener economías de escala. Es posible que el riesgo de concentración supere las ventajas esperadas, si bien caben ciertas posibilidades como el diversificar en otras líneas de producto, el alcanzar tal eficiencia por lograr un volumen de fabricación que ningún competidor pueda aspirar a ofrecer en las mismas condiciones, o bien el especializarse en la oferta de un *package deal* que abarque otros productos de la misma gama. En todo caso, y como medida defensiva, cabe la posibilidad de requerir del gran cliente «rehenes» que garanticen la continuidad de la relación comercial y la recuperabilidad de la inversión específica necesaria, tales como la petición de aval del crédito con que se financia esa inversión o bien la oferta realizada *motu proprio* por parte del cliente en beneficio del proveedor (véanse WILLIAMSON, O. E., 83, para la dimensión teórica, y MACBETH, D. K., y FERGUSON, N., 94, para la implementación).

En MARITI, P., y SMILEY, R. H. (83), se da un nuevo tratamiento con una clasificación de los acuerdos de colaboración en cinco grupos (transferencias de tecnología, complementariedad técnica, acuerdos de mar-

---

<sup>5</sup> RICHARDSON centraba su artículo en el análisis de «actividades». La referencia a la actividad como unidad relevante de la empresa, o la concepción de ésta como comprometida en «varias series de operaciones diferentes» se remonta a STIGLER, G. J. (51), quien usa los términos funciones y procesos como sinónimos de operaciones. Más adelante, la edición de 1966 de su Teoría de los Precios, reitera su planteamiento (pp. 205-208 de la edición en español de 1968). En el análisis de la estrategia empresarial. PORTER, M. (85 y 86), basa su planteamiento analítico en el análisis de la actividad y el sistema de costes de COOPER, R., y KAPLAN, R. S. (91), recibe su nombre precisamente de tomar como unidad de referencia la actividad.



keting, *risk sharing* y búsqueda de economías de escala) y un primer análisis de la información empírica relativa a esos acuerdos. Los autores concluyen que esa colaboración configura una nueva forma intermedia entre la asignación de recursos y la organización de actividades por parte de la empresa que parecía requerir una extensión de sus límites y su reconsideración como mecanismo integrador.

El continuo organizativo situado entre la empresa y el mercado (o jerarquía y mercado en la terminología de WILLIAMSON, O. E., 75) tiene límites. Éstos se desdibujan, de un lado, porque en los mercados aparecen aspectos de organización informal e incluso de jerarquía en el contenido de los contratos con que se instrumentan distintas transacciones; de otro lado, porque en las empresas se responde al endurecimiento de la competencia vinculando salarios a resultados y, correlativamente, dando a los trabajadores peso en las decisiones que pueden afectar a las rentas residuales sobre las que pasan a detentar ciertos derechos (véase WEITZMAN, M., 84).

La existencia de formas intermedias entre jerarquías que asignan recursos por vía de autoridad y mercados que negocian precios, y la movilidad de las formas extremas, tienen un reconocimiento escaso. El propio WILLIAMSON se limita a admitir en nota a pie de página (WILLIAMSON, O. E., 75<sup>6</sup>, nota 15, página 162 de la versión original) que las formas de organización japonesa tipo *Zaibatsu* son producto de una peculiaridad cultural, y no le asigna un tratamiento específico. En cambio, en análisis concretos hay evidencia de relaciones estables que suponen una articulación propia, así ECCLES, R. (81) denomina *quasi-firm* al vínculo entre contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción, que se mantiene durante períodos prolongados sin renegociarse nuevamente a través de ofertas competitivas, y POWELL, W. W. (87), muestra las mismas pautas en la edición de libros y menciona a SABEL como estudioso de las redes estables en el sector textil de Baden-Württemberg, al tiempo que recuerda que estas prácticas son usuales tanto en los sectores químico y farmacéutico, como en la construcción de aviones y armamento (en este caso, la distensión y el fin de la guerra fría, al reducir el mercado, han forzado una oleada de alianzas y fusiones en el sector, véase ZAFRA, J. M., *El País* 7 de agosto de 1994).

Las consideraciones que llevan a reconsiderar la naturaleza de la empresa y cuestionar su realidad aislada en un marco de competencia sin matices y utilizando posiciones de poder de negociación frente a pro-

<sup>6</sup> Esta apreciación de Williamson aparece en la nota 15, p. 162, de la versión original. Es curioso que en ella aparezca la denominación *Zaibatsu* en lugar de la más actual de *Keiretsu*, así como que la caracterización se apoye, exclusivamente, en varias menciones a una obra de BRONFENBRENNER, M., de 1970. Hay una llamada de atención a este punto [sólo referida al tema de la caracterización «cultural» en GOTO, A. (82)]. Posteriormente (WILLIAMSON, O. E., 85 p. 83 ss. de la edición original y 81-87 de la versión española) acepta que las transacciones intermedias son más frecuentes de lo que aceptaba anteriormente y plantea cuatro formas de coordinación: los mercados, la coordinación bilateral, la trilateral que incluye la mediación de terceros y la jerarquía, lo que daría lugar a un continuo de formas de relación.

veedores y clientes pueden sintetizarse en cuatro tendencias de cambio, siguiendo a BADARACCO, J. (91):

a) Las empresas, como otras organizaciones, se estudian como sistemas abiertos, integrados por subunidades relacionadas en redes (en las que algunos componentes son otras empresas), e insertadas en sistemas más amplios con relaciones que deben especificarse según el caso y que han de considerar los rasgos de homogeneidad, estabilidad, extensión temporal de los vínculos, distribución de recursos, dimensión de la red de relaciones, ámbito del consenso que las liga y obligaciones generadas.

b) Se constata la realidad del *Keiretsu* japonés, precisado más adelante, y cuya eficiencia exige darle un tratamiento más intenso que el asignado a un caso marginal (véanse INOUE, M., 85; GERLACH, M. L., 87, y un tratamiento posterior en GERLACH, M. L., 93). Aquí se puede añadir el *Chaebol* coreano.

c) La dicotomía heredada ha dejado de reflejar la realidad de la empresa americana, en la que, con frecuencia creciente, se elige entre socios alternativos para realizar tareas estructuradas en acuerdos variados.

d) El enfoque de la economía institucional considera las nociones de derechos de propiedad, control jerárquico, sistemas sociales comunes, contratación discreta y otros, como conceptos parciales más que como rasgos universales (véase WILLIAMSON, O. E., 85).

Si se entiende la transacción como unidad base de análisis, esto lleva a considerar que su gestión es costosa y da lugar a diferentes tipos de acuerdos elegidos según su coste relativo. La reiteración de alianzas con socios cambiantes ha llevado a prácticas que permiten referirse a «Open Corporation» en el lanzamiento de empresas de alto contenido tecnológico (véase WAGNER, H. E., 91) y a «Virtual Corporation» cuando es una forma operativa habitual (véase BYRNE, J. A.; BRANDT, R., y PORT, O., 93).

Si se añaden las implicaciones del cambio de producción en masa a producción flexible (adaptándose a las variaciones de la demanda), de proceso de decisiones secuenciales a toma de decisiones en paralelo y de los cambios derivados de la minimización de stocks y de las negociaciones laborales, junto a las alianzas interempresariales (véase PIORE, M. J., 86), se tiene el panorama de reflexión conceptual de la Organización Industrial (en adelante OI), al que cabe añadir el diseño apropiado de la estructura informativa de la empresa (véase ARROW, K. J., 85).

Por otra parte, las aportaciones en la literatura sobre OI se refieren principalmente a la cooperación en I + D y los incentivos que ofrece, (véanse KATZ, M. L., 86; KATZ, M. L., y ORDOVER, J. A., 90), así como a la incidencia de los *spill-overs* y su internalización en el seno de la coalición (véanse PRESCOTT, E. C., y BOYD, J. T., 87), la incidencia de los acuerdos en la competencia posterior a su finalización (véanse GROSSMAN, G. M., y SHAPIRO, 87), la incidencia de la regulación antitrust (ORDOVER, J. A., y WILLIG, R. D., 87), la peculiaridad de situaciones de duopolio con efectos de desbordamiento (D'ASPROMONT, C., y JACQUEMIN, A., 88;

HENRIQUES, I., 89, y SUZUMURA, K., 92) o sin él (MARJIT, S., 91), los aspectos de la apropiabilidad de resultados (véase LEVIN, R. C., 88), además de la relación entre el sistema de patentes con la difusión y exclusión o la investigación compartida (BHATTACHARYA, S.; GLAZER, S. J., y SAPPINGTON, D. E. M., 92). Otros aspectos, como la incidencia en el bienestar de un aumento o reducción del gasto agregado en  $I + D$ , la posible transmisión de las mejoras en procesos a una reducción de precios y la reconfiguración del equilibrio sectorial, han dado lugar a una producción importante, en la que, entre otras cuestiones, se aprecian ausencias en cuanto a la consideración de la competencia foránea, así como a la aportación de las alianzas a la optimización del comportamiento empresarial. Estas ausencias podrían ser remitidas a la consideración de la OI como centrada en el uso de soluciones no cooperativas apoyadas en el equilibrio de Nash o sus refinamientos (véase SHAPIRO, C., 89).

#### A. ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y DECISIONES EMPRESARIALES

La posibilidad de establecer alianzas puede derivar de procesos de expansión o de reestructuración empresarial. En el primer caso, una empresa que desea ampliar su actividad, bien sea por introducción de nuevos productos o líneas, o bien por entrar en una nueva área de negocio o mercado, puede optar por tres vías principales de actuación:

a) Expansión directa. Ésta puede realizarse vía generación interna de la tecnología que necesite y reuniendo los medios financieros que permitan atender a los nuevos planes, vía aumento de dimensión o creación de empresa filial.

b) Adquisición de empresas existentes que cuenten con los conocimientos, implantación de mercado, localización y otros aspectos capaces de cubrir las carencias del adquirente.

c) Colaborar con otras empresas que aporten los recursos, las habilidades o la combinación de ambos en medida adecuada a los planes trazados. Esta colaboración puede tomar la forma de crear una filial conjunta o la de establecer una alianza en términos más flexibles, limitada o no en el tiempo, y circunscrita a uno o unos pocos aspectos centrales.

La expansión individual, en cualquiera de sus formas, requiere recursos abundantes, comporta asumir el riesgo de afrontar en solitario nuevos imponderables (véase DOUMA, S., 91), suele precisar de más tiempo que las otras opciones (algo peligroso cuando el plazo de desarrollo y el período de vida de los productos se reduce), impide acceder a las ventajas comparativas y la experiencia práctica que pueda aportar el socio o aliado y resulta menos flexible que otras opciones. El aumento del coste de lanzamiento de nuevos productos o de penetración en mercados ya cubiertos es cada vez más elevado, por ejemplo, el coste de desarrollo del avión civil de mayor éxito antes de la Segunda Guerra Mundial, el DC3, fue de 3 millones de dólares y se construyeron más de 10.000 unidades. Para

el desarrollo del DC8, lanzado en 1958, se requirieron 112 millones de dólares y para el Boeing 747, aparecido a comienzos de los setenta, se requirieron casi 1.000 millones de dólares, mientras que para el 777 de fuselaje largo de Boeing se estimó una inversión necesaria de 6.000 millones de dólares (véanse COLLINS, T. M., y DOORLEY, T. L., 92).

Por mencionar algo más sencillo, un nuevo modelo de cuchilla de afeitar, el «SensorExcel», variante del modelo sensor de Gillette, requirió más de diez años de diseño e investigación, la consecución de 29 patentes y, sólo en España, más de 1.000 millones de pesetas en gastos de promoción y publicidad (*Observador*, 4 de julio de 1993). En 1992 un nuevo prototipo de Gillette, el Manx, obtuvo mejores resultados que el SensorExcel en pruebas de afeitado, con lo que en 1995 el Consejo de la empresa dio luz verde a su desarrollo industrial, a mediados de 1996 el departamento de ingeniería de la empresa había conseguido un sistema de montaje tres veces más rápido que el aplicado a la producción del SensorExcel y en abril de 1998 se desveló el nuevo modelo denominado Mach3, tras una inversión de 750 millones de dólares en diseño y reequipamiento (*Business Week*, 27 de abril de 1998).

El reparto de los costes de investigación y promoción, así como la facilidad de acceso a nuevos mercados aportados por un aliado son factores de peso cuando los recursos son escasos y el coste de la financiación elevado. Sin embargo, en industrias muy intensivas en I + D las fuerzas que presionan hacia la integración pueden ser tan grandes que las empresas prefieran basarse en el desarrollo interno (véase GHEMAWAT, P.; PORTER, M., y RAWLINSON, R. A., 86), sobre todo cuando se trata de tecnología «esencial» cuya difusión comportaría la pérdida de especificidad de la empresa poseedora.

La absorción de una empresa (véase OHMAE, 89) requiere una inmovilización prolongada de recursos sin que esto comporte garantía de incorporación plena de los conocimientos tácitos existentes en la organización y personas de la entidad adquirida, que podrían abandonarla si la nueva gestión no les satisface o si consideran que sus expectativas profesionales se han deteriorado, aunque en algunos casos este riesgo es evitable (véase la adquisición de ICL por Fujitsu en *The Economist*, 10 de abril de 1993). Las primas de adquisición a satisfacer son elevadas y la baja tasa de éxito de estas operaciones aconseja considerar con cautela esta alternativa.

La *Joint Venture* supone una asignación de recursos inferior a la creación de filial, pero el componente no recuperable de los costes fijos en que se incurre es elevado. La *Joint Venture* puede verse como un instrumento de aprendizaje organizativo, así como un mecanismo para compartir riesgos (entre ellos el de elusión del «*small number bargaining*»), recursos, conocimientos y posibilidades de acceso al mercado, todo lo cual redundaría en reducción de incertidumbre respecto al mercado y reforzamiento de la posición competitiva. En comparación con la expansión directa, aparecen problemas (véase KOGUT, B., 88) de compatibilización de culturas y objetivos empresariales (p. ej., orientación a corto plazo

vs. largo plazo), inadecuación de resultados a expectativas, dificultades de control e impredecibilidad del comportamiento del socio. Además, la transferencia del conocimiento tácito (véase POLANYI, M., 67) tiene costes de transacción importantes (véase OCDE, 92) lo que, añadido a errores en la negociación por premura en la conclusión de acuerdos, insuficiente atención a la dimensión operativa o a la selección del socio, redundan en tasas de fracaso del 70 por 100 de las operaciones realizadas en esta modalidad (véase LEVINE, J. B., y BYRNE, J. A., 86) y, en todo caso, una elevada inestabilidad (v. NAULLEAU, G., 93) que deriva de errores de concepción y limitaciones en la capacidad de aprender del aliado (véanse MALERBA, F., 92). De existir una concepción y seguimiento adecuado, los resultados son positivos (véanse KWOKA, J. E., 92, y NEWMAN, W., 92).

La alianza sin creación de filial, en sus diversas vertientes (véase apdo. 1.2.), requiere un volumen de recursos menor que realizar una *Joint Venture* y es más flexible. Se trata de un instrumento adecuado para el conocimiento del aliado, al tiempo que facilita la toma posterior de decisiones con menor grado de reversibilidad, tales como la adquisición o la creación de empresa conjunta (véase LYNCH, R. P., 93). Siempre que se elija apropiadamente al colaborador y se instrumente en la forma pertinente (véanse HAMEL, G.; DOZ, Y. L., y PRAHALAD, C. K., 89), es más versátil y puede recoger motivaciones peculiares de cada industria (véase CUEVAS RIAÑO, L., 89). Los ejemplos de éxito, como los acuerdos entre Ford y Mazda o los de Rover y Honda, o las mejoras en distribución de McKesson Corp. (véanse JOHNSTON, R., y LAWRENCE, P. A., 88), y los de fracaso, como la colaboración entre General Motors e Isuzu (véanse TREECE, J. B.; MILLER, K. L., y MELCHER, R. A., 92, y FLYNN, J., y MILLER, K. L., 93), parecen mostrar mejores resultados que los derivados de la utilización de *Joint Ventures*, si bien ambas opciones representan técnicas competitivas y no una alteración en los objetivos competitivos, por lo que la preferencia por una u otra es función de la naturaleza de los activos que se comprometen, recursos o competencias que pueden aportarse, del grado de riesgo implicado en la operación y de los costes de gestión de la operación considerada.

Expresado en los términos de LADO, A. A., y KEDIA, B.L. (92), los factores que llevan a la elección de una estrategia de alianzas en vez de una actuación individual, son tres: 1) Congruencia en los objetivos. 2) Complementariedad de recursos. 3) Riesgo de empresa, que consideran específico en el caso de alianzas internacionales. Su conclusión es que, cuanto mayor sea la congruencia de objetivos y la complementariedad de recursos, mayor será la propensión a la estrategia de alianzas.

El aspecto del riesgo, afecta a diversos aspectos de la actividad empresarial:

a) Riesgo fiduciario, por el que se entiende la posibilidad de incumplimiento de un socio o la eventualidad de que se apropie de información interna de la empresa. Este riesgo es función de la complejidad de la

alianza, de la no previsión del volumen o de la tecnología, así como de la ambigüedad en la realización.

b) Riesgo ambiental, que engloba tres dimensiones: *i*) Política, con riesgo de pérdida de propiedad o control sobre actividades que abarcarían políticas de precios o de contenido local y políticas de transferencia, por las que se entiende cualquier restricción de flujos entre una matriz y su subsidiaria. *ii*) Cultural, con dos facetas, la distancia acultural y el rechazo de riesgos. *iii*) Tecnológico, relativo a la expropiación de conocimientos tecnológicos, esto es, a su disseminación.

Para LADO, A. A., y KEDIA, B. L., cuanto mayores sean los riesgos fiduciario y ambiental, mayor será la preferencia por la estrategia individual.

El enfoque de LADO y KEDIA es dependiente del carácter internacional de las alianzas, que considera más próximas a la penetración en nuevos mercados de economías en proceso de apertura al exterior que a la situación de economía global, con aumentos en el riesgo específicamente empresarial y en la dureza competitiva (véanse PERLMUTTER, H. V., y HEENAN, D. A., 86), resaltando la conveniencia del enfoque expuesto. Si se considera la naturaleza de las actividades compartidas, y su dimensión económica, esto es, recursos (financieros, productivos u organizativos) o competencias (habilidades específicas de índole inmaterial incorporadas en conocimientos —codificados o no— distribuidos informalmente a lo largo de la organización), puede esquematizarse el enfoque de los acuerdos como plantea PUCIK, V. (88) y según se muestra en la Tabla número 1.

TABLA 1. ENFOQUE DE LOS ACUERDOS

|                      |                | <i>Origen de mejoras</i> |                     |
|----------------------|----------------|--------------------------|---------------------|
|                      |                | <i>Recursos</i>          | <i>Competencias</i> |
| Contexto estratégico | Complementaria | I                        | II                  |
|                      | Competencia    | III                      | IV                  |

Fuente: V. PUCIK (88).

El contexto estratégico puede enfocarse en términos de complementariedad (como la existente entre un fabricante de componentes y el de productos finales) o de competencia (quienes pugnan por cuotas de mercado en ámbitos afines o solapados), mientras que el origen de la mejora puede proceder de la aportación de recursos (que podrían ser ofrecidos por socios alternativos u obtenerse en el mercado) o bien de competencias que, al ser específicas, dan un carácter peculiar a la aportación de cada aliado. Esta agrupación facilita la comprensión de la relevancia que tiene tanto el control en el reparto de beneficios de la alianza, como el flujo de información en los cuadrantes inferiores, sobre todo en el cuarto cuadrante, donde las asimetrías son cruciales a largo plazo. Por el contrario,

en los cuadrantes superiores, la relación se adecua a empresas en distintos puntos de la cadena del valor e impulsa la relación estable entre proveedor y cliente.

Si en lugar de encarar una fase expansiva, la empresa considera la relocalización de actividades o el recurso a ventajas comparativas a las que no puede acceder de forma directa, las alianzas toman un perfil nuevo. Así, cuando se trata de aprovechar la situación de menores costes de otros países para centrar la actividad empresarial en diseño, marketing y administración, cediendo la producción a socios articulados en una red estable (véase JONAS, N., 86), se trata de obtener agilidad, una reducción de necesidades de capital, un descenso en gastos generales y de personal, junto a mayor proximidad a las innovaciones tecnológicas. Estas ventajas suponen aceptar un menor control sobre producción, riesgo de mayor vulnerabilidad ante suministradores y una pérdida de eficiencia productiva.

El propósito es sustituir (o complementar) la ventaja comparativa por la ventaja cooperativa (véase JARILLO, J. C., 89 y 93), asumiendo el coste de cooperación. Éste, además de los pagos explícitos, viene dado por los mecanismos necesarios para la protección frente a los peligros expuestos para acceder a la ventaja asociada a la cooperación o a la integración en una red estable y que deriva de contar con menores costes de transacción (pues hay comunidad de intereses en la red), al tiempo que se mantienen las ventajas de la especialización y, con acuerdos a largo plazo, la reducción del comportamiento oportunista y de la incertidumbre (véanse THORELLI, H. B., 86; JARILLO, J. C., y MARTÍNEZ, J. I., 89, y BLOIS, K. J., 90, para una visión crítica) como ejemplifica el caso de la empresa Benetton.

La organización en forma reticular «*network*», tanto si se refiere a una empresa separada, como si se trata de la articulación de varias empresas, es un dispositivo para confrontar la complejidad de situaciones de cambio rápido (véanse MILES, R. E., y SNOW, Ch. C., 86; FENEUILLE, S., 90, KATZ, M. L., y SHAPIRO, C., 94, y SUÁREZ VILLA, L., 96). Puede ser considerada un paso adicional en la trayectoria de la estructuración empresarial, de forma que de la gestión del propietario como forma habitual a comienzos del siglo XIX se pasó a la estructura vertical de mediados del siglo XIX, transformada en funcional a comienzos del siglo XX y en multidivisional a mediados del mismo para estar finalmente asumiendo la forma reticular (véase FERNÁNDEZ DE CASTRO, J., 93). De este tipo de estructura son ejemplo Benetton, Nike, Emerson Radio, Sun Microsystems (véanse WILSON, J., y DOBRZYNSKI, J. H., 86).

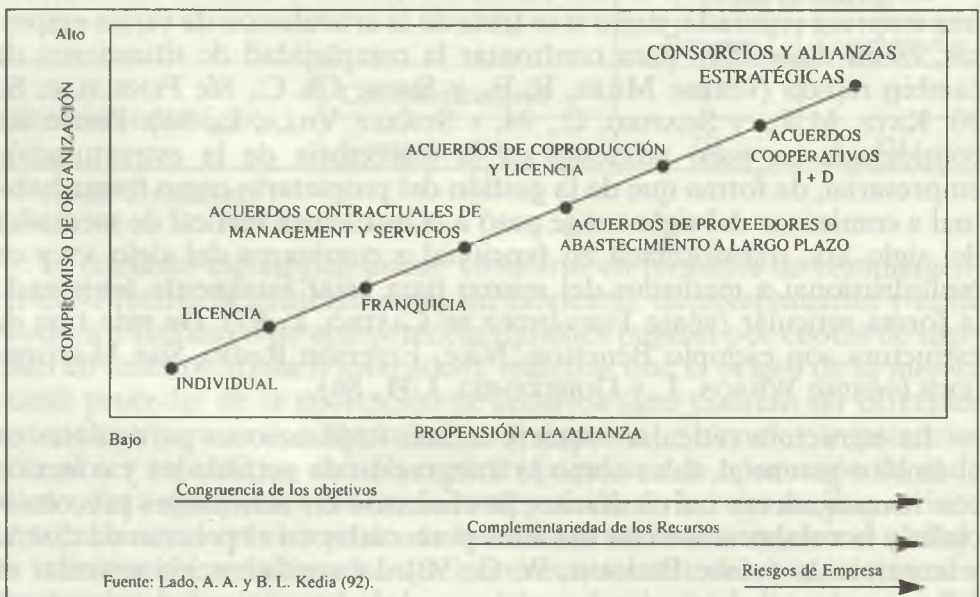
La estructura reticular requiere asumir implicaciones particulares en el ámbito gerencial, tales como la integración de actividades y conexión con investigadores universitarios, la eficiencia en actividades precomerciales y la colaboración con usuarios potenciales en el proceso de diseño y lanzamiento (véase BIEMANS, W. G., 90). La configuración reticular es útil en contextos determinados como en el de competencia internacional

(véase SNODGRASS, C. R., 93) pero no es una exigencia del tratamiento que sigue, aunque bien podría ser un resultado de la estabilidad de las relaciones de alianza o de su reiteración. Esta configuración, en ninguna de sus tres modalidades (red estable, interna o dinámica) está a cubierto de ineficiencias y posibilidades de fracaso, pues la sobreespecialización y aprendizaje limitado pueden incidir en la primera variante —red estable—, el crecimiento exponencial de las conexiones internas a medida que la organización se expande afecta a la segunda variante —red interna—. En la tercera posibilidad —red dinámica—, tanto el laberinto de relaciones cambiantes que se establecen como el riesgo de «vaciar» la empresa son riesgos a prevenir (véanse MILES, R. E., y SNOW, Ch. C., 92).

El supuesto de expansión y el de relocalización pueden integrarse en el esquema de LADO y KEDIA dando lugar al Gráfico número 1, en el que las ordenadas recogen el grado de compromiso organizativo y las abscisas la congruencia de objetivos, la complementariedad de los recursos y el riesgo de empresa. La cercanía al origen supone propensión a la actuación individual y la lejanía implica la opción por el recurso a consorcios y alianzas estratégicas, ubicándose en posiciones intermedias las diferentes configuraciones organizativas.

Otra forma de atender a la conceptualización de las alianzas puede realizarse en base a una matriz de dos dimensiones (basada en PORTER,

**GRÁFICO 1. COMPROMISO DE ORGANIZACIÓN Y PROPENSIÓN A LA ALIANZA EN CONGRUENCIA CON OBJETIVOS, COMPLEMENTARIEDAD DE RECURSOS Y RIESGO DE EMPRESA**





M. E., y FULLER, M. B., 86, y aplicada a la gestión de alianzas tecnológicas por NUENO, P., y OOSTERVELD J., 88) que recoge en filas el carácter horizontal o vertical de la operación y, en columnas, su carácter competitivo o precompetitivo. Si se amplían las dimensiones, combinando las estrategias con el tipo de juego-mercado en que tienen lugar (véase NIELSEN, R. P., 88), se puede elaborar la Tabla número 2, importante por recoger algunas de las alianzas más notorias.

TABLA 2. TAXONOMÍA DE LAS ESTRATEGIAS COOPERATIVAS

| Estrategia   | Tipos de juegos de mercado |                                  |                  |                            |
|--------------|----------------------------|----------------------------------|------------------|----------------------------|
|              | Suma negativa<br>Declive   | Suma Cero<br>Madura              | Suma<br>Positiva | Cambio a Suma<br>Positiva  |
| Consortio    | Keidanren-MITI             | Información<br>Seguros           | Intelsat         | Ocean Spray                |
| Intercambio  | US-Brasil<br>Acero         | GM-Toyota                        | IBM-Rolm         | Telefonía<br>Internacional |
| Distensión   | US-URSS<br>Salt            | Fijación Precios<br>Electricidad | IBM-Hitachi      | GATT                       |
| Contingencia | OPEC                       | UIDC-Perini                      | Biotec-Química   | Joint Currency<br>Trading  |

Fuente: NIELSEN, RP (88).

En la denominación de NIELSEN las estrategias de consorcio o las de intercambio no precisan comentario específico. Por distensión (*de-escalate*) entiende el proceso a través del que la reducción o eliminación de ataques entre dos competidores aumenta el bienestar de ambos y un ejemplo es la prueba del espionaje de Hitachi sobre IBM que ésta desistió llevar a los tribunales a fin de facilitar su presencia en Japón y ulteriores colaboraciones con Hitachi (véase antecedentes en *The Economist*, 26 de junio de 1982, p. 74, referencia del acuerdo final en *The Economist*, 15 de noviembre de 1986, p. 77). En el caso de la distensión, junto al ejemplo del GATT, NIELSEN menciona la relación entre Chrysler y el sindicato UAW, que permitió una sustancial mejora en las relaciones laborales y un aumento en la productividad tras el riesgo de quiebra de 1984. En la versión contingente de las estrategias el acuerdo se refiere a colaboración presente y futura, condicionado a que se den ciertos acontecimientos. En cada uno de los cuadros de la matriz se incluye un ejemplo concreto al que, en general, se ha hecho referencia en el texto. Ocean Spray es un consorcio de productores de bayas que hacen propaganda genérica, CEFIC es el *Council of European Federations of Industrial Chemicals* que decidió —de acuerdo con la CEE— reducir la competencia con una mutua minoración de producción y capacidad, UIDC es la sigla de *The Urban Investment Development Corporation* que, junto con el contratista Perini, acordaron la construcción de un centro comercial en Boston reduciendo

sus diferencias por medio de un arbitraje y Biotech-Chemical hace referencia a la competencia potencial entre la ingeniería genética de la biotecnología y la producción química (la primera es una industria naciente sin medios y la segunda una madura que financia o acepta ciertos compromisos de la otra si median determinadas circunstancias).

Para KOENIG, G. (90), la división debiera realizarse deslindando las «colaboraciones» entre empresas, que fomentan los mecanismos competitivos, de las «ententes», que pretenden bloquearlos. En esta línea, sugiere tres modalidades de colaboración:

a) Las Asociaciones «*D'Impartition*» (concesión, otorgamiento) que, sustentadas en relaciones de intercambio comercial, son alternativa a la integración vertical que se elegiría según los costes de transacción y oportunidad, el riesgo y el valor añadido de cada opción. En algunos sectores coexisten la integración vertical y la participación, así las agencias de alquiler de vehículos, donde Hertz pertenece en un 90 por 100 a Ford, Europcar es filial al 50 por 100 de Wagons-Lits y Volkswagen, mientras Avis mantiene relaciones de asociación con Opel. Para Koenig, lo esencial es más el grado de esfuerzo conjunto desplegado en definir la prestación y la autonomía dejada al proveedor en la elección de medios que la amplitud de las tareas confiadas. La articulación de actividades puede ser de:

a) Encadenamiento, cuando el proveedor aporta al cliente un producto intermedio. b) Montaje, cuando la entrega se refiere a un producto acabado que se inserta en un sistema más amplio. c) Utilización, cuando se aporta un bien de equipo. Por ejemplo, la opción del *Club Méditerranée* de integrarse verticalmente incluyendo compañías de aviación (opción rechazada), o de participación en Wagons-Lits (que fracasó por ausencia de compensaciones previstas y llevó a ceder la participación), o/y de articulación hacia adelante con su propio sistema de red de ventas (algo que, apoyado en un fuerte soporte informático, se mantiene).

b) La asociación simbiótica se refiere a la cooperación entre empresas de diferente ámbito competitivo, como el que se da entre cadenas hoteleras y cadenas de distribución de carburante. Son una alternativa a la diversificación y permiten revalorizar un recurso ya utilizado sin obligar a adquirir nuevas habilidades gestoras.

c) Las alianzas se ceñirían a la generación de relaciones contractuales entre empresas competidoras con el propósito de reducir costes e incertidumbre, ganar tiempo, acrecentar el poder de mercado o/y orillar las barreras proteccionistas.

Las *ententes* integrarían las diferentes prácticas colusivas que pueden realizarse, tanto más fáciles cuanto mayor es el grado de concentración, la homogeneidad del producto, la inelasticidad de la demanda respecto al precio, el uso de licitación en concursos de compra, demanda en descenso y costes fijos importantes. Las *ententes* son, en muchos casos, ilegales y su legitimidad se ve cuestionada, si bien se matizaría en algunos casos de acuerdo con las aportaciones de la teoría de los costes de transacción y de la contestabilidad de los mercados.

Si el marco analítico comprende más de dos dimensiones, el recurrir a una tabla como las consideradas es imposible, perdiéndose la claridad de presentación que éstas aportan. Para elucidar las variantes de alianzas, además del marco de mercado y la estrategia seguida, deben tomarse en cuenta los distintos puntos de la cadena de valor en que se ubican, la forma legal adoptada y la expectativa de duración. A todo ello se dedica el apartado siguiente.

## B. VARIANTES DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS

En su informe sobre relaciones entre tecnología y economía, la OCDE (véase OCDE, 1992, que sigue a CHESNAIS, F., 88) agrupa las alianzas estratégicas relativas a investigación, tecnología y producción en dos planos: a) El precompetitivo. b) El competitivo.

La cooperación precompetitiva, según la OCDE, queda restringida al ámbito de I + D, y se establecen tres variantes:

a).1. La investigación universitaria en cooperación, financiada por las empresas con o sin contribución estatal.

a).2. Proyectos de I + D en cooperación entre Estado e industria y realizados con participación de universidades e institutos de investigación del Estado.

a).3. Sociedades de investigación y de puesta a punto creadas bajo la forma de empresas conjuntas de Derecho privado. Esta tercera alianza se circunscribiría a unos pocos socios, mientras que las dos primeras podrían abarcar a un número considerable.

En el plano competitivo, se diferencian dos grupos:

b).1. El relativo a la cooperación técnica.

b).1.1. La toma de participación en una empresa de alta tecnología por parte de una o varias empresas que mantienen su rivalidad.

b).1.2. Acuerdos de investigación y puesta a punto llevados en cooperación, sin toma de participación en el capital, y concluidos entre dos empresas en ámbitos determinados.

b).1.3. Acuerdos técnicos entre empresas en relación a tecnologías ya existentes, tales como el intercambio de *know-how* o el cruce de licencias. En este caso, al igual que en los anteriores, los socios implicados son pocos o muy pocos.

b).2. La cooperación en materia de producción y/o comercialización, mencionando la OCDE tres variantes en cada una.

b).2.1. Consorcios generales de I + D, de producción, de comercialización y empresas comunes industriales.

b).2.2. Acuerdos entre cliente y proveedor, en particular bajo la forma de tomas de participación.

b).2.3. Concesiones unilaterales de licencias y/o acuerdos unilaterales de comercialización.

Algunas de las variantes del esquema de OCDE-Chesnais merecen un comentario. Así, en el caso *a*).<sup>1</sup> hay particularidades importantes por cuanto los resultados de la investigación universitaria son publicados y accesibles a quienes no la han financiado, en tanto que el promotor cuenta con las ventajas de una información anticipada, con unos costes inferiores a los que soportaría si la realizase con estructura propia, con el acceso al «estado del arte» del tema en cuestión y con un enfoque menos sesgado al de la empresa. Además, la colaboración con los laboratorios e institutos de investigación universitarios puede ampliarse a más ámbitos, como pruebas de calidad, análisis de rendimiento, investigaciones de mercado y otras no contempladas en el esquema, además de extenderse a temas de formación pre y posgrado (véanse GHOSHAL, S.; ARNZEN, B., y BROWN-FIELD, S., 92).

En el caso *a.2* las motivaciones pueden ser variadas, oscilando entre el interés real de las empresas y la voluntad de mostrar una actitud aquiescente respecto a la Administración. Esta actitud es la imputada a empresas participantes en consorcios japoneses impulsados por el MITI, tales como el VSLI, donde raro es el caso en que las empresas aportan sus mejores investigadores y el propósito parece ser estar al corriente y evidenciar espíritu colaborador. En este apartado, conviene atender a las características de estabilidad o inestabilidad de los acuerdos potenciales, al grado de implicación de las diferentes empresas y al interés de contar con una tecnología ampliamente compartida a la que, caso de obtenerse, se tendría fácil acceso por su elevada difusibilidad. Otra diferenciación se remite al carácter autónomo o inducido (defensista) de estos acuerdos, como, por ejemplo, el JESSI (*Joint European Submicron Silicon*) agrupando a Philips, que realizó un abandono parcial, y a SGS-Thomson con Siemens, quienes redujeron sus aportaciones (véanse URBAN, S., y VENDEMINI, S., 92).

En el caso *b.1.1* la cooperación técnica entre pequeñas empresas, caracterizadas por alta tecnología y escasez de medios de desarrollo y comercialización, y otras maduras, menos innovadoras y con mayores recursos, puede tomar la forma de «accionariado estratégico», una variante de *Venture Capital* que permite a la empresa que financia mantenerse al corriente de las nuevas técnicas y optar en condiciones preferentes al uso de esos conocimientos mediante licencias de producción y comercialización. Para la empresa propietaria de los conocimientos esta asociación es preferible al *Venture Capital*, porque tiene un horizonte temporal más corto y donde las aportaciones son exclusivamente financieras, mientras que el socio industrial puede ayudar en otras actividades, como las de comercialización. Dado que la empresa madura es lenta en aceptar innovaciones, puede considerar conveniente facilitar la independencia de sus técnicos en I + D y apoyar financieramente sus iniciativas frente al riesgo de paralizarlas con su administración interna o al de propiciar la salida de ese personal para lograr una independencia total o su entrada en otras empresas. En la medida en que se hace patente la lentitud inno-

vadora de las empresas maduras, éstas pueden buscar paliarla con la promoción del accionariado estratégico, bien sea con iniciativas de su personal, bien con las provenientes del exterior. Así, se han publicado directorios de empresas interesadas en el impulso de nuevas empresas de alta tecnología (véase SILVER, A. D., 93) que incluyen no sólo las sedes sociales, direcciones, nombres, teléfonos y faxes, sino también modelos de contratos de acuerdo de *Confidential Disclosure* a fin de proteger al solicitante, quien, tras evidenciar su conocimiento sin salvedades, puede encontrarse con que pierde su valor de cambio frente al socio potencial.

El esquema de la OCDE-Chesnais puede ampliarse a otras formas de colaboración no recogidas, así una acción conjunta de promoción de actividad como la realizada por los productores de un bien específico al hacer propaganda genérica, por ejemplo, piscicultores que anuncian un producto sin marca, o los productores de un bien al que se da una denominación de origen, por ejemplo, consorcios productores de vinos que pueden imponer condiciones mínimas de calidad para autorizar el uso de la denominación. También puede agrupar actividades de servicios y, en definitiva, extenderse a toda la cadena de valor, permitiendo alianzas que, en la terminología de PORTER, M. E., y FULLER, M. B. (86), pueden calificarse de Y (horizontales) y se dan dentro de las fronteras de actividades o X (verticales), plasmándose a través de estas fronteras. Las primeras se ordenan en un esquema basado en URBAN, S., y VENDEMINI, S. (92), y LYNCH, R. P. (93), según recoge la Tabla número 3

Las variantes reflejadas en la tabla pueden verse ampliadas en el caso de cruzarse diferentes actividades. De este modo, se daría lugar, por ejemplo, a actividades de producción conjunta y a cambios de producción por distribución. Los casos más claros son el de la fabricación de aviones de uso civil o militar, la industria aeroespacial y la de armamento (véase DUSSAUGE, P., 90), donde se da una fuerte implicación de los poderes públicos, el coste de diseño y producción es elevado y el acceso a los mercados está vinculado a la participación en el proyecto de empresas nacionales o bien, en otros casos, la reticencia a la adquisición del producto es menor si ha sido originado por un consorcio de países. Así, en el caso de la fabricación del AIRBUS participan British Aerospace (Reino Unido), Aerospatiale (Francia), MBB (Alemania) y CASA (España) que, al tiempo, son competidoras en la fabricación de aviones pequeños y mantienen otras alianzas entre sí y/o con terceros, como, por ejemplo, la existente entre Aerospatiale y MBB con Agusta y Fokker para la fabricación del helicóptero NH 90. Para DUSSAUGE, P., la reiteración y superposición de alianzas permite considerar a las industrias aeroespacial y de armamento como industrias constituidas por redes de alianzas.

Cualquier acuerdo puede dar lugar a evoluciones tan diversas como las siguientes: a) Reproducirse con nuevos objetivos, generando relaciones duraderas pero reversibles. b) Cancelarse a la consecución. c) Originar una relación más estrecha que culmine en una integración empresarial. d) Desistir de iniciar nuevas coaliciones con el o los socios en pre-

sencia y optar por la expansión interna o por nuevos aliados. e) Creciente autonomía que lleve a la independencia de la actividad conjunta. f) Deterioro de la posición competitiva de un socio en beneficio del otro. El considerar estas posiciones implica incorporar las cuatro últimas líneas de la Tabla número 3.

TABLA 3. CLASIFICACIÓN DE LAS ALIANZAS EMPRESARIALES

| <i>Tipo de acuerdo</i>          | <i>Nivel central de actividades</i> | <i>Ámbito de la empresa</i> |
|---------------------------------|-------------------------------------|-----------------------------|
| 1. Contrato de distribución     | Diseño de producto                  | Externo                     |
| 2. Investigación conjunta       |                                     | Externo                     |
| 3. Centrales de compra          | Compras                             | Externo                     |
| 4. Centrales de servicio        |                                     | Externo                     |
| 5. Contrato de ingeniería       | Método de producción                | Externo-Empresa Asociada    |
| 6. Acuerdo producción conjunta  |                                     | Externo-Empresa Asociada    |
| 7. Contrato de <i>know-how</i>  |                                     | Externo-Empresa Asociada    |
| 8. Patentes, licencias          |                                     | Externo-Empresa Asociada    |
| 9. Subcontratación              |                                     | Externo-Empresa Asociada    |
| 10. Fab. equipo original        |                                     | Externo-Empresa Asociada    |
| 11. <i>Joint Venture</i>        |                                     | Empresa Ampliada            |
| 12. Agrup. de interés económico |                                     | Empresa Ampliada            |
| 13. Franquicia                  | Distribución                        | Empresa Ampliada            |
| 14. Intercambio de servicios    |                                     | Externo-Empresa Ampliada    |
| 15. Representantes ventas       |                                     | Externo                     |
| 16. Licenciarios                |                                     | Externo                     |
| 17. Suministradores             |                                     | Externo                     |
| 18. Consorcios                  |                                     | Empresa Ampliada            |
| 19. Participación en capital    | Financiación                        | Empresa Ampliada            |
| I. Compra                       |                                     | Interno                     |
| II. Fusión                      |                                     | Interno                     |
| III. Creación                   |                                     | Interno                     |
| IV. Expansión directa           |                                     | Interno                     |
| a) <i>Ententes</i>              | Metamercado                         | Externo                     |
| b) <i>Ententes</i>              | Colusión                            | Externo                     |

En cada caso, el tipo de acuerdo tiene una dimensión meramente táctica o meramente estratégica. Las diferencias se remiten a varias dimensiones que, en el caso de acuerdos con fabricantes de equipo especializado, por ejemplo, pueden dar lugar a ambas posibilidades. Según LYNCH, R. P. (93), se consideran ocho factores, con una plasmación diferente en cada caso:

1) Estructura temporal

(T) Táctica a corto plazo, indefinida o renovable

(E) Estratégica largo plazo

2) Relación

(T) Superior-subordinado, comprador-suministrador

(E) Líder-miembro del equipo, comprador-suministrador

- 3) Flujo de Información
  - (T) Una dirección
  - (E) Dos direcciones
- 4) Mejora de producto o servicio
  - (T) Definida por contrato
  - (E) Cambiante, fluida
- 5) Control
  - (T) Jerarquía tradicional
  - (E) Grupo de trabajo multidisciplinar
- 6) Objetivo Primario
  - (T) Precio
  - (E) Calidad, precio, plazos
- 7) Beneficio
  - (T) Controlado por el comprador
  - (E) Controlado mutuamente
- 8) Beneficiario
  - (T) Ganador/?
  - (E) Mutuo

El ámbito de la empresa implicado es continuo, va del exterior al interior, y se pueden encontrar, al menos, tres dimensiones.

a) Respecto al tipo de control, es legalista y contractual en el caso externo, colaborativo y flexible en el de la empresa ampliada y de dirección por autoridad en el interno.

b) En relación al estilo de dirección, es formal en el externo, coordinativo en la empresa ampliada y jerárquico en el interno.

c) En cuanto a la incertidumbre implicada, es alta en el caso externo, media en la empresa ampliada y dependiente de la estructura contractual y de la mecánica de incentivos, en tanto que es baja en el caso interno.

Esta relación permite incorporar ciertas prácticas estables de colaboración, de larga tradición y que, sin embargo, están ausentes en la literatura referida a alianzas estratégicas. Por ejemplo, los consorcios de servicios como los ofrecidos por HOTUSA a empresas hoteleras y que van del intercambio de reservas a la transmisión de técnicas de gestión hotelera. En estos casos, al igual que ocurre por otra parte en las asociaciones de compra como la Federación Farmacéutica, la propiedad de la asociación está repartida entre los socios, la gestión de la agrupación debe rendir cuentas a la asamblea y su objetivo es la oferta de servicios en condiciones mejores que las del mercado, facilitadas por la mayor dimensión de las operaciones y la posibilidad de pagar personal especializado, permitiendo extender sus servicios a la oferta de herramientas de gestión de las farmacias y a la formación de quienes las administran. Sin embargo,

la agrupación incide, en casos especiales, en la gestión de asociados, sugiere cambios de actuación y, a pesar de actuar más por excepción que por norma y apoyarse en la persuasión derivada de la autoridad moral, implica una relación de doble sentido entre el afiliado individual y la agrupación.

La asociación empresarial, además de la oferta de servicios comunes promovidos por el consorcio, puede dar lugar al intercambio de los servicios ofrecidos por cada socio; así, las agrupaciones bancarias del tipo ABECOR o Europartners intercambian informes comerciales, *country analysis*, canalización de clientes, preferencia en el cruce de operaciones y otras, junto al intercambio de personal, las prácticas de formación conjuntas y el intercambio accionario que, posiblemente, se extiende a colaboración en gestión de carteras y acciones conjuntas de imagen, tales como publicaciones. En otros casos, la entrada en un consorcio de servicios puede contribuir a la disminución de costes, externos e internos, y a la mejora del servicio, como es el caso de las actividades aglutinadas en torno a redes de comercio electrónico aplicadas a transacciones de compraventa, intercambio de información, conexión múltiple a bases de datos, etc. (véase KUULA, J., 92). Aunque la colaboración interempresarial en el ámbito de los servicios está menos estudiada que en el plano industrial, según el análisis de la cooperación en servicios de ingeniería de BIDAULT, F.; LAURENT, P., y SEGLA, C. (92), parece existir cierta correlación entre la madurez de la actividad y la intensidad de la colaboración.

Otra modalidad de ampliación de variantes deriva de la posibilidad de utilizar una misma figura legal para distintas operaciones económicas. Por ejemplo, el *Joint Venture* puede pasar por el accionariado estratégico (véase SILVER, A. D., 93) adecuado a operaciones de *Corporate Venture Capital* o de *Venture Nurturing* (añade a la anterior una asesoría especializada, además de inversión financiera). Otra modalidad es el *Venture Spin-Off* creado por disgregación de la empresa originaria y, a veces, estimulado directamente por ella (Benetton, Exxon). A su vez, la *Joint Venture*, puede ser considerada, según el grado de control, como dominada por un socio con el otro(s) aceptando una posición pasiva, como participativa si todos se involucran en la gestión, o como independiente si los socios prescinden de intervenir en la gestión (véase NAVARRO ELOLA, L., 93).

La *Joint Venture* puede responder a criterios de escala dependiendo de si los socios buscan la internalización de un mercado al que indivisibilidades de escala o gama lleven a ineficiencia en la propiedad plena de los activos relevantes, o bien, la complementariedad (*link*) resultante del fallo de mercado para servicios de dos o más activos que son bienes públicos idiosincráticos y cuya adquisición por parte de una empresa podría acarrear costes de gestión significativos (véase HENNART, J. F., 88).

De acuerdo con la forma de aportación constitucional, esto es, si nace *ex-novo* o, por el contrario, se crea desgajando parte de la actividad precedente de un socio, se tendría una *Spin-Out Joint Venture*, que evita alguno



de los riesgos de partir de cero. El procedimiento consiste en separar una división de la matriz inicial, vender una parte de la misma a otro(s) socio(s) y permitirle una trayectoria independiente, por ejemplo, la división de productos de carbón de Unión Carbide se separó de la matriz, vendiéndose un 50 por 100 a Mitsubishi, estrategia que buscaba acceder a la tecnología y conocimiento de mercado de Mitsubishi, así como obtener fondos para reducir deuda (véase LYNCH, R. P., 93). Si cada socio de la nueva *Joint Venture* contribuye con una parte de empresas en funcionamiento, se tiene una variante denominada *Dual Spin-Out* como la constituida por GM, que aportó una fábrica especializada en transmisión para camiones, con una planta de Chrysler en Syracuse, elaboradora de componentes para transmisión manual de vehículos todo terreno.

La configuración de variantes es susceptible de llevar a una definición más precisa de objetivos, como la nomenclatura del BC-Net de la UE, que recoge 40 variantes agrupadas en los apartados de cooperación general, financiera, comercial y tecnológica. Ésta puede apoyarse, bien en la tipología de estrategias a las que sirve la alianza (véanse DUSSAUGE, P., y GARRETTE, B., 91; LORANGE, P.; ROOS, P., y BRONN, P. S., 92); bien considerar las expectativas de continuidad, algo menores donde hay acceso a una información que, una vez lograda, elimina el incentivo a mantenerla, si bien tenderán a ser más dilatadas si los socios realizan contribuciones (equilibradas o complementarias) no puntuales o/ni autoliquidables (véanse PORTER, M. E., y FULLER, M. B., 86). Igualmente, puede considerarse la posibilidad de articular una misma colaboración bajo diferentes estructuras organizativas, por ejemplo, recurrir a crear una *Joint Venture*, una Agrupación de Interés Económico en los países donde esta figura esté aceptada (véase Capítulo 3), o una Agrupación Europea de Interés Económico en la UE.

La referencia a *ententes* entre empresas con propósitos colusivos (véase KOENIG, G., 90) es muy amplia en la literatura económica y si bien escapa al tema de estas páginas, que es la colaboración competitiva, en determinadas circunstancias se incluyen entre las alianzas, al menos, cuando tienen una sanción legal, como es el caso de los Keidanren. Con todo, de estos acuerdos suelen salir agrupaciones de exportación, creación de filiales conjuntas en terceros países y otras variantes de acuerdos competitivos. Las agrupaciones, tales como las confederaciones empresariales que tienden a reconfigurar el metamercado, esto es, el marco institucional de normas regulatorias y de pautas de comportamiento en el que tienen lugar las transacciones económicas, suelen tener efectos procompetitivos cuando son de ámbito intersectorial, sin importar el área geográfica cubierta. De este modo, y dado que la defensa anticompetitiva de un sector comporta perjuicios a otros sectores pertenecientes a la asociación (p. ej., la presión para el aumento de tarifas eléctricas reguladas, o de tipos de interés) que bloquearían acciones perjudiciales para ellos, sólo pueden realizarse actuaciones válidas para el conjunto, entre ellas, instar a menores costes de cumplimiento de la fiscalidad, sugerir medidas de

política microeconómica como reformar las normas cooperativas, facilitar el acceso a información y promover servicios comunes.

La delimitación de las categorías de colaboración cambia en la medida en que aparecen nuevas formas, acuerdos cruzados entre actividades y propósitos con intensidades desiguales. Por ejemplo, Down Elanco es una *Joint Venture* de Eli Lilly & Co. con Down Chemical Co. que realiza acuerdos de colaboración con el centro de investigación de la Universidad de Florida, *el Institute of Food & Agricultural Sciences*, para el desarrollo de insecticidas antitermitas (véase *Business Week*, de 3 de mayo de 1993). La evolución de los acuerdos es difícil de predecir con precisión y, según la trayectoria seguida, es posible que una operación pueda iniciarse con un criterio y culminar con otro, planteando problemas de clasificación.

## 2. ALIANZAS Y COMPETENCIA

En 1919 Alfred MARSHALL exponía que «muchas de las economías que normalmente se considera que corresponden a las fusiones, se pueden obtener por acuerdos particulares de cooperación... la mera cooperación puede alcanzar muchos de los fines para los que se intenta, a veces, la fusión y sin reducir por ello el ámbito para las iniciativas por parte de las firmas independientes...». Sobre esta base podría entenderse que las alianzas entre empresas debieran tener, a efectos de defensa de la competencia, un tratamiento similar al de las fusiones. Sin embargo, tras un análisis detallado que considere la naturaleza del acuerdo, la finalidad de los partícipes, su peso relativo y su dinámica, la apreciación de MARS-HALL, llevada a su extremo, sería sólo un caso extremo e hipotético.

En base a esta consideración los principios de actuación de las autoridades norteamericanas encargadas de la defensa de la competencia (véase nota 4 *supra*) deslindan la cooperación procompetitiva de la anticompetitiva. Así, en la Webb del US Department of Justice, KLEIN, J. I. (99), sintetiza la posición del Departamento: «Cuando el sistema competitivo opera con eficiencia no hay necesidad de intrusión del gobierno. La ley reconoce que ciertos acuerdos entre empresas —como la cooperación entre competidores para realizar investigación o el desarrollo de proyectos— pueden beneficiar a los consumidores al permitir a las empresas que los han realizado competir mejor con otras empresas. Consecuentemente, el gobierno, no persigue todos los acuerdos entre empresas, sino sólo los que comportan el riesgo de que los precios que pagan los consumidores aumenten o los que los privan de nuevos productos.»

En esta línea, los acuerdos de investigación conjunta que permiten rebajar el coste y, por tanto, permiten un precio final inferior sin arriesgar el margen de las empresas estarían excluidos de la relación de prácticas anticompetitivas. El mismo efecto tienen otras variantes de acuerdos tales como la puesta en común de redes comerciales entre empresas que ofrecen productos diferentes pero canalizados a través del mismo cauce

comercial, la creación de centrales de compras que permite mejorar la posición negociadora y acceder a economías de escala en la gestión de aprovisionamientos, la creación de consorcios de exportación entre empresas afines o de empresas que aporten servicios comunes a los socios, tales como laboratorios de control de calidad o gestión de datos. *A priori* estas prácticas son beneficiosas para los partícipes y los consumidores al permitir mayores beneficios sin elevación de precios y, por tanto, al posibilitar un reparto de ese ahorro con la clientela.

Los acuerdos de desarrollo de una línea de producción pueden dar lugar a situaciones de refuerzo de la competencia si los partícipes hubieran rehusado la entrada individual. En mercados maduros, como el del automóvil, el aumento de demanda de vehículos familiares tipo minivan o de todo terreno ha llevado a acuerdos como los realizados entre Renault y Matra, entre Citroen, Fiat y Peugeot o el de Volkswagen y Ford y, en el segundo caso, Ford y Nissan. En ambas líneas de oferta el mercado es pequeño y el coste de desarrollo elevado, con lo que la posibilidad de entrada es baja y quien ha hecho el primer movimiento tiene una ventaja apreciable, pero la cooperación permite diluir el coste de desarrollo y aportar a la red comercial una oferta más diversificada. La competencia potencial se reduce y la diferenciación de oferta también, pero la competencia real se incrementa y ésta no depende sólo de la amplitud de ofertantes, sino de la capacidad respectiva de los mismos y de su actuación tendente a aumentar cuota de mercado.

Otro aspecto que reduce el riesgo anticompetitivo de los acuerdos de cooperación frente a las fusiones o absorciones es su carácter reversible y la mayor dificultad de gestionarlo. La obra de STIGLER, entre otros, poniendo de relieve la dificultad de mantener los acuerdos colusivos por lo elevado de los costes de verificar el cumplimiento de acuerdos y las motivaciones para incumplirlos es pertinente en este caso. Muchas de las alianzas fracasan por motivos diversos, entre ellos los costes de transacción y las dificultades de comunicación que comportan y pueden llevar a posiciones de enfrentamiento competitivo entre los partícipes más encodadas.

Sin embargo, a pesar de las salvedades expuestas, la evolución de esos acuerdos, si las ventajas obtenidas son significativas, puede (en algunos casos) llevar a deteriorar la posición competitiva de proveedores rivales y cuestionar su supervivencia, con lo que se produciría una mayor concentración de la oferta y el riesgo de que se tradujera en ulteriores alzas de precios, especialmente en el caso de existencia de barreras de entrada. De ahí la subsistencia de reticencias en parte de la literatura especializada<sup>7</sup>. La situación contraria, en la que esos acuerdos no se per-

<sup>7</sup> Esta prevención es explícita en los comentarios de FISHER, F. (90), al texto de KATZ, M. L. y ORDOVER J. N. (90), acerca de la cooperación y competencia en I + D, o la más matizada de SHAPIRO, C., y WILLIG R. D. (90). Esta posición tiene un componente cultural relacionado que inspira la regulación, pero también se vincula con experiencias negativas en la transferencia de tecnología se vuelve contra el cedente [véanse referencias documentadas en REICH, R. B., y MANKIN, E. D.,

mitan puede tener el mismo efecto de distorsión de la competencia. Un ejemplo se tiene en las centrales de compras que permiten a muchos pequeños compradores tener el poder negociador de una gran empresa; sin embargo, en el acceso a condiciones beneficiosas en el precio de servicios o inputs básicos, como telefonía, energía u otros, el establecimiento de tales grupos de compras puede estar restringido por la normativa vigente, o circunscribirse a grupos cerrados, con lo que los excluidos podrían tener condiciones de coste más onerosas en la adquisición de un mismo bien o servicio.

Estas diferencias pueden ser utilizadas con habilidad por un vendedor con alta cuota de mercado, por ejemplo, una línea aérea que controle una parte significativa del tráfico interno de un país mediano, para ofrecer a las agencias de viaje condiciones basadas en el volumen de tráfico que consigan. Si algunas agencias ya tienen dimensión significativa y controlan la organización gremial de los revendedores, o tienen vínculos con el operador aéreo, podrían expulsar del mercado con facilidad a los operadores de menor dimensión con dificultades para organizarse con eficiencia debido a su dispersión.

Las alianzas suponen una distorsión del marco de análisis estructura-comportamiento-resultados. Aquí el comportamiento colectivo puede alterar la configuración del mercado sin que varíe el número de empresas presentes ni el coeficiente de concentración. En este enfoque el número de empresas competidoras y su concentración, el de clientes y proveedores con su grado de concentración respectivo y la diferenciación del producto junto con la presencia de bienes sustitutivos más o menos cercanos que actúan como competencia cruzada delimitan la estructura del mercado relevante. Los cambios motivados por el comportamiento provienen de la innovación técnica o de cambios en distribución, de la introducción de nuevas variantes, de la aparición de nuevas fuentes de materia prima y, sobre todo, de la calidad de la gestión y el servicio ofrecido. La mayoría de los analistas y la literatura gerencial tiende a enfatizar la prioridad del comportamiento respecto a la estructura que sería un dato de partida pero alterable por los resultados.

La introducción de los acuerdos altera el marco analítico desde el momento en que el comportamiento puede consistir en una innovación institucional que dé lugar a una estructura virtual que actúa, en la práctica, como si correspondiera a un mercado diferente. Así, los suministradores

---

86, y REICH, R. B., 90 (matizado en REICH, R. B., 91), así como WHITESIDE, D. E., y TREECE J. B., 86], lo que lleva a PORTER, M. E. (90), a su propuesta «Don't collaborate, compete», o bien a sugerir una flexibilización regulatoria que permita alianzas entre empresas del país como las autorizadas, por ejemplo, entre GM y Toyota, impensables en el momento en que lo sugieren (1986), pero factibles en la actualidad. Por otro lado, el rechazo a la colaboración y su correlato activo, el boicot, tiene carta de naturaleza en la regulación antitrust y está tratado, por ejemplo, en BRENNAN, T. J. (92). La influencia de la reflexión americana en el tratamiento —incluso en Europa— del tema está mencionada en JOFFRE, P., y KOENIG, G. (84), en MONTEBUGNOLI, E., y SCHIATTARELLA, R. (89), y en KOENIG, G. (90) (pp. 197 ss.).

locales de una materia prima que venden a un comprador único están en un monopsonio, pero si se agrupan como central de ventas pueden acceder a mercados distantes, tener otras ofertas y más capacidad de negociación, con lo que su mercado ha pasado a ser de monopolio bilateral. Lo mismo ocurre en el caso en que se agrupan los compradores frente a un proveedor único.

Una vez iniciada la cooperación horizontal ésta puede llevar a acuerdos de actuación vertical, y así muchas cooperativas de productores agrarios pasan a entrar en la elaboración y distribución de sus productos. Estos casos suelen afectar a mercados de ámbito territorial reducido pero la similitud de intereses, el abaratamiento en la comunicación y la mayor cualificación de los partícipes facilita el logro de acuerdos que pueden llegar a permitir un boicot efectivo que tenga características legales. El conflicto entre comerciantes y emisores de tarjetas de crédito es un caso que podría tener similitudes. Los primeros consideran elevado el cobro de comisiones cargadas por el uso de ese medio de pago, la negativa individual a la aceptación de ese coste implica la pérdida de clientes con lo que su rechazo como medio de pago es poco probable, pero la actuación conjunta, cuando hay una organización solvente que la ampara, es una amenaza creíble que facilita una negociación. Cuando los emisores ofrecen descuento (que es detráido del margen del comerciante) éstos exigen contrapartidas que, si no pueden trasladarse al usuario individual del medio de pago, inevitablemente reducirán el margen operativo de los emisores. Este es otro caso de alteración de un mercado de oligopolio indiferenciado en los emisores de tarjetas y de competencia en los aceptantes que se convierte en un monopolio bilateral pero si la agrupación de comerciantes consigue emitir una tarjeta propia con una entidad financiera de dimensión suficiente habrá logrado cambiar la correlación de fuerzas frente a terceros emisores.

El caso más habitual de alianzas, el que se da entre compañías bancarias para intercambio de información y prácticas de empleados, entre compañías de seguros para información sobre riesgos potenciales o entre compañías aéreas para aportar a los pasajeros facilidades en los tránsitos, más opciones de viajes y beneficios en forma de puntos en los programas de *frequent fliers*, de hecho ofrecen evitar aumentos de coste gracias al ahorro conseguido con servicios comunes o abaratamiento del servicio al recibirse más variedad de servicios por el mismo precio. En estos casos la alianza permite, inicialmente, aumentar la cuota de mercado del grupo y con ello la rentabilidad de las empresas partícipes, lo que se traduce en aumento en la cotización de sus acciones, así como en actuaciones compensatorias por parte de los competidores excluidos del acuerdo que adoptan medidas de respuesta de la misma índole con la consiguiente mejora del servicio ofrecido a los clientes y la alteración real de la estructura del mercado.

En su *survey* sobre la evolución del análisis económico del *Antitrust*, BAKER, J. B. (99) resalta el aumento del escepticismo acerca de la relación

entre concentración en el mercado y poder de mercado, así como el reconocimiento creciente del papel reforzador de la competencia que tienen los acuerdos verticales. En el primer caso por la duplicidad de efectos que generan las fusiones; de un lado, al facilitar el ejercicio del poder de mercado, y de otro, al permitir competir más agresivamente gracias a la reducción de costes, con lo que el impacto final depende del efecto predominante, como puede ocurrir en el caso de las alianzas y en el de los acuerdos verticales. Otro aspecto destacado en el texto de BAKER y relacionado con las alianzas es la coordinación entre empresas, entendiéndose por ésta un equilibrio en el que adoptan, con o sin discusión o comunicación con sus rivales, estrategias que tienen en cuenta la interacción pasada y su mantenimiento en el futuro a través de procedimientos como los calificados de *cheap talk* por FARRELL, J., y RABIN, M. (96), consistentes en anuncios de propuestas de aumento de precios antes de hacerlos efectivos o medidas de similar efecto de aviso con tiempo. Las alianzas favorecen la competencia mientras la coordinación en el sentido de FARRELL y RABIN la conculca.

La realidad de las alianzas afecta a la configuración del mercado y a la competencia. En líneas generales, y en el marco de una economía abierta y sin restricciones de entrada o privilegios de exclusividad conferidos por ley, suelen ser tendentes a favorecer la mejora de las condiciones de oferta y, en consecuencia, procompetitivas, si bien, en su evolución, podrían darse casos de aumento en la concentración de la oferta sin que ello lleve necesariamente al ejercicio de poder de mercado, pero sin que quepa descartarlo plenamente. El recurso creciente a las alianzas estratégicas por parte de las empresas lleva a introducirlas como un elemento más, tanto en la panoplia de herramientas de gestión como en el análisis de los mercados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDREWS, K. R., *The Concept of Corporate Strategy*, Dow Jones-Irving, Inc. 71. En castellano en Eunsa, 1976 y Orbis, 1984 p. 49.
- ARROW, K. J., «Informational Structure of the Firm», *American Economic Review*, vol. 75, núm. 2, mayo 1985, pp. 303-307.
- BADARACCO, J., «The Boundaries of the Firm» en *Socioeconomics: Toward a New Synthesis*, ETZIONI, A., y LAWRENCE, P. R. (eds.), M. E. Sharpe Inc., 1991, pp. 293-327.
- BAKER, J. B., «Developments in Antitrust Economics», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, núm. 1, 1999.
- BHATTACHARYA, S.; GLAZER, J., y SAPPINGTON, D. E. M., «Licensing and the Sharing of Knowledge in Research Joint Ventures», *Journal of Economic Theory*, vol. 56, 1992 pp. 43-69.
- BIDAULT F.; LAURENT, P., y SEGLA, C., «Competitive and Cooperative Strategies in Engineering Services», *Long Range Planning*, vol. 25, núm. 3, 1992, pp. 43-49.
- BIEMANS, W. G., «The Managerial implications of Networking», *European Management Journal*, vol. 8, núm. 4, diciembre 1990, pp. 529-540.

- BLOIS, K. G., «Vertical Quasi-integration», *The Journal of Industrial Economics*, vol. 20, 1972, pp. 253-272.
- BRENNAN, T. J., «Refusing to cooperate with competitors: A Theory of Boycotts», *The Journal of Law and Economics*, vol. 35, núm. 2, octubre 1992, pp. 247-264.
- BRODLEY, J. F., «Antitrust Law and Innovation Cooperation», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, núm. 3, summer 1990.
- BURNETT, K., *Alianzas estratégicas de mercado (92)*, Folio, 1994.
- BYRNE, J. A.; BRANDT R., y PORT, O., «The Virtual Corporation», *Business Week*, 8 de febrero de 1993, pp. 36-41.
- CEGOS IDET, *Guía práctica de la Cooperación Transnacional*, Comisión de las CE, 1992.
- CHANDLER, A. D., «Strategy and Structure: Chapters in the History of the Industrial Enterprise», *The MIT Press*, 1962, p. 13.
- CHESNAIS, F., «Les accords de coopération technique entre firmes indépendentes», *STI Revue*, núm. 4, OCDE, 1988.
- COLLINS, T. M., y DOORLEY, T. L., *Les alliances stratégiques*, Inter-Editions 1992.
- COOPER, R., y KAPLAN, R. S., *The Design of Cost Management Systems*, Prentice-Hall International, 1991.
- COY, P., «Two cheers for Corporate Cooperation», *Business Week*, 3 de mayo de 1993 p. 35.
- CUEVAS RIAÑO, L., «Motivaciones y evidencias empíricas sectoriales de los acuerdos de cooperación», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989.
- D'ASPREMONT, C., y JACQUEMIN, A., «Cooperative and Noncooperative R&D in Duopoly with Spillovers», *The American Economic Review*, vol. 78, núm. 5, diciembre 1988, p. 1133-1137.
- DERTOUZOS, M. L.; LESTER, R. K., y SOLOW, R. M., *Made in America: Regaining the Productive Edge*, Harper Perennial, 1990.
- DOUMA, S., «Success and Failure in New Ventures», *Long Range Planning*, vol. 24, núm. 2, pp. 54-60.
- DUFOURT, D., «La coopération des entreprises en matière de recherche industrielle: fondements et modalités», *Revue d'Economie Regional*, núm. 4, 1989 y en *Problèmes Économiques*, núm. 2176, 23 de mayo de 1990, pp. 19-25.
- DUSSAUGE, P., «Les alliances stratégiques entre firmes concurrentes», *Revue Française de Gestion*, septiembre-octubre 1990, pp. 5-16.
- DUSSAUGE, P., y GARRETTE, B., «Alliances stratégiques, mode d'emploi», *Revue Française de Gestion*, septiembre-octubre 1991, pp. 4-18.
- DUSSAUGE, P., y GARRETTE, B., «Las alianzas estratégicas entre firmas competidoras: un enfoque inductivo y estadístico», *Información Comercial Española*, núm. 692, abril 1991, pp. 113-131.
- ECCLES, R., «The Quasifirm in the Construction Industry», *Journal of Economic Behavior and Organization*, núm. 2, diciembre 1981, pp. 335-357.
- ESPITIA, M. A.; POLO, Y., y SALAS, V., «Grupos estratégicos y resultados en el sector bancario español», *Información Comercial Española*, núm. 690, febrero 1990, pp. 89-212.
- EYBEN, D., y JAMAR, J., «Les instruments communautaires d'information et coopération des entreprises», *Reflects et perspectives de la vie économique*, noviembre 1991.
- FARRELL, J., y RABIN, M., «Cheap talk», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, 1996.
- FENEUILLE, S., «A Network Organization to Meet the Challenges of Complexity», *European Management Journal*, vol. 8, núm. 3, septiembre 1990, pp. 296-301.

- FERNÁNDEZ DE CASTRO J., *Organización y estrategia empresarial*, Documento inédito, 1993.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, E., «La cooperación empresarial», *Información Comercial Española*, núm. 693, mayo 1991 pp. 125-38.
- «Una introducción a la cooperación empresarial», *Alta Dirección*, año xxviii, núm. 165, septiembre-octubre 1992.
- FISHER, F., «Comments to Katz, M. L., y Ordover, J. A., "R & D Cooperation and Competition"», *Brookings Papers: Microeconomics Special issue*, 1990, pp.192-194.
- FLYNN, J., y MILLER, K. L., «Is Rover Roaring toward a Sale?», *Business Week*, 9 de agosto de 1993, p. 24.
- FRANK, L., «Redes cooperativas: Opción estratégica para las pyme», *Boletín CE Price Waterhouse*, núm. 87, marzo/abril 1990, pp. 12-15.
- GARCÍA CANAL, E.; LÓPEZ DUARTE C.; RIALP CRIADO, J., y AVLDES LLANEZA, A., *Las estrategias de cooperación como medio de internacionalización: Experiencias de las empresas españolas*, Centre d'Economia Industrial, 1999.
- GARCÍA CANAL, E., «La cooperación empresarial ante los nuevos retos empresariales», *Fomento*, núm. 2084, 1999.
- GARCÍA VICENTE, R., «La cooperación entre empresas en la CE: Aspectos Jurídicos», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989, pp. 131-161.
- GERLACH M. L., «Business Alliances and the Strategy of the Japanese Firm», *California Management Review*, vol. 31, julio 1987, pp. 126-142.
- GERLACH, M. L., *Alliance Capitalism: The Social Organization of Japanese Business*, University of California, 1993.
- GHEMAWAT, P.; PORTER, M. E., y RAWLINSON, R. A., «Patterns of International Coalition Activity» en *Competition in Global Industries*, PORTER (ed.), Harvard Business School 1986.
- GHOSHAL, S.; ARNZEN, B., y BROWNFIELD, S., «A Learning Alliance between Business ans Business Schools: Executive Education as a Platform for Partnership», *California Management Review*, vol. 34, otoño 1992, pp. 50-67.
- GOTO, A., «Business Groups in a Market Economy», *European Economic Review*, vol. 19, 1982 pp. 53-70.
- GRIM TERRE, J. D., y TENA MILLÁN, J., *Análisis y formulación de la estrategia empresarial*, Hispano Europea S. A. 1984.
- GROSSMAN, G. M., y SHAPIRO, C., «Dynamic R&D Competition», *The Economic Journal*, vol. 97, junio 1987, pp. 372-387.
- HAMEL, G.; DOZ, Y. L., y PRAHALAD, C. k., «Ventajas y riesgos de colaborar con la competencia», *Harvard Deusto Business Review 1989*, 3.º trimestre pp. 19-28.
- HAMEL, G., y PRAHALAD, «C. k., Strategy as Stretch and Leverage» *Harvard Business Review*, vol. 71, núm. 2, marzo-abril 1993, pp. 75-84.
- HASHIMURA, J., «Promoción de las relaciones comerciales, tecnológicas e industriales de Japón», *Dirección y Progreso*, núm. 111, mayo-junio 1990, pp. 97-101.
- HENNART, J. F., «A Transaction Costs Theory of Equity Joint Ventures», *Strategic Management Journal*, vol. 9, 1988, pp. 361-374.
- HENRIQUES, I., «Cooperative and Noncooperative R&D in Duopoly with Spillovers: Comment», *The American Economic Review*, vol. 80, núm. 3, junio 1990, pp. 638-642.
- HIRSCHHORN, L., y GILMORE, T., «The New Boundaries of the "Boundaryless" Company», *Harvard Business Review*, vol. 70, núm. 3, mayo-junio 1992, pp. 104-115.



- INOUE, M., «Competition and Cooperation among Japanese Corporations» en *The Management Challenge*, THUROW, L. (ed.), MIT, 1985, pp. 139-160.
- JACQUEMIN, A., «Cooperative Agreements in R&D and European Antitrust Policy», *European Economic Review*, vol. 32, 1988, pp. 551-559.
- JARILLO, J. C. «Ventaja cooperativa y ventaja competitiva», *Economía Industrial*, núm. 266 marzo-abril 1989 pp. 69-75.
- JARILLO, J. C., *Strategic Networks. Creating the Borderless Organization*, Butterworth-Heinemann, 1993.
- JARILLO, J. C., y MARTÍNEZ, J. I., «Evidencia empírica de la superioridad de los sistemas cooperativos», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989, pp. 99-104.
- JOFFRE, P., y KOENIG, G., «Stratégies de Coopération et d'Alliance Inter-Entreprises», *Enseignement et Gestion*, Nouvelle Série, núm. 31, Automne 1984 pp. 67-73.
- JOHNSTON, R., y LAWRENCE, P. R., «Beyond Vertical Integration the Rose of the Value-Adding Partnership», *Harvard Business Review*, vol. 66, núm. 4, julio-agosto 1988, pp. 94-101.
- JONAS, N., et. al. «The Hollow Corporation: The decline of manufacturing threatens the entire US Economy», *Business Week*, march 3, 1986 pp. 53-75.
- JORDE, T. M., y TEECE, D. J., «Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, núm. 3, verano 1990, pp. 75-96.
- KANTER, R. M., *Cuando los gigantes aprenden a bailar (89)*, Planeta, 1990 cap. V.
- KATZ, M. L., «An analysis of cooperative research and development», *Rand Journal of Economics*, vol. 17, núm. 4, invierno 1986, pp. 527-543.
- KATZ, M. L., y ORDOVE, J. A., «R & D Cooperation and Competition», *Brookings Papers: Microeconomics Special Issue*, 1990, pp. 137-191.
- KATZ, M. L., y SHAPIRO, C., «Systems Competition and Network Effects», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 8 núm. 2, 1994.
- KLEIN, J. L., «Antitrust Enforcement and the Consumers», *Webb us Department of Justice*, 1999.
- KOGUT, B., «Joint. Ventures: Theoretical and empirical perspectives», *Strategic Management Journal*, vol. 9, 1988, pp. 319-332.
- KONIG, G., *Management Strategique: Vision, manoeuvres et tactiques*, Natham, 1990.
- KROUSE, C. G., *Theory of Industrial Economics*, Basil Blackwell, 1990.
- KUULA, J., «Cooperación y comercio electrónico», *Economía Industrial*, núm. 283, enero-febrero 1992, pp. 101-111.
- KWOKA, J. E., Jr. «The Output and profit effects of horizontal joint ventures», *The Journal of Industrial Economics*, vol. XL, núm. 3, septiembre 1992, pp. 325-338.
- LADO, A. A., y KEDIA, B. L., «Determinantes en la elección estratégica de lo individual frente a lo colectivo», *Economía Industrial*, núm. 283, enero-febrero 1992, pp. 49-60.
- LESSEM, R., «Foreword to "European Strategic Alliances"» en URBAN, S., y VENDEMINI, S., *European Strategic Alliances*, Blackwell, 1992.
- LEVIN, R. C., «Appropriability, R&D Spending, and Technological Performance», *The American Economic Review*, vol. 78, núm. 2, mayo 1988, pp. 424-428.
- LEVINE, J. B., y BYRNE, J. A., «Corporate Couples: Beware the Wrong Partner», *Business Week*, 21 de julio de 1986, pp. 98-103.
- LORANGE, P.; ROOS J., y BRONN, P. S., «Building Successful Strategic Alliances», *Long Range Planning*, vol. 25, núm. 6, 1992, pp. 10-17.

- LYNCH, R. P., *Business Alliances Guide*, John Wiley and Sons, Inc. 1993.
- LYONS, M. P., «Joint-Ventures as Strategic Choice-A Literature Review», *Long Range Planning*, vol. 24, núm. 4, 1991, pp. 130-144.
- MACBETH, D. K., y FERGUSON, N., *Alianzas con los proveedores*, Folio, 1994.
- MACMILLAN, K., y FARMER, D., «Redefining the Boundaries of the Firm», *The Journal of Industrial Economics*, vol. xxvii, núm. 3, marzo 1979.
- MALERBA, F., «Learning by firms and incremental technical change», *The Economic Journal*, vol. 102, núm. 413, julio 1992, pp. 845-859.
- MARITI, P., «Los acuerdos de colaboración entre empresas en las economías modernas», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989.
- MARITI, P. y SMILEY, R. H., «Co-operative Agreements and the Organization of Industry», *The Journal of Industrial Economics*, vol. xxxi, núm. 4, junio 1983, pp. 437-451.
- MARIT, S., «Incentives for cooperative and noncooperative R and D in duopoly», *Economics Letter's*, vol. 37, 1991, pp. 187-191.
- MARSHALL, A., «Industry and Trade», 2.<sup>a</sup> ed., 1919, pp. 487 ss.
- MILES, R. E., y SNOW, Ch. C., «Organizations: New Concepts for New Forms», *California Management Review*, vol. xxviii, núm. 3, primavera 1986, pp. 62-73.
- MILES, R. E., y SNOW, Ch. C., «Causes of Failure in Network Organizations», *California Management Review*, vol. xxxiv, verano 1992, pp. 53-72.
- MILGROM P., y ROBERTS, J., *Economía, organización y gestión de la empresa* (92), Ariel, 1993, pp. 679-83.
- MONTEBUGNOLI, E., y SCHIATTARELLA, R., «Consideraciones en torno a los acuerdos entre empresas: particular referencia a las PME», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989, pp. 87-97.
- NAULLEAU, G., «La "joint venture" internationale: l'essor d'une forme complexe et instable d'entreprise», *Gérer et Comprendre*, marzo 1993, y en *Problèmes Économiques*, núm. 2337, 11 de agosto de 1993, pp. 6-13.
- NAVARRO ELOLA, L., «Las empresas conjuntas ("Joint Ventures")», *Boletín Económico de Información Comercial Española*, núm. 2353, 11-17 de enero de 1993, pp. 4158-4161.
- NELSON, R., «Why Firms Differ, and How does it Matter?», *Strategic Management Journal*, vol. 12, 1991, pp. 61-74.
- NEWMAN, W. H., «Launching a Viable Joint Venture», *California Management Review*, vol. 35, núm. 1, otoño 1992, pp. 73-81.
- NIELSEN, R. P., «Cooperative Strategy», *Strategic Management Journal*, vol. 9, 1988, pp. 475-492.
- NUENO P., y OOSTERVELD, J., «Managing technological alliances», *Long Range Planning*, vol. 21, núm. 3, 1988, pp. 11-17.
- OCDE, *La technologie et l'Économie: Les relations déterminantes*, OCDE, 1992.
- OHMAE, K., «The Global Logic of Strategic Alliances», *Harvard Business Review*, vol. 67, núm. 3, marzo-abril 1989.
- OHMAE, K., *The Borderless World*, McGraw-Hill, 1989. Versión en castellano en McGraw-Hill, 1991.
- OLLER, V. (dir.), *La colaboración entre empresas*, Hispano Europea, 1968.
- OLSON, M., y ZECKHAUSER, R., «An economic theory of alliances», *The Review of Economics and Statistics*, agosto 1966, pp. 266-279. En castellano en *Información Comercial Española*, núm. 292, diciembre 1982, pp. 137-148.
- ORDOVER, J. A., «A Patent System for Both Diffusion and Exclusion», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, núm. 1, invierno 1991, pp. 43-60.
- ORDOVER, J. A., y WILLIG, E. D., «Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Research Joint Ventures and Mergers», *The Journal of Law and Economics*, vol. 28, may 1985, pp. 311-333.

- OUCHI W. G., y BOLTON, M. K., «The Logic of Joint Research and Development», *California Management Review*, vol. 30, primavera 1988, pp. 9-33.
- PERLMUTTER, H. V., y HEENAN, D. A., «Cooperate to Compete Globally. Thinking Ahead», *Harvard Business Review*, vol. 64, núm. 2, marzo-abril 1986, pp. 136-152. En castellano en *Harvard Deusto Business Review*, 2.º trimestre 1987, pp. 49-58.
- PETERS, T., «The Boundaries of Business: Partners- The Retic and Reality», *Harvard Business Review*, vol. 69, núm. 5, septiembre-octubre 1991, pp. 97-99.
- PETERSON, J., «Technology Policy in Europe: Explaining the Framework Programme and Eureka in Theory and Practice», *Journal of Common Market Studies*, vol. XXIX, núm. 3, marzo 1991, pp. 269-290.
- PIORE, M., «Corporate Reform in American Manufacturing and the Challenge to Economic Theory». Ponencia presentada en la Conferencia sobre Economía de la Organización en la Yale School of Organization and Management, 24-25 de octubre de 1986. Versión en castellano «La reforma de las sociedades en la industria manufacturera americana y el desafío a la teoría económica» (86), *Información Comercial Española*, junio 1988, pp. 139-153.
- POLANYI, M., *The Tacit Dimension*, Doubleday Anchor, 1967.
- POLO Y., y SALAS FUMAS, V., «Modelo económico sectorial con aprendizaje y difusión de innovaciones», *Cuadernos de Economía*, vol. 9, núm. 25, mayo-agosto 1991.
- PORTER M. E., *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, 1985.
- «The state of strategic thinking», *The Economist*, 23 de mayo de 1987, pp. 21-28.
- «Don't Collaborate. Compete», *The Economist*, 9 de junio de 1990, pp. 17-21
- «Towards a Dynamic Theory of strategy», *Strategic Management Journal*, vol. 12, 1991, pp. 95-117.
- PORTER, M. E., y FULLER, M. B., «Coalitions and Global Strategy», en *Competition in Global Industries*, de PORTER, M. E. (ed.), Harvard Business School, 1986. En castellano en *Información Comercial Española*, junio 1988, pp. 101-120.
- POWELL, W. W., «Hybrid Organizational Arrangements: New Form or Transitional Development?», *California Management Review*, vol. 30, núm. 1, 1987, pp. 67-88.
- PRESCOTT, E. C., y BOYD, J. H., «Dynamic Coalitions: Engines of Growth», *American Economic Review*, vol. 77, núm. 2, mayo 1987, pp. 63-67.
- PUCIK, V., «Strategic Alliances, Organizational Learning, and Competitive Advantage: The HRM Agenda», *Human Resource Management*, vol. 27, núm. 1, primavera 1988, pp. 77-93.
- RAUSA, A., «Programas de apoyo a la cooperación empresarial de la CE», *Dirección y Progreso*, núm. 111, mayo-junio 1990, pp. 19-26.
- REGER, R. K., y HUFF, A. S., «Strategic Groups: A Cognitive Perspective», *Strategic Management Journal*, vol. 14, 1993, pp. 103-124.
- REICH, R. B., «Who Is US?», *Harvard Business Review*, vol. 68, núm. 1, enero-febrero 1990, pp. 53-64.
- REICH, R. B., «Who is them?», *Harvard Business Review*, vol. 69, núm. 2, marzo-abril 1991, pp. 77-89.
- REICH, R. B., y MANKIN, R. B., «Joint Ventures with japan give away our future», *Harvard Business Review*, vol. 64, núm. 2, marzo-abril 1986, pp. 78-86.
- RICHARDSON, G. B., «The Organisation of Industry», *The Economic Journal*, núm. 327, vol. 82, septiembre 1972, pp. 883-896.

- RODRÍGUEZ DE TEMBLEQUE, M.<sup>a</sup> T., y MENDEZ ALONSO, J., «Instrumentos de la CEE para fomentar la cooperación transfronteriza», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989.
- ROIG, B., «Estrategias cooperativas», *Economía Industrial*, núm. 266, marzo-abril 1989, pp. 77-85.
- SALAS FUMAS, V., *Economía de la empresa: decisiones y organización*, Ariel, 1987, (a).
- «Els acords de cooperació entre empreses», *Revista Econòmica de Catalunya*, núm. 6, 1987 (b), pp. 8-18.
- SEGURA, J., *Teoría de la economía industrial*, Civitas, 1993.
- SHAPIRO, C., «The theory of business strategy», *Rand journal of Economics*, vol. 20, núm. 1, primavera 1989, pp. 125-137.
- SHAPIRO, C., y WILLIG, R. D., «On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, núm. 3, verano 1990, pp. 113-130.
- SILVER, A. D., *Strategic Partnering*, McGraw-Hill, Inc. 1993. 6 P. «Non-Profit trade accross frontiers in the European Single Market» Ponencia en la Conferencia «Well-beeing in Europe by strengthening the third sector», Barcelona, 27-29 de mayo de 1993.
- SNODGRASS, C. R., «The Use of Networks in Cross Border Competition», *Long Range Planning*, vol. 26, núm. 2, 1993, pp. 41-50.
- SUÁREZ VILLA, L., «Reducción de escala, subcontratación y alianzas en redes», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 109, abril 1996.
- STIGLER, G. J., «The Division of labor is limited by the extent of the market», *The Journal of Political Economy*, vol. LIX, núm. 3, junio 1951, pp. 185-193.
- STIGLER, G. J., «La Teoría de los Precios» (66), *Revista de Derecho Privado*, 1968.
- SUZUMURA, K., «Cooperative and Noncooperative R&D in an Oligopoly with Spillovers», *The American Economic Review*, vol. 82, núm. 5, diciembre 1992, pp. 1307-1320.
- THORELLI, H. B., «Networks: Between Markets and Hierarchies», *Strategic Management Journal*, vol. 7, 1986, pp. 37-51.
- TIROLE, J., *La teoría de la organización industrial* (88), Ariel, 1990, pp. 624-626.
- TREECE, J. B.; MILLER, K. L., y MELCHER, R. A., «The Partners», *Business Week*, 10 de febrero de 1992, pp. 38-43.
- TRIGO, J., y DRUDIS, A., *Alianzas estratégicas: Las claves y la práctica de la cooperación entre empresas*, Gestión 2000, 1999.
- URBAN, S., y VENDEMINI, S., *European Strategic Alliances: Co-operative Corporate Strategies in the New Europe*, Blackwell, 1992.
- VICKERS, J., «Strategic Competition among the few: Some recent developments in the economy of industry», *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 1, núm. 3, 1985, pp. 39-62.
- VIVES, X., «Competencia estratégica en la literatura de la organización industrial», *Revista Española de Economía*, 2.<sup>a</sup> época, vol. 3, núm. 1, 1986, pp. 111-150.
- WAGNER, H. E., «The Open Corporation», *California Management Review*, vol. 33, núm. 4, verano 1991, pp. 46-61.
- WILLE, J., «Haciendo que funcione la cooperación», *Boletín CE Price Waterhouse*, núm. 88, mayo-junio 1990, pp. 11-14.
- WEITZMAN, M., *The Share Economy*, Harvard University Press, 1984.
- WHITESIDE, D. E., y TREECE, J. B., «Corporate Odd Couples: Beware the Wrong Partner», *Business Week*, 21 de julio de 1986.

- WILLIAMSON, O. E., «Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications», *The Free Press*, 1975. Versión en castellano en Fondo de Cultura Económica, 1991.
- WILLIAMSON, O. E. «Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange», *American Economic Review*, vol. 73, septiembre 1983, pp. 519-540.
- WILLIAMSON, O. E., *The Economics Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985. Versión castellana en Fondo de Cultura Económica, 1989.
- WILSON, J. W., y DOBRZYNSKI, J. H., «And Now the Post-Industrial Corporation», *Business Week*, 3 de marzo de 1986, pp. 60-64.
- YOSHINO, M. Y., y RANGAN, U. S., *Las alianzas estratégicas: Un enfoque empresarial a la globalización (95)*, Ariel, 1996.

## VARIANTICO ESPAÑOL

Paul H. Davis

University of Southern California

Department of Economics and Business

at Los Angeles University of Southern California

\*\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es uno de los primeros que trata de alianzas en España y en Latinoamérica. Significativamente no sólo es muy difícil identificar las alianzas que los gobiernos se oponen a introducir porque consideran en el mercado extranjero, y los incentivos que los empresas. No es fácil ver alianzas, o al menos del presente mundo, sino más bien identificar las alianzas que presenta el sistema institucional español y las consecuencias económicas de las mismas. Por eso, algunas alianzas son más fáciles de identificar que otras, en el sistema institucional, que resulta en instituciones, como se muestra en la última parte de este artículo.

## 2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA

Tras varios años de análisis puestas cualitativa económica a través de los datos económicos españoles para mostrar particularmente que la teoría económica institucional. Sin embargo, los resultados que se muestran en el presente artículo y algunos de la economía de los datos empíricos de análisis institucional.

Tanto la identificación institucional como las prácticas que producen alianzas tienen lugar en un contexto económico que se pretende mostrar

Este trabajo es un homenaje a David de España que se ha publicado en el libro *El mundo de las alianzas* que se publica en español, en la serie de libros que se publican en el Fondo de Cultura Económica, en español, en español.



# LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DEL SUELO. RIGIDECES Y COMPETENCIA EN EL SISTEMA URBANÍSTICO ESPAÑOL

Pere RIERA \*

Universidad Autónoma de Barcelona  
Departamento de Economía Aplicada  
e Instituto Universitario de Estudios Europeos

## 1. INTRODUCCIÓN

El del suelo es uno de los sectores que más se resisten en España a su liberalización. Seguramente no sería muy difícil identificar las fuerzas que tan eficazmente se oponen a introducir mayor competencia en el mercado urbanístico, y los incentivos que les empujan. No es éste, sin embargo, el objetivo del presente escrito, sino más bien identificar las rigideces que presenta el sistema urbanístico español y las consecuencias económicas de las mismas. Dichas rigideces causan una notable inmadurez económica en el sistema urbanístico, que resulta en ineficiencias, como se muestra en la última parte de este escrito.

## 2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA

Todo sistema urbanístico plantea cuestiones económicas a varios niveles. El sistema urbanístico español posee muchas particularidades que lo hacen especialmente interesante. Sin embargo, las cuestiones que se plantean son de naturaleza compleja y requieren de la introducción de distintos instrumentos de análisis económico.

Tanto la planificación urbanística como las prácticas que pretende controlar tienen lugar en un contexto económico que se extiende mucho

---

\* Deseo expresar mi agradecimiento al Banco de España por la financiación del estudio RIERA *et al.* (1997), del que este escrito se beneficia, así como a FEDEA por el seguimiento realizado del trabajo. La responsabilidad, sin embargo, recae en el autor.

más allá de los confines inmediatos del mercado del suelo. Cuando con la planificación se interviene el mercado, se modifican los términos en que ese mercado operaría por sí solo y en relación a los demás mercados. Si la intervención urbanística impone controles, y los derechos para edificar o utilizar el suelo se hacen más escasos, cabe esperar que aquellos agentes afectados reaccionen económicamente ante la situación de escasez, en un intento de reducir el impacto negativo de las restricciones sobre su actividad. Utilizadas creativamente y con conocimiento por los reguladores, estas reacciones económicas de los agentes pueden ayudar en la consecución de los objetivos perseguidos con la regulación. Sin embargo, dado que los mercados son abiertos, y el sistema económico en su conjunto ofrece muchísimas posibilidades para que la reacción de los agentes implicados vaya más allá del mercado urbanístico, puede que estas reacciones acaben contribuyendo muy poco al objetivo original de la política urbana y que se disipen sus efectos.

La planificación urbanística opera en un contexto de mercado muy fluido, capaz de generar grandes fluctuaciones ante la presión del desarrollo. Tanto las exigencias de la política urbana como la probabilidad de su éxito están sujetas a estas fluctuaciones, con lo que surge entonces la cuestión de si la política está controlando al mercado o si, por el contrario, está siendo controlada por él.

Todo proceso urbanístico comporta la provisión de un servicio. Se emplean recursos escasos para generar un producto que se define de manera amplia como «urbanismo». Este es, pues, un problema económico que plantea preguntas obvias sobre cuán eficientemente se están utilizando los recursos, cuánto «urbanismo» es conveniente producir, y qué composición o qué características ha de tener el producto. Todas estas cuestiones son difíciles de responder debido a que, por lo general, la planificación urbanística no se evalúa en sí misma, sino por la influencia que tiene sobre otras actividades. En tanto que la planificación urbanística conlleva una intervención de las decisiones que sobre el suelo realizan tanto productores como consumidores, se convierte en una actividad económica que interfiere en otras actividades económicas. Además, el producto resultante de la planificación es con frecuencia intangible, adoptando la forma de calidad ambiental o de provisión de información.

El análisis económico se encuentra, asimismo, con otras dificultades al estudiar el mercado urbanístico o del suelo. El bien o servicio «urbanismo» no siempre cumple las condiciones habituales para mercados perfectamente competitivos, incluso al margen de la intervención pública. Algunas de las características que comúnmente se consideran como condiciones para garantizar la presencia de mercados perfectamente competitivos, pueden formularse como:

- que haya muchos pequeños compradores y vendedores,
- movilidad de los factores productivos,
- homogeneidad en la producción,
- que los agentes tengan información perfecta.



Si bien es difícil encontrar un mercado «perfectamente» competitivo, de acuerdo con las condiciones mencionadas, unos son más imperfectos que otros. Y el del suelo no es precisamente el mejor modelo de mercado perfectamente competitivo. Detallar, aunque sólo sea de forma breve, cuáles son algunas de las limitaciones, debería ayudar a comprender mejor este mercado especial.

La primera condición —presencia de muchos pequeños compradores y vendedores— quiere garantizar que un agente, consumidor o productor, de forma individual, no pueda forzar un cambio en los precios al incorporarse al mercado. ¿Se cumple esta hipótesis razonablemente en el mercado del suelo?

Los mercados urbanísticos o del suelo tienden a ser locales o regionales, más que nacionales o internacionales. En estos niveles territoriales pequeños —e incluso en niveles mayores—, cuando una parcela grande y cara de suelo o una promoción inmobiliaria de considerable dimensión se pone a la venta, puede hacer variar el precio de mercado. Por ejemplo, el desarrollo de un gran centro comercial y de oficinas puede revalorizar los terrenos cercanos y hacer disminuir los precios del suelo para otras localizaciones comerciales o de oficinas de la ciudad. Otro caso típico, para usos residenciales, sería el de un municipio medio que desarrolla un plan parcial con un solo proyecto de, por ejemplo, 200 viviendas. El efecto a la baja de los precios residenciales del municipio sería, seguramente, bastante perceptible. Finalmente, determinados proyectos urbanísticos, por su elevado coste, cuentan con muy pocos agentes que tengan la capacidad técnica y financiera de asumirlos.

De los factores tradicionales, capital, trabajo y suelo, este último es el que más claramente incumple la condición de movilidad. Existe un *trade-off* entre estos factores, y de hecho, algunos de los modelos que se utilizan en economía del urbanismo lo reflejan con claridad; pero la característica de propiedad *inmobiliaria*, con la que intrínsecamente trata el urbanismo, supone una cierta limitación a la perfecta competencia del mercado. Es fácil encontrar ejemplos de municipios donde la presión de la demanda es muy baja, en contraste con otros municipios donde la escasez de suelo disponible para urbanizar es evidente, sin que podamos trasladar suelo de un lado a otro como se haría con la mayoría de los otros bienes privados. Aun sin ser móvil el propio bien urbanístico, sí lo son, en cambio, algunas de las características importantes que lleva asociado. Por ejemplo, el mercado de las hipotecas inmobiliarias no está necesariamente ligado a una zona geográfica pequeña. Cualquier empresa o ciudadano puede adquirir una hipoteca fuera de la región o incluso del país donde se encuentra la propiedad inmobiliaria. En algunos países, hay un número apreciable de personas que viven en casas móviles, que asientan en una ciudad u otra sobre suelo preparado como parque de viviendas móviles.

La condición de homogeneidad en la producción ayuda a evitar costes de producción excesivamente altos. Pero la actividad urbanística e inmo-

biliaria no siempre se caracteriza por ser estándar. Tanto los procesos de urbanización como sobre todo los de construcción, contienen a menudo elementos relativamente únicos que encarecen el producto. Además, el bien urbanístico tiene múltiples atributos que distinguen de forma muy acusada unos bienes de otros, lo que conlleva una fuerte segmentación del mercado.

Finalmente, la condición de que los agentes dispongan de información perfecta tampoco se cumple demasiado en el mercado urbanístico y del suelo. Como se comenta más adelante, el incumplimiento de esta condición es más evidente en mercados poco maduros, como el español, que en otros más maduros, como, por ejemplo, los anglosajones; la imperfección informativa se da mucho más acusadamente entre los agentes de la propiedad inmobiliaria española que en el caso de los Estados Unidos donde, por ejemplo, tienden a ser muchas agencias a la vez las que intentan vender una misma propiedad.

Todas esas desviaciones respecto a las condiciones de mercado perfectamente competitivo pueden llevar a pensar que la intervención pública está justificada. Pero nada nos asegura *a priori* que la intervención pública, tal como se ha concretado en el sistema urbanístico español, sea la mejor posible. Ni siquiera que sea particularmente mejor que la desregulación en muchos casos. En este capítulo se introducen los conceptos básicos de análisis económico urbanístico poniendo el énfasis en las características propias de la regulación del urbanismo en España.

### 3. CUESTIONES GENERALES

Al revisar el contexto económico del sistema de planificación urbanística en España, surgen algunas cuantas cuestiones generales. En primer lugar, todos los sistemas de zonificación afectan potencialmente a la escasez de oferta de suelo para urbanizar. Dicha escasez va a tener como una de sus consecuencias la distorsión de los precios del suelo. Seguramente, los propietarios del suelo, los promotores y, por último, los usuarios van a reaccionar «económicamente» ante tales restricciones. La naturaleza e intensidad de esa reacción afectará de forma más o menos decisiva a la consecución de los objetivos de política económica y urbanística propuestos por la Administración local.

Existe un tipo de reacción que es particularmente importante y que nace de la estructura del sistema de planificación en sí y del tipo de instrumentos de intervención que se utilizan en España. En una situación en la que las restricciones urbanísticas crean incrementos de precios del suelo para algunos propietarios pero no para otros (según sea la clasificación urbanística que les toque), la generación de la denominada plusvalía va a ser muy desigual entre los propietarios originales de un mismo municipio. Es previsible que los propietarios individuales pretendan buscar esas plusvalías (*rent-seeking*) y que se posicionen para ello de manera

que sean ellos y no otros los que resulten beneficiados de estos incrementos en el valor del suelo.

El sistema urbanístico español fija legalmente los derechos urbanísticos mediante la redacción de los planes generales de ordenación municipal, que son de obligado cumplimiento legal, de manera que, formalmente, existen pocas oportunidades para la búsqueda de plusvalías en la fase del control urbanístico o la concesión de licencias de obras, al contrario de lo que ocurre en países anglosajones. Por ello, en España, la actividad de *rent-seeking* se centra en intentos de influir en 1) la etapa de redacción de los planes de urbanismo, y 2) en la de modificación posterior de los mismos para que determinados terrenos tengan una clasificación o calificación urbanística más ventajosa. La inversión en búsqueda de plusvalías puede adoptar distintas formas dependiendo de los mecanismos concretos que se utilicen en la asignación de los derechos urbanísticos. Sea como sea, en el caso español puede pensarse que al menos parte de este gasto constituye una pérdida neta de bienestar en tanto que los propietarios o promotores gastan recursos en el proceso de (re)clasificación y (re)calificación de suelo, compitiendo entre sí para asegurarse los derechos a edificar, que sólo algunos consiguen.

En segundo lugar, y como sucede en todos los sistemas urbanísticos, los planes mismos y las formas concretas que se utilizan para el desarrollo urbanístico incorporan una compleja colección de decisiones económicas. Al tomar cualquier decisión en el proceso urbanístico, se están asignando implícitamente valores a toda una serie de bienes y servicios, tangibles e intangibles. Las elecciones económicas, y los valores que éstas implican, raramente resultan transparentes en la planificación urbana, dado que buena parte de las decisiones se realizan en el ámbito público e institucional o, en todo caso, fuera del mercado y con la ausencia de métodos de evaluación económica basados en criterios de eficiencia.

Curiosamente, la Ley del Suelo impone como obligatoria la elaboración de un estudio económico y financiero como parte de la redacción del plan general de ordenación municipal. Ésta es una característica específica del sistema español, que parece poner así un cierto énfasis en el análisis económico. Sin embargo, en la práctica, dicho estudio no va mucho más allá de una evaluación de las necesidades de gasto e inversión que el plan va a exigir de las Administraciones públicas y de la credibilidad de que estos recursos puedan ser aportados en un período de tiempo determinado. No se hace ninguna evaluación económica significativa de los objetivos de la política municipal, de los medios mediante los cuales los objetivos se van a perseguir o de los costes y beneficios externos que el plan va a generar, ya sean ambientales o de cualquier otra índole.

Otro ejemplo de decisión económica en los planes de urbanismo es la fijación de los coeficientes de aprovechamiento para la equidistribución de plusvalías entre propietarios, los cuales deberían reflejar los valores reales. Pero el marco de valores del suelo sobre el que los planes se redactan es, en el mejor de los casos, el que refleja la realidad de aquel

momento. Pero los precios relativos de los distintos usos del suelo y localizaciones cambian con el tiempo. A veces, esos cambios son espectaculares, como los ocurridos con los precios relativos de los mercados residencial y de oficinas en España a finales de los años ochenta y primera mitad de los noventa. Los planes españoles son relativamente poco flexibles para corregir esas variaciones, de manera que algunos de los objetivos de la planificación urbanística se ven seriamente amenazados por esos cambios en los mercados. Así, las provisiones de los planes generales pueden terminar en franco divorcio con las condiciones en las que se mueven los agentes inmobiliarios, a pesar de que el espíritu de la Ley del Suelo parece ser el de ligar la redacción de los planes de urbanismo a las condiciones de precios relativos del mercado inmobiliario. La equidistribución de las plusvalías del suelo mediante reparcelación se ve también seriamente afectada, como es lógico, cuando se aplican dichos coeficientes.

A partir de estos antecedentes sobre temas económicos amplios, el análisis se centra a continuación en el examen de la madurez del mercado urbanístico español.

#### 4. MADUREZ DEL MERCADO

Los mercados tienen distinto grado de madurez. Éste es un concepto de definición poco estricta en economía. Se expresa más en términos relativos o comparativos, que absolutos. No tiene por qué coincidir con la noción de eficiencia. No se prejuzga, en este estadio, si es económicamente deseable o no que un mercado como el del suelo en España sea más o menos maduro en relación a otros mercados y a los mercados urbanísticos de otros países.

La madurez del mercado (véase, por ejemplo, KEOGH y D'ARCY, 1993) se puede definir en relación a los seis indicadores siguientes:

- existencia de un abanico completo de objetivos y oportunidades de uso e inversión;
- capacidad de ajuste del mercado a corto y largo plazo;
- existencia de una profesión bien desarrollada, articulada y establecida sobre el mercado inmobiliario;
- alto nivel de actividad en investigación y accesibilidad a información completa sobre el mercado inmobiliario;
- mercado abierto espacial, funcional y sectorialmente;
- estandarización de los derechos de propiedad y prácticas de mercado.

Se examinan a continuación, de forma breve, las características de esos indicadores para España. Para ello, una de las afirmaciones que estará subyacente en este examen, va a ser la siguiente: en España, el mercado inmobiliario y, en particular, del suelo, es relativamente poco maduro; dicha inmadurez es a la vez causa y, sobre todo, consecuencia

del alto grado de intervención de la Administración en la actividad urbanística.

El primero de los indicadores es la existencia de un abanico completo de objetivos y oportunidades de uso e inversión. La propiedad inmobiliaria, y con ella la del suelo, tiene al menos dos finalidades claras: la de consumo y la de inversión. No tienen por qué darse simultáneamente en la toma de una decisión. Es más, dados los muchos actores que juegan un papel en esos mercados, con intereses distintos, puede considerarse un signo de madurez el que las dos finalidades estén claramente separadas en muchos casos. Resolver institucionalmente y con claridad la relación entre los derechos de propiedad de ambas partes es algo que los mercados precisan para su buen funcionamiento. Los mercados maduros tienden a tener mayor número de opciones de inversión y a estar mejor integradas las opciones en el mercado del suelo con las que se dan en otros mercados. Muchas carteras internacionales de inversión han tendido a incluir las operaciones inmobiliarias como elemento atractivo de diversificación de riesgos a largo plazo. Todo ello lleva a la aparición de diversos submercados, con distintas características, que sirven a propósitos algo diversos.

A pesar de no ser incompatibles entre ellos, la presencia de numerosos promotores, con una gran capacidad de gestionar zonas de nueva implantación urbanística o de reutilización de áreas en entornos ya edificados, es un mayor síntoma de madurez que la presencia de numerosos autopromotores, que construyen un solo edificio, para finalidad de consumo directo y no de inversión. Los mercados «profesionalizados» en la parte de la inversión suelen tener mayor capacidad de ajuste a corto y largo plazo ante las oscilaciones de la demanda, que es el segundo indicador de madurez mencionado anteriormente.

Respecto de los dos primeros criterios, la situación española no parece ser más madura que la que se da en otros países europeos, por poner como referencia un entorno cercano, sino al contrario. Por ejemplo, en el período recesivo de principios de los años noventa, los precios en el mercado de alquiler y venta de oficinas bajó muy significativamente en España, como en la inmensa mayoría de países europeos, si bien con algún retraso temporal. Sin embargo, los precios en el mercado de la vivienda experimentaron bajas mucho más suaves en términos reales (descontada la inflación) y cayeron sólo ligeramente en términos nominales. Seguramente el componente inversión está más presente y desarrollado («maduro») en el primer mercado que en el segundo, por lo que el submercado del suelo para oficinas se ajustó de forma mucho más realista y comparable con otros sectores de la economía que el del suelo residencial.

Otro ejemplo: el número de operadores especializados en inversiones urbanísticas, compañías especializadas en propiedad o creación de fondos de inversión inmobiliaria en España, es notoriamente inferior al que puede encontrarse en los países anglosajones. Buena parte de esas empresas

en España son delegaciones de las que tienen su base en el Reino Unido u otros países.

Un ejemplo más de la relativa inmadurez del mercado urbanístico español proviene de la restricción que imponen los planes de urbanismo, que en la práctica tienen una duración legal de aproximadamente dos décadas. Como instrumento rígido en su forma no provee demasiadas oportunidades de adaptación a cambios en la demanda ni a corto ni a largo plazo. En la práctica la flexibilidad es lógicamente mayor, pero con altos costes de transacción. Cuanto más rígido es el plan, mayor es la dificultad temporal y económica de concretarse en un instrumento urbanístico útil para realizar inversiones y obtener los correspondientes beneficios. Al aparecer demandas de edificios no previstos en el plan en la cantidad adecuada (por ejemplo, un cambio de demanda de pisos hacia demanda de casas unifamiliares adosadas o aisladas), los inversores y promotores se encuentran en España con limitaciones institucionales mayores que en muchos otros países, lo que contribuye a mantener el sistema en un menor grado de madurez.

El tercer criterio tiene que ver con la existencia de profesiones especializadas en el mercado urbanístico. Cuanto mayor formación se ofrezca y requiera de los profesionales que operan en el campo urbanístico, mayor grado de madurez podrá pensarse que va alcanzar el mercado. En España, la cantidad de oferta de cursos especializados de formación y capacitación profesional en el campo urbanístico e inmobiliario está muy por debajo de la de otros países y de la de otros sectores dentro de la economía española.

En la redacción de planes de urbanismo, se suelen constituir equipos multidisciplinares, liderados por profesionales de la arquitectura o de la ingeniería. Sin poner en tela de juicio la gran capacidad de dichos profesionales, puede observarse cómo la formación específica en urbanismo que se da en España en estudios universitarios, tanto de primer y segundo ciclo, como de tercer ciclo, dista mucho de la que reciben los *planners*, o urbanistas, en países anglosajones, por ejemplo, donde existe esta profesión, bien articulada educativa y profesionalmente, desde hace muchas décadas. Lo mismo ocurre con las demás profesiones de apoyo a la actividad urbanística. A pesar de existir tantos agentes de la propiedad inmobiliaria, sólo el 20 por 100 de las transacciones inmobiliarias se realizan a través de ellos, siendo el resto dominado por la «informalidad» del mercado (European Community, 1991), aunque seguramente esta situación ha ido progresando a lo largo de esta década.

Otra característica propia de mercados maduros es la disponibilidad de información y actividad investigadora. Para aprovechar las oportunidades que presenta el mercado, en primer lugar hay que conocerlo. La capacidad para generar información viene tanto desde la Administración como de las empresas privadas e instituciones financieras y las universidades y demás instituciones de enseñanza e investigación. Cuando la información e investigación están disponibles para el conjunto de agentes

que intervienen en el mercado urbanístico, éstos anticipan la evolución y toma de decisiones con mayor conocimiento de causa. A largo plazo, las decisiones tomadas son más eficientes y los costes totales menores para el conjunto de la sociedad.

En este aspecto, la situación española no es tampoco especialmente halagüeña con respecto a la mayoría de países europeos, en los que es mucho más fácil acceder a series estadísticas, bases de datos, verdaderos precios de las transacciones inmobiliarias o estudios de prospectiva. Como ejemplo, baste comparar las dificultades relativas para conocer el verdadero precio de una transacción inmobiliaria en España o en el Reino Unido; incluso, el sistema de valores catastrales reflejan la falta de incentivos a declarar el precio real y la paradójica incapacidad de control en España. Y es paradójico porque el mismo sistema español, con un alto grado de tutela del proceso urbanístico y una relativa poca confianza en el comportamiento de los agentes, no ayuda en demasía a la maduración en este aspecto. Ello no significa que no puedan darse niveles superiores de información e investigación en sistemas urbanísticos con alto grado de intervención, como muestran los casos francés u holandés, pero en combinación con las otras características, es un factor que se suma al escenario global de relativa poca madurez del mercado español del suelo.

Suelen contemplarse como mercados maduros aquellos con un alto grado de abertura espacial, funcional y sectorial. Especialmente, un mercado local es más abierto cuanto menos dificultades existan para que agentes de ámbitos territoriales distintos, nacionales o internacionales, tengan acceso a la información sobre las posibilidades de inversión en ese mercado y se enfrenten a pocas trabas para realizar tal inversión si la consideran atractiva. Funcionalmente, la apertura del mercado implica mayor interrelación. Así, consumidores de propiedad inmobiliaria pueden ver las características de inversión implícitas o explícitas de dicha propiedad, e inversores inmobiliarios pueden promover operaciones inmobiliarias para su propio consumo. Sectorialmente, la apertura implica una gran sustituibilidad y movilidad de capital de un sector de la economía a otro y, en particular, al urbanístico. Para ello, las barreras de entrada y permanencia deben ser pequeñas, cosa que no es especialmente característica del sistema urbanístico español.

Pero la mayor interrelación con agentes que operan en otros sectores, zonas geográficas, o que tienen como función principal otra distinta, comporta que los mercados se vayan estandarizando cada vez más. Y ese es, precisamente, el último de los seis indicadores propuestos de madurez del mercado inmobiliario. Una vez más, la estandarización de los mercados inmobiliarios no alcanza todavía los niveles de otros países de la Unión Europea.

Si estos indicadores de madurez debieran expresarse en uno solo, el más adecuado sería, seguramente, el del nivel de competencia del que goza el mercado inmobiliario. Parece existir un cierto consenso en que

este mercado es de los que precisa todavía de mayor competencia, por lo menos en el sistema urbanístico español.

#### FUTURA INVESTIGACIÓN

Este escrito no pretende cuantificar el grado de madurez del mercado urbanístico español en relación a otros mercados o a otros países. La definición de indicadores y su medición se deja para futuras investigaciones. En la tabla 1 se avanza, meramente como hipótesis para trabajos futuros, unas medidas cualitativas de dicho grado de madurez, basado en el análisis desarrollado en este escrito. Naturalmente, su confirmación requiere de estudios específicos que aquí sólo se han realizado de forma limitada para algún epígrafe.

TABLA 1. HIPÓTESIS DE CUMPLIMIENTO DE LOS CRITERIOS DE MERCADO MADURO EN ESPAÑA

|  | <i>Suelo*</i> | <i>Viviendas</i> | <i>Oficinas</i> | <i>Hipotecario</i> |
|--|---------------|------------------|-----------------|--------------------|
| Existencia de un abanico completo de objetivos y oportunidades de uso e inversión.                             | 1             | 3                | 4               | 5                  |
| Capacidad de ajuste del mercado a corto y largo plazo.   | 1             | 1                | 2               | 5                  |
| Existencia de una profesión bien desarrollada, articulada y establecida sobre el mercado inmobiliario.         | 1             | 1                | 2               | 4                  |
| Alto nivel de actividad en investigación y accesibilidad a información completa sobre el mercado inmobiliario. | 1             | 2                | 3               | 4                  |
| Práctica ausencia de mercado negro.  | 2             | 2                | 2               | 4                  |
| No exclusión de agentes.   | 1             | 4                | 4               | 5                  |
| Mercado abierto espacial, funcional y sectorialmente.  | 1             | 2                | 3               | 5                  |
| Estandarización de los derechos de propiedad y prácticas de mercado.   | 1             | 3                | 4               | 5                  |

\* Incluye el desarrollo urbanístico.

Escala cualitativa del 1 al 5, donde 1 indica poco cumplimiento (inmadurez) y 5 alto grado de cumplimiento (madurez), en relación a otros mercados españoles y a mercados inmobiliarios de los países de la OCDE.



Como puede observarse, la hipótesis básica es que el mercado del suelo, sobre todo en relación al proceso urbanístico, es el más inmaduro, mientras que el mercado hipotecario ha madurado extraordinariamente en los últimos años, de la mano de las reformas financieras generales.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se han identificado algunas de las principales rigideces del sistema urbanístico español, ya sea procedentes de la propia naturaleza especial del bien inmobiliario, o del alto grado intervencionista de la Administración española en este sector económico. Las rigideces de esa política urbanística, mantenidas durante décadas, impiden que España esté en una situación homologable a la de los países más desarrollados.

En resumen, el propio sistema urbanístico español, altamente intervencionista, previene al mercado incipiente de acelerar su proceso de maduración. Dadas las características del bien en cuestión, sobre todo su falta de movilidad, ni siquiera la integración de España en la Unión Europea logra acelerar de forma muy notable el proceso. Por otra parte, puede pensarse que la relativa inmadurez de este mercado ayuda a justificar, precisamente, el que la tutela desde la Administración sea todavía tan grande. Se trata, pues, de factores interrelacionados, sobre los que un modelo u otro de (des)intervención urbanística puede incidir para favorecer su maduración o ralentizarla.

## BIBLIOGRAFÍA

- EUROPEAN COMMUNITY (1991), *Panorama of European industry*, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Community.
- KEOGH, Geoff, y D'ARCY, Eamonn (1993), «Market maturity and property market behaviour: a European comparison of mature and emergent markets», *Discussion Papers in Urban and Regional Economics*, 87, University of Reading, Inglaterra.
- RIERA, Pere; GARCÍA, Loli; SAN MARTÍN, Ignacio, y KEOGH, Geoff (1997), *Informe para el Banco de España sobre economía del urbanismo en España, en comparación a otros países*.



## ALGUNAS CLAVES DE LAS ACTIVIDADES DEL GRUPO DE TRABAJO DE LA OMC SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE EL COMERCIO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

César A. GINER PARREÑO

Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid

### 1. INTRODUCCIÓN

Las líneas que siguen constituyen una mera información sobre algunos de los aspectos que el autor considera más relevantes de las actividades desarrolladas por el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la interacción entre el comercio y la política de la competencia.

Ciertamente, a finales del año pasado el Grupo de Trabajo ha presentado a la opinión pública un informe sobre las actividades desarrolladas por el mismo en el que se identifican, quizá de forma un tanto asistemática y con considerable densidad, algunos problemas del Derecho y la política de la competencia y la política comercial en un contexto social y económico que ha cambiado mucho en las últimas décadas.

Además de ser un documento de importante repercusión para dar los primeros pasos en la difícil creación de un Derecho y política de la competencia mundial, permite a los interesados en la materia contrastar diversos enfoques sobre los temas tratados y contemplar cómo las diversas culturas jurídicas y económicas observan, no sin ciertos reparos en ocasiones, al fenómeno de la competencia en los mercados y la necesidad correlativa de su protección. Por añadidura, puede decirse que el documento y su lectura permiten compartir experiencias en relación con temas que se encuentran en estado de polémica en España.

Se intenta, dada la amplitud del informe, realizar una selección y síntesis de aquellos problemas más interesantes para los expertos en la materia de la defensa de la libre competencia. De una parte, el contexto polí-

tico español actual aconseja poner el énfasis sobre las relaciones entre políticas destinadas a la creación de competencia en los mercados y la defensa de la libre competencia. El problema institucional no ha pasado desapercibido para el Grupo de Trabajo y debe ser tratado con detalle en estas líneas, dada la orientación que el gobierno español está ofreciendo en esta materia y que se concreta, tras el último dato legislativo (el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia), en una política posiblemente antiliberal, donde se acentúa la intervención del Estado en los procesos económicos, con sesgo oscurantista, y clara desconfianza hacia la configuración de una autoridad independiente en España de defensa de la competencia. Finalmente, tiene que hacerse una clara alusión al impulso de la colaboración bilateral y multilateral que el Grupo de Trabajo pretende para solucionar los problemas de defensa de la competencia en los mercados globales.

Pero antes de entrar en los temas apuntados, convendrá presentar al Grupo de Trabajo y la sistemática de las actividades que ha desarrollado.

## 2. EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE EL COMERCIO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: SU CREACIÓN Y SISTEMÁTICA

El Grupo de Trabajo sobre la interacción entre el comercio y la política de competencia fue creado por una decisión adoptada en el seno de la OMC en el contexto de la Conferencia Ministerial celebrada en Singapur en el año 1996:

El párrafo 20 de la Declaración Ministerial —WT/MIN(96)/DEC— disponía lo siguiente: «20. Teniendo en cuenta las disposiciones existentes de la OMC sobre cuestiones relacionadas con la inversión y la política de competencia y el programa incorporado relativo a esas materias, inclusive en el marco del Acuerdo sobre las MIC, y en la inteligencia de que la labor que se emprenda no prejuzgará la iniciación de negociaciones en el futuro, acordamos asimismo:

— establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión, y

— establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre comercio y política de competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC.

Cada uno de esos grupos aprovechará la labor del otro en caso necesario y aprovechará, además, sin que esto vaya en desmedro de ella, la labor realizada en la UNCTAD y otros foros intergubernamentales apropiados. En lo que concierne a la UNCTAD, celebramos la labor en curso

prevista en la Declaración de Midrand y la contribución que puede hacer a la comprensión de las cuestiones. En lo que respecta a la conducción de la labor de los grupos de trabajo, alentamos a la cooperación con las organizaciones antes citadas para hacer el mejor uso posible de los recursos disponibles y asegurar que se tome plenamente en consideración la dimensión del desarrollo. El Consejo General mantendrá bajo examen la labor de uno y otro grupo y decidirá al cabo de dos años cómo habrá de proseguir ésta en uno y otro caso. Queda claramente entendido que, de haberla, cualquier futura negociación en materia de disciplinas multilaterales aplicables a estos sectores sólo podrá tener lugar tras la adopción por los Miembros de la OMC de una decisión explícita por consenso acerca de esas negociaciones.»

#### A. SOBRE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN Y DEMÁS MATERIALES UTILIZADOS POR EL GRUPO DE TRABAJO

El mandato dirigido al Grupo de Trabajo dejaba perfectamente claro que su tarea consistía en estudiar los problemas que planteasen los Estados miembros. De esta suerte, su labor se ha basado en las contribuciones presentadas por escrito por los Estados miembros y en las aportaciones, preguntas y respuestas realizadas por los miembros en forma oral en el Grupo de Trabajo. Todo este material ha resultado complementado mediante la información que se recibió de las organizaciones intergubernamentales en calidad de observadores y por las notas preparadas por la Secretaría.

#### B. LA ACTIVIDAD DE COOPERACIÓN CON OTRAS ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES

El párrafo 20 de la Declaración Ministerial de Singapur impulsaba al Grupo de Trabajo para que realizase su labor en cooperación con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y con otros foros intergubernamentales apropiados, con la finalidad de realizar el mejor uso de las fuentes de información disponibles en el ámbito global. De esta manera, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial asistieron en calidad de observadores a las reuniones del Grupo de Trabajo debido principalmente a los acuerdos de cooperación celebrados entre la OMC y estas dos Organizaciones.

La UNCTAD y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo OCDE asistieron igualmente a las reuniones del Grupo de Trabajo como observadores, ya que fueron invitadas por el mismo. Se solicitó a estas Organizaciones en la primera reunión del Grupo de Trabajo que presentasen contribuciones en forma oral y escrita sobre la labor desempeñada por ambas Organizaciones. En ulteriores reuniones, los representantes de las aludidas Organizaciones mantuvieron al día al Grupo

de Trabajo sobre las actividades que desarrollaban y contribuyeron en los debates que se suscitaban.

El Grupo de Trabajo fue informado también sobre otras actividades relevantes realizadas por otras Organizaciones en un contexto regional, tal y como sucedió con la APEC. Y, de la misma forma, otras Organizaciones de ámbito regional solicitaron al Grupo de Trabajo asistir a sus sesiones de trabajo en calidad de observadores. En este sentido, la SELA fue invitada a asistir a las reuniones celebradas entre los meses de septiembre y noviembre de 1997.

En el contexto de la cooperación con las organizaciones intergubernamentales, cabe mencionar que se organizaron dos conferencias por la Secretaría de la OMC en colaboración con la UNCTAD y el Banco Mundial. La primera conferencia versó sobre *Política de la Competencia, Comercio Internacional y Desarrollo Económico*, y se celebró en noviembre de 1997 en el Centro *William Rappard*; la segunda conferencia, sobre *la Política de la Competencia y el Sistema de Comercio Multilateral: Problemas para su consideración en la Comunidad Internacional*, se celebró en julio de 1998 en el mismo lugar. Aunque no se trataba ciertamente de eventos integrados en el programa de actividades del Grupo de Trabajo, contribuían sin duda a facilitar su labor.

### C. REUNIONES MANTENIDAS POR EL GRUPO DE TRABAJO

1. El Grupo de Trabajo ha celebrado reuniones durante los meses de julio, septiembre y noviembre del año 1997, y a lo largo de los meses de marzo, julio, septiembre y noviembre del año 1998. Los días precisos de tales reuniones se determinaron de acuerdo con el mandato contenido en el párrafo 22 de la Declaración Ministerial de Singapur, que exigía una coordinación de las mismas con las de la UNCTAD. Existen informes sobre las seis primeras reuniones, accesibles bajo la denominación WT/WGTC/M/1-6, y está prevista la posibilidad de un inmediato acceso al informe sobre la séptima reunión, que se identificará con la denominación WT/WGTC/M/7.

2. En las reuniones celebradas los días 7 y 8 de julio de 1997, se realizaron diversas observaciones sobre la naturaleza de la labor que debía realizarse de acuerdo con el mandato de la Declaración Ministerial de Singapur y, al mismo tiempo, se identificaron algunos problemas que podían ser abordados por el Grupo de Trabajo. Se recibieron 30 contribuciones por escrito de los representantes de los países integrados en el APEC (Asian Pacific Economic Cooperation), en la OCDE y en la UNCTAD, y el Banco Mundial también hizo determinadas manifestaciones sobre algunas de sus actividades relevantes para el Grupo de Trabajo. Igualmente, se discutió, con base en una nota informal preparada por la Secretaría, sobre las normas relacionadas con la política de la competencia contenidas en los acuerdos constitutivos de la OMC. Finalmente, el Grupo

de Trabajo consideró, como punto de partida para la organización de su trabajo futuro, un grupo de cuatro áreas sustantivas que el Chairman sugirió para su estudio a la luz de las aportaciones de las delegaciones. Tales áreas de trabajo eran las siguientes: Primera, la relación existente entre los conceptos, principios, objetivos, ámbitos de aplicación e instrumentos del comercio y de la política de la competencia, e, igualmente, su relación con el desarrollo y el crecimiento económico; segunda, el análisis y balance de los instrumentos, criterios y actividades relativas al comercio y a la política de la competencia, incluyendo la experiencia en su aplicación; tercera, la interacción entre el comercio y la política de la competencia, y, cuarta, la identificación de otras áreas que puedan merecer ulteriores consideraciones en el contexto de la OMC.

3. Durante las reuniones de los días 16 y 17 de septiembre de 1997, el Grupo de Trabajo comenzó la discusión sobre las dos primeras áreas identificadas por el Presidente a raíz de las aportaciones de las delegaciones: i) la relación existente entre los conceptos, principios, objetivos, ámbitos de aplicación e instrumentos del comercio y de la política de la competencia e, igualmente, su relación con el desarrollo y el crecimiento económico, y ii) el análisis y balance de los instrumentos, criterios y actividades relativas al comercio y a la política de la competencia, incluyendo la experiencia en su aplicación. La segunda área de trabajo se dividió, a su vez, en tres grandes apartados de análisis: a) las políticas y normas de defensa de la competencia nacionales y su relación con el comercio; b) las reglas jurídicas relativas a la competencia contenidas en los acuerdos constitutivos de la OMC, y c) los convenios bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales sobre la materia, así como las iniciativas adoptadas en ese ámbito. En las reuniones de septiembre de 1997 se produjeron numerosas intervenciones orales y se presentaron 19 contribuciones escritas; existieron ulteriores discusiones sobre la nota informal preparada por la Secretaría relativa a las reglas jurídicas contenidas en los acuerdos constitutivos de la OMC en materia de competencia y se concluyó resaltando que la nota informal no suponía una restricción de los temas que podían examinarse por el Grupo de Trabajo y que no excluía el análisis de cualquier regla jurídica contenida en los acuerdos de la OMC.

4. Las reuniones de 27 y 28 de noviembre de 1997 sirvieron para que continuasen las discusiones sobre las dos áreas de trabajo ya aludidas. Las discusiones relativas a la primera área de trabajo se dividieron en dos apartados: a) la relación entre los conceptos, principios, objetivos, ámbitos de aplicación e instrumentos del comercio y de la política de la competencia, y b) la relación del comercio y la política de la competencia con el crecimiento económico. Al mismo tiempo, continuaron los debates sobre la segunda área, tal y como había sido estructurada en las reuniones anteriores. Se produjeron intervenciones orales y se aportaron dos *non papers*. Igualmente, se decidieron las próximas reuniones del Grupo de Trabajo, designando problemas específicos de cada área

de trabajo que debían ser objeto de debate, y acordando dotar a las reuniones de una flexibilidad adecuada que les permitiese abordar los problemas recogidos en la tercera área de trabajo. También se decidió que en el desarrollo de los debates previstos para los meses de septiembre y noviembre de 1998 hubiese oportunidad de plantear temas ya abordados que no estuviesen completamente resueltos.

5. Las reuniones celebradas los días 11 y 13 de marzo de 1998 comenzaron con las discusiones sobre el área tercera de trabajo: la interacción entre el comercio y la política de la competencia. Tras un debate de naturaleza general, siguió una discusión sobre el impacto de las prácticas anticompetitivas de las empresas y las asociaciones en el comercio internacional. Después se volvió a la segunda área de trabajo: el análisis y balance de los instrumentos, criterios y actividades relativas al comercio y a la política de la competencia, incluyendo la experiencia en su aplicación, con especial consideración de las normas contenidas en los acuerdos de la OMC, de los convenios bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales sobre la materia, y de la legislación y política de la competencia nacionales. Con respecto al tema de la relación del comercio y de la política de la competencia con el desarrollo y el crecimiento económico (que se correspondía con uno de los problemas identificados en el contexto de la primera área de trabajo), el Grupo decidió solicitar a la Secretaría la preparación de un informe que recogiese los problemas tratados y las observaciones vertidas sobre los mismos, informe que debía tener en cuenta las contribuciones orales y escritas realizadas en el seno del Grupo de Trabajo, incluyendo la labor realizada por la UNCTAD y otras organizaciones intergubernamentales, de la cual el Grupo de Trabajo tenía cumplida noticia. También se debatió sobre la necesidad de publicar la mayoría de los documentos del Grupo de Trabajo, y acordó que la Secretaría investigaría si las delegaciones autorizarían la publicación de sus contribuciones. Una vez concluidas las reuniones, se recibieron las pertinentes solicitudes de algunas delegaciones para la publicación de sus contribuciones.

6. En las reuniones de los días 27 y 28 de julio de 1998, el Grupo de Trabajo abordó los siguientes temas: el impacto de los monopolios estatales, de los derechos exclusivos y de las políticas reguladoras en el comercio internacional y el impacto de la política comercial en la competencia. Además, se retomaron otros temas tratados en reuniones anteriores.

7. Las reuniones de los días 28 y 29 de septiembre tuvieron como objeto el estudio de la relación de los TRIPS con la política de competencia y de la relación entre las inversiones y la política de la competencia. También se sostuvo una discusión sobre la relación del comercio y la política de la competencia con el desarrollo y el crecimiento económico.

8. Por último, en las reuniones celebradas del 17 al 19 de noviembre y el 4 de diciembre, el Grupo de Trabajo revisó y aprobó un proyecto del informe que más tarde resultó publicado.



### 3. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA TAREA DESEMPEÑADA POR EL GRUPO DE TRABAJO

#### A. SOBRE EL ALCANCE DE LA NOCIÓN «POLÍTICA DE LA COMPETENCIA»

En el Grupo de Trabajo se planteó una interesante discusión sobre el ámbito de la expresión «política de la competencia». Se plantearon tres tesis, principalmente. La primera defendía que aquella noción comprendía todo el conjunto de medidas gubernamentales que pueden utilizarse para promover estructuras y comportamientos de mercados competitivos; la segunda, sostenía que se podía aplicar una política de competencia plenamente satisfactoria, con o sin la inclusión de las normas constitutivas del Derecho de la competencia, y, por último, se argumentaba que resultaba difícil imaginar cómo podría existir una política de la competencia eficaz sin la presencia de un conjunto normativo dirigido a sancionar las prácticas anticompetitivas de los operadores económicos.

#### B. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y POLÍTICA COMERCIAL: ¿UNA RELACIÓN DE CARÁCTER COMPLEMENTARIO?

El Grupo de Trabajo discutió, por añadidura, sobre las relaciones entre la «política comercial» y la «política de la competencia». Se alegaron, en efecto, un conjunto de razones por las que ambas políticas aludidas pueden tener diferentes objetivos y efectos. Así las cosas, se opinó que mientras que la política de la competencia se centraba en los efectos de los comportamientos empresariales para los consumidores, la política comercial ponía el acento en el interés del productor y corría, por ello, el peligro de captura por determinados grupos de interés. En este orden de cosas, se subrayó que la política de la competencia se dirigía a la protección de la competencia, mientras que la política comercial tendía a la tutela de los competidores. Además, las discusiones continuaron reflejando diversos puntos de conflicto de ambas políticas: el carácter proteccionista de la política comercial; el excesivo peso otorgado en ocasiones en la aplicación de la política de la competencia al interés de los consumidores y productores nacionales (v. gr. la tolerancia de los denominados cárteles de exportación); las concesiones que muestra la política de la competencia cuando trata de proteger a la pequeña y mediana empresa o la propia industria nacional. También se destacaron algunas razones que explicaban la naturaleza complementaria de ambas políticas, la comercial y la de competencia. A este respecto, se alegó que ninguna de las dos políticas podía por sí sola alcanzar plenamente sus objetivos. De esta forma, se dijo que las dos políticas se aplicaban en áreas diferentes. La política comercial tenía como preocupación básica la acción gubernamental, mientras que la política de la competencia se centraba en el comportamiento de las empresas; la política comercial afrontaba

tradicionalmente las medidas adoptadas en frontera; la política de la competencia se ocupaba de las condiciones de competencia y del comportamiento de las empresas en el interior de un país. Para ilustrar la aludida relación complementaria se hizo una referencia al importante papel de la política de la competencia a la hora de asegurar un acceso efectivo a los mercados y al papel desempeñado por la política comercial cuando facilita la remoción de las medidas gubernamentales que impulsan el comportamiento anticompetitivo de las empresas.

### C. LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO INSTRUMENTOS DEL DESARROLLO ECONÓMICO

Otras interesantes reflexiones se realizaron en el Grupo de Trabajo sobre el papel de la política de la competencia y el Derecho de la competencia como instrumentos que permiten la promoción del desarrollo. Se sostuvo, en efecto, que la política de la competencia podía servir al objetivo de incrementar la eficiencia en un sentido estático y dinámico. La eficiencia estática se refiere a la utilización óptima de los recursos existentes en la sociedad para satisfacer las necesidades de los consumidores («*allocative efficiency*») al mínimo coste posible («*productive efficiency*»). Por su parte, la eficiencia dinámica se refiere a la introducción óptima de nuevos productos, procesos productivos más eficientes y estructuras de organización superiores a lo largo del tiempo. En este contexto, se sugirió que resultaba necesario un marco político y legislativo adecuado para proteger a los consumidores y a los usuarios industriales de las prácticas anticompetitivas que producían el efecto de incrementar los precios y reducir la producción. De esta suerte, el Grupo de Trabajo fue informado de que una mayoría de los casos de prácticas anticompetitivas en los países en vías de desarrollo afectaba al suministro de productos intermedios adquiridos por otros operadores económicos, más que a mercancías compradas por los usuarios finales. Se puso, así pues, un énfasis especial en el papel que podía desempeñar para los países en vías de desarrollo la política de la competencia en las prácticas anticompetitivas que afectaban al comercio internacional. Para algunos era cada vez más importante que el Derecho de la competencia tuviese presente las prácticas abusivas en los mercados de importación. Igualmente se resaltó que la adopción de una política de competencia efectiva y transparente podía constituir un factor importante al incrementar el atractivo de una economía para la inversión extranjera y al permitir la maximización de los beneficios de tales inversiones. Se insistió, igualmente, en que una de las razones más importantes para la adopción de una política de competencia era impedir la excesiva concentración de los mercados y los efectos perniciosos ligados a la misma.

#### D. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y POLÍTICA DE LIBERALIZACIÓN

En el seno del Grupo de Trabajo se desarrolló una polémica amplia e interesante sobre las relaciones entre la política de competencia con las reformas económicas encaminadas a crear competencia en mercados donde de forma tradicional no se solía competir. Se resaltó que debían rechazarse dos tesis extremas: de una parte, la opinión que sostenía que los Estados deben adoptar, primero, medidas de liberalización de los mercados y, después, adoptar una política de la competencia. Y, de otra parte, la tesis que mantenía la necesidad de que fuesen los propios Estados los que industrializasen sus propios países y, más tarde, adoptar una política de la competencia. Como se decía, la crítica a estas dos posiciones extremas fue contundente. Se afirmó que la primera tesis minusvaloraba las posibilidades de un funcionamiento incorrecto de los mercados en los que se había creado la competencia. Por su parte, la segunda tesis minusvaloraba la posibilidad del error estatal en la planificación en general de la actividad económica. Por todo ello, se concluyó que la mejor solución al problema planteado consistía en la adopción simultánea de políticas de competencia y de liberalización.

#### E. POLÍTICA DE COMPETENCIA Y «CULTURA» DE COMPETENCIA

En estrecha relación con la discusión anterior, se produjo un ulterior debate interesante en el seno del Grupo de Trabajo por el que algunos opinaron que la adopción de un Derecho de la competencia podía no ser en absoluto pertinente para asegurar un adecuado grado de competencia en los mercados. Los argumentos que sustentaron esta tesis fueron los siguientes: en primer lugar, al menos en aquellas economías caracterizadas por una mínima intervención del Estado en los procesos económicos, una política comercial y de inversiones abierta podía representar un buen sustituto de la política de la competencia. A este respecto, se dijo que en esta clase de economías la competencia exterior podía ser un sustituto efectivo para la rivalidad entre las empresas domésticas y, consecuentemente, disciplinar el posible poder de mercado. En segundo lugar, se afirmó que antes de que se logran alcanzar los hipotéticos beneficios de la competencia, debería existir en la economía una capacidad suficiente de oferta. La aplicación de la política de la competencia, en este sentido, haría más difícil la consecución de este objetivo. En tercer lugar, se pronunciaron algunas opiniones sobre los efectos perturbadores en el plano social y económico derivados de la confianza en la política de la competencia como instrumento para el desarrollo económico. En particular, se sugirió que la aplicación de la política de la competencia podría generar desempleo y afectaría negativamente la supervivencia de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas empresas de ámbito local, y que este hecho no debía pasarse por alto, especialmente

en los países en vías de desarrollo. Y, en cuarto lugar, se dijo que la política de competencia comprendía todas las categorías de medidas estatales que tenían impacto en la estructura y en la conducta en el mercado, incluyendo las políticas de liberalización y las medidas sectoriales. Por ello, no era estrictamente necesario crear un Derecho de defensa de la libre competencia.

Todos estas tesis fueron rebatidas cumplidamente por otros. Así las cosas, se subrayó que las políticas de liberalización por sí solas no representaban ninguna garantía de existencia de una competencia efectiva en los mercados. Esta tesis se apoyaba en los siguientes puntos: primero, no hay que olvidar que un número importante de mercados seguían siendo de naturaleza local y, por tanto, con dificultad podían ser contestados mediante las importaciones, sin descartar la posibilidad de incrementar la competencia en los mismos a través de la liberalización de las inversiones. Segundo, incluso en los mercados que cabría calificar de abiertos a la competencia exterior, la competencia podría verse comprometida como consecuencia de medidas estatales. Y, tercero, aún no existiendo las medidas estatales apuntadas, la posibilidad de que las importaciones lograsen controlar el poder de mercado de determinadas empresas podría impedirse por medio de prácticas anticompetitivas de las empresas.

En relación con el problema de la capacidad de oferta, se apuntó que este objetivo no estaba reñido con el mantenimiento de una disciplina de competencia en los mercados, siempre que la política de competencia se introduzca junto a otras medidas encaminadas a abrir los mercados a la competencia exterior. Por añadidura, una competencia vigorosa en los mercados internos permitía incrementar el grado de competitividad de las empresas nacionales en el contexto internacional.

Sobre el tema de las distorsiones sociales y económicas de la política de la competencia, incluyendo el hipotético incremento del desempleo, se matizó que a pesar de que la transición a la competencia imponía elevados costes a las empresas afectadas, esta carga se vería compensada por medio de las ganancias acumuladas por las empresas que entran *ex novo* en el mercado y por la sociedad en general. Todo ello sin olvidar, quizá, la necesidad de aplicar con flexibilidad la política de la competencia, particularmente en los países en vías de desarrollo.

Por último, con respecto al tema de la necesidad de la adopción de normas de defensa de la libre competencia, se subrayaron determinadas ventajas ligadas a la disposición de legislación específica en la materia. Así, se destacó la ventaja de contar con un marco jurídico común para su aplicación en todos los sectores económicos, el incremento de la seguridad jurídica y la reducción del peligro de la captura institucional de los órganos reguladores de carácter sectorial.

También se realizaron interesantes puntualizaciones sobre el problema de la competencia como cultura. Y, en este sentido, se advirtió que la adopción de una legislación de defensa de la libre competencia vigorosa

en los países en vías de desarrollo y en aquellos otros países en régimen de transición a una economía de libre mercado dependía, en buena medida, de la aceptación por parte de la sociedad civil de la misma y del desarrollo de una cultura de competencia. Por ello, se sostuvo la necesidad de estudiar la forma de acometer una reforma clara y transparente que incrementase el grado de confianza de la sociedad hacia sus instituciones, lo que contribuiría, al mismo tiempo, a la aceptación de las reformas tendentes a acercar los mercados a un sistema de economía libre de mercado. Se indicó que la formación de la anhelada cultura de la competencia podía facilitarse si se encontraba partidarios de la misma en el gobierno, entre la comunidad empresarial y entre los consumidores o sus asociaciones; si se pronunciaban conferencias en las que se indicasen a los consumidores los beneficios para la sociedad derivados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia; si los medios de comunicación se comprometían en la tarea para difundir los casos más importantes a la opinión pública; si igualmente se actuaba con vigor y rotundidad ante los casos más flagrantes de infracción de las normas de defensa de la competencia; si, finalmente, las normas y procedimientos aplicables son transparentes y otorgan seguridad jurídica a la *universitas mercatorum*.

#### E. EL PAPEL DE LA AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se discutió con alguna intensidad el papel que deben desempeñar las autoridades de competencia en las economías de los países en vías de desarrollo, o en aquellos otros que tienen poca experiencia en el ámbito de los sistemas de libre mercado. Tales consideraciones son interesantes y reflejan una preocupación por la labor de la autoridad de competencia que puede resultar útil en el propio contexto español. Se propugnó que la autoridad de competencia realizase una labor gradual que comprendía diversas etapas. En un primer momento, debía proceder con dureza a la persecución de las restricciones de naturaleza horizontal y a la realización de una suerte de proselitismo sobre la necesidad de reformas importantes de los mercados. Después de haber ganado experiencia en estas dos áreas, debía afrontar los delicados problemas de las concentraciones económicas (aunque algunas veces se alzaron en contra de esta tesis en los países subdesarrollados y en vías de desarrollo) y los menos espinosos de las restricciones verticales. En la última etapa, resultaría conveniente que la autoridad de competencia volviese sobre el proselitismo e incidiese sobre el arduo problema de la competencia y la regulación de los mercados. Se insistió también en que la piedra angular del diseño de las actividades de la autoridad de competencia en sus primeras etapas de actuación consistiría en preservar en todo caso su independencia del proceso político interno.

#### F. LOS INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El Grupo de Trabajo valoró algunos aspectos del análisis *antitrust*. En primer lugar, se preocupó del problema de la definición de los mercados, resaltando su importancia para la decisión de los asuntos de defensa de la libre competencia. Sobre este tema merece la pena resaltar solamente que el Grupo de Trabajo al apreciar la creciente existencia de mercados globales insta a reforzar los mecanismos de cooperación entre las autoridades de competencia. El Grupo de Trabajo resaltó también la importancia del método de la *rule of reason* en el análisis *antitrust*, en contraposición a las denominadas *per se rules*. Finalmente, El Grupo de Trabajo mostró serias cautelas sobre la práctica de algunos países en relación con la extraterritorialidad de sus normas de defensa de la competencia. Se abogó por una solución de este problema a través de la cooperación internacional.

#### G. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Debe tratarse, según el Grupo de Trabajo, de una respuesta a los fenómenos económicos de la globalización y de la liberalización. En efecto, tales fenómenos económicos que se inician en la etapa posterior a la II Guerra Mundial han incrementado el riesgo de la proliferación de prácticas anticompetitivas que pueden afectar de forma negativa al comercio internacional. Sin lugar a dudas, en opinión del Grupo de Trabajo, las razones apuntadas sugieren la necesidad de incrementar en esta materia los mecanismos de cooperación internacional. Se pensó, además, sobre la oportunidad de crear lazos institucionales entre la política de la competencia y la política comercial y sobre la necesidad de expandir la cooperación en la aplicación del Derecho de la competencia en tres contextos: primero, dentro de los propios Estados, se obtendrían considerables beneficios si se incrementasen los lazos institucionales de cooperación entre las autoridades responsables de la política comercial y de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia; segundo, en el ámbito regional el reforzamiento de la cooperación en la aplicación del Derecho de la competencia, y en el ámbito multilateral, debía procederse con cautela prestando cumplida atención a dos factores: i) la necesidad de intercambiar experiencias nacionales, la legislación y la jurisprudencia, y ii) la reflexión sobre la oportunidad de introducir criterios básicos comunes en las legislaciones de competencia de los países miembros.

Se resaltó que los cárteles internacionales pueden elevar barreras de entrada a los mercados y que la OMC no dispone de instrumentos adecuados para atajar estos problemas. Además de esto tampoco está claro cómo pueden tutelarse los intereses de los Miembros frente a las prácticas de las empresas que restringen la competencia. La consideración de este

problema en el Grupo de Trabajo debería empezar por contestar las siguientes preguntas: ¿podría ser incrementada la eficiencia del sistema de comercio internacional mediante la aplicación de los principios y reglas del Derecho de la competencia? y ¿cómo podrían tales reglas y principios aplicarse en un contexto multilateral? Respecto de la primera pregunta, se indicó que debía seguirse con atención los trabajos que se estaban realizando en el seno del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Comercio y Competencia.

Ulteriores consideraciones se realizaron en el Grupo de Trabajo sobre los temas presentados en el párrafo anterior y en el marco de determinadas reuniones. Así, se recibió información sobre el *Closer Economic Relations Agreements (CER)*, celebrado entre Australia y Nueva Zelanda. La pretensión *antidumping* no era ya posible en el ámbito de las relaciones comerciales entre ambos países. Efectivamente, se explicó que aunque las medidas *antidumping* podían ser necesarias para reducir las distorsiones en el comercio internacional, la realidad era que se había desarrollado un mercado único entre los Estados firmantes, asemejándose más a las características de un mercado nacional que internacional y, por tanto, la retención de medidas *antidumping* en este contexto resultaba más bien anómala. Se afirmó, además, que una vez alcanzado el libre comercio entre los dos Estados firmantes, la preocupación real que tenían era el comportamiento predatorio de las empresas que disponían del suficiente poder de mercado en el nuevo mercado único. Por ello, se llegó a la conclusión de que la mejor manera de proteger la competencia en la aludida realidad económica era la aplicación del Derecho de la competencia. De esta forma se han producido reformas en las legislaciones de competencia de los Estados firmantes del CER para asegurar que cubren todas las áreas de su comercio bilateral. Igualmente, las reformas han afectado al sistema procesal, para facilitar que los tribunales de un país en determinadas circunstancias puedan intervenir en asuntos que en principio escaparían de su jurisdicción. Resultaba claro que unas reformas de este calado sólo eran posible en países que compartían un grado similar de desarrollo económico, una cultura común y un sistema jurídico y económico parecido. Por esto, la experiencia no se podía aprovechar sin más para trasplantarla a otros acuerdos de libre comercio.

Aparte de escuchar estas interesantes experiencias, se expresó la opinión en el Grupo de Trabajo de que en muchas ocasiones la cooperación entre las autoridades de competencia era crucial para una aplicación efectiva del Derecho de la libre competencia. Se afirmó que dos temas importantes subyacían a los acuerdos bilaterales: de una parte, la cooperación en la aplicación del Derecho y, de otra, en la resolución de disputas. La cooperación en la aplicación del Derecho resaltaba especialmente en el campo de las concentraciones económicas. Cuando las empresas que se van a concentrar deben proceder a la notificación de la concentración en países que sean parte de un acuerdo, la cooperación entre las autoridades de competencia de los países firmantes contribuye a asegurar

que los remedios impuestos no entran en conflicto entre sí. Se supo que en muchos casos los acuerdos de cooperación existentes no contemplaban el intercambio de información confidencial. El intercambio de información de esta naturaleza requería la existencia de una normativa *antitrust* similar y una normativa específica que protegiese la información confidencial.

También se dijo que la resolución de disputas se producía de forma creciente en aquellas áreas gobernadas por la denominada *positive comity*. En su virtud, los asuntos que implican la comisión de prácticas restrictivas de la competencia que tienen su origen en un país pero producen sus efectos en otro pueden ser atribuidos a la autoridad de competencia del país donde las prácticas comenzaron. Se observó que las relaciones de cooperación reflejaban normalmente un proceso en continuo desarrollo. Así las cosas, podía empezarse mediante la adopción de un acuerdo bilateral relativamente simple y en la medida en que fuese incrementándose la confianza entre las partes se podía incrementar el grado de los compromisos asumidos y los correlativos beneficios. En este sentido, incluso se podía pensar que las empresas renunciasen a la confidencialidad a medida que el progreso y la confianza entre las partes del acuerdo aumentase. Se indicó, asimismo, que los acuerdos de cooperación que alcanzaban éxito requerían ciertos aspectos comunes en la aplicación del Derecho de la competencia, y una tradición en el contexto de la cooperación. El desarrollo de criterios comunes resultaba importante y debía realizarse un balance entre la transparencia y la protección de la información confidencial. La consecución de un consenso internacional sobre este último punto facilitaría que los países celebrasen acuerdos de cooperación amplios entre las autoridades de competencia.

El Grupo de Trabajo fue informado sobre la celebración de varios acuerdos de cooperación entre las autoridades de competencia de los países del MERCOSUR que preveían procedimientos para entablar consultas y para la prestación de asistencia técnica recíprocas. Se han establecido unas especiales relaciones entre las autoridades de competencia de Brasil y Argentina, resultando en un impacto positivo en la unificación de criterios por parte de las dos autoridades aludidas.

Igualmente, se tuvo noticia de las tareas realizadas por el Grupo de Trabajo sobre competencia del NAFTA. Este Grupo tenía un mandato de cinco años, hasta el final, en concreto, del año 1998. Su objetivo consistía en analizar las relaciones entre la política comercial y de la competencia en el área económica de libre comercio creada por el NAFTA. Se exigía, por añadidura, que realizase recomendaciones a la Comisión del NAFTA al final de su mandato. De esta suerte, el Grupo de Trabajo del NAFTA ha estudiado, mediante un análisis comparativo, las restricciones horizontales, los cárteles de exportación, el control de las concentraciones empresariales, el abuso de posición dominante, el tratamiento nacional y las pretensiones privadas. Asimismo, este Grupo de Trabajo se ha ocu-



pado de las restricciones transfronterizas que producen el efecto de impedir el acceso a los mercados.

Por último, y aparte de las informaciones recibidas sobre el EEA, el Grupo de Trabajo tuvo conocimiento de las conclusiones contenidas en la recomendación de la OCDE sobre los denominados *Hard Core Cartels*. Esta recomendación invita a los países a asegurar que sus Leyes nacionales contengan las correspondientes sanciones para impedir que las empresas participen en los *hard core cartels* y, al mismo tiempo, a que las Leyes nacionales contengan los remedios y procedimientos necesarios para detectar y prohibir tales acuerdos, entre los que deben incluirse los poderes necesarios para obtener información y para imponer sanciones. La Recomendación también prevé que las exclusiones y las autorizaciones de los cárteles deben ser transparentes y revisarse periódicamente para asegurar que tales medidas no son excesivamente generosas. Se dice, además, que la persecución de los cárteles es importante desde la perspectiva internacional, porque sus efectos de distorsión en el comercio mundial contribuían a la creación de poder de mercado, un gasto excesivo e ineficaz.

DE RESOLUCIONES  
Y SENTENCIAS



CONSIDERACIONES ACERCA DEL EVENTUAL  
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DE LA ENTIDAD  
GESTORA DE LOS DERECHOS  
DE LOS PRODUCTORES FONOGRAFICOS\*

SEGUNDA PARTE

COMENTARIO  
DE RESOLUCIONES  
Y SENTENCIAS

INTRODUCCIÓN

La Entidad de Gestión de Derechos Intelectuales (EGDI) es una de las más importantes instituciones de carácter público en el sector cultural, que tiene a su cargo la gestión de los derechos de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, así como la gestión de los derechos de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes. De esta manera, la EGDI es una institución que tiene a su cargo la gestión de los derechos de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, así como la gestión de los derechos de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

La Ley 23787, de 11 de noviembre de 1997, que modificó la Ley 13700, de 1996, que creó la EGDI, estableció la EGDI como una institución pública que tiene a su cargo la gestión de los derechos de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, así como la gestión de los derechos de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes. La Ley 23787, de 11 de noviembre de 1997, que modificó la Ley 13700, de 1996, que creó la EGDI, estableció la EGDI como una institución pública que tiene a su cargo la gestión de los derechos de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, así como la gestión de los derechos de los productores fonográficos y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

\* Este artículo es una traducción del texto original en español, publicado en el Boletín de la EGDI, número 1, de 1998. El texto original en español puede consultarse en el sitio web de la EGDI: <http://www.egdi.gob.pe/>.

El contenido de este artículo no debe considerarse una opinión oficial de la EGDI, sino una opinión personal del autor.



# CONSIDERACIONES ACERCA DEL EVENTUAL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DE LA ENTIDAD GESTORA DE LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES FONOGRAFICOS \*

Inmaculada SANZ SANZ \*\*

Subdirectora Adjunta a la Subdirección de Conductas Restrictivas. Servicio de Defensa de la Competencia.  
Licenciada en Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales.  
(ICADE)

## 1. INTRODUCCIÓN

Las Entidades de Gestión de Derechos intelectuales, dentro de su loable labor de proteger los derechos de propiedad intelectual, ejercen, entre otras, las funciones de autorización y recaudación de los royalties generados por la explotación en diversas formas de las obras de su repertorio que utilizan los operadores económicos. De esta manera, se posibilita que sin privar al mercado de las ventajas que reporta la utilización, uso y disfrute de los derechos de propiedad intelectual, se recauden los royalties generados por dicha explotación de las obras.

La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual de 1987 (LPI) creó la posibilidad de constituir entidades de gestión que compitieran entre ellas por los mismos repertorios de obras sobre la base de la misma modalidad de derechos. No obstante, la realidad económica, propiciada por la concepción sectorial y tal vez, tendente a constituir un eventual mantenimiento de su posición de dominio por parte de las entidades de gestión, apoyadas posiblemente en algunas ocasiones por

---

\* Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de diciembre de 1998, en el expediente 430/1998, iniciado por denuncia de Ondas Ramblas, S. A., contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), en la que el Tribunal declara que no ha resultado acreditada la existencia de abuso de posición de dominio.

\*\* Las opiniones expresadas en el presente artículo son estrictamente personales y no suponen la manifestación de postura alguna por parte del Servicio de Defensa de la Competencia.

los órganos administrativos encargados de autorizar la constitución de las mismas, ha significado, de alguna manera, que se haya evitado la existencia de competencia real y efectiva en el mercado de los derechos de propiedad intelectual gestionados por dichas entidades.

Así, en lugar de resultar un mercado liberalizado, la entrada en vigor de la nueva LPI ha supuesto el nacimiento de nuevas Entidades de Gestión para una multiplicidad de derechos, estando cada una facultada para exigir una remuneración al usuario de los derechos que gestiona. Por tanto, además de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), se han creado cinco Entidades de Gestión adicionales y otras que están en la fase de solicitud de autorización al Ministerio de Cultura. Pero lo más curioso es que ninguna de ellas compite con el repertorio o con la explotación de los mismos derechos, sino que se han especializado y agrupado a fin de recaudar todas y cada una por los diferentes tramos o escalas de utilización y explotación de los derechos de propiedad intelectual, que hace años tan sólo eran concedidos al autor y que ahora, sin embargo, se extiende a multitud de derechos afines al derecho de autor. Dichas Entidades son:

- VEGAP: Derechos de los artistas plásticos.
- CEDRO: Derechos de editores de libros.
- EGEDA: Derechos de productores audiovisuales.
- AGEDI: Derechos de productores fonográficos.
- AIE: Derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, sólo musicales.
- AISGE: Derechos de actores e intérpretes, no musicales.
- SGAE: Derechos de los autores y editores musicales.

Puede observarse, que para el operador económico o el usuario de los derechos de propiedad intelectual, la entrada en vigor de la LPI de 1987, ha derogado expresamente la Ley de 24 de junio de 1941, dejando sin efecto la posibilidad de gestionar la multiplicidad de derechos con la única Entidad de Gestión existente en aquel momento, la SGAE, y con una remuneración única. El sistema anterior resultaba bastante más cómodo y barato para el operador económico, al que se le impide utilizar dicha posibilidad de gestión con la entrada en vigor de la nueva LPI de 1987 y con la obtención de autorización del Ministerio de Cultura por parte de las diferentes Entidades de Gestión.

Además, en la actualidad rige un sistema de libertad en la constitución de Entidades de Gestión de los derechos de propiedad intelectual, que supone para los usuarios u operadores económicos una gran inseguridad jurídica y no saben si mañana alguna nueva Entidad de Gestión les exigirá el pago de entre un 2 y un 5 por 100 de los ingresos de explotación de su empresa por el uso de un derecho de «propiedad intelectual» que desconocían que existiese o que en caso de existir y haber sido utilizado por ellos, pensaban que ya había sido liquidado con el pago de ese 2-5 por 100 a cada una de las diferentes Entidades de Gestión que ya existen y a las que ha satisfecho la remuneración requerida.

En definitiva, bajo una posibilidad de competencia propiciada por la LPI, en lugar de generar una competencia abierta entre gestoras de derechos con la especialización de la SGAE, se han desintegrado y atomizado en múltiples gestoras que aglutinan a los titulares por razón de su objeto creativo (música, vídeo, reprografía, etc.). De esta forma, se ha terminado con la situación monopolista de la SGAE que gestionaba todos los derechos de autor, pero de forma simultánea se ha creado una situación de posiciones monopolistas *de facto* de cada una de las entidades de gestión que se han repartido las distintas modalidades de derechos y que gestionan en exclusiva el derecho sobre el que tienen competencia.

### Efectos sobre el mercado

Los efectos sobre el mercado son especialmente graves por la confluencia de diversas circunstancias:

Primero, los operadores económicos —en el caso analizado de las entidades de radiodifusión— vienen obligadas por la Ley de Propiedad Intelectual —en nuestro caso, art. 116— al pago de una remuneración a los propietarios de los derechos de propiedad intelectual —en nuestro caso a los productores fonográficos por la comunicación pública de su repertorio.

En segundo lugar, en España para la gestión de los diferentes derechos de propiedad intelectual sólo existe una única entidad autorizada (AGEDI para la gestión de los derechos de explotación de los productores fonográficos) y, por tanto, con derecho al cobro de una remuneración por dicha explotación. No existe ninguna otra entidad con la que puedan liquidarse los correspondientes derechos de propiedad.

Finalmente, el cobro por parte de las entidades gestoras en torno a una media de entre el 1,6-2 por 100 de los ingresos de explotación obtenidos por los distintos operadores económicos (en nuestro caso un 1,6-2 por 100 de los ingresos de publicidad), significan un incremento injustificado de los costes de explotación de dichas entidades, y se convierten en algo similar a un impuesto privado que se devenga en favor de la entidad de gestión, sin los criterios de legalidad previstos para los verdaderos impuestos y que afectan directamente a la cuenta de explotación de los operadores privados —en nuestro caso las entidades de radiodifusión.

En estas circunstancias, no cabe ninguna duda sobre la grave afectación a los operadores económicos privados, que en un largo plazo podrían sufrir dificultades económicas por el pago de este canon sobre sus ingresos de explotación a cada uno de los gestores de los diversos derechos de propiedad intelectual, sobre todo si cada uno de ellos se considera legitimado, dicho sea en términos dialécticos o de discusión y con todo respeto a las entidades de gestión, para establecer sus particulares «impuestos».

Para terminar ya con esta introducción y sin querer influir en la opinión del lector sin conocer a fondo los hechos y fundamentos de Derecho de esta Resolución, no puedo menos que comentar que los posibles efectos de la conducta abusiva de AGEDI en el mercado podrían ser muy negativos para la competencia. No parece que pueda aducirse ninguna razón económica, ni legal, ni de interés público por la que pudiese resultar defendible dicha posible conducta restrictiva de la competencia de AGEDI.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO

El presente comentario nace a raíz de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el expediente 430/1998, Ondas Ramblas, S. A., contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), de 14 de diciembre de 1998, Resolución que desestima los cargos imputados a AGEDI por el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe-Propuesta.

El expediente se inició como consecuencia de la denuncia formulada por Onda Ramblas, S. A., contra AGEDI, con fecha 5 de diciembre de 1996, por haber incurrido en prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 86 del Tratado constitutivo de la Unión Europea (TUE), consistentes en que AGEDI imponía a la citada emisora la firma de un contrato de autorización y recaudación de los correspondientes derechos, en el que el cálculo de dicha recaudación está basado en los ingresos brutos de publicidad de la emisora.

Con fecha 16 de abril de 1998, el Servicio elevó Informe-Propuesta al TDC solicitando que se declarase la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6.2.a) y d) de la LDC contra AGEDI, consistentes en la imposición de precios no equitativos y la exigencia de condiciones suplementarias no directamente relacionadas con la prestación. En el mismo informe se solicita la declaración de conducta prohibida por el artículo 86.a) y c) del TUE, dado que AGEDI es la única entidad de gestión de derechos de producción y reproducción fonográficos autorizada en España, afectando a la libre prestación de servicios de otros operadores comunitarios.

Finalmente, el TDC, mediante Resolución de 14 de diciembre de 1998, resolvió que no había resultado acreditada la práctica de ninguna de las conductas prohibidas por los artículos 6 de la LDC y 86 del TUE.

### A. LAS PARTES

En cuanto a las partes que intervienen en esta resolución:

1. AGEDI es una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas creada por los productores asociados en AFYVE y autorizada para actuar como tal por la Orden del



Ministro de Cultura de 15 de febrero de 1989 (BOE del 11 de marzo). A ella se ha confiado la gestión de los derechos de que son titulares los productores de fonogramas, habiendo quedado subrogada dicha entidad de gestión en los contratos suscritos por la SGAE con las empresas de radiodifusión. No obstante, la SGAE ha actuado como representante de AGEDI a efectos de la recaudación de los derechos hasta finales de 1994.

AGEDI es la única entidad de gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de fonogramas en el ámbito geográfico español. Sería muy difícil que el Ministerio de Educación y Cultura autorizase a otra entidad para gestionar estos derechos. No existe competencia potencial o efectiva en el mercado de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas en España y, por tanto, AGEDI ostenta posición de dominio en el mismo.

2. La Asociación de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (AIE) es la entidad encargada de gestionar los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales. Obtuvo autorización del Ministerio de Cultura el 29 de junio de 1989.

3. La Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC), denominada con anterioridad Asociación Española de Radiodifusión Privada (AERP), es una asociación que agrupa a la mayoría de emisoras privadas españolas.

4. Onda Ramblas, S. A., explota una única emisora de radio de tipo convencional que emite en frecuencia modulada Barcelona 89.8 FM. Hasta junio de 1993 esta emisora fue gestionada por Onda Cero. Onda Ramblas emite producciones propias de reconocido y notorio prestigio como «Protagonistas de Luis del Olmo», «El debate sobre el estado de la Nación», «El jardín de los Bonsais», «Doña Rogelia», etc. Dicha programación consiste en debates, informativos y programas que no incluyen música, y es público y notorio que Ondas Ramblas debe su nivel de audiencia básicamente a la producción propia y no a la música utilizada.

Hay que señalar también que los costes económicos de una radio musical y una radio convencional difieren principalmente en su explotación. Los costes de instalación son los mismos para ambos modelos dependiendo del área territorial que deseen abarcar y la calidad técnica que deseen para la emisión. Sin embargo, los costos de explotación son totalmente diferentes. En la Radio Musical, sólo existe el costo de la estructura que permita emitir los discos o temas musicales pregrabados (una persona que pone discos en directo, una persona que graba y otra que controla la emisión). Mientras que en la Radio Convencional nos encontramos con los costos inherentes a la producción de los programas (guionistas, investigadores, director y equipo de producción, locutores, equipos móviles, tertulianos, gastos de desplazamiento y dietas diversas).

## B. COMUNICACIÓN PÚBLICA DE FONOGRAMAS

En el artículo 114 de la LPI se define el concepto de fonograma, que copia en su apartado primero la definición recogida en la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961, ratificada por España el 2 de agosto de 1991. La novedad que reviste el apartado segundo es que la definición legal comprende, además, al productor del fonograma: la persona natural o jurídica bajo cuya responsabilidad se efectúa la primera fijación de la obra en el master o registro digital que servirá de molde o de disco duro para la fabricación de los modelos que van a ser divulgados y comercializados.

«Artículo 114. 1. Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos.

2. Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación [...].»

Sin embargo, debemos señalar, siguiendo al profesor RODRÍGUEZ TAPIA<sup>1</sup>, la dificultad que entraña la definición de fonograma:

«El concepto de fonograma tropieza con dos obstáculos, uno mayor que el otro, si se quiere encuadrar dicho concepto en una completa Ley de derechos de propiedad intelectual. Por un lado, está la frontera entre fonograma y obra compuesta según la define la propia Ley en su artículo 9 (la obra que incorpore otra preexistente sin la colaboración del autor de esta misma), de obra musical del artículo 10 e, incluso, de la obra derivada que define por ejemplificación el artículo 11. Por otra parte, se encuentra el requisito de que sea una fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra. Esto proporciona algún problema interpretativo respecto de las bandas sonoras de producciones audiovisuales, pues el régimen jurídico de los productores audiovisuales y de los fonográficos no es idéntico, como no lo son las presunciones contractuales establecidas por la Ley (recuérdese, por ejemplo, arts. 88, 90, 108.2 y 3, y 109).»

Pese a todo, el problema aparente de la definición de fonograma, hay que decir que una obra musical con o sin letra (art. 10 LPI) puede ser objeto de grabación, y por tanto, convertirse en una obra fonográfica. Por el contrario el fonograma que registre una obra preexistente no se convierte por ello en una obra compuesta de las definidas en el artículo 9, ni en una obra derivada del artículo 11. Respecto al segundo problema planteado, cabe decir que un vídeo disco sí puede considerarse fonograma. Finalmente, y desde un aspecto más práctico y comprensible, el fonograma puede identificarse con un disco o CD musical.

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, 1997.

Los derechos de propiedad intelectual de que son titulares los productores fonográficos son la reproducción de dichos fonogramas (art. 115 LPI), su comunicación pública (art. 116) y su distribución (art. 117).

En el caso analizado, la radiodifusión de obras musicales constituye de acuerdo con la legislación sobre Propiedad Intelectual, un acto de explotación de obras protegidas conocida como comunicación pública, cuya definición está estipulada en el artículo 20 de la LPI<sup>2</sup>, y se trata de un único acto en el cual varias personas pueden tener acceso a una obra. La definición enunciativa del artículo 20.2 permite afirmar que en el caso de las entidades de radiodifusión la comunicación pública se produce por el simple hecho de salir en antena, independientemente del nivel de audiencia y que, por tanto, existe un único acto de comunicación pública y no múltiples —según el número de personas receptoras del fonograma— como defiende AGEDI.

Ha de destacarse el contenido del artículo 116 que recoge específicamente la comunicación pública de fonogramas, dado que la interpretación de su contenido será objeto de discusión a lo largo de este artículo:

«2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes y ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.

3. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior, se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.»

Por la comunicación pública de obras musicales (contenidas en un registro o grabación) a través de la radio, se generan diversas obligaciones de pago a diferentes derechohabientes:

- a) los autores de la música y la letra;
- b) los artistas, intérpretes y ejecutantes, y
- c) los productores fonográficos.

<sup>2</sup> Artículo 20. «1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. [...].

2. Especialmente, son actos de comunicación pública: [...] c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes [...]. d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, [...].»

El artículo 116 reconoce que los productores de fonogramas por la comunicación pública de los mismos tienen un derecho de remuneración, pero no de autorización, que compete en exclusiva a los autores. Pero, además, reconoce en pie de igualdad los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes que, a falta de acuerdo, se repartirán con los productores de fonogramas la remuneración por mitades.

### C. RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN DE DERECHOS Y LA ASOCIACIÓN DE ENTIDADES DE RADIODIFUSIÓN

A) El 1 de julio de 1955, la SGAE, como mandataria de determinados productores fonográficos, que posteriormente se integrarían en la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE), estableció con las entidades de radiodifusión privada (asociadas en la AERP, más tarde AERC) un contrato-autorización uniforme para la explotación del derecho de utilización pública de discos. Este contrato-tipo ha pasado por diversas crisis que han llevado, con pequeñas alteraciones, a la ruptura y novación del mismo en 1979, 1983, 1987, 1990 y 1997. Fruto del nuevo marco legal, los productores asociados en AFYVE crearon AGEDI en 1989. La SGAE ha actuado como mandataria de AGEDI en la gestión y recaudación de los mismos hasta diciembre de 1994.

Desde 1985, se han sucedido los conflictos entre AGEDI, la SGAE, la AERC, las entidades de radiodifusión y la Asociación de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (AIE). Estos conflictos han llevado a la iniciación de diversos procedimientos judiciales y administrativos.

En este contexto, Onda Ramblas dejó de satisfacer los pagos correspondientes al uso de fonogramas desde julio de 1993 y se negó a las reiteradas indicaciones de AGEDI sobre la necesidad de suscribir el contrato-tipo para regularizar su situación.

Finalmente, el 30 de junio de 1997 AGEDI y la AERC han firmado un contrato de transacción para poner fin a sus conflictos ante los Tribunales y la Administración y han acordado un nuevo contrato-tipo hasta el 2002 para la comunicación pública de fonogramas. Este nuevo contrato-tipo incorpora ciertas novedades que ya se habían incluido en el contrato firmado con Radio Popular.

B) La relación entre AGEDI y las emisoras de radio comercial se ha basado, en términos generales, en un contrato-tipo acordado entre esta gestora y la Asociación Española de Radios Comerciales (AERC). Existen dos contratos-tipo diferentes, el vigente en el momento de la denuncia, el suscrito en 1990, y el nuevo contrato-tipo, suscrito el 30 de junio de 1997.

1. El contrato-tipo, según el modelo vigente desde enero de 1990 hasta diciembre de 1996, habilita a cada emisora para la comunicación pública y la reproducción en España de los fonogramas cuyos derechos

ostenta AGEDI, a cambio del pago de una remuneración cuya base de cálculo está determinada por los ingresos de publicidad de la emisora.

Estos ingresos se multiplican por un coeficiente corrector basado en el tiempo de uso de fonogramas, que es del 0,3 para emisoras con un uso del repertorio musical de hasta el 30 por 100 del tiempo total de emisión, del 0,8 para emisoras con un uso del repertorio entre el 30 por 100 y el 70 por 100 del tiempo de emisión, y del 1,1 para las que utilicen el repertorio al menos en este último porcentaje. Sobre esta base corregida, se aplica el tipo del 2 por 100, aunque hay unos cánones mínimos según la población de cada centro emisor.

2. El 30 de junio de 1997, AGEDI y la AERC han acordado un nuevo contrato-tipo hasta el 2002 para la comunicación pública de fonogramas, sin contar para ello con AIE. Al igual que el modelo anterior, el contrato tiene por objeto la regulación del ejercicio por las emisoras de los derechos no exclusivos de comunicación pública y de reproducción de las obras del repertorio de AGEDI.

Sin embargo, si lo comparamos con el contrato anterior vemos que varían tanto los coeficientes como las categorías de las emisoras, en función del uso del repertorio musical en sus emisiones. Así, la categoría A (coeficiente 0,25) incluiría a emisoras con un uso de música de hasta un 10 por 100 del tiempo total, la categoría B (coeficiente 0,80) emisoras con un uso de entre el 10 por 100 y el 70 por 100 y la categoría C (coeficiente 1,00) aquéllas con emisión de música en al menos el 70 por 100 de su tiempo.

Sobre esta base corregida, se aplican dos bonificaciones: Una primera, del 20 por 100, y una segunda, «por colaboración», que asciende al 10 por 100 más un 5 por 100 en 1997, un 4 por 100 en 1998, un 3 por 100 en 1999, un 2 por 100 en el 2000 y un 1 por 100 en el 2001. Esta segunda se perderá automáticamente en cuanto alguna emisora no cumpla con las obligaciones del contrato.

A la base resultante se le aplica el tipo del 2,6 por 100 por comunicación pública, y el 0,1 por 100 por reproducción. En el contrato anterior, no se establecían porcentajes diferentes en función del uso del derecho, sino un tipo único del 2 por 100. Al margen de este sistema, se determinan unos cánones mínimos en función de la población de cada centro emisor, revisados anualmente en función de las variaciones del IPC.

Este contrato incluye una cláusula adicional en la que se establece que AGEDI entregará a la AIE la parte del mismo que le corresponda por la gestión del derecho de remuneración de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Siempre que se le autorice para dirigir la defensa, AGEDI responderá frente a la emisora por el pago de cualquier cantidad a que ésta pueda ser condenada por sentencia firme por demandas que pudiera entablar AIE, incluyendo intereses, costas, gastos de la defensa, etc.

También, en la cláusula 6.2. del nuevo contrato, se prevé que las propias emisoras, mediante soporte informático, envíen a AGEDI trimestral-

mente, una relación detallada de programación musical, tiempo de emisión, intérpretes, etc.

### 3. COBRO EN FUNCIÓN DE LOS INGRESOS DE PUBLICIDAD Y REPARTO A SUS ASOCIADOS EN FUNCIÓN DEL USO EFECTIVO DE FONOGRAMAS

La paradoja que se produce en el presente caso, debe ser puesta de manifiesto, dado que AGEDI utiliza dos sistemas distintos: uno para el cobro, en función de los ingresos de publicidad, y otro, para el pago, según el tiempo de emisión de fonogramas:

— Respecto al cobro de derechos: AGEDI impone a Ondas Ramblas un contrato-tipo en el que no se tiene en cuenta el servicio prestado, consistente en la comunicación pública del repertorio fonográfico gestionado. Así, se establece que la base del cálculo de los cánones que AGEDI cobra por la comunicación pública del repertorio fonográfico son los ingresos brutos de publicidad de la emisora, dado que alega que es imposible cobrar por el uso efectivo de fonogramas o tiempo de emisión de los mismos.

— Respecto al reparto de lo recaudado entre los socios de AGEDI: AGEDI ha contratado a una empresa especializada, Alef-Millward Brown, para que pueda a través de un estudio muestral establecer el tiempo de emisión de cada disco, y conociendo a qué productor pertenece, poder repartir entre los distintos productores de fonogramas asociados a AGEDI el importe total recaudado a las entidades de radiodifusión. Por tanto, el reparto de lo recaudado se efectúa en proporción al uso.

Con todos los respetos al Tribunal y en opinión de quien suscribe el presente artículo, el TDC en su Resolución no evalúa a través de un análisis riguroso la divergencia que existe entre el sistema de cobro que utiliza AGEDI y el sistema de reparto a sus asociados del importe recaudado, tan sólo manifiesta en el fundamento jurídico sexto las siguientes conclusiones:

«Como resumen de cuanto anteriormente se ha expuesto debe afirmarse que cualquier argumento en orden a lo inadecuado que resulta la base de publicidad para determinar una variable de la audiencia, o bien los relativos a la inexistencia de relación entre la música y la publicidad, debe declinar ante las anteriores consideraciones. Igualmente, deben ser desechados aquellos argumentos relativos a la diferencia entre el sistema de percibir los derechos y el reparto entre los asociados, pues el sistema de reparto entre los asociados consistente en una encuesta no es válido para establecer el número total y específico de tocadás que cada emisora ha efectuado.»

En mi opinión, este tema convendría abordarlo con mayor detenimiento y seriedad, puesto que a través del análisis riguroso de estos extremos podrían obtenerse algunas evidencias del eventual abuso que este

comportamiento podría originar. Por ello, a continuación lo analizaré detalladamente.

#### A. COBRO EN FUNCIÓN DE LOS INGRESOS DE PUBLICIDAD

El tipo del canon retributivo no debería aplicarse a la base del total de ingresos brutos de publicidad radiada que obtenga una emisora de radiodifusión. Esta base debería establecerse con relación al uso, es decir, al espacio de tiempo que ocupan estas producciones en la programación de las diferentes emisoras de radiodifusión españolas y al impacto en su audiencia.

AGEDI se basa en el amparo legal que le otorga el artículo 46 de la LPI, aunque en mi opinión, este artículo se refiere a las relaciones entre el autor de una obra y el cesionario de sus derechos a título oneroso. En el caso de los productores de fonogramas, se trataría de la relación entre el autor de la obra y el productor, al que cede sus derechos para la explotación de la obra por comunicación pública. Vamos a analizar con detenimiento el contenido del artículo 46 de la LPI:

«1. La cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de la explotación, en la cuantía convenida con el cesionario.

2. Podrá estipularse, no obstante, una remuneración a tanto alzado para el autor en los siguientes casos:

a) Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución.

b) Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen.

c) Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre (...).»

También la doctrina mayoritaria considera que el artículo 46 del TRLPI se refiere tan sólo a las cesiones de derechos exclusivos sobre sus obras por parte de los autores. Así, el profesor RAMS ALBESA<sup>3</sup> señala que «el artículo 46 es el resultado de una generalización a toda cesión del supuesto concreto previsto para la edición y como tal generalización no puede ser otra cosa que una proyección tan sólo aplicable directamente cuando las circunstancias de la explotación de la obra por el cesionario respondan a los criterios básicos en que se funda la edición». Por tanto, en nuestro caso dicho artículo correspondería a la remuneración que deben obtener los autores de las letras y composiciones musicales por la cesión a los productores de fonogramas de la explotación de sus derechos de autor, es decir, derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de fonogramas.

<sup>3</sup> RAMS ALBESA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 724.

Consiguientemente, se deduce que la relación entre los productores fonográficos y los usuarios de los mismos, en nuestro caso las entidades de radiodifusión, no tiene por qué regirse por el artículo 46, puesto que de haber sido así previsto por el legislador, el propio TRLPI hubiese establecido la aplicación supletoria de este artículo a los titulares de los derechos «afines», es decir, a los titulares no autores de otros derechos de propiedad intelectual entre los que se encuentran los productores fonográficos.

En todo caso, podría ser admisible la utilización del artículo 46, si fuese la voluntad de las partes que así lo estipulasen como fruto de la autonomía de la voluntad que rige sus relaciones contractuales, pero para ello las partes deberían llegar a un acuerdo, prevaleciendo lo negociado o estipulado a lo establecido en el artículo 46, que no es aplicable, aunque bien pueden los mismos utilizar los criterios del mencionado artículo o cualesquiera otros criterios razonables y con el que se sientan satisfechas ambas partes. La doctrina así lo considera, José Ángel TORRES LANA <sup>4</sup>: «Es sabido que, pese a reiteradas proclamaciones de crisis, la autonomía privada sigue siendo el principio rector del proceso de intercambio de bienes y servicios, principio del que emana, como corolario lógico, el de equivalencia de las prestaciones entendidas éstas en su acepción estrictamente jurídica. Toda intervención tendente a corregir este principio ha respetado este ámbito irreductible (...). Ahora bien, cuando la norma desnivela deliberadamente la igualdad formal de las partes contractuales en aras de un hipotético y deseado equilibrio material corre un doble riesgo: en el plano teórico, en primer lugar, el de modificar, mediante la introducción de cuerpos extraños, piezas básicas del sistema jurídico; en la vertiente práctica, el de que el mecanismo corrector empleado no sea eficaz y pueda, por tanto, ser fácilmente defraudado. Los artículos 46 y 47 han afrontado el riesgo con cierta frivolidad y han incurrido en los dos vicios denunciados.»

Por tanto, se observa que la doctrina también critica el poco respeto que otorga el artículo 46 a la autonomía de la voluntad. No obstante, aun admitiendo la aplicación del artículo 46, creo que este artículo determina que la remuneración por el uso de los derechos de propiedad intelectual debe basarse en una participación de los ingresos por la explotación de los mismos y, por tanto, de los ingresos generados durante el tiempo de uso de esos derechos y como consecuencia de dicho uso, y no sobre todos los ingresos de explotación de la empresa. Así lo ha entendido el TDC, en su Resolución de 14 de febrero de 1991, contra la SGAE:

«De ello hay que concluir, en contra de las declaraciones de la SGAE, que la modificación de la base no viene imperativamente impuesta por el artículo 46, aunque tampoco venga impedida (...); pero, de otro lado, la SGAE no puede ampararse en un pretendido imperativo legal para sos-

<sup>4</sup> TORRES LANA, J. A., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Bercovitz, Tecnos, p. 787.



tener que la participación proporcional en los ingresos de la explotación de la obra exige inexcusablemente establecer una participación en todos los ingresos de explotación de la Empresa que la utilice.»

Parece, pues, que el criterio del TDC, en su Resolución de 1991, tampoco apoya de manera incondicional que la tarifa devengada por el uso de derechos de propiedad intelectual se calcule sobre la base de la totalidad de los ingresos de explotación. Más bien, se deduce que deberán incluirse tan sólo aquellos ingresos de explotación que han sido obtenidos gracias al uso del derecho.

Además, en el presente caso podría incluso aplicarse la remuneración a tanto alzado a que se refiere el apartado 2 del artículo 46. Estaríamos en el primer supuesto *b)* cuando analizamos la actividad que realiza Onda Ramblas, basada principalmente en las emisiones de producción propia, y con un programa musical de una hora. Sin embargo, estaríamos en el segundo supuesto *c)* al analizar las obras musicales integradas en los programas de producción propia, y que no constituyen un elemento esencial de la creación intelectual en la que se insertan.

Pero, incluso, AGEDI, para fundamentar la aplicación de una base de cálculo que utilice los ingresos de publicidad, no sólo alega el controvertido artículo 46 de la LPI, sino que afirma la imposibilidad de aplicar un sistema de medición del tiempo de emisión y, sin embargo, y esto es lo más sorprendente, los derechos recaudados por AGEDI se reparten entre sus asociados, en proporción al uso, como veremos a continuación.

La utilización por AGEDI del sistema del tiempo de emisión como base del reparto de los derechos recaudados desvirtúa su argumento sobre la imposibilidad de medición y el coste de la misma. AGEDI no puede «*venire contra factum proprium*».

## B. REPARTO ENTRE LOS ASOCIADOS EN FUNCIÓN DE USO EFECTIVO DE LOS FONOGRAMAS

El sistema que AGEDI utiliza para repartir entre los productores fonográficos el importe recaudado por los derechos que gestiona se establece en proporción al uso, con arreglo a la información que proporcionan las propias emisoras, verificado por una empresa especializada, Alef Millward Brown, que contrata la propia AGEDI.

La metodología utilizada por Alef Millward Brown para medir el tiempo de emisión de fonogramas en radio con el fin de repartir los ingresos de AGEDI entre sus asociados con arreglo a la utilización de su repertorio es la siguiente:

A) Alef Millward Brown no recoge información de todas las emisoras de radio, ni registra la música a lo largo de todas las franjas horarias, sino que se establecen unos estratos por tipos de emisoras (emisoras cade-

nas o locales) y tipo de programación (convención o fórmula). Se combina el trabajo de gabinete con el de campo y se realiza una toma de información mediante estudios parciales que configuran el diseño global del sondeo. En concreto, se utilizan tres vías de registro de información:

- 1) encuesta personal con visitas de los agentes de Alef a las empresas seleccionadas en los días y franjas horarias establecidas;
- 2) hojas de programación, fundamentalmente en emisiones fórmula,
- y
- 3) escuchas de la programación de otras emisoras a las que no se visita.

B) Esta empresa realiza estudios de mercado, que no son sino sondeos de carácter muestral y aunque AGEDI alega que el estudio no tiene una base poblacional o censal, hay que señalar que no debe confundirse el tamaño de la muestra utilizada por un verificador de procedimientos con la idoneidad del procedimiento en sí mismo.

Adicionalmente, algunas emisoras no ponen («pinchan») los discos de forma manual, sobre todo las Radios Musicales (radio fórmula), sino que, a través de un sofisticado software informático, programan con antelación la música que van a emitir. Este sistema, desarrollado por Music Control, tiene la capacidad de registrar la huella digital de la música que se está emitiendo en cada momento en una emisora de radio. La SGAE ya está utilizando este sistema para el cobro de los royalties de los derechos que gestiona.

Además, AGEDI, en el nuevo contrato-tipo de 30 de junio de 1997, en la cláusula 6.2, establece que las emisoras, mediante soporte informático, envíen trimestralmente una relación detallada de la programación musical, tiempo de emisión, título, intérprete, etc. Parece que AGEDI está dotándose de un sistema de medición del uso efectivo de los fonogramas para el cobro de derechos sobre la base del tiempo de emisión y/o para su reparto entre los asociados.

Por todo lo expuesto, podría derivarse la eventual existencia de un abuso de posición dominante, cuando se impone a Onda Ramblas un sistema de recaudación (por 100 sobre los ingresos brutos de publicidad), argumentando la imposibilidad de aplicación de otro sistema alternativo (recaudación por el uso).

Todo este análisis ha servido para desvirtuar las afirmaciones que hace el TDC. Si AGEDI utiliza un sistema de encuesta y de escuchas de programación para determinar el importe que debe pagar a cada productor, no entiendo por qué este mismo sistema no puede servir para el cobro de los derechos a las entidades de radiodifusión. Pero, es más, el propio TDC en el Fundamento Jurídico cuarto, mantiene un tono dubitativo acerca de la idoneidad del sistema cuando afirma que

«es cierto que puede resultar, sobre todo de futuro, discutible el sistema basado en las tarifas de publicidad, y podría ser defendible otro sistema

que posiblemente habrá de contemplarse en el futuro cuando la implantación de determinadas novedades técnicas lo permitan, pero no por ello se puede descalificar el sistema que toma como base la cifra de publicidad, que ha sido admitido en anteriores Resoluciones de este Tribunal tales como las de 14 de febrero y 12 de julio de 1991».

#### 4. PRECIOS NO EQUITATIVOS

En el Fundamento Jurídico cuarto de la Resolución objeto de nuestro artículo, el Tribunal aborda la posible existencia de abuso de posición de dominio por la imposición en el contrato-tipo de precios no equitativos, y lo hace a través del análisis de diversos test, que a continuación expon-dremos.

No obstante, y con carácter previo debo hacer unos breves comentarios sobre el primer párrafo de este Fundamento Jurídico, en el que el TDC argumenta:

«Aun cuando se tenga en cuenta todo cuanto anteriormente se ha manifestado, debe analizarse también el contenido de las cláusulas por sí, aun así, supusieran un supuesto patológico de abuso que mereciera un pronunciamiento de este Tribunal. Tampoco parece que así ocurra.»

Sin menoscabo de la fructífera labor del TDC en aras del libre funcionamiento de los mercados, creo con todos los respetos que la función encomendada al TDC es resolver sobre la existencia o inexistencia de un posible abuso de posición de dominio y, en todo caso, en el marco de prerrogativas que la propia LDC le otorga en el artículo 10.2, si considera que la conducta restrictiva no es grave, podrá determinar la no imposición de sanción, aunque haya resultado acreditada la práctica restrictiva de la competencia. Humildemente considero que lo que de ninguna manera cabe es el análisis de la «patología» del abuso para considerar la existencia o inexistencia de conducta restrictiva. Por cierto, y en otro orden de cosas, el término «supuesto patológico» no parece muy adecuado, dado que no es utilizado habitualmente entre los vocablos jurídicos, y realmente los contornos de su significado resultan, cuando menos, de necesaria interpretación subjetiva.

A continuación el TDC señala que

«el mayor problema que se encuentra cualquier intérprete para considerar si se han infringido los artículos 6.2.a) de la LDC y 86.a) del TUE por imposición de un precio no equitativo consiste en determinar cuál es el precio justo. Existen varios tests al respecto, tales como considerar que el precio justo es el que existiría en situación de competencia, el que existe en otros países del entorno o el que corresponde a otros servicios similares o bien los incrementos moderados en comparación con los precios anteriormente existentes».

De nuevo, se utilizan términos como «precio justo» que desvirtúa el encaje legal o jurídicamente más adecuado de «precio no equitativo», dado que cuando se habla de precio equitativo se está tratando de determinar si el precio practicado es igual o similar para otros operadores económicos a los que se le presta el mismo servicio, y no debemos abordar la valoración ética que supone determinar si es «justo» o «moral» un precio.

#### A. PRECIO EN SITUACIÓN DE COMPETENCIA

El primer test aplicado por el Tribunal es el siguiente: «No existe forma de determinar cuál habría sido el precio existente en situación de competencia porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación.»

Con el mayor respeto al Tribunal, me resulta bastante sorprendente este test o argumentación utilizada, dado que en lugar de abordar con rigurosidad determinados temas —como los expuestos en el apartado anterior— trata de obtener o determinar cuál sería el precio aplicable en una situación de competencia, cuando el denunciado es una entidad, AGEDI, que ostenta el monopolio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados. En la mayoría de los casos en que se denuncia la infracción del artículo 6 de la LDC o 86 del TUE, consistentes en la posible existencia de abuso de posición dominante, no creo que sea labor del Tribunal determinar cuál sería el precio en situación de competencia, salvo que se obtenga de una forma fácil o inmediata, supone el establecimiento de una serie de hipótesis que en muchos casos pueden ser rebatidas, y que, en definitiva, no hacen más que alejarse de la verdadera función del Tribunal que no es sino la determinación, vistos los hechos probados, de la existencia o inexistencia de abuso de posición de dominio.

Pero, además, si analizamos la jurisprudencia del TJCE vemos que no parece muy adecuado que el TDC establezca como fundamento de Derecho la indeterminación del precio en una situación de competencia<sup>5</sup>. En diversas sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea explica que basta analizar la relación entre el precio y el servicio prestado para deducir si existe abuso.

<sup>5</sup> La jurisprudencia del TJCE establece sistemas o mecanismos de comparación para determinar si el precio es o no equitativo, aunque en el mercado no exista un mercado en competencia:

— Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto United Brands: «Un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86. a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada.»

— Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986, Asunto British Leyland: «hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que se beneficia de una situación de monopolio legal exige por sus servicios unas tasas desproporcionadas con relación al valor económico de la prestación proporcionada.»

Es más, en este caso, el TDC debería valorar con los parámetros aportados en el expediente, la equitatividad o no del precio practicado, cuestión que puede dilucidar con el mero análisis de la modificación de las categorías de las emisoras en función del uso del repertorio, establecidas en ambos contratos (en el de 1990: hasta el 30 por 100, entre el 30-70 por 100, y del 70 por 100 en adelante; y en el de 1997: hasta el 10 por 100, entre el 10-70 por 100, y del 70 por 100 en adelante). De una forma tan simple se puede deducir que resulta inequitativa la determinación de categorías para las entidades de radiodifusión convencionales, dado que el porcentaje de uso de música de estas entidades se encuentra entre el 10 y 30 por 100. Por tanto, deben pagar lo mismo que una entidad de radiodifusión musical que utilice hasta un 70 por 100 de música. De lo anterior podría concluirse que AGEDI podría haber aplicado un precio no equitativo.

## B. REMUNERACIÓN EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

El TDC, a continuación, trata de utilizar un segundo test, con los siguientes argumentos:

«De la comparación con los sistemas de los países de nuestro entorno no puede deducirse que los precios de AGEDI sean abusivos, pues se trata de tarifas que se sitúan en la parte baja de la media de los países de nuestro entorno. Este sistema ha sido el que ha aplicado el TJCE en la Sentencia de 13 de julio de 1989 (Tournier) cuando se plantea cómo determinar el importe justo de la remuneración que las discotecas han de abonar a la entidad francesa de gestión de derechos de autor y resuelve que “una sociedad nacional de gestión de derechos de autor, que se encuentra en una posición dominante sobre una parte sustancial del mercado común, impone condiciones de transacción no equitativas cuando las remuneraciones que cobra a las discotecas son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías se haya llevado a cabo sobre una base homogénea”.»

En primer lugar, debo señalar, que del análisis comparativo de otros países puede deducirse que en el Espacio Económico Europeo, dos países, Dinamarca y Noruega, utilizan como base el tiempo de emisión de fonogramas, combinado en Noruega con la posibilidad alternativa de utilizar un porcentaje sobre los ingresos de la emisora. Además, si analizamos las distintas tarifas aplicadas, vemos que España, con un 2 por 100, se encuentra en la media. Sin embargo, el país de menor tarifa es Noruega, con un 1 por 100, coincidiendo con que, además, es uno de los únicos países europeos que aplica el tiempo de emisión, y no contamos con el dato de Dinamarca.

En segundo lugar, no debe olvidarse que la generalización de una conducta no la dota de garantía de legalidad, ni la exime de su adecuación

o proporcionalidad al derecho de propiedad intelectual que se protege. Además, la innovación tecnológica permite hoy bases de facturación que en el pasado no eran posibles, y que es preciso aprovechar para la promoción de que el pago por el uso de un derecho se adecue a dicho uso.

En tercer lugar, la jurisprudencia empleada por el TDC, «Sentencia Tournier»<sup>6</sup> se trataba de una cuestión prejudicial planteada en términos muy concretos<sup>7</sup> y en la contestación a la misma el TJCE señala expresamente que la comparación entre las cuantías se debe llevar a cabo sobre una base homogénea. En nuestro caso, las bases de comparación entre países son absolutamente heterogéneas, dado que en cada país se permite una deducción distinta a los ingresos de publicidad, y además, en algunos se distingue entre entidades de radiodifusión pública o privada, y convencional o musical.

Por tanto, si se tuviesen en cuenta las consideraciones señaladas, dicho argumento o test tampoco resultaría válido.

### C. REMUNERACIÓN A LA SGAE

La explicación del TDC respecto al siguiente test o justificación de imposición por AGEDI de un precio justo, es la siguiente:

«De la comparación de las tarifas de AGEDI con las de la SGAE, y aun teniendo en cuenta que el derecho de los autores es de mayor intensidad que el de los productores y artistas, tampoco se puede decir que sean abusivas las tarifas de la denunciada.»

La crítica que cabe hacer en este caso y con los debidos respetos, es que se ha incorporado a los hechos probados la cuantía de la remuneración que la SGAE cobra por la gestión de los derechos de autor, un canon de 3,75 por 100 por comunicación pública y de 1,25 por 100 por reproducción, desconociendo absolutamente que no resultan bases homologables ni, por tanto, con posibilidad de ser comparadas. Pero, además, la SGAE durante años se encontraba en una situación de monopolio *de facto* en la gestión de los derechos de autor, y como ya está siendo comentado en este artículo las entidades de gestión de derechos desde su posición monopolista pueden causar un grave problema al libre funcionamiento del mercado de derechos de propiedad intelectual y a su utilización por los operadores económicos, y sin prejuzgar la actuación de

<sup>6</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, Tournier c/ SACEM.

<sup>7</sup> «Cuando la SACEM, que es una sociedad civil integrada por compositores y productores musicales que dispone de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común y que está ligada a sociedades de autores de otros países de la CEE, mediante acuerdos recíprocos de representación, impone remuneraciones consistentes en el 8,25 por 100 del volumen de negocios bruto de las discotecas; ¿constituye eso para las partes que contratan con ella una imposición directa o indirecta que implique condiciones de transacción no equitativas en el sentido del artículo 86 del Tratado de Roma cuando la referida remuneración es manifiestamente superior a la aplicada por idénticas sociedades de autores en otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea?»

la SGAE, parece excesivo que se pueda cobrar un canon de hasta el 3,75 por 100 de los ingresos de explotación de derechos de autor, y un canon similar para cada una de las entidades de gestión de derechos afines.

Por todo lo expuesto, y con todos mis respetos no entiendo cómo el Tribunal puede utilizar este test como argumento que trate de justificar la equitatividad del precio aplicado por AGEDI a Ondas Ramblas. Si a ello añadimos que el propio TDC en la Resolución de 14 de febrero consideró que la SGAE había abusado de su posición de dominio en la aplicación de unas tarifas absolutamente desproporcionadas, aún comprendemos menos que el TDC maneje este argumento para demostrar la inexistencia de conducta restrictiva. El fallo de la Resolución mencionada es el siguiente:

«Declarar que en el presente expediente resulta acreditada la existencia de una práctica prohibida en el artículo 2.1 en relación con el 2.2.a) de la Ley 110/1963, de 20 de julio, consistente en haber establecido el Consejo de Administración de la SGAE unas nuevas tarifas generales el 23 de diciembre de 1987 que, al ampliar la base de aplicación de cánones correspondientes a la utilización del repertorio de pequeño derecho por Emisoras de Televisión, suprimiendo al mismo tiempo la escala gradual de implantación temporal de las nuevas tarifas (a diferencia de lo que tenía aprobado en sus tarifas generales de 1985), provocaba un incremento mínimo del 76 por 100; y, sin duda, muy superior en términos reales al no existir en aquel momento como destinatario de tales tarifas nada más que Televisión de carácter público para las que tendría que ser relevante la modificación de la base. Práctica de la que resulta autora la Sociedad General de Autores de España, que constituye un abuso realizado al amparo de su posición de dominio en el mercado de los derechos de autor referidos y que de manera injustificada resultaba lesiva para la economía nacional y los intereses de, al menos, las tres entidades de Televisión denunciantes.»

#### D. COMPARACIÓN CONTRATOS 1990 Y 1997

Por último, el TDC considera que si se compara el contrato de 1990 y el de 1997 se observa que en éste último se rebaja el porcentaje aplicable o los cánones. Si bien, me resulta difícil deducir a qué se refiere el Tribunal: ¿al coeficiente corrector aplicable sobre los ingresos de explotación, o se refiere a los niveles de uso establecidos en las diferentes categorías, o a las bonificaciones que se aplican? Vamos a tratar de dilucidar la argumentación que utiliza el TDC.

«Finalmente, si se comparan las tarifas existentes de AGEDI al finalizar el contrato de 1990 con las del contrato de 1997 se observa una disminución de los cánones en el nuevo contrato.»

Si bien esto no puede comprenderse si no transcribimos lo argumentado en los hechos probados, donde el Tribunal dice:

«Como consecuencia del nuevo contrato negociado en el que varían las categorías de las emisoras, los coeficientes correctores, el canon y las modificaciones, el canon y las modificaciones, se producen variaciones en los porcentajes a pagar sobre la cifra de publicidad respecto del año 1994, último en el que rigió el contrato de 1990 (...). El mayor descuento se produce en la categoría A con el 22 por 100, a continuación la categoría C (15 por 100) y, por último, la categoría B (7 por 100) (declaración del testigo Sr. Cruz, folio 779, Expte. Tribunal). Si bien, como consecuencia de las diferencias en los porcentajes de la categoría A, las emisoras que emitieran porcentaje de música entre el 10 y el 30 por 100 pagarán cantidades superiores.»

La Resolución en este punto resulta un tanto compleja o de difícil comprensión, dado que según el test aplicado, es decir, al comparar el antiguo y el nuevo contrato de 1997, el TDC argumenta que han disminuido los cánones en este último. Pero, parece que a lo que realmente se refiere el TDC es al tipo aplicable a la base o ingresos de explotación obtenido mediante la clasificación de la emisora en la categoría A, B o C, la aplicación del correspondiente coeficiente corrector y, finalmente, la desgravación de las dos bonificaciones, la global y la de colaboración. El análisis de todos estos cálculos se presentan en diversas tablas elaboradas por el profesor Cruz Roche, perito y testigo del denunciado.

Del análisis detenido de las mencionadas tablas puede extraerse que la información que incluyen no ha sido elaborada de forma ecuaníme, dado que se analizan los años 1990 a 1997, cuando el último contrato estipula las relaciones entre AGEDI y las entidades de radiodifusión firmantes hasta el año 2002, produciéndose las mayores bonificaciones en los primeros años, por tanto, en 1997, mientras que a medida que transcurre el plazo de vigencia del contrato se incrementa el tipo o canon que aduce el TDC debido a esa disminución de las bonificaciones, como puede analizarse en las estipulaciones del contrato de 1997 y en las tablas que utiliza el TDC durante la vigencia del contrato de 1990. Por otro lado, también debo señalar que las bonificaciones de colaboración del contrato de 1997 no pueden aplicarse en el caso de Onda Ramblas, dado que debido a su negativa a suscribir el contrato, no podrá obtener dicho beneficio, con lo que se incrementa aún más el denominado canon.

Del análisis detallado de estas tablas, puede deducirse, además, que para las entidades de radiodifusión convencionales, cuyo tiempo de emisión de música suele ser en torno a un 10-30 por 100, la comparación del contrato de 1990 y de 1997 resultaría bastante inequitativa, dado que se produce un incremento de hasta 3 veces el canon. Así, si busco en las tablas la información relativa al año 1994, en el antiguo contrato las entidades de radiodifusión con ese porcentaje de emisión pertenecían a la categoría A (hasta un 10 por 100 de emisión) con un canon o tipo de un 0,57, y en el nuevo cambian a la categoría B (entre un 10 y un 70 por 100) elevándose el canon hasta el 1,52.

Con todos mis respetos, lo que puede resultar bastante inexplicable, y es aquí donde se puede presenciar cierta incoherencia y duda que acom-



paña a algunos de los argumentos y fundamentos de que se vale el Tribunal, que él mismo deduce que las emisoras cuya utilización de fonogramas se sitúe entre un 10 y un 30 por 100 del tiempo total de emisión, por tanto las emisoras convencionales como Ondas Ramblas, pagarán cantidades superiores. Esta afirmación me produce un gran asombro: el propio Tribunal reconoce que las radios convencionales pagarán cantidades superiores con la suscripción del nuevo contrato y dado que la denunciante es una radio convencional con una emisión menor al 30 por 100, no puedo comprender cómo el Tribunal, no obstante, utiliza como test la comparación entre ambos contratos, para argumentar que el precio que trata de imponer AGEDI es equitativo. No entiendo por qué ha sido utilizado este argumento que desvirtuaría lo que el Tribunal decide.

## 5. CONDICIONES DESIGUALES PARA PRESTACIONES EQUIVALENTES

Respecto a imputación acreditada por el Servicio de existencia de abuso de posición de dominio de AGEDI prohibida por el artículo 6.2.d) de la LDC y 86.c) del TUE, consistente en la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ha sido desvirtuada por el Tribunal en el Fundamento de Derecho quinto con los siguientes argumentos:

«Para analizar si existe esa infracción, y con independencia de cuanto anteriormente se ha expuesto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el principio de no discriminación, se obliga a quien se encuentra en posición de dominio a tratar de forma igual a quien se encuentre en iguales circunstancias. No existe nada del expediente que permita afirmar que ha existido una conducta encuadrable en esos preceptos.»

En contra de la opinión del Tribunal, y con los debidos respetos a su labor, considero que resulta acreditada la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes cuando:

1.º AGEDI fija un sistema retributivo distinto para las diferentes entidades de radiodifusión, según la propiedad de éstas: pública, autonómica o comercial. Así, unos competidores, radios comerciales, se encuentran en una situación desventajosa frente a otros.

2.º AGEDI establece un contrato-tipo para todas las radios comerciales, sin hacer ninguna distinción entre radio convencional y musical. Así, para la prestación de comunicación pública de obras musicales, aplican condiciones desiguales. Por un lado, Onda Ramblas, radio convencional por excelencia, con programas como «Protagonistas» de Luis del Olmo, debe pagar un porcentaje de aproximadamente un 1,6 por 100 de sus ingresos de publicidad, obtenidos principalmente por su propia producción. Mientras que, las radios musicales que emiten sólo programas musicales, pagan un 2 por 100 de sus ingresos de publicidad obtenidos por la comunicación pública de obras musicales.

Además, y como ya se ha señalado, si no nos atenemos a la tarifa, sino al importe global recaudado, Onda Ramblas, que emite menos música, debe pagar mucho más que las radios musicales, dado que sus ingresos brutos totales de publicidad son mucho mayores. Por tanto, aquí también podría considerarse que existe un posible abuso de posición dominante y una cierta discriminación a las entidades de radiodifusión convencionales.

Sin embargo, el TDC continúa con la siguiente argumentación:

«Tampoco, en los términos en los que se debe centrar la cuestión, resulta aceptable el argumento del diferente trato a las emisoras de fórmula musical y las convencionales. La base del argumento consiste en el hecho de que las emisoras convencionales tienen más publicidad que las musicales, y los coeficientes correctores no producen el efecto de igualar con exactitud a la audiencia el importe de los derechos de propiedad intelectual abonada. Para desvirtuar este argumento ha de tenerse en cuenta cuanto anteriormente se ha manifestado respecto del hecho que en este expediente no se trata de dilucidar sobre diferentes sistemas de remuneración de derechos, sino exclusivamente si ha habido abuso de posición dominante y, más en concreto, si el sistema implica discriminación.

No puede afirmarse que el sistema pactado entre AGEDI y AERC sea discriminatorio a los efectos contemplados en el artículo 6.2.d) de la LDC. Este precepto obliga a tratar como iguales y —en la medida en la que se establecen categorías de emisoras y a las emisoras de cada categoría se les aplica un coeficiente diferente entre categorías, pero igual para las emisoras de la misma categoría— se debe concluir que no existe discriminación.»

Parece que lo que el Tribunal aduce es que sólo existe conducta prohibida cuando no se trata de igual manera a las entidades de radiodifusión que sean iguales y que en este caso se ha tratado de forma desigual a los que son desiguales, por tanto, el TDC estima que las entidades de radiodifusión convencionales son diferentes a las musicales. Sin embargo, la propia AGEDI suscribe un contrato global con la AERC para las emisoras convencionales y musicales, sin hacer ningún tipo de distinción y las clasifica entre las radios comerciales, aunque luego establezca diferentes categorías, pero sólo a efectos de medición del tiempo de uso, pero no porque considere que estamos ante emisoras de diferente naturaleza. No entendiendo cómo el Tribunal presta prioridad a la definición de la naturaleza de las emisoras, su igualdad o desigualdad, frente a la definición de las condiciones bajo las cuales no tendría lugar la denunciada discriminación.

Con todos mis respetos, tampoco entiendo cómo puede afirmar el Tribunal que el establecimiento de categorías de emisoras y la aplicación de un coeficiente diferente entre categorías evite la discriminación. Más bien habría que argumentar todo lo contrario, el establecimiento en el contrato de 1997 de categorías que no recogen las diferentes realidades económicas de las entidades de radiodifusión es *per se* discriminatorio.

A nadie se le oculta el interés de AGEDI de establecer una categoría, la B, en la que están incluidos los radios que utilicen entre un 10-70 por 100 de música. Cabe hacerse unos cuantos planteamientos: ¿Por qué AGEDI no establece diez categorías, o al menos una cuarta que abarque entre el 10-30 por 100, ó cuanto menos entre el 10-50 por 100? ¿Cómo puede el TDC en su resolución haber obviado esta discrecionalidad?

Además, sobre este tema el TDC se ha pronunciado con anterioridad con meridiana claridad en su Resolución de 12 de junio de 1991, referida a un recurso interpuesto por la SGAE contra una resolución condenatoria de abuso de posición dominante en la aplicación de sus tarifas generales:

«la elaboración de las tarifas generales y su utilización como base de negociaciones particulares hayan de ser especialmente cuidadosas, debiendo tener en cuenta, en el conjunto de su estructura y tipos, los adecuados criterios y especificaciones propios de un instrumento económico de esta naturaleza y la necesaria adaptación a las características de la utilización del repertorio por parte de los usuarios».

En el Fundamento Jurídico noveno de la Resolución de 12 de junio de 1991 añade del Tribunal:

«(...) Ello implica que unas tarifas generales deben contener las matizaciones y modulaciones necesarias para adaptarse a los servicios que se prestan a las diversas categorías de usuarios a los que se dirigen los correspondientes epígrafes, evitando que una excesiva generalidad y falta de modulación les haga incurrir en unas obligaciones de pago o de consignación desproporcionadas, originando dificultades cuya solución, caso por caso, en negociaciones específicas no es aceptable, ya que en éstas se podrá atender a las peculiaridades concretas de determinados usuarios, pero la atención a las características genéricas de las diversas categorías de los mismos debe ser prestada no en dichas negociaciones, sino en la confección de los propios epígrafes de las tarifas.»

## 6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON LA AERC

Respecto a la primacía de la negociación colectiva con las asociaciones de usuarios (AERC), frente a la negociación individual con cada usuario (Ondas Ramblas), el TDC interpreta que el artículo 152.3<sup>8</sup> de la LPI debe prevalecer sobre el artículo 116 de la LPI. Así, en el Fundamento Jurídico segundo manifiesta que

«todos estos preceptos conducen a establecer un sistema para determinar el precio de determinados derechos de propiedad intelectual, sistema que

---

<sup>8</sup> Artículo 152. «1. Las entidades de gestión están obligadas a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración [...].

3. A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.»

consiste en primar la negociación, incluso colectiva, y ofrecer un sistema voluntario de arbitraje cuando la negociación fracasa».

La doctrina considera que ambos artículos deben situarse en pie de igualdad y que el legislador no ha previsto que uno prevalezca sobre otro. Por tanto, no entiendo cómo el TDC decide que deba primar el artículo 152.3 (faculta a las entidades de gestión a negociar con las asociaciones de usuarios) sobre el 116.3 (la efectividad del derecho de comunicación pública de fonogramas comprende la negociación de las entidades de gestión con los usuarios), o lo que es peor el 152.3 sobre el 152.1 (las entidades de gestión están obligadas a contratar con quien lo solicite en condiciones razonables). Además, aun considerando dicha prevalencia, cuestión que no comparto con el TDC, el artículo 152.3 estipula la negociación con asociaciones de usuarios como una facultad de las partes, puesto que dichas asociaciones deben solicitarlo a las entidades gestoras, pero ni mucho menos puede significar una obligación de las entidades de radiodifusión a tener que utilizar a la asociación a la que pertenezcan para hacer valer sus derechos, ¿dónde está el respeto a la autonomía de la voluntad de cualquier operador económico con capacidad jurídica de contratar con quien y como quiera? Parece, cuando menos, que podrían resultar un poco arriesgadas estas afirmaciones del TDC, que continúa con la siguiente argumentación:

«Es cierto que todo este sistema no supone la exclusión de la actuación de los órganos encargados de la defensa de la competencia cuando se produzca una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, particularmente una conducta abusiva de posición dominante, pero este recurso debe quedar limitado a los casos más flagrantes en los que las entidades de gestión que tengan, como ocurre con AGEDI, una posición de dominio impongan o pretendan imponer condiciones inadmisiblemente abusivas. Pero ése es un supuesto y otro muy diferente la práctica de los usuarios de acudir a la denuncia ante las autoridades de la competencia como estrategia negociadora. Esta última conducta parece ser la realizada por la AERC en el supuesto que aquí se analiza, pues presentó una denuncia que posteriormente retiró, o bien la propia Onda Ramblas. El Tribunal debe rechazar ese sistema que no solamente puede producir distorsiones en la negociación, sino que obliga a dirimir sobre cuál es la remuneración equitativa no en sede de un procedimiento arbitral, sino en sede de un procedimiento sancionador, lo cual obliga a sancionar a la entidad de gestión si se considera que su criterio para establecer el precio correspondiente a la comunicación pública no es adecuado. En definitiva, se trata de tal forma de dar alcance de arbitraje obligatorio a un procedimiento sancionador en el que, por mandato constitucional, rigen principios tales como el de la presunción de inocencia.»

Este párrafo, además de que podría contener ciertos conceptos de libre interpretación subjetiva como «casos más flagrantes» o «condiciones inadmisiblemente abusivas», o cuál ha sido la intención con la que la AERC u Ondas Ramblas ha denunciado; también podría incluir alguna

posible contradicción, pues estima el TDC al inicio del párrafo que todo el sistema debe ser analizado a la luz de la LDC y, sin embargo, al final del párrafo señala que se debe dirimir cuál es la remuneración equitativa en sede de un procedimiento arbitral y no en sede de un procedimiento sancionador. Todo ello hace que pudiesen resultar algo confusos ciertos planteamientos que utiliza el Tribunal.

En mi opinión y con todos los respetos, considero que el TDC debería resolver sobre la existencia o no de abuso y no tanto sobre si éste es flagrante o admisible, que sólo parece que habría de evaluarse para la posible graduación de la sanción; y convendría estimar que no podría ser utilizado para eximir al Tribunal de la facultad que tiene de analizar, dirimir y resolver acerca de la posible existencia o inexistencia de la conducta restrictiva.

Con respecto a la intención de la AERC o de Ondas Ramblas de utilizar la denuncia como estrategia negociadora, hay que señalar que el TDC más bien podría haber pensado todo lo contrario si hubiese analizado con más detalle todos los hechos probados: ONDA RAMBLAS ha sido instada a firmar dicho contrato-tipo al menos desde mayo de 1994 y, aunque se ha negado reiteradamente a su firma, se ha manifestado dispuesta a negociar con AGEDI las condiciones de su relación. Esta última no ha ofrecido ninguna alternativa a la firma de ese contrato-tipo para poder regularizar la situación, imponiendo de hecho su contenido e iniciando actuaciones judiciales por la no aceptación del mismo. En mi opinión, por los hechos probados expuestos la presunción de inocencia no se ve vulnerada al afirmar que AGEDI, como única empresa capaz de gestionar los derechos de los productores de fonogramas, podría haber llegado a imponer la firma del contrato-tipo a Ondas Ramblas.

Pero, con todos los respetos, lo que me sume en la más completa confusión es que el TDC estime en el Fundamento Jurídico tercero: «en el supuesto de que se considerara que los precios convenidos para la remuneración del derecho de comunicación pública no fueran equitativos, se trataría de condiciones que serían consecuencia de un convenio colusorio y, por tanto, de una posible infracción del artículo 1 LDC (y en su caso del artículo 85.1 TUE) y no una conducta abusiva». En mi opinión, se podría observar, de algún modo, y sí he entendido bien los fundamentos utilizados por el Tribunal, una cierta incoherencia del TDC, que en el Fundamento Jurídico anterior esgrimía que Onda Ramblas no podía salirse del acuerdo o negociación colectiva establecido entre AGEDI y la AERC, y ahora, a renglón seguido, se plantea que en todo caso la inequitatividad de los precios sería objeto de un acuerdo restrictivo de la competencia entre AGEDI y AERC. Es decir, el TDC estima que Ondas Ramblas debe suscribir un contrato establecido mediante un acuerdo restrictivo de la competencia, y en caso de que Ondas Ramblas denuncie este contrato-tipo y no quiera suscribirlo, el TDC interpreta que se trata de una estrategia de negociación y que la cuestión de fondo debería dirimirse en un procedimiento arbitral y no en un procedimiento sancionador. Final-

mente, y del análisis de la resolución podría llegar a interpretarse que el TDC insta a Ondas Ramblas a suscribir un contrato-tipo estipulado mediante un acuerdo restrictivo de la competencia entre AGEDI y la AERC, prohibido por el artículo 1 de la LDC.

No obstante, y tratando de salvar estas posibles dudas razonables, el TDC decide no recalificar el asunto a tenor de lo estipulado por el artículo 43.1 de la LDC por las dos razones que a continuación transcribo. Sin embargo, el Tribunal no aborda la discusión sobre si el acuerdo es o no restrictivo de la competencia.

1. «En el nuevo expediente no podría ser inculpada AERC, que no ha sido parte en el expediente, cuando algunas conductas que se han considerado abusivas por el Servicio y la denunciante parecen obedecer a una pretensión suya. Tal ocurre con las cuestiones relativas a las categorías y su cuantificación, que resultan idénticas en los contratos entre SGAE y AGEDI, por una parte, y AERC por otra, por lo que presumiblemente se trata de una iniciativa de quien es parte de ambos contratos, es decir, AERC.»

2. «Se trata de un sistema de negociación colectiva al que la Ley concede amparo legal —incluso para considerar que no constituye infracción del artículo 1 a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 LDC— para solucionar el problema existente en la determinación de la remuneración de los derechos de propiedad intelectual. Si la Ley concede una protección a la negociación colectiva, una Resolución de este Tribunal que considerara que el resultado de esa negociación infringe la LDC podría llegar a suponer el desmantelamiento del sistema establecido en la Ley de Propiedad Intelectual para la cuantificación de la remuneración. Parece por ello más idóneo conceder amparo, a los efectos de cumplimiento de la LDC, a lo negociado y pactado entre una entidad de gestión y una asociación de usuarios que califican como correcta la actitud de un miembro de esa asociación que se desvincula de sus acuerdos cuando no le convienen.»

Respecto a la primera razón aducida, no entiendo cómo el TDC puede entrar en valoraciones subjetivas acerca de si la pretensión de establecer el presunto acuerdo abusivo nace de la AERC o de AGEDI, sin ni siquiera molestarse en analizar la naturaleza restrictiva de dicho acuerdo. Mucho menos comprensible es que fundamente su opinión en el hecho de que tanto AGEDI como la SGAE hayan contratado con la AERC y, por tanto, sea esta última la autora; más bien podría pensarse todo lo contrario, si se analiza la práctica contractual suele ser el prestador de servicios (en este caso AGEDI o la SGAE) el que elabora el contrato y lo presenta a la firma del cliente (en este caso la AERC). Pero no sólo eso, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, AGEDI se constituye con posterioridad a la suscripción del contrato entre la SGAE y la AERC e incluso hasta 1994 SGAE actúa como mandatario de AGEDI, por tanto, si hubiese que buscar un posible sujeto inductor, cuestión que dicho sea

de paso no constituye la labor de este Tribunal, éste sería sin duda SGAE y más tarde AGEDI.

En cuanto a la segunda razón, ni mucho menos considero por los motivos expuestos con anterioridad, que sea de obligado cumplimiento el sistema de negociación colectiva, y con todos los respetos, considero que no parece que podría ser aplicable en este caso la autorización prevista en el artículo 2 de la LDC, que tan sólo está tipificada para aquellos acuerdos, recomendaciones o prácticas que resulten de la aplicación directa de una Ley, cuestión que en este caso no cabe, dado que el artículo 152.3 de la LPI otorga a las entidades de gestión la facultad de celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente, tratándose, por tanto, de una facultad que, además, ha de ser solicitada por las asociaciones de usuarios, y desde luego, dicho artículo no podría amparar la capacidad de las partes de poder negociar un acuerdo restrictivo de la competencia.

## 7. DERECHOS DE LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES Y EJECUTANTES

Aunque sea el último punto del comentario a la Resolución del TDC, no por ello es el menos importante, y en el que, desde luego, la opinión de quien suscribe se muestra más crítica con la postura del Tribunal, que podría en su Resolución haber infravalorado, de alguna manera, los derechos que asisten a los artistas, intérpretes y ejecutantes, así como posiblemente el principio de remuneración «única» y «equitativa» establecida en Derecho comunitario y en la Ley de Propiedad Intelectual española, y que a continuación explicaremos.

La Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, incorporada al Derecho español en la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, introdujo dos novedades, que se han explicado anteriormente: el derecho de comunicación deja de ser exclusivo y se convierte en un derecho de remuneración, y la determinación de dicha remuneración no está sólo en manos de la entidad de gestión de los derechos de los productores (AGEDI), sino también de los autores, intérpretes y ejecutantes (AIE). Así, en el artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 22/1987) se establece que «los usuarios de un fonograma (...) tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas, intérpretes y ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales».

El artículo 108 de la LPI, relativo a los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes y ejecutantes, regula de manera prácticamente idéntica al artículo 116 de la LPI, tanto la obligación de pagar

una remuneración equitativa y única, como la obligación de negociar con los usuarios:

«2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales (...).

4. El derecho a las remuneraciones equitativas y únicas a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos.»

Al analizar la opinión de la doctrina, se observa que la remuneración por la comunicación pública de fonogramas debe definirse como un crédito con varios acreedores, es decir, una obligación mancomunada prevista en el artículo 1.138 del CC y, por tanto, la remuneración obtenida por AGEDI en este caso, debería ser repartida de forma equitativa con AIE. Así en opinión del profesor RODRÍGUEZ TAPIA<sup>9</sup>:

«La naturaleza del crédito parece claramente mancomunado divisible o, como algún sector de la doctrina (DÍEZ-PICAZO) prefiere llamar, parciario. Tratándose de una deuda pecuniaria, siendo varios los acreedores, se presume dividido el crédito en tantos créditos como acreedores haya (arts. 1.138 y 1.139 CC). El único elemento entorpecedor de esta tesis es la aparición de la expresión “reparto de la misma” (de la remuneración) y “reparto entre ellos” (productores y artistas). Hay que entender, no obstante, que la remuneración equitativa también tendrá que repartirse entre los artistas, en el supuesto del segundo párrafo del número 3 del artículo 108, aunque en este caso nada dice el texto de la Ley.

El problema verdadero que suscita este artículo es la determinación de la cuantía de la remuneración única, a lo cual deberán colaborar usuarios y entidades de gestión legitimadas para la negociación (art. 108.4).»

Sin embargo, en el expediente objeto de comentario, AGEDI no ha practicado un precio equitativo, al cobrar por la totalidad de derechos de productores de fonogramas y de artistas, intérpretes y ejecutantes (en nombre de la AIE), y luego no efectuar el reparto a la AIE. Así, AGEDI ha venido entregando a la AIE el 50 por 100 de lo recaudado hasta abril de 1997. Sin embargo, desde esa fecha, AGEDI ha empezado a entregar a AIE sólo el 15 por 100 del total. Finalmente, en el nuevo contrato-tipo de 30 de junio de 1997 con AERC, se excluye a la AIE de la negociación del acuerdo, y se cobra una tasa no del 2 por 100, sino del 2,6 por 100.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.*, p. 423.



Por tanto, la prestación ha disminuido (sólo derecho de productores fonográficos), y el precio ha aumentado, apoyando el argumento de aplicación de precio no equitativo. No es posible prever que las emisoras vayan a quedar exoneradas de pago ante una reclamación de AIE.

Por tanto, si hasta 1994 la SGAE estaba recaudando los derechos en nombre de AGEDI, y una vez recibidos por AGEDI, ésta le entregaba el 50 por 100 a la AIE, cabe plantearse ante qué sistema nos encontramos con el nuevo contrato-tipo de 30 de junio de 1997: ¿hay que pagar a AGEDI una tasa corregida de un 2,6 por 100 de los derechos, y a la AIE otra tasa de otro 2,6 por 100, para que se realice a partes iguales el reparto, según el artículo 116? Claramente puede observarse el abuso que comete AGEDI al excluir del acuerdo a la AIE y al no rebajar sus tarifas si sólo recauda derechos de comunicación pública de los productores fonográficos.

No obstante, el TDC argumenta en el Fundamento Jurídico séptimo con las siguientes palabras:

«Las cuestiones relativas a los conflictos entre AGEDI y AIE no deben modificar las conclusiones que con anterioridad se han obtenido. El hecho de que AGEDI cobre la totalidad de los derechos de los productores y artistas y posteriormente no reconozca representatividad a la única entidad existente no constituye una conducta que afecte a las relaciones aquí denunciadas entre AGEDI y Ondas Ramblas. Queda suficientemente acreditado que, si las emisoras son condenadas a pagar alguna cantidad a los artistas, tales cantidades deberán ser abonadas por AGEDI, por lo que no existe conducta abusiva frente a ellas. Los conflictos entre AGEDI y AIE deben ser dirimidos, como lo están siendo, ante la jurisdicción ordinaria y no en este expediente donde no se ha acusado a AGEDI de realizar abusos frente a AIE.»

Con todos los respetos, considero que el Tribunal se está apartando un poco de lo previsto por la Directiva 92/100/CE, por la propia Ley de Propiedad Intelectual y por la doctrina, señalando que los conflictos entre AGEDI y AIE no modifican las conclusiones, cuando sólo por haber dejado fuera a AIE de la negociación con la AERC, sería lícito e incluso venerable el hecho de que uno de los miembros, en este caso Ondas Ramblas, se negase a suscribir el contrato-tipo que no preveía la remuneración a un derechohabiente cuyo derecho a una remuneración única y equitativa ya se había devengado, y que, por tanto, la legalidad de dicho contrato-tipo podría ser cuestionada.

Para que quede constancia de que no se trata tan sólo de una opinión personal, la doctrina más ilustrada respecto a los derechos de propiedad intelectual como es el profesor Rodrigo BERCOVITZ<sup>10</sup> manifiesta que «los redactores del Texto Refundido querían colocar en absoluto pie de igualdad a los artistas y a los productores de fonogramas. De ahí que excluyeran

<sup>10</sup> BERCOVITZ, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1997, p. 1635.

el derecho exclusivo de comunicación pública de éstos. De ahí que añadiesen que las respectivas entidades de gestión deberían negociar con los usuarios, determinar, recaudar y distribuir la remuneración, además de realizar cualquier otra actividad necesaria para asegurar la efectividad de aquél. Lo normal es que el reparto de la remuneración equitativa se haga por partes iguales, puesto que no es fácil que con ese marco legal las entidades de gestión en cuestión alcancen un acuerdo distinto, aunque semejante regla pueda complicarse cuando el repertorio gestionado por unas y otras entidades de gestión (las de productores y las de artistas) sea distinto».

Por tanto, el profesor BERCOVITZ también reconoce el pie de igualdad en que deben situarse ambos derechohabientes, así como la necesidad de que las respectivas entidades negocien con los usuarios la remuneración equitativa e, incluso, entiende que deberá hacerse a partes iguales, puesto que en nuestro marco legal no podría llegarse a un acuerdo distinto. ¿Por qué, entonces, AGEDI paga a AIE tan sólo un 15 por 100 de lo recaudado? ¿Y por qué queda fuera AIE del convenio suscrito con la AERC? Todo ello me suscita serias dudas sobre el proceder de AGEDI, y sobre su posible incumplimiento de los contenidos de la LPI y de lo dictado por la doctrina más reconocida.

Pero es que, además, el propio Rodrigo BERCOVITZ aconseja una posible solución en caso de que pueda existir discusión entre artistas y productores: «El supuesto más sencillo (probablemente el normal) será aquel en el que concurren únicamente dos entidades de gestión, una de artistas y otra de productores. En tal caso, partiendo de que, tratándose la remuneración equitativa de una obligación esencialmente divisible, por ser pecuniaria, debería permitirse a la entidad, que esté dispuesta a aceptar un determinado monto para esa remuneración, cerrar el acuerdo (perfeccionar el contrato) correspondiente con los usuarios, aunque no consienta en ese monto la otra entidad, y cobrar por su cuenta su tanto por ciento (normalmente la mitad) de participación en ese monto, sin perjuicio que esa otra entidad pueda obtener un monto superior (por acuerdo posterior con los usuarios, o por sentencia judicial o laudo arbitral firme). Así, cabe deducirlo del régimen establecido para las obligaciones mancomunadas divisibles por el artículo 1.138 cc (...). Naturalmente, semejante resultado únicamente puede ser respetuoso con la buena fe y con el derecho a la remuneración equitativa de la otra entidad de gestión si previamente ha existido una negociación conjunta y leal de ambas entidades de gestión con los usuarios, dentro de la cual haya aflorado el disenso entre aquéllas.»

Por tanto, como en el caso analizado existe disenso, y ya que AGEDI ha negociado con la AERC el cobro de un 2,6 por 100 de los ingresos de publicidad de las entidades de radiodifusión por la comunicación pública de fonogramas, y ha dejado fuera a AIE de dicha negociación; según la solución aportada por BERCOVITZ, AIE no sólo tiene derecho a requerir a las entidades de radiodifusión, en este caso Ondas Ramblas, un 2,6

por 100 de sus ingresos de publicidad, sino que incluso podría pactar una cantidad mayor.

Con todos mis respetos, no puedo entender cómo el Tribunal llega a determinar que el denunciante, Ondas Ramblas, podría suscribir el contrato-tipo de 1997 convenido entre AGEDI y la AERC, y en el cual se obliga a pagar un 2,6 por 100 tan sólo a AGEDI por la utilización de los derechos de los productores de fonogramas, pudiendo llegar a incumplir, de este modo, sus obligaciones con AIE.

Pero, además, las repercusiones que puede tener para Ondas Ramblas la suscripción del nuevo contrato, es que AIE pueda reclamarle por vía jurisdiccional, y está en su derecho, otro 2,6 por 100 o cantidad superior, según la teoría de BERCOVITZ, y sólo Ondas Ramblas puede responder por ello. Con todos los respetos, podría resultar un tanto asombrosa la afirmación que hace el Tribunal («Queda suficientemente acreditado que, si las emisoras son condenadas a pagar alguna cantidad a los artistas, tales cantidades deberán ser abonadas por AGEDI, por lo que no existe conducta abusiva frente a ellas»), puesto que AGEDI nunca podría responder de dicho pago, pues AIE no le ha cedido la gestión de sus derechos, y Ondas Ramblas no le ha dado la capacidad de responder frente a tercero. Por tanto, parece que podría resultar de difícil encaje jurídico un supuesto de este tipo, si es que en algún momento se produjese.

Por lo expuesto, considero que el hecho de que AGEDI pueda haber suscrito un convenio con la AERC, dejando fuera a AIE, y que, además, AGEDI sólo remunere a éste el 15 por 100 de lo recaudado, podría constituir, de algún modo, cierta evidencia de la existencia de un posible abuso de posición de dominio de AGEDI. Con todos los respetos, en mi opinión, el Tribunal debería haber analizado esta posible evidencia de supuesto abuso, y no tratar de determinar a quién corresponde pagar a los artistas en caso de incumplimiento, dado que esta responsabilidad sí debería dirimirse en la jurisdicción ordinaria, y no en sede de un procedimiento administrativo de defensa de la competencia.

## 8. CONCLUSIONES

El Tribunal en su Resolución de 14 de diciembre (expte. 430/98) desestimó la existencia de abuso de posición de dominio de AGEDI sobre la base de los siguientes argumentos: en primer lugar, el contrato-tipo considerado abusivo por el denunciante había sido negociado con la AERC, en virtud de lo previsto en el artículo 152.3 LPI; en segundo lugar, al comparar los precios aplicados en otros países, los aplicados por la SGAE, y lo suscrito en los contratos de 1990 y 1997, el Tribunal considera que el precio analizado resulta equitativo; en tercer lugar, desecha el argumento relativo a la diferencia entre el sistema de percibir los derechos y el reparto entre los asociados, pues el sistema de reparto entre los asociados consistente en una encuesta no es válido para establecer el

número total de veces que se emite el fonograma; finalmente, considera que los incumplimientos de AGEDI con AIE deben ser dirimidos en los tribunales ordinarios.

Sin querer por mi parte desestimar la reconocida labor del Tribunal en el funcionamiento y vigilancia de los mercados, considero que en la Resolución se podrían haber analizado con más detalle los siguientes aspectos: en primer lugar, la posibilidad de remunerar en función del tiempo de emisión de fonogramas; en segundo lugar, la remuneración debería calcularse sobre los ingresos de publicidad obtenidos por la comunicación pública de los fonogramas emitidos, y no sobre todos los ingresos de publicidad de toda la empresa; en tercer lugar, podría suscribirse un contrato-tipo diferente para las emisoras convencionales que para las musicales, o incluso, aunque fuese el mismo contrato, que en éste se estipulasen, al menos, diez categorías diferentes que se adecuen mejor a las características de cada emisora; en cuarto lugar, la remuneración por comunicación pública de fonogramas que legalmente debe ser única y repartirse entre AGEDI y AIE debe devengarse para las entidades de radiodifusión de forma única y para ambos derechohabientes; finalmente, no debería hacerse prevalecer la negociación colectiva sobre el respeto a la autonomía de la voluntad de contratar de las entidades de radiodifusión.

Con todos los respetos, considero que esta Resolución, aunque resultase desestimada la existencia de práctica restrictiva o no sancionada, desde luego, podría haber supuesto el inicio de una línea doctrinal, y más tarde jurisprudencial que los operadores económicos que utilizan y explotan derechos de propiedad intelectual requieren con urgencia. Creo que resulta absolutamente necesario el libre funcionamiento del mercado de derechos de propiedad intelectual, no sólo para su adecuada comercialización, utilización y explotación, sino incluso para la protección de dichos derechos y de sus derechohabientes.

# LA FUSIÓN DE LAS AUDITORÍAS: PRICE WATERHOUSE Y COOPERS & LYBRAND

Catalina MARTÍNEZ

Economista, Lexecon Ltd (Bruselas)<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

La oleada de fusiones globales que desde hace tiempo recorre la economía alcanzó el sector de los servicios profesionales en 1997. Seis multinacionales, conocidas como las Seis Grandes, destacaban en casi todos los países: Price Waterhouse (PW), Coopers & Lybrand (C&L), Arthur Andersen (AA), Deloitte Touche Tohmatsu International (DTTI), KPMG y Ernst & Young (E&Y). Pero cuatro de ellas decidieron formar sendas parejas y notificar sus planes de fusión a las autoridades de defensa de la competencia. El 11 de diciembre de 1997 lo hacían PW y C&L, y KPMG y E&Y veintidós días más tarde.

El análisis de los posibles efectos anticompetitivos de ambas fusiones pasaba primero por definir el mercado afectado por las mismas. Era la primera vez que la Comisión Europea se enfrentaba a una operación de tal magnitud en el sector servicios, por lo que se creó cierta expectativa. Sin embargo, se aplicaron las técnicas de definición de mercados de referencia adoptadas oficialmente en noviembre de 1997, y quedó demostrado que son aplicables por igual en mercados de bienes o servicios.

La Comisión concluyó que el único mercado afectado por la fusión iba a ser el de los servicios de auditoría y contabilidad prestados en cada país a las grandes empresas clientes de las Seis Grandes. Un mercado ya de por sí concentrado, por lo que la posibilidad de que la Comisión decidiese aprobar sólo una de las fusiones desató la rivalidad entre ambas operaciones.

<sup>1</sup> Lexecon actuó como consultor económico de Price Waterhouse y Coopers & Lybrand en temas de competencia durante la investigación de la Comisión.

Sin embargo, KPMG y E&Y abandonaron oficialmente sus planes de fusión el 13 de febrero de 1998, y al cabo de unos meses la Comisión decidió aprobar sin condiciones la fusión entre PW y C&L<sup>2</sup>. Nunca sabremos que hubiera pasado de seguir adelante los planes de fusión de KPMG y E&Y, ni qué método hubiera utilizado la Comisión para diferenciar ambas fusiones. No obstante, una simple comparación de los niveles de concentración del mercado en diferentes escenarios muestra que la fusión entre KPMG y E&Y hubiera tenido un efecto más pronunciado en el mercado que la de PW y C&L.

Durante el curso de la investigación sobre la fusión entre PW y C&L surgió uno de los temas más polémicos y recurrentes en el área del control de concentraciones: el efecto de la fusión sobre la creación o fortalecimiento de una posición de dominio colectivo. Un problema de difícil solución, por estudiar el impacto de un cambio en la estructura del mercado sobre los incentivos de las empresas, con objeto de predecir su futuro comportamiento. En cuanto a la fusión entre PW y C&L, la Comisión rechazó la hipótesis del dominio colectivo a falta de pruebas concluyentes en su favor, y apoyándose en la evidencia de que el mercado de referencia había sido competitivo en el pasado.

En este artículo comentaré, desde el punto de vista económico, los tres temas que surgieron a raíz de la fusión entre PW y C&L. Primero, la definición del mercado de referencia en el sector de los servicios profesionales; segundo, el dilema de las fusiones rivales al que se podría haber enfrentado la Comisión si la fusión entre KPMG y E&Y hubiera seguido adelante y, por último, el efecto de la fusión sobre la creación o fortalecimiento de una posición de dominio colectivo.

## 2. LA DEFINICIÓN DE UN MERCADO DE SERVICIOS PROFESIONALES

Un mercado, desde el punto de vista de la política de defensa de competencia, debe incluir todos los productos, bienes o servicios, fácilmente sustituibles entre sí tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda, es decir, todos aquellos que ejerzan cierta presión competitiva entre sí. La fusión entre PW y C&L demostró que las técnicas habitualmente utilizadas para definir mercados de referencia en cualquier otro sector de la economía eran igualmente aplicables al sector de los servicios profesionales, porque «un mercado es un conjunto de productos que merece la pena monopolizarse», sin importar la naturaleza del producto de que se trate.

Esta idea fue formalizada por primera vez por medio del test del SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*) en las *Merger*

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión del 20 de mayo de 1998 por la que se declara una concentración compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE. Asunto IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* [1999] DO L 50/27.

*Guidelines* publicadas en Estados Unidos en 1992. Técnica que fue adoptada formalmente por la Comisión Europea a finales de 1997<sup>3</sup>, y es ya norma general en el área de defensa de la competencia en todo el mundo. El test del SSNIP consiste en considerar que un mercado está formado por aquel conjunto de productos sobre los cuales un hipotético monopolista podría realizar un aumento considerable y no transitorio del precio, normalmente entre un 5 o un 10 por 100, sin sufrir pérdidas. Es decir, sin que sus clientes pudieran sustituir sus productos por otros, puesto que si éste fuera el caso, la definición del mercado debería ampliarse para incluir esos otros productos.

En el sector de servicios profesionales, había que tener en cuenta que todas las empresas del grupo de las Seis Grandes proporcionaban una amplia gama de servicios profesionales a escala mundial. Su oferta se podía dividir en cinco grandes líneas de servicios: i) auditoría y contabilidad; ii) asesoría y tramitación fiscal; iii) consultoría de gestión; iv) insolvencia, y v) asesoría financiera.

El peso de cada una de las Seis Grandes era diferente según el país, y dado que una gran parte de sus clientes eran compañías multinacionales, poseer una red global era un objetivo importante para cualquiera de las Seis. Precisamente, la creación de una red global fue una de las razones aducidas por PW y C&L para proceder a fusionar sus operaciones. Las partes declararon que una de las ventajas de la operación sería poder ofrecer una mejor cobertura geográfica a sus clientes, al entrelazar las redes de ambas empresas. El alcance de su complementariedad geográfica quedaba reflejado por el hecho de que, por ejemplo, mientras la presencia de PW no era muy importante en Alemania o Japón, C&L tenía allí una posición bien establecida, o mientras que C&L tenía relativamente poca presencia en América Latina y Rusia, PW era la empresa líder en esos mercados.

Pero la presencia global de las Seis Grandes no implicaba que el mercado geográfico de referencia fuese también global, al contrario, una red global de servicios de auditoría podía considerarse como un conjunto de empresas nacionales. Este hecho fue corroborado por la Comisión, al definir los mercados de referencia como nacionales gracias a la aplicación de las técnicas estándar de definición del mercado de referencia, en particular el test del SSNIP.

Si cada país constituye un mercado separado, un «monopolista hipotético» de los servicios de auditoría en Alemania, por ejemplo, podría aumentar sus beneficios en Alemania aumentando sus tarifas, sin preocuparse por las tarifas de empresas auditoras ubicadas en otros países. Las razones para llegar a tal conclusión son, entre otras, que los reglamentos en materia de auditoría varían notablemente de un país al otro y la clase de servicios profesionales ofrecidos por las Seis Grandes son muy intensivos en trabajo. Además, a pesar de que ha habido cierta cen-

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia [97/C 372/03].

tralización en la contratación de auditorías, muchas multinacionales dejan a sus filiales locales elegir su auditoría (siempre que sea una de las Seis Grandes) basándose en el prestigio nacional de la misma. Por último, delimitar los mercados como nacionales era consistente con la motivación final de la fusión, puesto que si el mercado de referencia hubiese sido europeo, PW no habría dado importancia a su relativa debilidad en un determinado país, por ejemplo Alemania, y tampoco habría intentado unir sus operaciones con las de una empresa con más peso en Alemania como C&L.

En cuanto a la definición del mercado de referencia del producto, la Comisión aceptó la división de mercados por líneas de servicio propuesta por las partes, excepto para los servicios de auditoría y contabilidad, para los que propuso dos posibles divisiones. En primer lugar, la Comisión sugirió que los servicios de auditoría y contabilidad prestados a bancos y compañías de seguros debían constituir un mercado separado, dado que su complejidad requería conocimientos específicos del sector por parte del auditor. Sin embargo, esta posibilidad fue rechazada en la decisión final porque todas las empresas de entre las Seis Grandes poseían las habilidades necesarias y todas ellas habían conseguido alguna vez contratos en sectores en los que no tenían mucha experiencia previa (gracias a una gran variedad de métodos, como, por ejemplo, reclutar personal especializado procedente de sus filiales en otros países o incluso de otras empresas). En segundo lugar, la Comisión propuso y, finalmente, se decidió por separar los servicios de auditoría y contabilidad prestados a grandes empresas clientes de los Seis Grandes de los prestados a pequeñas y medianas empresas. Esta división se justificaba por el hecho de que las multinacionales y empresas nacionales cotizadas en bolsa se ven prácticamente obligadas a contratar los servicios de auditoría y contabilidad de una de las Seis Grandes, dado que sólo ellas tienen la reputación, recursos, y presencia global necesarios.

En definitiva, el único mercado afectado por la fusión sería el de los servicios prestados a grandes empresas clientes de las Seis Grandes en cada país, es decir, el único donde por definición, las Seis Grandes eran las únicas suministradoras de servicios.

### 3. EL DILEMA DE LAS FUSIONES RIVALES

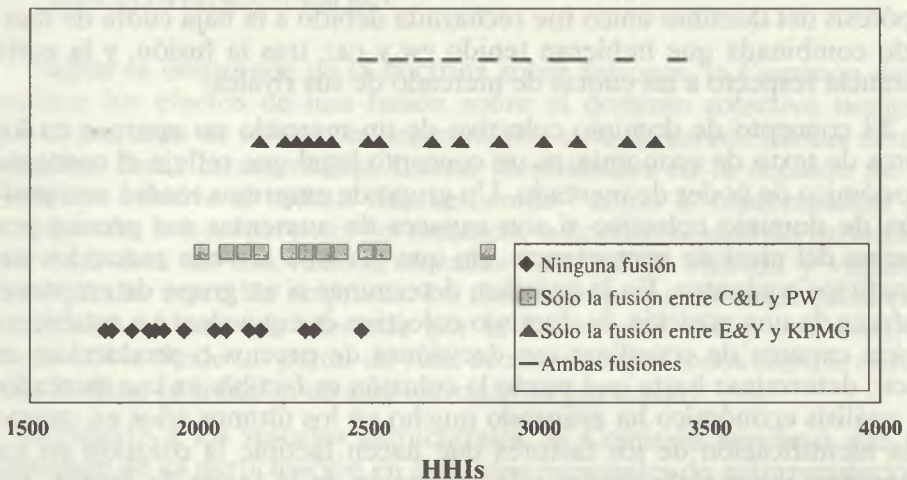
Cuando E&Y y KPMG señalaron su intención de fusionarse, poco tiempo después del anuncio de la propuesta de fusión entre PW y C&L, surgió la duda de si la Comisión podría bloquear una fusión y no la otra, o si se trataba de «las dos o ninguna». PW y C&L no podían ignorar la posibilidad de que la Comisión decidiese que cuatro empresas no eran «suficientes», pero si criticaban la otra fusión se arriesgaban a arruinar sus propios planes de fusión. El temor estaba justificado, puesto que la actitud de la Comisión fue mucho más negativa sobre la posible reducción del número de auditorías de seis a cuatro, que de seis a cinco.



Para diferenciar entre las dos fusiones había que reconsiderar una de las causas de la fusión entre pw y c&l: su complementariedad geográfica. Como he comentado antes, no era frecuente que c&l tuviese gran peso en los países en los que pw era importante y viceversa, por lo que su cuota de mercado conjunta no iba a ser superior al 40 por 100 en ningún país de la Unión Europea. Por el contrario, la fusión entre KPMG y E&Y hubiera supuesto la unión entre el líder del mercado y la segunda o tercera empresa más grande en seis países, y su cuota de mercado combinada habría superado el 40 por 100 en siete países.

Una posible forma de distinguir los efectos de cada una de las fusiones es medir su impacto sobre el nivel de concentración del mercado por medio del índice de Herfindahl-Hirschman (HHI)<sup>4</sup>. Una de las ventajas del uso del HHI es su sensibilidad respecto al tamaño relativo de las empresas, ya que toma valores más elevados cuanto mayor es la asimetría entre las cuotas de mercado de las empresas presentes en el mercado. El siguiente gráfico refleja los diferentes niveles del HHI en varios países teniendo en cuenta los cuatro posibles escenarios.<sup>5</sup>

HHIs EN DIFERENTES ESCENARIOS



El nivel de concentración hubiera aumentado considerablemente si se aprobaban ambas fusiones, lo que no hacía muy viable tal alternativa. Por otro lado, si se optaba por aprobar únicamente una fusión, la de E&Y y KPMG hubiera provocado un incremento del nivel de concentración mucho mayor que el provocado por la fusión entre pw y c&l en la mayoría de los mercados europeos. Finalmente, y tras el abandono de los planes

<sup>4</sup> El HHI es la suma de las cuotas de mercado elevadas al cuadrado de todas las empresas presentes en el mercado.

<sup>5</sup> La identidad de los países no aparece en el gráfico por falta de espacio. Las cuotas de mercado se basan en datos publicados en el Anexo I de la decisión de la Comisión.

de fusión por parte de KPMG y E&Y, la Comisión aprobó la fusión entre PW y C&L, dando lugar al nacimiento de Pricewaterhouse Coopers.

La rivalidad entre fusiones, puede convertirse en un fenómeno común para muchos sectores de la economía. Dado que las autoridades de defensa de la competencia suelen mostrarse reacias a permitir más de una fusión en una industria ya consolidada, aumenta la tentación de llevar a cabo la primera fusión de la industria. Por tanto, algunas empresas intentarán fusionarse cuanto antes, cueste lo que cueste, incluso aunque las condiciones no sean precisamente las ideales para ninguna de las partes implicadas.

#### 4. DOMINIO COLECTIVO EN EL MERCADO DE REFERENCIA

Una vez resuelto que el único mercado afectado por la fusión era el de los servicios de auditoría prestados a grandes empresas clientes de las Seis Grandes en cada país, el análisis se centró en averiguar si la fusión contribuiría a la creación o fortalecimiento de una posición de dominio único, duopolístico u oligopolístico. En este artículo contemplaré únicamente el análisis de la Comisión respecto al dominio colectivo. La hipótesis del dominio único fue rechazada debido a la baja cuota de mercado combinada que hubieran tenido PW y C&L tras la fusión, y la corta distancia respecto a las cuotas de mercado de sus rivales.

El concepto de dominio colectivo de un mercado no aparece en los libros de texto de economía, es un concepto legal que refleja el concepto económico de poder de mercado. Un grupo de empresas tendrá una posición de dominio colectivo si son capaces de aumentar sus precios por encima del nivel de competencia, sin que por ello se vean reducidos sus beneficios conjuntos. En la práctica, determinar si un grupo de empresas disfruta de una posición de dominio colectivo es equivalente a establecer si son capaces de coordinar sus decisiones de precios o producción, es decir, determinar hasta qué punto la colusión es factible en ese mercado. El análisis económico ha avanzado mucho en los últimos años en cuanto a la identificación de los factores que hacen factible la colusión en los mercados, sobre todo gracias a la aplicación de la teoría de juegos. Sin embargo, la teoría económica no es una ciencia exacta, no puede determinar si habrá colusión en un mercado, sino solamente cuáles son las condiciones que la harán más factible.

La literatura económica ha identificado ciertas condiciones del mercado que aumentan el riesgo de colusión, bien porque reducen la probabilidad de que pase desapercibido un desvío del acuerdo colusivo, o porque hacen más fácil su castigo en caso de producirse. Estas condiciones son, entre otras, el número de empresas, porque es más fácil alcanzar un acuerdo colusivo cuando hay menos empresas implicadas. Aunque no existe ninguna regla general sobre el número de empresas a partir del cual la colusión no es posible. Segundo, la transparencia del mercado,

porque la colusión será más factible cuanto más fácil sea observar las acciones de las empresas rivales, y por tanto, comprobar si se desvían o no del acuerdo colusivo. Y tercero, cuanto más estable sea la demanda, puesto que así si los precios son bajos se sabrá que es porque ha habido una desviación del acuerdo colusivo, y no como resultado de una fluctuación de la demanda ajena al comportamiento de las empresas.

En el área del control de concentraciones, las autoridades de defensa de competencia desempeñan un papel preventivo. Su objetivo es no permitir aquellos cambios en la estructura del mercado que pueden hacer más fácil que se produzca un abuso de posición dominante en el futuro.

El modo de proceder de la Comisión para determinar si una fusión va a fortalecer o crear una posición de dominio colectivo, consiste en analizar primero si el mercado presenta las condiciones propicias, y segundo buscar pruebas concluyentes de que la fusión aumenta el riesgo de que se produzca tal situación.

#### A. FACTORES QUE FACILITAN UNA SITUACIÓN DE DOMINIO COLECTIVO: ¿VÍNCULOS ESTRUCTURALES?

Según se desprende de la doctrina sobre fusiones, la Comisión debe analizar los efectos de una fusión sobre el dominio colectivo siempre que el mercado de referencia presente una serie de características determinadas. Estas características fueron identificadas en la decisión de la Comisión relativa al asunto *Gencor/Lonrho*<sup>6</sup> como la concentración de la demanda, la transparencia del mercado, la homogeneidad del producto, una baja tasa de innovación, elevadas barreras de entrada y vínculos estructurales entre las empresas. La Comisión encontró todos estos elementos en el mercado afectado por la fusión entre PW y C&L, aunque es discutible desde un punto de vista económico que todos ellos sirvieran para facilitar la colusión en este mercado en particular.

Respecto a los vínculos estructurales, la Comisión concluyó que se derivaban de su participación en institutos nacionales de autorregulación, de los que también formaban parte otras auditorías nacionales. La identificación de esta relación como vínculos estructurales refleja la tendencia de la Comisión a interpretar de esta manera los «vínculos económicos» entre empresas, señalados por el Tribunal de Justicia en *Società Italiano Vetro SpA v Comisión*<sup>7</sup> como propiciadores de una posición de dominio

<sup>6</sup> Asunto IV/M.619, DO L 11, de 14 de enero de 1997, p. 30.

<sup>7</sup> «There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. This would be the case, for example, where two or more independent undertakings jointly have, through agreements or licences a technological lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and ultimately of their consumers», *Società Italiano Vetro SpA v Commission* [1992] ECR II-1403, párrafo 358.

colectivo. Sin embargo, desde una perspectiva económica, no hay ninguna teoría que demuestre que los vínculos estructurales entre las empresas sean en sí mismos una condición necesaria para la existencia de colusión en un mercado. Lo importante es analizar la influencia de dichos vínculos sobre los incentivos de cooperación entre competidores.

El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ha declarado muy recientemente <sup>8</sup>, el 25 de marzo de 1999, que es posible interpretar como vínculos económicos los derivados de la relación de interdependencia existente entre los miembros de un oligopolio. Esto supone la adopción de un concepto más amplio de vínculos económicos por parte de la Comisión, en el que el hecho de que las empresas «conozcan las reglas del juego» puede facilitar la creación de una situación de dominio colectivo. El Tribunal ha dado un paso más hacia la aplicación de la teoría económica en la política de defensa de la competencia, pero ha puesto a la Comisión en una posición muy difícil a la hora de encontrar pruebas *concluyentes* de sus aseveraciones en el futuro.

## B. PRUEBAS CONCLUYENTES DEL DOMINIO COLECTIVO

Dado que el mercado era propicio para el dominio colectivo, el segundo paso era demostrar que la fusión iba a incrementar la probabilidad de que el mismo se produjera. La Comisión debía actuar con prudencia. Sobre todo porque el 31 de marzo de 1998, cuando la investigación sobre PW y C&L todavía seguía su curso, el Tribunal Europeo de Justicia <sup>9</sup> insistió en que la carga de la prueba en un asunto de dominio colectivo recae de manera contundente sobre la Comisión.

Los argumentos utilizados por la Comisión para analizar los efectos de la fusión de PW y C&L se basaron fundamentalmente en la distribución de cuotas de mercado, la reducción en el número de competidores y su capacidad de coordinación. Sin embargo, ninguno de los factores analizados pudo considerarse como prueba concluyente de la creación o fortalecimiento de una posición de dominio colectivo y, finalmente, la Comisión decidió aprobar la fusión entre PW y C&L.

La siguiente tabla muestra la distribución de cuotas de mercado por ingresos de las Seis grandes en la mayoría de países europeos ordenadas

---

<sup>8</sup> «Furthermore, there is no reason whatsoever in legal or economic terms to exclude from the notion of economic links the relationship of interdependence existing between the parties to a tight oligopoly within which, in a market with the appropriate characteristics, in particular in terms of market concentration, transparency and product homogeneity, those parties are in a position to anticipate their conduct in the market, in particular in such a way as to maximise their joint profits by restricting production with a view to increasing prices. In such a context, each trader is aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share (for example, a price cut) would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative. All the traders would thus be affected by the reduction in price levels», *Gencor/Lonrho v Commission*, asunto T-102/96, párrafo 276.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de 31 de marzo de 1998 en los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Francia contra la Comisión, relativos al asunto *Kali und Salz/MdK/Treuhand* (IV/M.308).

de mayor a menor, donde queda bien ilustrada la complementariedad geográfica entre PW y C&L antes mencionada. Por ejemplo, en Alemania y Noruega, los únicos países donde CL era la auditoría con la mayor cuota de mercado o la segunda a muy corta distancia de la primera, PW ocupaba la sexta posición.

CUOTAS DE INGRESOS POR AUDITORÍA EN PORCENTAJE DE MAYOR A MENOR<sup>10</sup>

|              | Primera auditoría        | Segunda auditoría        | Tercera auditoría        | Cuarta auditoría         | Quinta auditoría         | Sexta auditoría          |
|--------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| Austria      | KPMG<br>31,6             | EY<br>23,1               | DTTI<br>15,8             | <b>PW</b><br><b>10,6</b> | <b>CL</b><br><b>10,0</b> | AA<br>8,9                |
| Bélgica      | EY<br>26,4               | KPMG<br>19,5             | <b>CL</b><br><b>17,6</b> | DTTI<br>13,2             | AA<br>12,1               | <b>PW</b><br><b>11,1</b> |
| Dinamarca    | KPMG<br>29,3             | DTTI<br>21,9             | <b>CL</b><br><b>17,9</b> | EY<br>13,8               | <b>PW</b><br><b>8,6</b>  | AA<br>8,5                |
| Finlandia    | KPMG<br>29,5             | <b>CL</b><br><b>29,2</b> | EY<br>15,1               | AA<br>14,9               | DTTI<br>7,8              | <b>PW</b><br><b>3,5</b>  |
| Francia      | KPMG<br>34,5             | AA<br>15,7               | <b>CL</b><br><b>14,3</b> | EY<br>13,3               | <b>PW</b><br><b>11,2</b> | DTTI<br>11,0             |
| Alemania     | <b>CL</b><br><b>33,5</b> | KPMG<br>31,9             | EY<br>11,4               | AA<br>9,5                | DTTI<br>8,6              | <b>PW</b><br><b>5,1</b>  |
| Grecia       | AA<br>27,3               | <b>CL</b><br><b>18,9</b> | KPMG<br>17,2             | EY<br>15,7               | DTTI<br>12,8             | <b>PW</b><br><b>8,1</b>  |
| Irlanda      | KPMG<br>23,6             | <b>PW</b><br><b>19,6</b> | EY<br>14,8               | <b>CL</b><br><b>14,5</b> | DTTI<br>14,0             | AA<br>13,4               |
| Italia       | AA<br>25,1               | EY<br>18,7               | KPMG<br>16,5             | <b>CL</b><br><b>16,1</b> | <b>PW</b><br><b>12,6</b> | DTTI<br>11,1             |
| Luxemburgo   | DTTI<br>23,0             | <b>CL</b><br><b>19,0</b> | EY<br>15,0               | KPMG<br>13,0             | <b>PW</b><br><b>11,0</b> | AA<br>8,0                |
| Países Bajos | KPMG<br>26,6             | EY<br>25,0               | <b>CL</b><br><b>23,1</b> | DTTI<br>19,4             | <b>PW</b><br><b>3,0</b>  | AA<br>2,9                |
| Noruega      | EY<br>23,6               | <b>CL</b><br><b>20,6</b> | AA<br>17,0               | KPMG<br>16,1             | DTTI<br>15,8             | <b>PW</b><br><b>6,9</b>  |
| Portugal     | EY<br>26,3               | AA<br>22,1               | <b>CL</b><br><b>17,7</b> | <b>PW</b><br><b>14,8</b> | KPMG<br>13,0             | DTTI<br>6,1              |
| España       | AA<br>31,7               | <b>PW</b><br><b>18,6</b> | EY<br>16,1               | KPMG<br>14,0             | <b>CL</b><br><b>12,5</b> | DTTI<br>7,1              |
| Reino Unido  | KPMG<br>22,7             | <b>CL</b><br><b>19,3</b> | EY<br>16,6               | <b>PW</b><br><b>15,8</b> | AA<br>13,1               | DTTI<br>12,5             |

Fuente: Anexo I de la decisión de la Comisión.

<sup>10</sup> Suecia no aparece en la tabla porque no formaba parte de la operación en el momento de la fusión.

Como se puede apreciar en la tabla, la fusión no iba a alejar de forma significativa la cuota de mercado conjunta de PW y C&L de las de sus rivales más cercanos. En particular, una de las razones para rechazar la hipótesis de dominio duopolístico fue la corta distancia entre las tres o cuatro mayores cuotas de mercado en cada país. La Comisión consideró que la tercera empresa con la mayor cuota de mercado tras la fusión, cuya identidad variaba en cada país, constituiría un freno contra la creación de una posición dominante por parte de las dos mayores.

En segundo lugar, la Comisión examinó el efecto de la reducción del número de competidores sobre el nivel de competencia en el mercado. La competencia entre las Seis Grandes se hacía patente con cierta frecuencia, cuando sus clientes consideraban cambiar de auditoría y solicitaban ofertas. Según la Comisión, la reducción del número de competidores podría haber limitado significativamente la capacidad de elección, ya que por regla general se solicitaban ofertas únicamente a tres o cuatro auditorías, e investigó el nivel de competencia existente en el mercado antes de la fusión estudiando la evolución de las solicitudes de oferta en los años previos a la fusión.

Desde un punto de vista económico, lo que importa para determinar el nivel de competencia en un mercado de estas características no es solamente el número de empresas participantes, sino la identidad de las mismas. Un estudio de las solicitudes de oferta que determinara el efecto competitivo durante los últimos años de PW sobre C&L, y viceversa, podría haber sido una forma de evaluar los efectos de la fusión sobre los precios. Pero no se llegó a realizar ningún estudio de estas características, sino uno más simple en el que se mostraba que las Seis Grandes habían perdido y ganado clientes entre ellas como resultado de las solicitudes de ofertas en los últimos años previos a la fusión. La Comisión consideró que tal evidencia era suficiente para determinar que había habido competencia en el mercado, y concluyó que la reducción de seis a cinco empresas no tendría efectos anticompetitivos.

La Comisión determinó el nivel de competencia existente en el mercado, no basándose en la magnitud de las cuotas de mercado de las empresas, sino en la oscilación habida en las contrataciones. Por ejemplo, en el Reino Unido, la auditoría con la segunda cuota de ingresos más grande del mercado, C&L con 19,3 por 100, había sido la que más contratos había perdido de 1993 a 1997, mientras que AA, con una cuota de mercado de sólo el 13,1 por 100, había sido la que más contratos había ganado en el mismo período.

En tercer lugar, los argumentos de la Comisión señalaban su preferencia por el duopolio como estructura del mercado más propicia para la coordinación entre empresas. Una preferencia ampliamente demostrada en otros asuntos <sup>11</sup>, que se hizo patente en dos ocasiones a lo largo

<sup>11</sup> Asunto IV/M.308 - *Kali und Salz/MdK/Treuhand* [1994], DO L 186/38; Asunto IV/M.315 *Manesmann/Vallourec/Ilva* [1994], DO L 102/15; Asunto IV/M.385-*Pilkington-Techint/SIV* [1994], DO

de esta decisión. Primero, al considerar la hipótesis de dominio duopolístico en un mercado que no presentaba las características propicias. Segundo, al declarar que «desde una perspectiva general» es improbable un dominio colectivo que implique la participación de más de tres o cuatro empresas<sup>12</sup>. En particular, citando textualmente la decisión en el considerando 113:

*«Desde una perspectiva general, es improbable un dominio colectivo que implique la participación de más de tres o cuatro suministradores, simplemente debido a la complejidad de las interrelaciones y a la consiguiente tentación de incumplirlas; se trata de una situación inestable y que no puede mantenerse a lo largo del tiempo.»*

Sin embargo, desde un punto de vista económico no existe ningún límite superior para el número de participantes en un acuerdo de colusión y, como hemos comentado antes, un acuerdo colusivo perdurará por más tiempo en un mercado cuanto más fácil sea detectar que se han producido desvíos del mismo, y cuanto más eficazmente éstos puedan ser castigados.

## 5. CONCLUSIÓN

La fusión entre PW y C&L enfrentó a la Comisión Europea por primera vez con una gran fusión en el sector servicios, demostrando que las técnicas habituales para definir los mercados de referencia eran igualmente aplicables. Gracias al uso del test del SSNIP, la Comisión concluyó que los mercados geográficos de referencia eran nacionales, una definición consistente con las causas de la fusión aducidas por las partes. Poseer una red global constituía un objetivo muy importante para cualquiera de las auditorías conocidas como las Seis Grandes, entre otras cosas porque gran parte de sus clientes son compañías multinacionales.

Pese a que la Comisión aprobó la única fusión que sobrevivió al curso de la investigación, el dilema de la rivalidad entre fusiones ha quedado sin resolver. Nunca sabremos si el escenario de las Cuatro Grandes habría triunfado, de haber seguido adelante la propuesta de fusión entre KPMG y E&Y. No obstante, parece improbable que la Comisión hubiese aprobado ambas fusiones, dados sus comentarios sobre los efectos negativos de reducir aún más el número de competidores en este mercado. Y por otra parte, el hecho de que la fusión entre PW y CL provocara un menor efecto en el nivel de concentración del mercado, indicaba que podía haber sido la favorita de la Comisión.

---

L 158/24. Para una discusión más detallada sobre este y otros asuntos relacionados con el análisis del dominio colectivo, véase el artículo «Two's a Company, Three's a Crowd: the Future of Joint Dominance After the Kali & Salz Judgement» por YSEWYN, J., y CAFFARRA, C. [1998], *ECLR*, 7, pp. 468-472.

<sup>12</sup> Considerandos 103 y 113.

La Comisión aprobó la fusión entre PW y C&L basándose fundamentalmente en la evidencia que confirmaba que había habido competencia en el mercado en el pasado. Una competencia que se hacía patente cada cierto tiempo con solicitudes de ofertas en las que cada una de las Seis Grandes ganaba y perdía clientes de forma significativa. La Comisión concluyó que la situación no cambiaría tras la fusión, y no encontró pruebas concluyentes de la posible creación de dominio colectivo. Esta decisión confirma la creciente tendencia de la Comisión a analizar situaciones de dominio colectivo en el área del control de concentraciones, una tendencia que con toda seguridad continuará en el futuro.



# FIJACIÓN DE PRECIOS, AUTOREGULACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1998, ASUNTO C-38/97, AUTOTRASPORTI LIBRANDI) <sup>1</sup>

Carlos PADRÓS REIG

Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la competencia tiene un impacto inmediato y obvio sobre las conductas empresariales y sobre la estructuración de la actividad económica. Sin embargo, esta disciplina del Derecho extiende su influencia más ampliamente y en un doble sentido. En un plano general, la competencia conlleva unos valores consustanciales implícitos en la estructuración del Estado, en la relación entre ordenamientos y en la posición entre los ciudadanos, los operadores económicos y la Administración. Así, se puede afirmar que la competencia constituye uno de los principios vertebradores de la sociedad democrática <sup>2</sup>.

De otra parte, las disposiciones relativas a la competencia suponen una disciplina en la organización de la intervención administrativa sobre la actividad económica. Dicho en otras palabras, la defensa de la competencia tiene un fuerte impacto en la posición del Estado en la economía y en las normas organizativas de esas estructuras.

<sup>1</sup> Este artículo se inspira en las reflexiones efectuadas por el profesor CASES PALLARÉS, LL., en su artículo «El derecho comunitario de la competencia y la organización administrativa de los Estados miembros», publicado en la *Revista General de Derecho*, núm. 625-626, octubre-noviembre 1996.

<sup>2</sup> BALLBÉ MALLOL, M., «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Marcial Pons-Fundación ICO, 1998, p. 107; BALLBÉ, M., y PADROS, C., *Estado Competitivo y Armonización Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

En estas páginas intentaremos, pues, analizar el alcance del impacto que el Derecho de la competencia tiene sobre las normas organizativas de la Administración Pública. Con ello queremos destacar, en primer lugar, la vis expansiva del Derecho de la competencia que extiende su influencia sobre la propia organización administrativa de los Estados y, en segundo lugar, la convergencia de modelos reguladores que la aplicación de la competencia produce entre los distintos Estados Miembros en el marco de la Unión Europea. De este modo, los principios inherentes a la competencia deberían suponer un límite a la tradicional facultad de autorganización de las Administraciones Públicas, más visible si cabe en la articulación de la intervención administrativa en la economía.

No se trata sólo de cohonestar la posición del Estado con los principios de libre competencia, reduciendo los monopolios y la intervención directa en la economía que pueda conllevar distorsiones o falseamientos de la libre competencia. Por contra, también las normas organizativas, o lo que es lo mismo, las estructuras de intervención y supervisión de los mercados, allí donde sean necesarias, deben materialmente responder a las exigencias de un marco competitivo. Esta idea es especialmente importante en lo que se refiere a la administración corporativa (o a la más moderna autoregulación administrativa), así como al desempeño privado de potestades tradicionalmente públicas como es la potestad tarifaria.

Nuestro Tribunal Constitucional, de forma innovadora y valerosa, expresó ya en su Sentencia 88/1986, de 1 de julio, que la libre competencia se fundamenta constitucionalmente en la protección de la libertad de empresa y la economía de mercado, por lo que las normas injustificadamente anticompetitivas pueden incurrir en causa de inconstitucionalidad. En definitiva, la actividad normativa del Estado debe ser objeto de enjuiciamiento desde el Derecho de la competencia<sup>3</sup>.

## 2. DERECHO DE LA COMPETENCIA E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES POR CARRETERA

La intervención en materia de transportes se ha articulado tradicionalmente a través de técnicas como la limitación de acceso al mercado, la fijación por parte de las Administraciones Públicas de las tarifas y la protección de los operadores nacionales de la competencia. Sin embargo, las libertades comunitarias, singularmente la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, así como el desarrollo de una política europea de transportes, han supuesto una transformación fundamental en esta materia. Estamos seguros de no exagerar al afirmar que la nueva configuración del Derecho Público de los transportes trae su causa directa de la normativa comunitaria, de forma que es imposible entender la evo-

<sup>3</sup> VICENT CHULIÀ, F., «Poderes Públicos y Derecho de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 583, 1993.

lución nacional sin contemplar las directrices europeas y los paquetes liberalizadores diseñados allende de las fronteras nacionales <sup>4</sup>.

En cualquier caso, los procesos de desregulación y liberalización no significan el abandono de la responsabilidad del poder público. Al contrario, se produce una regulación que disciplina la iniciativa privada y que garantiza el funcionamiento del mercado allí donde sea posible. La finalidad de interés general de los transportes debe continuar e incluso reafirmarse dentro de este nuevo marco regulador. Por ello, las concesiones de transportes pueden someterse a lo que se ha venido en llamar un contrato de servicio público, donde no sólo cuenta el beneficio económico, sino que el concesionario debe de realizar servicios no rentables económica pero sí socialmente, a cambio de una compensación <sup>5</sup>. Este rediseño de la política reguladora se halla fuertemente condicionado por la política de defensa de la competencia.

El sector del transporte por carretera se ha caracterizado por una sobreoferta, con lo que la intervención del Estado se ha dirigido precisamente a frenar esa competencia, primero a través de la limitación de acceso y luego a través del establecimiento de requisitos de profesionalidad y prestación, así como el establecimiento de tarifas máximas y mínimas. La diferencia, pues, con otros transportes es formidable. Mientras que en otros subsectores la intervención se ha inspirado en la sustitución del mercado (por ejemplo, monopolio en el transporte aéreo) en el de los transportes por carretera, se trata de disciplinar y encauzar la competencia. El equilibrio de estas medidas de intervención se presenta en cualquier caso delicado, pues medidas excesivamente proteccionistas pueden inducir a la demanda a recurrir al autotransporte.

En la misma dirección, para el caso español, el régimen tarifario <sup>6</sup> se basa sólo parcialmente en la autonomía financiera de las empresas prestadoras del servicio. Por tanto, los precios deben de reflejar los costes del transporte junto con la compensación a las empresas por las obligaciones de servicio público que se les impongan. Sin embargo, la intervención administrativa correctora del mercado prevé en materia de transporte por carretera un doble mecanismo: el establecimiento de tarifas concesionales cuando el transporte sea público y se preste en régimen de concesión y la fijación de precios máximos para proteger al usuario y precios mínimos que impidan una degradación de las condiciones de prestación del transporte (precios intervenidos mediante tarifas obligatorias o tarifas de referencia del art. 18 LOTT). La ordenación pública del transporte por carretera tiene, pues, en la intervención del precio del transporte un elemento significativo para el control y vigilancia del funcionamiento del mismo.

<sup>4</sup> Cfr. PADRÓS REIG, C., «Derecho Público Económico de los Transportes», en prensa.

<sup>5</sup> Cfr. Reglamento CEE 1893/91, de 20 de junio, que desarrolla las obligaciones inherentes a la noción de servicio público.

<sup>6</sup> TORNOS MÁS, J., «Las potestades administrativas, tarifaria y de tasación», en *La Intervención Administrativa en la Economía*, Escuela Judicial, CGPJ, 1996.

Por tanto, la intervención en el sector evoluciona de un sistema de contingentación de las licencias <sup>7</sup> para evitar la competencia destructiva hacia un sistema de libre competencia con fijación de las condiciones de la prestación (de nuevo, se pasa de un sistema de intervención directa a uno de intervención indirecta o de *surveillance*). Se trata, en definitiva, de una intervención administrativa que debe estar al servicio de la libre competencia.

Si bien es cierto que el mecanismo de intervención o fijación administrativa de los precios resulta menos «agresivo» para la competencia que otras medidas reguladoras que sustituyen el funcionamiento de los operadores privados, no es menos cierto que el mecanismo de precios tiene sus inconvenientes. Como ha señalado ARIÑO, «siempre es más fiable un precio de mercado si existe una mínima competencia que un precio fijado por la autoridad reguladora» <sup>8</sup>.

Entre las principales críticas a la intervención de los precios destacan <sup>9</sup>:

- la determinación de los costes que han de servir de base para la fijación de los precios es siempre un proceso complejo donde el regulador no siempre tiene los instrumentos necesarios;
- la regulación no incentiva a la reducción de costes;
- las empresas y el regulador se encuentran en una posición asimétrica respecto a la información necesaria para la determinación del precio;
- la determinación del precio puede responder al interés del sector regulado más que al interés público o al interés del consumidor (captura).

De acuerdo con la legislación italiana aplicable al caso que analizamos <sup>10</sup>, la actividad de transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena está supeditada a la inscripción en el registro nacional de transportistas y a la posesión de una autorización administrativa. Además, se establece un sistema de tarifas administrativas para el transporte por carretera. Estas tarifas de cuantía variable se fijan a propuesta de un Comité Central de Transportes tomando en consideración el coste medio de las prestaciones de transporte para empresas bien gestionadas y que disfruten de condiciones normales de utilización de su capacidad, así como la situación del mercado, de modo que se permita a las empresas obtener una retribución justa. El Ministro de Transportes aprueba dichas tarifas máximas y mínimas y las hace ejecutivas mediante Orden Ministerial.

De acuerdo con este sistema, el Comité propone al Ministerio de Transportes y Aviación Civil las tarifas del transporte y éste tiene la potes-

<sup>7</sup> Cfr. la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1983 sobre contingentación.

<sup>8</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *et al.*, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, 1997, p. 43.

<sup>9</sup> Cfr., en el mismo sentido, MONTES GAN, V. J., «Los acuerdos de fijación de precios. Un análisis de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1996», *Anuario de la Competencia* 1996, Madrid, 1998, p. 219.

<sup>10</sup> Ley núm. 298, de 6 de junio de 1974, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GU)*, 200, de 31 de julio de 1974 y sus sucesivas modificaciones.

tad última de decisión. El Ministerio puede devolver al Comité central las propuestas para que éste presente contrapropuestas o modificaciones. El Ministerio tiene la facultad de modificar las propuestas presentadas y hacerlas ejecutivas o incluso de aprobar un cuadro de tarifas de oficio. Hay que decir que el Ministerio de Transportes nunca se ha apartado de las propuestas del Comité Central. Finalmente, la inobservancia por parte de los operadores económicos de las tarifas fijadas puede ser objeto de sanciones administrativas

### 3. LA SENTENCIA AUTOTRASPORTI LIBRANDI

#### A. EL FALLO

En la Sentencia de 1 de octubre de 1998, caso Autotrasporti Librandi, el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el juez de paz de Génova respecto a la compatibilidad de la normativa italiana sobre la fijación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera con respecto a los artículos 85 y 86 del Tratado CE. La cuestión prejudicial, a su vez, nace en el marco de un proceso principal que enfrenta a dos compañías: Autotrasporti Librandi y Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl. Ésta encargó a Librandi la realización de varios servicios de transporte de contenedores por cuenta suya y el litigio tiene por objeto conseguir el pago del saldo correspondiente al precio de esos transportes. Más, concretamente, Cuttica pagó a Librandi una cantidad inferior a las tarifas que resultaban de las Órdenes Ministeriales correspondientes que fijaban las tarifas obligatorias para los transportes de mercancías por carretera. Mediante la correspondiente demanda ante el juez de paz de Génova, Librandi solicita se condene a Cuttica a pagar la diferencia entre la cantidad pagada y la cantidad debida de acuerdo con la tarifa.

El juez italiano formula cuestión prejudicial, relativa a si es compatible con las disposiciones del Tratado una normativa nacional que prevé que las tarifas obligatorias de los transportes de mercancías por carretera sean aprobadas y dotadas de carácter ejecutivo por la Administración Pública sobre la base de las propuestas de un Comité integrado por una mayoría de operadores económicos interesados. El nudo gordiano de la cuestión reside precisamente en el examen de la composición de este Comité Central. En un primer momento, el artículo 3 de la Ley núm. 298 de 1974 determinaba que el Comité estaba compuesto por 28 miembros con la siguiente distribución:

- 1 consejero de Estado.
- 11 representantes ministeriales.
- 4 representantes de las regiones.
- 12 representantes de las asociaciones nacionales más representativas del sector de los transportes de mercancías por carretera.

La Orden Ministerial de 2 de febrero de 1994 (*GU*, núm. 34, de 11 de febrero), modificó la composición del Comité aumentando de 12 a 17 los representantes de los transportistas. De esta forma, el total de miembros del comité aumenta a 33 y lo que es más importante, se transforma el régimen de mayorías. Con la composición inicial, el comité contaba con 16 miembros gubernamentales (en el sentido de no corporativos) frente a 12 representantes del sector. Con la modificación operada en 1994, el comité cuenta con 16 miembros gubernamentales y 17 corporativos. Podría afirmarse, como hace el juez de paz, que a partir de esa modificación, el organismo que presenta las propuestas ya no es representativo de los poderes públicos, sino de los intereses de las empresas y asociaciones empresariales del sector.

Nos hallamos, pues, frente a un Comité compuesto por una mayoría de representantes de los operadores económicos interesados, que *de facto* tiene la potestad de fijar las tarifas del sector. Se trata de un caso de autoregulación administrativa o de ejercicio por parte de los privados de la potestad tarifaria de la Administración. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, puede cuestionarse la compatibilidad de esta estructura administrativa con la prohibición de los acuerdos de fijación de precios entre empresas contemplada en los artículos 85 y 86 del Tratado.

Los efectos anticompetitivos del presente sistema resultan palmarios y pueden resumirse en los siguientes rasgos:

- se impide la libre formación de los precios;
- extiende la obligatoriedad de la tarifa a cualquier contrato que implique una prestación de transporte;
- altera la relación contractual entre transportista y comitente, sometiendo a este último al riesgo de ser demandado judicialmente por las empresas de transporte para obtener la diferencia entre el precio pagado y la tarifa;
- prohíbe la autonomía de la voluntad contractual al eliminar cualquier estipulación que establezca que no se apliquen las tarifas y, por tanto, no permite discriminar entre usuarios.

En vista a estas consideraciones, hay que reconocer que resulta un tanto sorprendente, la afirmación del Tribunal en el apartado 34 de la sentencia cuando establece que

«en efecto, por una parte, el cambio de mayoría en el Comité central no permite deducir la existencia de una práctica colusoria en el sentido del artículo 85 del Tratado, ya que, con arreglo a la normativa nacional controvertida, el Comité Central, cuando adopta sus propuestas, sigue estando obligado a respetar los criterios de interés público definidos por la Ley Italiana».

El fallo del Tribunal afirma dicha compatibilidad sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es necesario que los operadores económicos

participantes en el proceso de fijación de las tarifas no adquieran o se sitúen en una posición dominante colectiva que se caracterizaría por la falta de relaciones de competencia entre ellos. En segundo lugar, se requiere que el Comité central, cuando adopta sus propuestas respete los criterios de interés público que fija la Ley. En tercer lugar, debe mantenerse la posibilidad, siquiera formal, de que el Ministro competente pueda rechazar o modificar las tarifas propuestas o incluso fijarlas de oficio. En cuarto lugar, el Ministerio debe, antes de aprobar las propuestas, recoger las observaciones de otros organismos públicos (regiones) y privados (confederaciones nacionales de los sectores económicos directamente interesados).

El Tribunal en cierto modo reenvía la decisión sobre la compatibilidad de dicho procedimiento a la jurisdicción nacional de defensa de la competencia al establecer que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional controlar, en el marco de su competencia, que en la práctica la fijación de las tarifas respeta los criterios de interés público definidos por la Ley y que los poderes públicos no abandonan sus prerrogativas en manos de operadores económicos privados». Se produce un cierto *self-restrain* del Tribunal de Justicia que, a nuestro modo de ver, pudiendo entrar a juzgar una conducta de este tipo, la remite a la jurisdicción nacional.

Finalmente, no es aventurado señalar para el presente caso, que la influencia del Presidente de la Sala Segunda, juez Federico Mancini, ha jugado un papel en la resolución del presente asunto, en el sentido de cierta deferencia para con el sistema italiano de fijación administrativa de las tarifas del transporte por carretera. En contra de esa percepción existe el dato de que la sentencia no se aparta de la propuesta del Abogado General Alber.

## B. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La compatibilidad de la validación administrativa de los acuerdos o prácticas colusorias con el Derecho de la competencia no constituye una materia novedosa en la jurisprudencia europea. Ya en 1985 se estableció una clara diferencia entre una conducta administrativa anticompetitiva y una conducta privada anticompetitiva<sup>11</sup>. La primera puede acogerse a la libertad del poder público de configurar un determinado sector económico de forma no acorde con la competencia. Esta facultad entra dentro de una libertad de fijación de políticas económicas por parte de la Administración Pública. No cabe, sin embargo, proteger una conducta anticompetitiva simplemente por el hecho de estar validada bajo la apa-

<sup>11</sup> En la Sentencia de 29 de enero de 1985, asunto c-231/83, asunto Cullet, *Rec.*, 305, se determina que «la normativa nacional que fija un precio mínimo de venta de carburantes al por menor no se analice desde el punto de vista de los artículos 85 y 86 relativos a las restricciones de la competencia, mientras que una acuerdo sobre precios celebrado entre compañías petroleras, lo sea».

riencia administrativa sin una clara y precisa voluntad política. Así, en la Sentencia Van Eycke<sup>12</sup>, el TJCE estableció que

«considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado, se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados Miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas»<sup>13</sup>.

Tal caso se produce, según el Tribunal, en tres supuestos:

- cuando un Estado o bien impone o favorece prácticas colusorias;
- cuando se refuerzan los efectos de tales prácticas prohibidas;
- cuando se retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

Para el caso objeto de la Sentencia Van Eycke, es decir, para la aprobación mediante Real Decreto de los acuerdos interbancarios de limitación de los tipos de interés, se afirma que

«para que pueda considerarse que una normativa pretende reforzar los efectos de prácticas colusorias preexistentes, ésta debe limitarse a recoger total o parcialmente los elementos de los acuerdos celebrados entre operadores económicos, obligando o estimulando a esos operadores a observar su cumplimiento»<sup>14</sup>.

En definitiva, el Tribunal falla en este caso, que

«una disposición legal o reglamentaria nacional que reserva el beneficio de una exención fiscal prevista, en materia del Impuesto sobre la Renta, en favor de la retribución obtenida de una determinada categoría de depósitos de ahorro, únicamente a los depósitos respecto de los cuales se respetan los tipos de interés y las primas fijadas por vía reglamentaria, no es incompatible con las obligaciones que se derivan (del Tratado), sin perjuicio de un eventual examen por parte del órgano jurisdiccional nacional acerca de si la disposición en cuestión se ha limitado o no a ratificar tanto el método de limitación de la retribución de los depósitos, como el nivel de los tipos de interés máximos adoptados mediante prácticas colusorias o concertadas preexistentes».

Lo que se persigue, pues, no es el resultado anticompetitivo sino evitar que se produzca una simple delegación a los operadores privados de las

<sup>12</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 1988, asunto C-267/86, Pascal Van Eycke c. Société anonyme ASPA, *Rec.*, 1988, p. 4769.

<sup>13</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1988, As. 267/86, Van Eycke, ap. 16.

<sup>14</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1988, As. 267/86, Van Eycke, ap. 18.



decisiones de intervención en materia económica<sup>15</sup>. En el caso Van Eycke, el acuerdo de autoregulación de los tipos entre bancos, cajas de ahorro y instituciones públicas de crédito, fue posteriormente establecido por Decreto de 13 de marzo de 1986. Como ha explicado Cases, la doctrina de la acción de Estado diseñada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos debe cumplir tanto el test de la clara voluntad de desplazar la competencia como el de la adecuada supervisión estatal de los comportamientos anticompetitivos. Así, en la Sentencia Midcal, se rechaza la protección de la acción de Estado al considerar que

«el Estado simplemente autoriza la determinación de precios y aplica los precios establecidos por los particulares. El Estado ni establece los precios; ni examina la razonabilidad de las listas de precios, ni regula los términos del contrato de lealtad comercial. El Estado no supervisa las condiciones del mercado, ni lleva a cabo ningún otro reexamen puntual del programa»<sup>16</sup>.

En cierto modo es la misma reflexión que puede recogerse del voto particular de Alcaide Guindo en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de noviembre de 1990 en el caso de los honorarios de los Anestesiólogos. Según esta vocal, la conducta de fijación de los honorarios no podía ampararse bajo la Ley de Colegios Profesionales, pues quien había adoptado el acuerdo era la Asociación de Anestesiólogos (operador privado) y no el colegio profesional (Administración Pública corporativa).

De nuevo, es importante resaltar cómo la organización administrativa es un elemento crucial a la hora de determinar la posible cobertura de las conductas con un resultado anticompetitivo. Como clarivamente señala el Abogado General Fennelly en las conclusiones del caso C-140/94, C-141/94 y C-142/94,

«el hecho de que los operadores económicos se reúnan y se pongan de acuerdo sobre el horario de apertura (eliminando la competencia entre ellos en este ámbito) es una cosa y el que los Estados miembros adopten una normativa de dicho horario de apertura de interés público, otra muy distinta. El factor determinante no lo constituye, pues, los efectos de la medida controvertida, sino los medios a través de los cuales se alcanzan los mismos».

Esta clara distinción entre lo público y lo privado, sin embargo, empieza a tambalearse en casos de autoadministración corporativa, casos de ejercicio privado de funciones materialmente administrativas o casos de captura institucionalizada o confusión entre el regulador y el regulado. Este último supuesto es el que se analiza en las Sentencias de 17 de

<sup>15</sup> Cfr. HOFFMAN, «Anti-competitive State legislation condemned under article 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: how far should the court go after Van Eycke?», *ECIR*, 1990, 1.

<sup>16</sup> 445 US 97, 105.106 (1980) Cal. Retail liquor delaters Association v. Midcal Aluminium, citado por CASES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, 1995, pp. 629-630.

noviembre de 1993 asunto C-185/91, Bundesanstalt für Güterfernverkehr c. Gebr. Reiff GmbH & Co. KG y en la de 5 de octubre de 1995, asunto C-96-94 Centro Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl.

En el primero de los casos, se trata de la fijación por parte de la Comisión de Tarifas de las tarifas de transportes de mercancías por carretera. Las autoridades nacionales alemanas nombran a representantes de las organizaciones profesionales para que formen parte de esa Comisión y se plantea si estamos ante una normativa que tiene por objeto reforzar los efectos de las prácticas colusorias entre operadores.

«Respecto al papel de los operadores económicos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho de que la autoridad pública proceda al nombramiento de personas propuestas por las organizaciones profesionales directamente interesadas como miembros de un organismo encargado de fijar los precios, no excluye la existencia de una práctica colusoria en el sentido del artículo 85 del Tratado, puesto que estas personas han negociado y celebrado un acuerdo sobre precios en calidad de representantes de las organizaciones que las han propuesto» (ap. 16).

Se anuncia, pues, una doctrina del levantamiento del velo en materia de tarifas que no permite simplemente escudarse en la estructura administrativa para adoptar prácticas colusorias. Dicho esto, razona el tribunal, que en el presente caso los representantes deben actuar siguiendo unos criterios prefijados por la Ley y que no pueden ser considerados como representantes de las mismas, puesto que no reciben órdenes o instrucciones<sup>17</sup>. Además, la legalidad de estas prácticas se somete a un doble control: el control administrativo y el control judicial. Fijémonos, como a diferencia de lo anterior, el Tribunal no realiza ya un enfoque puramente formal, independientemente de los efectos anticompetitivos. Podría expresar el Tribunal que basta que la conducta esté amparada (como el Abogado General Fennelly en las conclusiones del caso C-140/94, C-141/94 y C-142/94 antes citado) sin entrar a conocer sus efectos, en casos de autoregulación corporativa, pues, el razonamiento jurídico se traslada de la simple estructura formal a la calidad de los miembros que participan o a los efectos de las medidas.

<sup>17</sup> La Comisión Europea, sin embargo, advierte de forma clara de que, por su composición, las Comisiones de Tarifas están «predestinadas» a representar los intereses de la industria del transporte de mercancías a larga distancia. La solución, en cualquier caso, no es uniforme. El Tribunal de justicia en su Sentencia *BNIC/Clair* declaró que «procede interpretar el artículo 85 en el sentido de que se aplica a tal acuerdo, puesto que éste ha sido negociado y celebrado por personas que, aunque hubieran sido nombradas por la autoridad pública, habían sido objeto de propuestas de designación por parte de las organizaciones profesionales directamente afectadas y que, por consiguiente, debían ser consideradas, de hecho, como representantes de estas organizaciones en la negociación y conclusión de dicho acuerdo», *STJCE* de 30 de enero de 1985, *BNIC/Clair*, asunto C-123/83, *Rec.*, p. 391, apartado 19. Para un comentario de las Sentencias *Leclerc, Cullet* y *BNIC/Clair*, véase *GALMOT, Y., y BIANCARELLI, J.*, «Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire», *Revue Trimestrelle de Droit Europeen*, 1985, 2, p. 269.

Ciertamente, el procedimiento administrativo alemán previsto en la Ley del Transporte de mercancías por carretera (GüKG) se divide en tres fases y existe una poderosa intervención pública a lo largo de todo el proceso. La Comisión de Tarifas participa sólo en la primera de esas fases. Sin embargo, en el caso *Servizi Spediporto Srl c. Spedizioni Marittima del Golfo Srl.*, la presencia pública a lo largo del proceso es menor y, por ello, el Tribunal intenta garantizar el respeto a los artículos 85 y 86 imponiendo como condición que el Comité

«esté compuesto por una mayoría de representantes de los poderes públicos, junto a una minoría de representantes de los operadores económicos interesados, y debe respetar en sus propuestas ciertos criterios de interés público y si, por otra parte, los poderes públicos no abandonan sus prerrogativas teniendo en cuenta, antes de aprobar las propuestas, las observaciones de otros organismos públicos y privados e incluso fijando las tarifas de oficio» (ap. 42).

No está de más notar cómo las condiciones que impone el Tribunal se formulan con la conjunción copulativa lo que da una clara idea de acumulación entre ellas.

#### 4. DERECHO DE LA COMPETENCIA, AUTOREGULACIÓN Y CAPTURA

##### A. POTESTAD TARIFARIA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La potestad tarifaria, entendida en su sentido impropio, es decir, no como la fijación de una tarifa administrativa para la prestación de un servicio público, sino como la potestad de la Administración para fijar los precios de ciertos servicios dentro de un determinado sector, constituye una actividad de ordenación del mercado. Así, la fijación de horquillas de precios máximos y mínimos supone una limitación del interés individual de los operadores para elevarlo a un superior interés público, justificado, la mayoría de las veces, en la prevención de una degradación del sector como consecuencia de una competencia excesiva o perniciosa. En cualquier caso, la potestad de intervenir o fijar los precios es claramente una potestad administrativa de ordenación<sup>18</sup>.

Como ha ilustrado el profesor Vicent CHULIÁ, los poderes públicos se encuentran sometidos a las normas de defensa de la competencia: «la competencia, el mercado, al igual que la democracia, necesitan que el Derecho los defienda, incluso contra los poderes públicos»<sup>19</sup> Por ello, resulta fundamental que cualquier órgano administrativo encargado de

<sup>18</sup> TORNOS MAS, J., *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia-Zaragoza, Studia Albornotiana, 1992.

<sup>19</sup> VICENT CHULIÁ, F., «Poderes Públicos y defensa de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 583, 1993, p. 3315; MARENCO, G., «Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?», *Cahiers de Droit Europeen*, 1986; WAELEBROECK, D., «Application des règles de

la regulación de aspectos económicos de un sector como pueden ser las tarifas tenga credibilidad y legitimidad. Ambas se fomentan a través de un estricto sistema de independencia del regulador. «En todos los sectores liberalizados se está implantando una regla general de organización que exige que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad. El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión quedan situados en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia»<sup>20</sup>. Además, el encargo con el que se crean ciertas estructuras reguladoras independientes es triple: velar por las condiciones de aplicación de la competencia en el sector, salvaguardar la correcta formación de los precios de mercado y ejercer de órgano arbitral (*vid.* RDL 7/1996, que crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Ésta es también la filosofía que se expresa en la Directiva 88/301/CEE sobre competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. En su artículo 6 expresa de modo nada equívoco que la regulación y el control serán efectuados «por una entidad independiente de las empresas públicas o privadas que ofrezcan bienes o/y servicios en el sector de las telecomunicaciones»<sup>21</sup>.

## B. AUTOREGULACIÓN COMO FENÓMENO ADMINISTRATIVO

Frente a los modelos típicos de regulación en un determinado sector, surge la autoregulación corporativa, cada vez más en boga<sup>22</sup>. De este modo, la legislación da carta de naturaleza a una organización de base privada para el ejercicio de funciones públicas. Esta autoregulación permite aportar unos conocimientos técnicos superiores, permite reducir los costes de aplicación coercitiva de la normativa, y al tratarse de normas más flexibles, permite una mayor posibilidad de adaptación y reforma<sup>23</sup>. Como presupuesto, los integrantes de la organización deben perseguir unos intereses homogéneos.

La autoregulación puede definirse como «una situación en la que un grupo de personas o colectivos, actuando conjuntamente, desarrollan una

concurrency du traité de Rome à l'autorité publique», *Revue du Marche Commun*, núm. 303, enero 1987.

<sup>20</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado* (vol. I), Madrid, 1998, p. 254.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «La regulación económica en España», en ARIÑO ORTIZ, G., *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997.

<sup>22</sup> AYERS y BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992.

<sup>23</sup> OGUS, A., «Rethinking Self-Regulation», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, núm. 1, 1995.

función administrativa con respecto a sí mismo y con respecto a otros que aceptan su autoridad»<sup>24</sup>. En este sentido, la definición de autoregulación no presupone ninguna relación con el Estado. Si analizamos esta relación, resulta que la autoregulación puede dividirse en cuatro subgrupos:

— autoregulación por mandato: en esta situación, un grupo o colectivo, un sector o una profesión, por ejemplo, es requerido o designado por el Estado para formular y aplicar normas dentro de un marco definido por el poder público;

— autoregulación sancionada: la regulación se formula por el colectivo y está sujeta a una aprobación posterior por parte del Estado, quien puede ejercer su control sobre los contenidos;

— autoregulación forzada: la industria o sector formula e impone la regulación bajo la amenaza de que su inactividad se sustituirá por la acción legislativa de los poderes públicos;

— autoregulación voluntaria: no hay una implicación activa del Estado en la promoción o imposición de la norma.

Además, la autoregulación puede también subdividirse dependiendo, no de su relación con el Estado, sino de su relación con los participantes, su estructura (si se formaliza en una organización simplemente es un cártel) o del valor de sus normas (vagas o precisas, códigos, contratos, etc.).

A pesar de las indudables ventajas que puede ofrecer, la autoregulación no es una institución jurídica adecuada cuando no existe una internalización de los costes de la misma. En otras palabras, cuando el coste de la regulación no recae sobre los propios autoregulados sino sobre terceros, la autoregulación no es un sistema adecuado. En un caso como el analizado, la autoregulación de los precios hace que quien deba soportar los resultados de la misma no sea el propio sector, sino los usuarios del mismo. En estos casos, el regulador no tiene ningún incentivo para la defensa del interés público y éste se sustituye en realidad por el interés privado. Se trata simplemente de un gobierno privado de los asuntos públicos<sup>25</sup>. Este problema es especialmente importante cuando el autoregulador, en primer lugar, aplica las normas de forma uniforme, es decir, no se trata simplemente de una recomendación o código de conducta, y en segundo lugar, cuando tiene una posición de exclusividad respecto a esa regulación. Como ha expresado Black: «Las asociaciones de autoregulación tienen que diseñarse de modo que internalicen al máximo los costes que su actuación autointeressada tiene sobre los intereses de otros. Si no queremos que la autoregulación resulte en una pérdida de las responsabilidades públicas, se requiere la creación de unos acuerdos ins-

<sup>24</sup> BLACK, J., «Constitutionalising Self-Regulation», *Modern Law Review*, vol. 59, 1, 1996, p. 27.

<sup>25</sup> STREECK, W., y SCHMITTER, C., *Private Interest Government: Beyond Market and State*, Londres, 1985, p. 22.

titucionales que por su propia dinámica lleguen a una definición del interés que sea al menos compatible con el interés público»<sup>26</sup>.

La gran aportación de la defensa de la competencia adquiere amplitud y complejidad a través de la aplicación material del Derecho de defensa de la competencia y sus normas dirigidas a los Estados, que, por ejemplo, establecen la prohibición de delegar en las empresas, facultades administrativas que constituyen en sí mismas una desigualdad en el mercado, como puede ser la fijación de precios<sup>27</sup>. Sin embargo, la senda abierta a los antecedentes jurisprudenciales analizados, en el sentido de ultrapasar el simple análisis formal del carácter administrativo del acto, para centrarse en un análisis funcional, se trunca en los casos de autoregulación donde volvemos a una inhibición del Derecho de la competencia.

### C. AUTOREGULACIÓN Y CAPTURA ADMINISTRATIVA

La doctrina americana ha puesto especial énfasis en el hecho que, a menudo, la regulación pública que se supone debe corregir los fallos del mercado, incurre por sí misma en fallos reguladores. Uno de los más conocidos es, sin duda, la captura del regulador por el regulado<sup>28</sup>. Según esta teoría, el regulador que debe corregir el mercado y velar por los intereses públicos se halla cautivo de la voluntad del regulado, la mayoría de las veces porque es este último el que tiene un conocimiento completo del sector. Así, un regulador capturado, no actúa en favor del interés general, sino en favor del interés del sector que lo ha capturado.

En Europa, especialmente en la tradición jurídica de los países del sur, no existe una cultura de defensa de la competencia. Las nociones como el servicio público o la defensa del interés general han postergado la dinámica de mercado que puede existir en Estados Unidos. Ello se refleja en casos como el que analizamos donde podríamos hablar de una «captura a la latina», con unas características notablemente distintas. En primer lugar, no se trata de grupos de interés que compiten por los favores del regulador, sino que existe una única voz proveniente del mismo sector. En segundo lugar, el proceso de captura reside en el mismo diseño institucional, ya que el regulado y el regulador integran una misma estructura. Esta forma de confusión de funciones es especialmente significativa cuando es la propia administración la que presta el servicio que regula, o al menos, constituye uno de los operadores del servicio, pero es menos frecuente en un caso como el presente donde teóricamente el regulador no está directamente implicado en las tareas de prestación del servicio. De nuevo surge la crítica manifestada por GARCÍA DE COCA respecto a

<sup>26</sup> BLACK, J., «Constitutionalising Self-Regulation», *Modern Law Review*, vol. 59, 1, 1996, p. 30.

<sup>27</sup> VICENT CHULIÁ, F., «Poderes Públicos y defensa de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 583, 1993, p. 3316.

<sup>28</sup> STIGLER, G., «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics*, 1971, 2; PELTZMAN, S., «Towards a more general theory of regulation», *Journal of Law and Economics*, 1976, 19.

la autoadministración del sector petrolero mediante la creación de la Corporación de Reservas Estratégicas en la que se produce una «indeseable interpenetración entre Administración y administrado y entre inspector y fiscalizado»<sup>29</sup>. En tercer lugar, el proceso de captura es inverso por cuanto en realidad es la propia Administración pública la que captura al sector y le impone un comportamiento anticompetitivo<sup>30</sup>. En definitiva, como ha afirmado KAY, «con la autoregulación, la captura del regulador existe desde punto de partida»<sup>31</sup>.

Así, se demuestra cómo a diferencia de los Estados Unidos, el Derecho no debe proteger a los reguladores de las presiones de los regulados, sino que debe proteger al sector de la propia Administración Pública que ampara o incluso impone estos comportamientos anticompetitivos.

Sea como fuere, el Tribunal de Luxemburgo, en cierta forma, advierte a las autoridades nacionales de la necesidad de controlar estas estructuras reguladoras, cuando admite la corrección de este actuar «siempre que la fijación de tarifas respete criterios de interés público definidos por la Ley y que los poderes públicos no abandonen sus prerrogativas en manos de operadores económicos privados». A pesar de esta advertencia, la difícil tarea encomendada corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.

El llamamiento del Tribunal no se hace a los órganos de defensa de la competencia sino a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es ésta la que debe determinar en qué medida la institucionalización de la captura en la fijación de los precios del transporte es contraria al mandato de la Administración de servir con objetividad los intereses generales. Se produce, pues, un, a mi juicio, claro emplazamiento a la jurisdicción para que se convierta también en aplicadora del derecho de defensa de la competencia, no mediante la persecución de los resultados de determinadas conductas, sino mediante el cuestionamiento de la organización administrativa misma que impone esos resultados.

## 6. REFLEXIONES FINALES

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia Autotrasporti Librandi, efectúa un importante *self-restrain* en sus potestades de control de las actua-

<sup>29</sup> Vid. GARCIA DE COCA, J. A., *El sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Madrid, 1996.

<sup>30</sup> El Abogado General Darmon, en las conclusiones de la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, asunto C-185/91, Bundesanstalt für Güterfernverkehr c. Gebr. Reiff GmbH & Co. KG, expone que «en el sector del transporte de mercancía por carretera, la competencia se restringe debido a la propia normativa y no a consecuencia de una iniciativa privada (...). Ya no se está en presencia de una dialéctica entre el Estado y las empresas, en la que el primero toma el relevo de los acuerdos celebrados por los segundos».

<sup>31</sup> KAY, J., «The forms of regulation», en SELDON, A., *Financial Regulation - or Over-regulation*, 1988.

ciones de la Administración Pública potencialmente contrarias a la organización de un mercado competitivo en el sector de los transportes por carretera. Este retraimiento es especialmente grave si se tiene en cuenta la distinta posición en la que se encuentran los órganos comunitarios de defensa de la competencia y sus homólogos nacionales. Así, mientras los primeros pueden instar a la nulidad de una norma por ser contraria a los Tratados, los órganos nacionales no pueden más que recomendar al gobierno su modificación.

En segundo lugar, el Tribunal abandona la jurisprudencia ya expresada en su Sentencia de 5 de octubre 1995, C-96/94, en la que había establecido que un régimen como el establecido para el transporte era conforme al Derecho de la competencia, siempre que las tarifas se fijaran sobre la base de las propuestas de un Comité compuesto por una mayoría de representantes públicos junto a una minoría de representantes de los operadores económicos interesados. En el presente caso, incluso la participación mayoritaria del sector en la fijación de las tarifas, de modo que los operadores tienen el control material en la fijación de las tarifas, se remite al control por parte de las autoridades nacionales. Permanecen, sin embargo, las débiles exigencias de respeto a los criterios de interés público y de no abandono de las prerrogativas públicas.

En tercer lugar, se confirma una posición formalista del Tribunal en el sentido de inhibirse de controlar la actividad administrativa cuando ésta revista formalmente el carácter de acto administrativo. Ello implica considerar que el ordenamiento interno cuenta ya con los mecanismos impugnatorios adecuados para proteger la defensa del interés general. Tal afirmación puede ser discutible precisamente en el caso italiano donde la justicia administrativa es conocida por su escasa efectividad.

En cuarto lugar, frente a la tradicional huida del Derecho administrativo, es decir, al recurso sistemático de formas jurídicas privadas para el desarrollo de funciones públicas, en materia de defensa de la competencia puede apreciarse un proceso contrario. Muchas conductas anti-competitivas se refugian en el Derecho público para evitar el control de la competencia<sup>32</sup>. Así, los acuerdos de fijación de precios prohibidos por los artículos 85 y 86 del Tratado CE obtienen cobertura a través de un sistema institucionalizado de confusión entre lo público o lo privado, o de simple revestimiento de acto administrativo de un acuerdo privado entre operadores económicos. Al final, ello tiene como consecuencia que la jurisdicción contencioso-administrativa deba adoptar también un papel importante en garantizar la efectividad de la defensa de la competencia<sup>33</sup>. En todos los casos como los descritos, la autoridad de defensa de la competencia será el juez contencioso. De otra forma, la efectividad

<sup>32</sup> PADRÓS REIG, C., «Posición de dominio y precios discriminatorios en materia de inspección y control técnico de industrias», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Marcial Pons-Fundación ICO, 1998, p. 319.

<sup>33</sup> CASES PALLARES, LL., «La ejecución de obras por la propia Administración y el Derecho de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 639, 1997, p. 14368.



de la legislación de defensa de la competencia se deja exclusivamente en manos de la voluntad del diseño orgánico-administrativo.

Casos como el que aquí se ha intentado esbozar refuerzan la idea de que las Administraciones Públicas no sólo regulan, en el sentido de producción de normas, sino que diseñan instituciones y aplican políticas de gran trascendencia para los mercados. La noción de operador económico es simplemente demasiado estrecha para entender esos aspectos poliédricos. O se refuerza la doctrina del «levantamiento del velo» de ciertas actividades reguladores o ciertas acciones anticompetitivas encontrarán siempre refugio en la impunidad administrativa<sup>34</sup>.

## NOTARIALES

Gaceta de España. A. Varios. Por el Consejo General de Notarios.  
Resolución de 19 de mayo de 1986.

### I. BREVE RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN

#### A. ANTECEDENTES DE HECHO

El 1 de agosto de 1986 el Consejo General de Notarios aprobó un Acuerdo Recomendatorio de Fianza del cual se desprendieron la obligación en el notariado de proporcionar un buen servicio de todas las notificaciones hechas por cualquier vía electrónica de carácter o fundamentación política o sindical en sujeta a trámite oficial y que, documentalmente y según procedimientos propios de su actividad notarial, el notariado proporcionara además en la aprobación de su protocolo de los honorarios percibidos como inferior al 10 por 100 y un fondo para el desarrollo de las labores de fomento de la actividad profesional al volumen de honorarios recibidos.

El porcentaje del 10 por 100 establecido por el Consejo General del Notariado opera como límite máximo, pudiendo los Colegios de Notarios aplicar porcentajes superiores si lo consideran oportuno. También el caso de Colegio Notarial de Cataluña, que aprobó un porcentaje de los honorarios percibidos en las notificaciones que debe aportarse al fondo que alcanza el 20 por 100. Asimismo, estableció un porcentaje de aplicación del 5 por 100 de los honorarios sobre las notificaciones que obran en el Archivo Recomendatorio del Consejo General del Notariado en virtud de haberse enmendado por cualquier vía electrónica.

<sup>34</sup> BERENGUER FUSTER, L., «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-29, septiembre 1998.



# COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE R 335/1998, COLEGIOS NOTARIALES

Gabriela Isabel ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI  
Profesora de Derecho Administrativo

## 1. BREVE RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN

### A. ANTECEDENTES DE HECHO

El 1 de agosto de 1996 el Consejo General del Notariado aprobó un Acuerdo-Recomendación en virtud del cual se recomendaba la inclusión en el *mecanismo compensatorio de honorarios*, de todas las escrituras otorgadas por cualesquiera entidades de crédito o financiación públicas o privadas no sujetas a turno oficial y que documenten actos o negocios jurídicos típicos de su actividad financiera. El mecanismo compensatorio consiste en la aportación de un porcentaje de los honorarios percibidos (nunca inferior al 10 por 100) a un fondo cuyo destino es ser distribuido entre los Notarios de forma inversamente proporcional al volumen de trabajo realizado.

El porcentaje del 10 por 100 indicado por el Consejo General del Notariado opera como *límite mínimo*, pudiendo los Colegios de Notarios aplicar porcentajes superiores si lo consideran necesario. Tal es el caso del Colegio Notarial de Cataluña, que aprobó un porcentaje de los honorarios recaídos en las citadas escrituras que debe aportarse al fondo que alcanza el 20 por 100. Asimismo, estableció un porcentaje de aplicación del 3 por 100 de los honorarios sobre las escrituras no abarcadas por el Acuerdo-Recomendación del Consejo General del Notariado; es decir, aquéllas no otorgadas por entidades de crédito o financiación, o aun siendo otorgadas por éstas, cuando estén sujetas a turno de oficio o cuando no documenten actos o negocios jurídicos típicos de su actividad financiera.

Don Josep-Alfons López Tena, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, denunció los citados acuerdos ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), siendo su denuncia desestimada por Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 17 de septiembre de 1998. Dicho Acuerdo fue recurrido por el señor López Tena el 30 de septiembre del mismo año.

El razonamiento seguido por el SDC para desestimar la denuncia y acordar el archivo de las actuaciones es el siguiente: si bien los acuerdos recurridos son restrictivos de la competencia y desaniman la iniciativa de algunos notarios al provocar una redistribución de ingresos —aunque no afectan al consumidor ni en cuanto al precio ni en cuanto a su capacidad de elección de Notario— y podrían caer bajo la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC); sin embargo, dichos acuerdos gozan de amparo legal a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 LDC, amparo legal que les viene atribuido por la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

## B. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### a) *Aplicación del artículo 2.1. LDC*

El TDC no comparte la opinión del SDC, según la cual los acuerdos recurridos constituyen una restricción de la competencia, si bien con el amparo legal que les confiere el artículo 2.1 LDC y la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998, pues dicha norma tuvo como finalidad suprimir la obligación de turnar las escrituras otorgadas por ciertas entidades financieras, de tal forma que las mismas podrían, al igual que las restantes entidades crediticias y financieras, elegir libremente el Notario para el otorgamiento de las escrituras en las que intervinieran.

Dado que la desaparición del sistema del turno de reparto en tales escrituras podía suponer la disminución de ingresos de determinados notarios, la propia norma previó que los colegios notariales establecieran algún sistema compensatorio. En consecuencia, *dicho mecanismo compensatorio se refiere única y exclusivamente a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad estaban incluidas en el turno de reparto y a partir de dicha norma serían autorizadas por los notarios que libremente elijan los otorgantes.*

A continuación, el TDC procede a examinar si los acuerdos denunciados se incardinan en el supuesto del artículo 2.1 LDC, el cual, recuerda el TDC, constituye una excepción a la aplicación del artículo 1 LDC, por lo que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de tal forma que solamente deben considerarse incluidas en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador.

En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que «los acuerdos adoptados por el Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Barcelona no encuentran amparo en esa norma», pues el citado acuerdo del Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Barcelona «no se refiere exclusivamente a las escrituras en las que intervienen quienes antes de la norma estaban sometidos a turno de reparto (a saber, Ico, Entidades Oficiales de Crédito, Caja Postal y Cajas de Ahorro), sino que extiende el mecanismo compensatorio a las escrituras en las que intervengan la totalidad de las entidades de crédito y financiación», en tanto que el acuerdo del Colegio de Cataluña «lo extiende a la totalidad de las escrituras».

#### b) *Existencia de una restricción de la competencia*

Pese a que las partes y el propio SDC admiten la existencia de una conducta anticompetitiva y centran la cuestión en la existencia o inexistencia de amparo legal de la misma; tras analizar cada una de las alegaciones del recurrente, el Tribunal llega a la conclusión de que no existe violación del derecho de la competencia por los Acuerdos enjuiciados.

*En cuanto al acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales de servicio [art. 1.1.a) LDC]:*

El Tribunal entiende que los acuerdos denunciados no están incluidos en el artículo 1.1.a) LDC, puesto que no constituyen en modo alguno acuerdos de fijación de precios.

Asimismo, entiende que no se han fijado *condiciones de comercialización*, entendidas éstas como aquellas que caracterizan la presencia de las prestaciones en el mercado; ya que, en todo caso, lo que ha habido son acuerdos de reparto de honorarios.

El acuerdo no es, por tanto, anticompetitivo, pues no afecta a lo que pagan los clientes a los notarios, sino al destino que éstos deben dar a sus ingresos.

Por lo que respecta a las condiciones de prestación de servicios, pese a que el Tribunal reconoce que existe una cierta competencia entre los notarios, niega que los acuerdos sean contrarios a la competencia porque no afectan a los precios —que son fijos— ni a las condiciones en las que prestan sus servicios a los terceros.

*En cuanto a la existencia de un acuerdo de reparto del mercado de documentos notariales [art. 1.1.c) LDC]:*

Según el Tribunal, el reparto del mercado se produce por el sistema de turno de reparto y no por los acuerdos recurridos, que en modo alguno contienen sistemas de reparto, «sino deducción colegial de las retribuciones para compensar a notarios con menor nivel de ingresos».

*En cuanto a la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes [art. 1.1.d) LDC]:*

El artículo 1.1.d) LDC alude, según el Tribunal, a las condiciones que se aplican a los terceros contratantes, ya que su objetivo es evitar que en virtud de acuerdos se perjudique a terceros situándolos en una posición de desventaja competitiva por aplicarles peores condiciones de contratación, cosa que no ocurre con los acuerdos recurridos.

*En cuanto a la cláusula general del artículo 1.1 LDC:*

El Tribunal sostiene que los acuerdos objeto de análisis son de base mutualística o de solidaridad corporativa, pero no tienen efecto sobre el mercado y la libre competencia, único extremo enjuiciable por el TDC<sup>1</sup>.

El hecho de que los notarios sean funcionarios públicos, cuyos derechos económicos son uniformes y fijados por la Administración excluye la posibilidad de que exista una competencia real y relevante entre ellos susceptible de ser falseada. Además, el aseguramiento de unos niveles mínimos de ingresos es muy improbable que se traduzca en una ventaja competitiva que elimine la parcial y limitada competencia existente entre notarios.

De esta forma, la escasa competencia existente y la elevada preparación jurídica de los notarios refuerza, para el Tribunal, la idea de que los mecanismos compensatorios no tienen efectos anticompetitivos.

Simplemente se trata de un acuerdo de base mutualística y de solidaridad entre miembros de una corporación que ni afecta a los precios ni tiene por objeto ni produce el efecto de limitar la competencia.

*En cuanto a la infracción del artículo 7 LDC:*

El primer requisito para que pueda haber una violación del artículo 7 LDC es que se trate de un acto de competencia desleal, presupuesto que no se cumple en el caso de autos.

## 2. COMENTARIO

Pese a que compartimos el fallo del TDC en el sentido de entender que debía desestimarse el recurso interpuesto por don Josep-Alfons López Tena contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 17 de septiembre de 1998 y confirmar el archivo de las actuaciones, no estamos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el Tribunal para llegar a esta conclusión.

Por nuestra parte, entendemos que los Acuerdos denunciados pueden constituir una restricción de la competencia, lo que ocurre es que no

<sup>1</sup> El TDC incluso alude a la posibilidad de dudar sobre la legalidad o constitucionalidad de los acuerdos, a su afectación sobre el derecho de propiedad y a su posible carácter expropiatorio, todos ellos aspectos que están fuera de su ámbito competencial.

están prohibidos por gozar del amparo que les otorga una norma de rango legal como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

A. LA NATURALEZA JURÍDICA PECULIAR DE LA PROFESIÓN DE NOTARIO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA TENDENCIA INCORPORADA POR EL REAL DECRETO-LEY 6/1999, DE 16 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES DE LIBERALIZACIÓN E INCREMENTO DE LA COMPETENCIA

Ante todo, debemos hacer unas cuantas precisiones en torno a la naturaleza jurídica de una profesión tan peculiar como la de Notario, pues el sometimiento de la misma al Derecho de la competencia está condicionado por dichas peculiaridades.

Debemos partir del hecho de que el Notario ejerce siempre funciones públicas, no se trata de meros servicios públicos cuya concesión puede otorgarse directamente o mediante concurso de la legislación de contratos del Estado, funciones que, además, corresponden en exclusiva al Estado<sup>2</sup>. De este modo, no puede entenderse que la de Notario sea una profesión liberal *strictu sensu*, pues, en tal caso, no podría basarse en un título cuyo soporte es una competencia exclusiva del Estado atribuible a quienes lo ejerzan. Se trata de una función del Estado y no del profesional que la ejerza.

El Notario, en ejercicio de funciones públicas, se incorpora en la organización estatal (art. 1 Ley del Notariado<sup>3</sup>), lo cual se manifiesta en la forma de ingreso al ejercicio de la profesión (mediante el sistema de oposición), la concreta función ejercida (próxima a la jurisdicción voluntaria, concretada en ejercer en exclusiva la función de otorgamiento de la Fe pública y caracterizada por ser rogada<sup>4</sup>, obligatoria<sup>5</sup>, integral<sup>6</sup>, compleja<sup>7</sup>, regida por el principio de libre elección<sup>8</sup>), la jubilación (sometida al régimen propio de los funcionarios públicos), el régimen disciplinario (básicamente funcionarial), el régimen de incompatibilidades (similar al de los jueces y reforzado por las exigencias de imparcialidad, objetividad, neutralidad y legalidad), el carácter estatal del Protocolo Notarial, el sistema de retribuciones (fijadas por Arancel aprobado por Reglamento del Estado)<sup>9</sup>.

Sin embargo, es necesario recordar que no existe una única manera de incorporación al Estado y a su Administración, consistente en formar

<sup>2</sup> El artículo 149.1.8. CE establece rotundamente que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil y la «ordenación de los registros e instrumentos públicos», dentro de los cuales se encuentra la actividad de los notarios, cuya misión es dar fe pública.

<sup>3</sup> Ley del Notariado de 1 de mayo de 1862.

<sup>4</sup> Puesto que el Notario no puede actuar de oficio.

<sup>5</sup> El Notario no puede denegar sus servicios.

<sup>6</sup> Consecuencia de la anterior característica, supone que el Notario no puede elegir los asuntos de los que conocerá.

<sup>7</sup> El Notario debe comprobar la legalidad de las actuaciones.

<sup>8</sup> Los usuarios pueden elegir el Notario ante el cual desean realizar sus operaciones.

<sup>9</sup> Véase la STC 99/1987, de 11 de junio.

parte de su organización jerárquica y centralizada, con una dependencia orgánica y con un único sistema de producción de actos jurídicos. Antes bien, existen diversas maneras de llevar a cabo dicha incorporación que —junto con la tradicional del funcionario público que reúne tales características— suponen la exclusión de todos o algunos de los citados caracteres (piénsese, por ejemplo, en las llamadas agencias independientes<sup>10</sup>) sin que por ello nos encontremos necesariamente ante profesiones liberales, pues puede tratarse perfectamente de profesiones típicamente privadas que eventualmente realizan funciones públicas (como el caso de los notarios).

El Notario actúa, pues, en interés y por cuenta del Estado, ejerciendo funciones públicas cuya finalidad es el interés público y que se desarrollan para la comunidad en general. No se trata, en consecuencia, de un supuesto de concesión o delegación, no hay concesión de servicio público alguno ni tampoco una delegación de poder público exorbitante a favor de un particular, sino simplemente una función pública estatal ejercitada de una manera propia y singular por propia decisión del Estado.

*El Notario tiene una posición pública al estar investido de la autoridad del Estado, lo que implica que, subjetivamente, su función es propia de lo público y, objetivamente, los actos en los que actúa, tienen la condición de documentos públicos. Se trata de actos investidos de autoridad.*

Pese a todo, la función del Notario no es exclusivamente pública, sino que en la misma coexisten actividades públicas y privadas, cada una de ellas sometida a un régimen jurídico propio y distinto.

Así lo ha establecido el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 23 de enero de 1990<sup>11</sup>, al afirmar que

«... la naturaleza jurídica del Notariado viene establecida en nuestro ordenamiento jurídico por reunir simultáneamente dos cualidades: por un lado, es funcionario público, y por otro, al mismo tiempo, es un profesional del Derecho...».

lo cual determina que el Notario tenga

«... un estatuto singular, en parte regulado por el poder público y en parte sujeto a las reglas generales de la libertad profesional...».

<sup>10</sup> Sobre las Administraciones independientes, véase BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes*, Madrid, Tecnos, 1994; MORIENO MOLINA, A. M., *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1995; COLLIARD, C. A., y TMSIT, G., *Les autorités administratives indépendantes*, 1.ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1988; SALA ARQUER, J., «El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *REDA*, núm. 42, 1984; GARCÍA LLOVET, E., «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *RAP*, núm. 131, mayo-agosto 1993; LÓPEZ RAMÓN, F., «El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de administración independiente», *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre 1991, y POMED SÁNCHEZ, L. A., «Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes», *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993.

<sup>11</sup> STS, Sala 3.ª, Sección 9.ª



El TS basa sus afirmaciones en el artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1862, según el cual: «El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes» y en los artículos 1 y 2 del Reglamento Notarial<sup>12</sup>, en virtud de los cuales: «Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos.»

También la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>13</sup> ha hecho alusión a la naturaleza jurídica de los Notarios, afirmando que la figura del Notario tiene una doble faceta: funcionario público y profesional del Derecho; lo cual implica precisar la normativa aplicable a su actuación en cada caso, siendo posible la distinción conceptual de esta doble faceta. De este modo,

«... Tanto da, en cierto modo, decir que el notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales (cfr. art. 1 de la Ley del Notariado y artículo 1 de su Reglamento) una función pública, por su propia naturaleza, únicamente puede ser ejercida en régimen de exclusividad por los funcionarios o por los miembros de las profesiones oficiales a las que está encomendada...»<sup>14</sup>.

El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la problemática de la naturaleza jurídica del Notario y en su Dictamen 348/1996, después de precisar la dualidad de funciones que ejerce dicho profesional destaca que «no debe buscarse en el régimen común la única norma aplicable a todas ellas (Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado), toda vez que existe una Ley y un Reglamento especiales que regulan la materia».

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que no puede aplicarse el Derecho de la competencia a la profesión de Notario sin más, sino que hay que tener presente las peculiaridades de esta profesión que la apartan de las profesiones liberales, su especial naturaleza jurídica dual, en la que coexisten funciones públicas con funciones privadas. No es que la actividad notarial no esté sometida a las reglas de la competencia, sino que su aplicación no debe desconocer la doble naturaleza de esta profesión.

Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del Notario han venido a incidir las previsiones recogidas en el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia. Casi sin proponérselo, esta norma viene a ratificar la idea de la doble naturaleza de los Notarios, pues, por un lado, predica e impone la sujeción de la actividad notarial a las reglas sobre la competencia (Exposición de Motivos) y, por otro, reafirma su posición de funcionarios

<sup>12</sup> Aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

<sup>13</sup> Resolución de 16 de enero de 1996.

<sup>14</sup> En esta misma línea se encuentra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1996.

públicos al adoptar una serie de medidas tales como reconocer positivamente la naturaleza pública de las funciones que ejercen (art. 1) y reducir los aranceles que cobran (art. 2).

El propio legislador se mueve, por tanto, entre los dos polos configuradores de la naturaleza jurídica de la profesión notarial, los cuales, al final, determinan un régimen jurídico flexible y ambiguo, en el que conviven necesariamente elementos de la función pública y de la profesión liberal. El sometimiento de la actividad notarial a las reglas de la competencia no es más que una consecuencia de la aplicación en aluvión de dicha normativa a todos los sectores económicos. No obstante, hay que tener muy presente que solamente la actuación como profesional liberal de los Notarios estará sometida al Derecho de la competencia, y no su actividad pública.

#### B. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY 33/1987

La cuestión que originó el litigio que sirvió de base a la Resolución del TDC en este momento impugnada surgió como consecuencia del ejercicio por parte del Consejo General del Notariado y de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña y otros Colegios Notariales, de la previsión recogida en la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales para el año 1988, según la cual:

«Décima. El Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorro quedan excluidos del turno de reparto establecido por el artículo 4 de la Ley de 24 de febrero de 1941 respecto a las operaciones bursátiles y mercantiles que tienen a su cargo y que requieren la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado.

Asimismo, quedan excluidos del turno de reparto respecto de todas aquellas operaciones que exijan la intervención de Notario público, Colegio Oficial o Junta Sindical, sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiales en relación con esta materia.»

Esta norma permite que se dicten acuerdos como los impugnados, la adopción de los cuales, además, se encuentra dentro de las competencias del Consejo General del Notariado, que, según el artículo 344 del Reglamento Notarial, engloban la potestad de adoptar acuerdos que tengan como fin unificar la práctica notarial, acuerdos que son obligatorios para todos los Colegios.

Esta Disposición Adicional Décima es una *norma de habilitación específica* para proceder al otorgamiento de disposiciones *interna corporis* en ámbitos en los que se estimó necesario por las Cortes Generales un refuerzo legal de las potestades de las Juntas Directivas, bajo la supervisión del Consejo General.

a) *La afectación del consumidor por los sistemas de turno de reparto y mecanismo compensatorio*

Es necesario distinguir los dos instrumentos previstos en las normas y aplicados en la práctica, que son el turno de reparto y el mecanismo compensatorio, siendo sólo este último objeto de litigio en el caso de autos.

Por lo que respecta al *turno de reparto*, consiste en la distribución previa entre los Notarios de una misma población o distrito de los documentos que precisan otorgar las Entidades Públicas establecidas.

La justificación de este sistema radica en evitar la captura o secuestro de las entidades públicas<sup>15</sup> por parte de algún Notario o despacho de notarios y, en consecuencia, impedir el otorgamiento de privilegios en forma de preventas concretas consistentes en la promesa de entrega de futuros documentos<sup>16</sup>.

Este secuestro del regulador ha sido caracterizado por SORIANO<sup>17</sup> como «capturar la voluntad del poder y del aparato público para perseguir las libertades y derechos de la generalidad de los ciudadanos y de algunos en particular, ofreciéndolos en el altar del sacrificio político para obtener la satisfacción de los grupos organizados que tienen la habilidad de *estar en la agenda política*».

Además, el principio de igualdad (art. 14 CE) aconseja al Estado que no discrimine a una Notaría frente a otra, encomendándole siempre a la misma el despacho de sus documentos.

El turno de reparto operaría, pues, como un mecanismo de distribución igualitaria entre el Notariado, mecanismo que parte de la propia Administración y que la protege también frente a sí misma, puesto que trabajar con un solo Notario implicaría concentrar el tráfico administrativo y público en general en un despacho con grave riesgo de conflicto de intereses. Se trata de una elemental precaución fundada en evitar concentraciones de asuntos por obra y gracia de la propia Administración.

De esta forma, el turno de reparto no sólo no es contrario a la competencia, sino que es necesario para evitar los problemas antes señalados.

El *mecanismo compensatorio*, por su parte, consiste en un sistema de fondo interno nivelador según bases previamente aprobadas para auto-

<sup>15</sup> La problemática del secuestro del regulador ha sido estudiada, entre otras, en la obra colectiva *Libro blanco sobre el papel del Estado en la Economía Española*, dirigido por Rafael TERMES, Madrid, Instituto Superior de Estudios Empresariales, 1996.

<sup>16</sup> A ello hay que añadir el hecho de que a la Administración le debe resultar indiferente acudir a uno o a otro Notario, puesto que en última instancia, cuando el Estado —la Administración Pública— acude a la Notaría tiene un diálogo consigo misma, ya que, como hemos visto, el Notario es también funcionario público.

<sup>17</sup> SORIANO GARCÍA, J. E., «Ley inútil, ley perniciosa: a propósito de la pretendida regulación comercial», *Círculo de Empresarios*, Boletín 60, *Las reformas de estructuras en España*, segundo semestre, 1995, p. 176.

rizar determinados documentos, es decir, se trata de crear un fondo para reducir las diferencias de ingresos entre los distintos Notarios o, si se quiere, para asegurar unos ingresos mínimos a estos profesionales cuando los mismos no puedan percibirse por el poco trabajo con el que cuentan ciertos Notarios.

El fondo se nutre de un porcentaje de los ingresos que obtienen los Notarios que éstos deben aportar el mismo y que luego es distribuido de manera inversamente proporcional a los ingresos de los Notarios. Opera, pues, tras el otorgamiento del documento y en aras de la flexibilidad y cercanía al territorio donde se opera, gozando, además, de una composición documental variable.

En ambos sistemas, la independencia notarial es el bien jurídico protegido; evitar que el tráfico o giro documental en masa esté exento de dependencias indeseables de los operadores, sean administrativos o económicos<sup>18</sup>. Esa neutralidad e imparcialidad constituyen la base fundamental de la objetividad de la función notarial.

Desde la perspectiva del consumidor, el principio fundamental de la «libre elección de Notario» permanece en la realidad inalterado. Basta observar que quien tiene fuerza en realidad en la contratación en masa son las grandes entidades financieras o inmobiliarias que, en la práctica, dejan escaso margen para que la parte débil de la relación pueda elegir con toda naturalidad cuando le corresponda la Notaría correspondiente.

De esta forma, desde el punto de vista del consumidor, no se le ocasiona ninguna lesión por imponer este tipo de mecanismo compensatorio y el turno de reparto. Y desde el punto de vista de las cualificaciones que adornan a la función notarial, sin duda la refuerzan frente al poder económico de determinados operadores financieros e inmobiliarios.

En consecuencia, los acuerdos recurridos no afectan al consumidor ni en cuanto al precio ni en cuanto a su capacidad de elección de Notario.

#### b) *La limitación de la escasa competencia existente entre Notarías*

El TDC sostiene que no existe vulneración de la cláusula general del artículo 1.1 LDC por cuanto que existe una muy escasa competencia entre los Notarios, la cual, además, no se ve falseada por el aseguramiento de unos niveles mínimos de ingresos.

Para contraargumentar la afirmación de que un Notario que obtiene una parte de sus ingresos mediante el mecanismo compensatorio puede mejorar su formación frente a otros Notarios que no pueden actualizar sus conocimientos por tener su tiempo ocupado en atender a su clientela, el Tribunal utiliza un razonamiento digno de ser reproducido. Dice el Tribunal:

<sup>18</sup> Véase el artículo 147 del Reglamento Notarial.

«Para analizar los efectos anticompetitivos de ese efecto es preciso recordar que los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales liberales, que la competencia entre los mismos es muy limitada, que su preparación jurídica les viene dada por el estudio de la carrera y las oposiciones, que la actualización de sus conocimientos es una condición indispensable para el mantenimiento del prestigio del Notariado, y que la finalidad e incluso la consecuencia de asegurar un determinado nivel de honorarios a determinados profesionales no es la de situarles en mejores condiciones competitivas, sino el asegurar un nivel mínimo de ingresos a quienes por diversos motivos (edad, condiciones personales, ausencia de ambiciones, etc.) prefieren menores ingresos y trabajo a otras alternativas.»

Este argumento merece varias consideraciones.

En primer lugar, el hecho de que la competencia entre Notarios sea «muy limitada» no es justificación para no protegerla, sino, por el contrario, para defenderla con mayor ahínco e incluso para potenciarla. Tal es precisamente la función del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, no puede desvalorizarse y desprotegerse la inquietud y deseo de los Notarios (o de algunos de ellos) de seguir formándose durante toda su vida, para actualizar sus conocimientos e incluso para adquirir otros nuevos; y mucho menos basándose en que su formación viene dada por el estudio de la carrera y las oposiciones y que dicha actualización está orientada a mantener el prestigio del Notariado. El hecho de que los Notarios estén actualizados no sólo está en relación con el prestigio de la profesión, sino también con la del concreto profesional, con su estima personal y con su reconocimiento social, lo que, a su vez, lo faculta para ofrecer un adecuado asesoramiento a sus clientes y puede concluir en una ventaja competitiva frente a otros Notarios.

En tercer lugar, aun cuando la finalidad del mecanismo compensatorio sea asegurar un nivel mínimo de ingresos, desde luego que distorsiona la competencia. Por un lado, no se entiende por qué han de asegurarse unos ingresos mínimos a quienes por «condiciones personales» o «ausencia de ambiciones» «prefieren menores ingresos y trabajo a otras alternativas», lo dice el propio Tribunal. Si un Notario elige reducir sus ingresos a cambio, por ejemplo, de disponer de más tiempo libre, es él mismo el que opta por esta posibilidad.

De esta forma, el sistema compensatorio está distorsionando el mercado, puesto que crea incentivos para trabajar menos, ya que quien así lo haga sabrá que, en todo caso, tendrá unos ingresos mínimos garantizados, con menor trabajo y mayor tiempo libre para ocio, para formación o para cualesquiera otras actividades <sup>19</sup>.

<sup>19</sup> El premio Nobel de economía STIGLER demostró los efectos negativos que la imposición de un salario mínimo tiene sobre la distribución de los recursos, el empleo agregado y los ingresos de las familias, llegando a la conclusión que esta medida no es eficaz para eliminar la pobreza, sino que son necesarias otras diferentes. Los mismos argumentos y conclusiones son predicables del sistema compensatorio de los Notarios, pues la función que pretenden asumir respecto de un

En cuarto lugar, y como consecuencia de lo anterior, si un Notario elige trabajar menos durante un cierto período de tiempo para incrementar su formación y actualizar sus conocimientos, a sabiendas que percibirá unos ingresos mínimos a costa del trabajo de otros Notarios que no han optado por esta alternativa, no cabe duda que el mecanismo compensatorio, aunque no sea su finalidad, está situando a este Notario en mejores condiciones competitivas frente a sus competidores que son los que, además, lo han estado subvencionando durante el tiempo en cuestión.

En consecuencia, parece más acertada la apreciación del SDC, puesto que, pese a no afectar ni a los precios ni a la libertad de elección de Notario por parte de los usuarios, los acuerdos recurridos pueden distorsionar la competencia.

### c) *El amparo legal de los acuerdos denunciados*

El TDC entendió que los acuerdos denunciados no gozan de la cobertura legal de la Disposición Adicional Décima LPGE para 1988, puesto que exceden el ámbito de aplicación de dicha norma.

Para el Tribunal, la citada Disposición Adicional sólo ampara el mecanismo compensatorio en lo relativo a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad a la misma norma estaban incluidas en el turno de reparto (el Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros, las Cajas de Ahorro) y no respecto de todas las entidades de crédito y, menos aún, respecto de todas las escrituras<sup>20</sup>.

No es éste, sin embargo, el sentido de la norma.

La Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987, por razones de independencia de la función notarial ha tomado la decisión legislativa de establecer un restringido sistema de subvenciones cruzadas<sup>21</sup> como elemento limitativo de la dependencia, clientelismo, *devotio* y burocratización asociadas a la vinculación permanente a las grandes entidades financieras.

Por ello, la Ley citada adoptó el criterio de atenuar por la vía de los mecanismos compensatorios y turno de reparto la situación de crecimiento

---

sector profesional es la misma, *mutatis mutandis*, que la que pretenden cumplir los salarios mínimos para toda la comunidad.

Véase la obra *The essence of Stigler*, editada por LEUBE, K. R., y MOORE, T. G., Stanford, California, Hoover Institution Press, Stanford University, 1985.

<sup>20</sup> Recordemos que el Acuerdo del Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Barcelona aplican el mecanismo compensatorio a las escrituras en las que intervengan todas las entidades de crédito y financiación, y que el Acuerdo del Colegio de Cataluña lo hace respecto de todas las escrituras.

<sup>21</sup> Sobre las subvenciones cruzadas ver la obra de HANCHER, L., «Cross subsidization in Community Law», en *The European Energy Market: reconciling competition and security of supply*, vol. 13, 1995.

desproporcionado de algunas Notarías con ocasión de su vinculación y dependencia de algunas Entidades Financieras. Los efectos de la práctica llevada a cabo en aplicación de esta Ley, consisten en lo principal en garantizar una situación tradicional de prestigio que desde 1862, cuando se dictó la benemérita Ley del Notariado «para su arreglo», se ha fundado en la creación de un contrapoder social frente a los poderosos basado en la neutralidad, objetividad, imparcialidad e independencia.

A ello hay que añadir que el propio precepto invocado no hace mención a que el mecanismo compensatorio sólo pueda adoptarse en relación con determinadas entidades de crédito y financiación, puesto que al excluirlas del turno de reparto establece que ello se realizará «sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiados *en relación con esta materia*»; debiendo entenderse por «esta materia», la relativa a los mecanismos compensatorios y mutualismo.

De esta forma, la Ley prevé la posibilidad de que los órganos competentes impongan mecanismos compensatorios a los que podrán estar sometidos las entidades a las cuales la propia norma excluye del turno de reparto.

De todo lo expuesto se deduce la aplicación del artículo 2 LDC al supuesto de autos, precepto que está para ser aplicado, no para desconocerlo; siendo de tal forma así que la interpretación restrictiva de una norma de excepción a la que hace referencia el TDC no obsta en absoluto a la aplicación de este artículo al caso objeto de análisis.

La Ley 16/1989 ha de aplicarse como cuerpo legal entero, con inclusión de sus limitadas y razonables excepciones. No cabe aplicar selectivamente la Ley y entender que no existe el artículo segundo y disposiciones concordantes. Y, claramente, nadie ni nada han derogado la Ley 33/1987, dictada con este propósito.

En consecuencia, los acuerdos denunciados gozan del amparo legal de la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987 en el sentido del artículo 2.1 LDC.





POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA Y CONTROL  
DE CONCENTRACIONES: LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS  
DE 31 DE MARZO DE 1998, EN LOS ASUNTOS  
ACUMULADOS C-68/94 Y C-30/95, REPÚBLICA  
FRANCESA Y OTROS/COMISIÓN. [DECISIÓN  
DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993,  
KALI + SALZ/MDK/TREUHAND  
(ASUNTO NÚM. IV/M.308)]

Xavier RUIZ CALZADO <sup>1</sup>

Letrado del Tribunal de Primera Instancia  
de las Comunidades Europeas

## 1. INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 1998, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante el Tribunal) <sup>2</sup>, dictó una sentencia de gran relevancia en el ámbito de control de concentraciones que clarifica tanto el alcance como la forma en que la Comisión puede ejercer sus poderes al aplicar el Reglamento 4069/1989 <sup>3</sup>.

En el marco del proyecto de privatización de las actividades de la antigua República Democrática Alemana en el sector de la extracción y transformación de sales de potasa y sal gema, actividades que se hallaban agrupadas en torno a la sociedad Mitteldeutsche Kali AG (en lo sucesivo, «MdK»), la Treuhand, el ente de Derecho público encargado de la rees-

<sup>1</sup> Este artículo ha sido redactado a título personal y no compromete en modo alguno a la Institución.

<sup>2</sup> *Rec.*, I.1375.

<sup>3</sup> Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas.

estructuración de las empresas estatales de la RDA intentó encontrar un comprador privado o un socio capaz de enderezar el rumbo de dicha empresa y evitar así su desaparición. Finalmente, logró alcanzar un acuerdo con la filial del grupo BASF, Kali und Salz AG (en lo sucesivo, K+S), en virtud del cual ambas partes agrupaban sus actividades en los mercados de la potasa y de la sal gema en torno a una empresa conjunta, la Mitteldeutsche Kali GmbH (en lo sucesivo, MdK GmbH), a la que K+S aportaría sus actividades y en la que Treuhand haría una importante aportación de capital<sup>4</sup>.

La operación fue notificada a la Comisión como concentración de dimensión comunitaria, quien, tras un examen en profundidad de sus efectos sobre la competencia en los mercados relevantes, decidió autorizarla si bien de forma condicionada a que las partes notificantes respetaran determinados compromisos que habían ofrecido con el fin de disipar las dudas de la institución respecto de su compatibilidad con el mercado común<sup>5</sup>. Esencialmente, las partes notificantes tuvieron que comprometerse ante la Comisión a modificar drásticamente las relaciones comerciales que K+S venía manteniendo con la Société commerciale des potasses et de l'azote (en lo sucesivo, SCPA)<sup>6</sup>, empresa francesa a través de la cual comercializaba tradicionalmente sus productos en Francia, y con la que compartía importantes inversiones en varias empresas activas en la comercialización de potasa fuera de la Comunidad.

Considerando que tales compromisos lesionaban sus intereses, esta empresa francesa, junto con su matriz EMC, interpuso recurso de anulación de la decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>7</sup>. La República francesa hizo lo propio ante el Tribunal de Justicia. Por su parte, la República Federal de Alemania se personó en

<sup>4</sup> De acuerdo con el proyecto de concentración, todas las actividades de extracción y transformación de potasa y sal gema de K+S y MdK se transferirían a MdK GmbH; K+S cedería a la empresa conjunta todas sus actividades en el sector de que se trata, mientras que la Treuhand aportaría a su capital recursos líquidos por importe superior a 1.000 millones de DM. K+S y la Treuhand serían titulares, respectivamente, del 51 y del 49 por 100 del capital y de los derechos de voto.

<sup>5</sup> Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 [Kali + Salz/MdK/Treuhand (asunto núm. IV/M.308)], DOCE L 186, de 21 de julio de 1994, p. 38.

<sup>6</sup> Esta sociedad francesa ostenta el monopolio legal de la distribución en Francia de las importaciones directas de potasa de terceros países, y comercializa los referidos productos de su matriz, el ente público francés «Entreprise minière et chimique» (en lo sucesivo EMC) que controla al tercer productor de la Comunidad, Mines de potasse d'Alsace.

<sup>7</sup> Las sociedades demandantes solicitaron la anulación, lógicamente, ante el Tribunal de Primera Instancia, competente para resolver todos los recursos interpuestos por los particulares. Si quien conoció finalmente del asunto fue el Tribunal de Justicia, fue porque el Tribunal de Primera Instancia, habida cuenta de que este recurso y el sometido por la República francesa ante el Tribunal cuestionaban la validez del mismo acto, declinó su competencia para que el Tribunal de Justicia pudiera pronunciarse sobre dicho recurso, posibilidad prevista en el artículo 47 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia.

SCPA y EMC solicitaban al Tribunal de Justicia fundamentalmente la anulación parcial del artículo 1 de la Decisión controvertida en la medida en que supedita al cumplimiento de las condiciones establecidas en su Considerando 63 la declaración de que la operación de concentración es compatible con el mercado común. La República francesa solicitaba la anulación de la Decisión en su integridad.

el procedimiento en el asunto C-68/94 como coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la parte demandada, la Comisión de las Comunidades Europeas. La parte notificante Kali und Salz GmbH y Kali und Salz Beteiligungs-AG actuaron, a su vez, como coadyuvantes en el asunto C-30/95.

Como señalaba el Abogado General, Tesauero, en sus conclusiones, dos eran las cuestiones principales que quedaban planteadas en sendos recursos: por un lado, el que la Comisión se hubiera considerado habilitada por el Reglamento 4064/1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas a prohibir una situación de oligopolio o de posición dominante colectiva; y, por otro lado, la manera en que, en el caso concreto, la Comisión apreció la legalidad de la operación notificada.

## 2. LA DECISIÓN IMPUGNADA

En la Decisión se identificó como mercado de producto de referencia, el de los productos a base de sales de potasa para usos agrícolas<sup>8</sup>. Al respecto, la Comisión consideró necesario distinguir entre dos mercados geográficos de referencia distintos en la UE, el configurado por Alemania y el configurado por el resto de la Comunidad.

### A. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO ALEMÁN: LA DOCTRINA DE LA FAILING COMPANY DEFENSE

La Comisión consideró que la concentración reforzaría la posición dominante de K+S en el mercado alemán, creando un monopolio *de facto*, con una cuota de mercado total de Mdk GmbH cercana al 98 por 100<sup>9</sup>. Sin embargo, a la hora de evaluar los efectos de la operación sobre la competencia en dicho mercado, tuvo particularmente en cuenta, la circunstancia de que, habida cuenta de la situación de insolvencia de Mdk, dicha empresa estaba destinada a abandonar el mercado de no ser adquirida en breve plazo por otra empresa, con la consiguiente adquisición de su cuota. La Comisión consideró que la única empresa capaz de comprarla era K+S, de lo que dedujo que su posición dominante se crearía incluso en el supuesto de que se prohibiera la operación de concentración

<sup>8</sup> Se trata de abonos minerales utilizados por sí solos o combinados en el suelo con otros elementos, en particular en los denominados abonos compuestos, junto con nitrógeno y fósforo. En ambos usos, las sales de potasa no pueden sustituirse por otros elementos.

<sup>9</sup> En el momento de la notificación, K+S era, con gran diferencia, el mayor productor europeo de potasa, con un volumen superior a 2.000.000 de toneladas al año, seguida de Mdk, con 1.430.000 toneladas anuales. En tercer lugar, se situaba, con unas 1.000.000 de toneladas anuales, la producción de Mines de potasse d'Alsace, perteneciente al ente público francés EMC, que a su vez es titular del 100 por 100 del capital de SCPA. Posteriormente, con cantidades de producción inferiores a 1.000.000 de toneladas anuales, seguían tres empresas españolas, recientemente agrupadas en el INI, que comercializan su producción a través de una misma sociedad: Coposa; y, por último, la sociedad británica Cleveland Potash Limited.

proyectada. Por ello, la Comisión consideró que podía acoger la argumentación de las partes basada en la aplicación de la doctrina de la *failing company defense* (doctrina de la excepción en favor de la empresa en estado de insolvencia), según la cual las autoridades competentes no pueden prohibir una concentración si una de las empresas interesadas está al borde de la quiebra.

#### B. EFECTOS SOBRE EL MERCADO COMUNITARIO EXCLUIDA ALEMANIA: CREACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE OLIGOPOLIO

En lo que concierne al mercado integrado por todos los Estados miembros menos Alemania, la Comisión señaló que, como consecuencia de la concentración propuesta, se produciría una situación de posición dominante colectiva entre dos empresas, la empresa en participación resultante, MdK GmbH, y la empresa francesa SCPA, cuyas cuotas sumarían cerca del 60 por 100 del mercado.

La apreciación de la Comisión se basaba, como factor determinante, en la presunción de que no existía antes de la operación una competencia efectiva entre K + S y SCPA, debido principalmente a la existencia de vínculos excepcionalmente estrechos entre ambas empresas durante un largo período de tiempo. A dicha circunstancia, había que sumar las particulares características del mercado así definido y el comportamiento pasado de ambas sociedades<sup>10</sup>. Además, se había considerado que el resto de la oferta de potasa está muy fraccionada y corresponde a agentes económicos que no están en condiciones de menoscabar las cuotas de mercado poseídas por el duopolio.

Por todas las consideraciones expuestas, la Comisión consideró que la operación llevaría a una posición dominante colectiva en el mercado comunitario, excluida Alemania, capaz de afectar a la competencia de forma significativa.

### 3. LOS COMPROMISOS ACEPTADOS POR LAS PARTES NOTIFICANTES

Con objeto de evitar las consecuencias negativas derivadas de dicha conclusión, las partes aceptaron asumir los siguientes compromisos:

— con respecto al cartel de exportación *Kali-Export GmbH, Viena*, K + S y la empresa conjunta se retirarían inmediatamente de *Kali-Export GmbH*,

<sup>10</sup> Dichos vínculos consisten, fundamentalmente, en: a) la colaboración en el seno del cártel de exportación *Kali-Export GmbH*, sociedad austriaca con domicilio en Viena, que coordina la comercialización de los productos derivados de la potasa de sus miembros en países extracomunitarios (en dicho cártel participan, con sendos porcentajes del 25 por 100 del capital, K + S, MdK, SCPA y Coposa); b) el control de una empresa conjunta en Canadá, Potacan, en cuyo capital K + S y EMC/SCPA poseen sendas participaciones del 50 por 100, y c) las consolidadas relaciones de suministro existentes, en virtud de las cuales SCPA distribuye los productos de K + S en Francia.

cuyo domicilio social se halla en Viena. Del mismo modo, K+S y la empresa conjunta resolverían el contrato de representación con Kali-Export GmbH conforme a las estipulaciones sobre resolución previstas en dicho contrato. Tras esta fecha, la empresa conjunta competiría con Kali-Export GmbH a través de su propia red de distribución.

— con respecto a la *Distribución de sus productos*, K+S y la empresa conjunta establecerían dentro de la Comunidad su propia red de distribución «en la medida en que aún no exista» y distribuirían sus productos a través de dicha red, con arreglo a los usos del comercio. Se crearía en Francia una red de distribución para la potasa, así como para las especialidades de la potasa. Cubriría la totalidad del mercado francés; su naturaleza y extensión serían proporcionales a la importancia del mercado francés<sup>11</sup>

#### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 31 DE MARZO DE 1998

El Tribunal reordenó las diferentes alegaciones que formularon las partes demandantes alrededor de cuatro motivos principales, los dos últimos de los cuales fueron examinados conjuntamente. En primer lugar, la Comisión no cumplió su obligación de colaborar con las autoridades nacionales. En segundo lugar, evaluó de manera errónea los efectos de la concentración sobre el mercado alemán. En tercer lugar, hizo una apreciación errónea de la operación de concentración en el mercado comunitario excluida Alemania. En cuarto lugar, el Reglamento no permite supeditar la declaración de compatibilidad a condiciones y cargas que repercutan en terceros ajenos a la operación de concentración.

##### A. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO POR LA COMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LAS AUTORIDADES NACIONALES

El Tribunal rechazó el argumento del Gobierno francés, según el cual la Comisión había violado el artículo 19 del Reglamento de Control de Concentraciones, que le obliga, por un lado, a mantener una relación estrecha y constante con las autoridades competentes de los Estados miembros, en virtud del cual debe remitirles, en el más breve plazo, los documentos más importantes que le hayan sido enviados o que haya emitido y, por otro lado, a hacer lo posible para que el Comité consultivo pueda emitir su dictamen con pleno conocimiento de causa. Tras constatar que lo que se le reprochaba a la Comisión no era el no transmitir con

<sup>11</sup> Su establecimiento se realizaría dentro del respeto del principio de eficiencia económica. La actual cooperación con SCPA, como distribuidor asociado en el mercado francés, finalizaría. Por una parte, ello permitiría a SCPA ejecutar los contratos ya celebrados con sus propios clientes y, por otra parte, a la empresa conjunta establecer su propia red de distribución. Se podrían seguir celebrando contratos de compraventa con SCPA, en las condiciones normales del mercado.

tiempo suficiente a las autoridades francesas y al Comité consultivo las objeciones dirigidas a las partes que habían notificado el proyecto de concentración o el anteproyecto de Decisión relativo a la operación prevista, se limitó a señalar que el documento cuyo envío se había echado en falta, en el que se detallaba el reparto de las ventas de cada operador por Estado miembro, no puede considerarse como uno de «los documentos más importantes» en el sentido del artículo 19 del Reglamento, que la Comisión estaba obligada a transmitir a los Estados miembros.

## B. SOBRE LA APRECIACIÓN ERRÓNEA DE LOS EFECTOS DE LA CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO ALEMÁN

Respecto del mercado alemán de la potasa, el Gobierno francés sostenía como motivo de anulación que la Comisión había violado el Reglamento al autorizar con arreglo a la teoría de la excepción de empresa en dificultades (*failing company defence*), y sin imponer ninguna condición, una operación de concentración que lleva a la creación de un monopolio en dicho mercado<sup>12</sup>. Según el gobierno francés, la Comisión se remitió a esta teoría sin tener en cuenta realmente si en este caso se daban las condiciones relativas a que una de las empresas parte se encuentre en tal situación que no podría cumplir sus compromisos en un futuro próximo y que, además, sería incapaz de reestructurarse con posibilidades de éxito.

Además, le reprochaba haber introducido arbitrariamente un criterio distinto, el de la absorción de las cuotas de mercado por la otra parte de la concentración. En este sentido, sostenía que la absorción por K + S de la cuota de mercado de *MDK*, en caso de desaparición de esta última, evidenciaba que el mercado alemán es impermeable a la competencia, pero no permitiría descartar el carácter perjudicial de la operación en términos de competencia.

El Tribunal de Justicia rechazó también este motivo de anulación, con el siguiente razonamiento, que trata por primera vez esta cuestión en su jurisprudencia. En primer lugar, del tenor del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento<sup>13</sup> dedujo que «*siempre que una operación de con-*

<sup>12</sup> Teoría acuñada en el derecho antitrust americano, según la cual no puede considerarse que una concentración crea o refuerza una posición dominante cuando se reúnen todas las condiciones siguientes:

- a) que una de las empresas parte de la concentración se encuentre en tal situación que no podría cumplir sus compromisos en un futuro próximo;
- b) que dicha empresa sería incapaz de reestructurarse con posibilidades de éxito, en el sentido del capítulo 11 de la Bankruptcy Act;
- c) que no existan otras soluciones menos perjudiciales para las condiciones de competencia que la de la concentración, y
- d) que la empresa en dificultades fuese a desaparecer del mercado si no se llevase a cabo la concentración.

<sup>13</sup> En cuya virtud «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

*centración no sea la causa de la creación o del refuerzo de una posición dominante que afecte de manera significativa a la situación competitiva en el mercado relevante, procede declararla compatible con el mercado común»<sup>14</sup>.*

A continuación, pasó a estudiar el criterio aplicado en la decisión impugnada (Considerando 71). Según la Comisión, puede considerarse que una operación de concentración, que en condiciones normales crearía o reforzaría una posición dominante de la empresa adquirente no constituye la causa de dicha posición cuando, aunque se prohibiera la operación de concentración, dicha empresa adquiriría o reforzaría necesariamente su posición dominante en el mercado. Además, según señaló en su decisión, una operación de concentración no es la causa del deterioro de las condiciones de competencia cuando consta que

- de no ser por su adquisición, la empresa adquirida se vería obligada a abandonar el mercado a corto plazo;
- la cuota de mercado de la empresa adquirida acrecería a la empresa adquirente en caso de que la primera abandonara el mercado (criterio de la absorción de las cuotas de mercado), y
- no existe otra alternativa de adquisición menos restrictiva de la competencia.

Pues bien, el Tribunal aprobó el razonamiento seguido por la Comisión en su decisión y confirmó, en particular, el criterio de la absorción de las cuotas de mercado, cuestionado por la República francesa. De hecho, el Tribunal parece considerar que este criterio no es más que la aplicación del concepto de causalidad que debe regir la apreciación de cuando una operación de concentración comporta la creación o reforzamiento de una posición dominante, en virtud del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento<sup>15</sup>. Además, para el Tribunal el criterio seguido por la Comisión «contribuye a asegurar la neutralidad de dicha operación en lo que respecta al deterioro de las condiciones de competencia del mercado, lo que es conforme al concepto de causalidad que figura en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento<sup>16</sup>».

Por tanto, consideró que, en lo que respecta a ese mercado, la operación satisfacía el criterio mencionado en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento y, por tanto, la Comisión podía declararla compatible con el mercado común, sin que se le aportasen modificaciones.

<sup>14</sup> Apartados 109 y 110 de la Sentencia.

<sup>15</sup> Según el Tribunal, «a falta de dicho criterio, cabría considerar que, siempre que se cumplan los demás criterios, una concentración no es la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado incluso si resultase que, de no existir dicha concentración, la empresa adquirente no obtendría la totalidad de la cuota de mercado de la empresa adquirida». Y añadió, «de hecho, la introducción de este criterio pretende garantizar que la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado sólo pueda excluirse en el caso de que el deterioro de las condiciones de competencia que seguiría a la operación de concentración, se produciría también aunque no existiera dicha operación».

<sup>16</sup> Apartados 114 a 116 de la Sentencia.

### C. SOBRE LA APRECIACIÓN ERRÓNEA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO COMUNITARIO CON EXCEPCIÓN DE ALEMANIA

#### *La delimitación del mercado geográfico relevante*

El gobierno francés y SCPA y EMC reprochaban a la Comisión haber delimitado de manera errónea el mercado geográfico excluyendo a Alemania del mercado relevante. En particular, sostenían que dicha exclusión no estaba suficientemente motivada y que se basaba en un análisis erróneo y parcial de la situación.

El Tribunal consideró que la Comisión no se había extralimitado en su margen de apreciación al delimitar el mercado geográfico relevante como lo hizo. Tras analizar la situación en el caso de autos, concluyó que «la apreciación económica hecha por la Comisión, según la cual la Comunidad con excepción de Alemania constituye un conjunto suficientemente homogéneo para ser considerado globalmente como un mercado geográfico distinto, parece suficientemente fundamentada, especialmente por oposición al mercado alemán en el que las importaciones son insignificantes, dado que, efectivamente, K + S y Mdk, poseen el 98 por 100 del mercado nacional de la potasa»<sup>17</sup>.

#### *La aplicabilidad del reglamento de control de las concentraciones a las posiciones dominantes colectivas*

Como motivo novedoso, las demandantes le reprochaban haber interpretado que el Reglamento se aplica a las posiciones dominantes colectivas, a pesar de que su texto, y en particular su artículo 2, a diferencia del artículo 86 del Tratado CE, no contempla expresamente el supuesto de la posición dominante de más de una empresa. La aplicabilidad del reglamento de control de las concentraciones a las posiciones dominantes colectivas era una cuestión jurídica sobre la cual el Tribunal no se había pronunciado con anterioridad<sup>18</sup>.

El Tribunal respondió afirmativamente a esta cuestión con el siguiente razonamiento:

Con carácter preliminar, constató que del tenor del artículo 2 del Reglamento no se puede deducir que únicamente las operaciones de con-

<sup>17</sup> Para ello partió de su jurisprudencia ya clásica (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, *Rec.*, p. 207, apartados 11 y 44) en virtud de la cual «el mercado geográfico relevante es una zona geográfica definida en la que se comercializa el producto de que se trata y en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para todos los operadores económicos, de manera que se puedan apreciar razonablemente los efectos que tiene sobre la competencia la concentración de empresas notificada» (apartado 143).

<sup>18</sup> Con posterioridad, esta cuestión fue también planteada en el marco de un recurso introducido ante el Tribunal de Primera Instancia, en el asunto *Gencor/Comisión*, T-102/96 cuya sentencia fue dictada por dicho Tribunal el pasado 25 de marzo de 1999.



centración que creen o refuercen una posición dominante individual, es decir, una posición dominante ocupada por las partes de la concentración, están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, puesto que el artículo 2 del Reglamento, en la medida en que se refiere a las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante, *«no excluye en sí mismo la posibilidad de aplicar el Reglamento a casos en que las operaciones de concentración lleven a crear o a reforzar una posición dominante colectiva, a saber, una posición de dominio que ocupan las partes de la concentración con una entidad tercera respecto a dicha concentración»* (apdo. 166). A continuación, después de rechazar la posibilidad de basarse en los trabajos preparatorios del Reglamento relativos en particular al artículo 2, el Tribunal concluyó que, para poder apreciar el alcance exacto en cuanto al tipo de posición dominante a que se refiere dicho artículo, había que interpretar la normativa en cuestión basándose tanto en su finalidad como en su sistema general.

Así, señaló, en primer lugar, que *«el Reglamento se basa en la premisa de que el objetivo que consiste en el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común es esencial en la perspectiva de la realización del mercado interior prevista para 1992 y de su posterior desarrollo»*<sup>19</sup>.

En segundo lugar, recordó que *«de sus considerandos sexto, séptimo, décimo y undécimo se desprende que este Reglamento, a diferencia de los artículos 85 y 86 del Tratado, tiene la finalidad de aplicarse a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en la medida en que, en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado»*<sup>20</sup>.

Y concluyó de la siguiente manera:

*«Pues bien, una operación de concentración que crea o refuerza una posición dominante de las partes afectadas con una entidad tercera respecto a la operación puede resultar incompatible con el régimen de competencia no falseada previsto por el Tratado. Por tanto, si se admitiese que sólo son contempladas por el Reglamento las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante de las partes de la concentración, la finalidad de éste, tal como resulta especialmente de los considerandos citados, se vería parcialmente frustrada. De este modo, se privaría al Reglamento de una parte considerable de su efecto útil, sin que ello viniera impuesto atendiendo al sistema general del régimen comunitario de control de las operaciones de concentración»*<sup>21</sup>.

El Tribunal rechazó los argumentos invocados en contra relativos, por un lado, a la falta de garantías procedimentales para las empresas terceras respecto a la operación de concentración, consideradas como

<sup>19</sup> Apartado 169.

<sup>20</sup> Apartado 170.

<sup>21</sup> Apartado 171.

el polo exterior del oligopolio dominante, y, por otro lado, a la supuesta presunción de compatibilidad con el mercado común de las operaciones de concentración en las que las empresas afectadas totalizan una cuota de mercado inferior al 25 por 100, que figuraría en el decimoquinto Considerando del Reglamento. Y concluyó afirmando que, por tanto, las posiciones dominantes colectivas no están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento <sup>22</sup>.

*La errónea consideración de que la operación notificada iba a dar lugar a una situación de posición dominante colectiva en el mercado comunitario excluida Alemania*

Una vez resuelta la cuestión de principio, el Tribunal examinó las alegaciones formuladas a título subsidiario por las demandantes contra el modo en que la Comisión había aplicado en el caso de autos el concepto de posición dominante colectiva. Estas alegaban que la motivación de la Comisión sobre la supuesta creación de un duopolio dominante se basaba en una apreciación errónea de hecho y de Derecho y, en cualquier caso, era insuficiente. <sup>23</sup>

La Comisión sostenía que los criterios que utilizó en la Decisión controvertida no están, en absoluto, en contradicción con los que había empleado en otras decisiones relativas a casos de posición dominante colectiva <sup>24</sup>.

El Tribunal, tras recordar los factores que, según se desprende de la Decisión impugnada, llevaron a la Comisión a concluir que se crearía una posición dominante colectiva entre K+S/M&K y SCPA, señaló como cuestión de principio que

«en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar, *mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia*, si la operación de concentración que es objeto de examen lleva

<sup>22</sup> Apartado 178.

<sup>23</sup> Según ellas, la Comisión había basado su análisis de la posición dominante colectiva en criterios que no son los utilizados por la jurisprudencia relativa al artículo 86 del Tratado y, había incurrido en errores manifiestos en la aplicación de los criterios que ella misma había definido en otras Decisiones a efectos de determinar la creación de una posición dominante colectiva.

El gobierno francés alegaba que la Comisión había considerado de manera incorrecta los siguientes criterios y parámetros, de gran relevancia al evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva: el grado de concentración del mercado, las condiciones del competidor eliminado, la posición de los competidores como posible contrapeso al duopolio, la posición en el mercado de las presuntas duopolistas K+S/M&K y de SCPA, el poder económico de la clientela, los obstáculos a la entrada de productos potásicos en la Comunidad, las características del mercado y del producto, la existencia de comportamientos paralelos, la existencia de vínculos estructurales entre las empresas.

<sup>24</sup> La Comisión afirmaba que para determinar, en el caso de autos, la existencia de una posición dominante colectiva, se había basado fundamentalmente en tres criterios: el grado de concentración del mercado, tal como resultaría de la operación de concentración, los elementos estructurales relativos a la naturaleza del mercado y a las características del producto y los vínculos estructurales entre las empresas interesadas.

a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y *una o varias empresas terceras* que tengan, conjuntamente, *debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas*, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores»<sup>25</sup>.

Por lo que se refiere al alcance del examen que debe realizar la Comisión en estos casos, señaló:

«una medida de este tipo requiere un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia»<sup>26</sup>.

Pues bien, al aplicar tales principios al caso de autos, el Tribunal consideró que el análisis efectuado por la Comisión adolecía de algunos vicios que afectaban a la apreciación económica de la operación de concentración<sup>27</sup>.

Así, en primer lugar, señaló que la Comisión se había equivocado al considerar que el hecho de que, tras la operación, la empresa conjunta y SCPA iban a sumar una cuota de mercado agregada de cerca del 60 por 100 constituía un indicio decisivo de la existencia de una posición dominante colectiva de dichas empresas.<sup>28</sup>

En segundo lugar, consideró que la Comisión había exagerado los vínculos estructurales existentes entre K+S y SCPA, factor esencial en el que se había basado para apreciar los efectos de la operación sobre la competencia en este segundo mercado relevante<sup>29</sup>. Por ello, el Tribunal concluyó que la Comisión no había demostrado suficientemente su convicción de que por el hecho de participar conjuntamente en el cártel

<sup>25</sup> Apartado 221.

<sup>26</sup> Apartado 222.

<sup>27</sup> Y ello sin dejar de recordar que al apreciar las normas de fondo del Reglamento, y en especial su artículo 2, la Comisión goza de cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico y, que, por consiguiente, el control por parte del Juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones. Apartados 223 y 224.

<sup>28</sup> Según los Considerandos 51 y 52 de la Decisión controvertida, las empresas K+S/M&K y SCPA después de la operación de concentración tendrán en el mercado de que se trata unas cuotas de mercado, calculadas sobre la base de las ventas, respectivamente del 27 y del 37 por 100.

<sup>29</sup> El Tribunal alcanzó dicha conclusión tras constatar, en primer lugar, que la conclusión de la Comisión de que la participación de K+S y de SCPA en el cártel de exportación Kali-Export podía tener repercusiones sobre su comportamiento competitivo en la Comunidad, no estaba apoyada por elementos suficientemente significativos y concordantes; en particular, era contradictoria con el hecho probado de que el productor español Coposa, que también es miembro de Kali-Export, comercializa de manera independiente en Francia una cantidad de potasa que corresponde a un poco más del 5 por 100 del consumo francés, una cantidad que, por otro lado, había sido considerada

de exportación, K + S y de SCPA iban a adoptar un comportamiento anti-competitivo en el mercado.

En tercer lugar, el Tribunal cuestionó la otra apreciación en que se basó la Comisión para construir su tesis de la existencia de vínculos estructurales importantes entre K + S y SCPA, y concluyó que entre ambas empresas no existía ninguna relación privilegiada para la distribución de productos basados en la potasa<sup>30</sup>. Por todo ello, el Tribunal consideró que el conjunto de vínculos estructurales que unían a K + S y SCPA, que, como había reconocido la propia Comisión, había constituido el núcleo de la Decisión controvertida, no era tan denso y convincente. Además, el Tribunal consideró que de tales errores de apreciación se desprendía también una equivocada estimación de que no existía competencia efectiva entre K + S y SCPA en el mercado en cuestión, ya que según el Considerando 57 de dicha Decisión, «el factor determinante para suponer que no existe competencia efectiva entre K + S y SCPA es la existencia de vínculos excepcionalmente estrechos entre ambas empresas, durante un largo período de tiempo».

En cuarto lugar, el Tribunal demostró que los errores de apreciación de la Comisión no acababan ahí, sino que incluían una evaluación equivocada de las consecuencias de la operación en términos de cuota de mercado resultante para la empresa participada<sup>31</sup>.

El Tribunal subrayó, en fin, dos circunstancias de hecho significativas que no parecen fueran consideradas por la Comisión; por un lado, el hecho de que K + S es una filial de uno de los principales transformadores de abonos, BASF, cuya potencia económica es muy superior a la del grupo EMC al que pertenece SCPA; y por otro, que es generalmente admitido que en un mercado en baja como el europeo entre 1988 y 1993 (la demanda de potasa descendió en cerca de un 30 por 100 especialmente a raíz de los cambios que tuvieron lugar en la Política Agrícola Común) favorece, en principio, la competencia entre las empresas del sector de que se trate.

---

significativa por la propia Comisión si bien en el contexto de la delimitación del mercado geográfico relevante (véase el Considerando 38 de la Decisión controvertida)

<sup>30</sup> En efecto, afirmó que la Comisión se había equivocado de nuevo, ya que, según constaba en autos, los únicos vínculos específicos de distribución existentes entre estas dos empresas se referían a un producto no comprendido en el mercado del producto objeto de la operación notificada, y que, por lo que respecta a la potasa, SCPA se limitaba a comprar a K + S, en las condiciones normales de mercado, potasa utilizada por EMC o destinada a la venta fuera del mercado francés.

<sup>31</sup> En efecto, contrariamente a lo diagnosticado por la Comisión, la adquisición de MJK por K + S como consecuencia de la operación de concentración no implicaría solamente para esta última empresa una adición de la cuota de mercado de MJK, sino que, además, más allá de la cuota de mercado del 7 por 100 que posee en la Comunidad excluida Alemania, MJK (comparativamente reducida tratándose del segundo productor de potasa de la Comunidad, después de K + S, cuota que se explica por explotar sus instalaciones sólo al 50 por 100 de sus capacidades) la operación de concentración producirá la consecuencia de reforzar considerablemente la capacidad industrial de K + S, máxime, teniendo en cuenta que K + S y MJK producen respectivamente el 35 y el 25 por 100 de la producción total de potasa en la Comunidad, mientras que SCPA tiene como límite el 20 por 100 y sus reservas propias de potasa se agotarán completamente antes de 2004.

El Tribunal concluyó que, en tales circunstancias y teniendo en cuenta que la importancia de los vínculos estructurales entre K+S y SCPA era menor que lo que había pretendido la Comisión, a falta de otros elementos decisivos, el argumento en que se basaba la constatación de la creación de una posición dominante colectiva entre K+S/MdK y SCPA, según el cual la «importante» adición de MdK únicamente a la empresa K+S mantendrá en el grupo alemán y en SCPA un interés común en no entablar una competencia activa entre ellos, no resultaba suficientemente fundado.

Por otro lado, según el Tribunal, los errores de apreciación alcanzaban también el análisis relativo al grado de presión competitiva que podían ejercer los competidores sobre el supuesto grupo formado por K+S/MdK y SCPA<sup>32</sup>. El Tribunal consideró que, habida cuenta de la evolución durante 1993 de las importaciones de la CEI en la Comunidad excluida Alemania, la conclusión de que la presión competitiva que dichas importaciones podrán ejercer sobre el grupo K+S/MdK y SCPA será limitada por razones relacionadas con la calidad de los productos y con las dificultades de ofrecer suministros rápidos y dentro de los plazos previstos se basaba en una motivación poco consecuente. Y reprochó a la Comisión su forma de actuar, recordándole que, «para determinar con un grado suficiente de probabilidad los efectos que una operación de concentración podrá producir en el juego de la competencia en el mercado de que se trata, es indispensable basarse en un análisis riguroso del peso de los competidores»<sup>33</sup>.

En fin, el último error cometido en la apreciación del peso competitivo de los competidores de las empresas presuntamente oligopolistas se refería al productor español, Coposa, de quien, la Comisión consideró erróneamente que tenía una capacidad de producción que iba a disminuir considerablemente al cabo de poco tiempo, lo que le iba a impedir disponer de la base necesaria para conservar, incluso aumentar, su cuota de mercado, y, por tanto, tener cierto peso frente al supuesto duopolio.

Por todo ello, el Tribunal consideró que la Comisión no había conseguido demostrar la inexistencia de un contrapeso efectivo, en el ámbito de la competencia, en relación con el grupo supuestamente formado por K+S/MdK y SCPA.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal concluyó que la Comisión no había demostrado suficientemente que la operación de con-

<sup>32</sup> En particular, demostró que la Comisión había considerado erróneamente que las importaciones originarias de la CEI, que en 1992 representaron el 8 por 100 del mercado comunitario con excepción de Alemania (incluidas las importaciones que se canalizan a través de SCPA), habían disminuido después de la adopción del Reglamento antidumping. Para ello, el Tribunal se limitó a constatar que según los datos facilitados por el gobierno francés, sin que la Comisión los discutiera, dichas importaciones llegaron en 1993 al 11 por 100 de las ventas dentro de la Comunidad, un porcentaje ciertamente superior si se tenían en cuenta solamente las ventas dentro del mercado geográfico relevante, es decir, la Comunidad, excluida Alemania.

<sup>33</sup> Apartado 246.

centración daría lugar a una posición dominante colectiva de K + S/MAK y SCPA que pudiera constituir un obstáculo significativo a una competencia efectiva en el mercado de que se trata. Por consiguiente, consideró fundado este motivo.

## 5. SOBRE LA ANULACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA DECISIÓN

Si bien las sociedades demandantes habían limitado el objeto de su petición de anulación a las condiciones a que estaba sujeta la declaración de compatibilidad de la operación, que, como tal, según habían precisado, no lesionaba sus derechos y a pesar de que el gobierno francés había dejado claro que su objetivo no era que se prohibiese la operación de concentración en sí misma, el Tribunal siguió la tesis de la Comisión, que consideraba que las condiciones que acompañaban a la decisión controvertida no podían ser objeto de limitación alguna, por formar parte de la esencia misma de dicha decisión.

Para ello, apelando a su jurisprudencia recordó que la anulación parcial de una Decisión en lo que respecta únicamente a las condiciones que impone es posible siempre y cuando éstas puedan separarse del resto de la Decisión<sup>34</sup>. En este caso, estimó que una anulación limitada a las condiciones y obligaciones mencionadas en el Considerando 63 de la decisión controvertida no parecía posible sin modificar la esencia de dicha Decisión, ya que las referidas condiciones formaban una unidad inseparable con la decisión de compatibilidad.<sup>35</sup>

Por consiguiente, decidió anular la Decisión impugnada en su integridad.

## 6. COMENTARIOS FINALES

Esta sentencia destaca, principalmente, porqué el Tribunal responde por primera vez a una cuestión de principio tan importante como es la de si el Reglamento de concentraciones se aplica o no a las concentraciones que conducen a situaciones de oligopolio. Además, el Tribunal, ha ofrecido unas útiles indicaciones sobre la forma en que la Comisión debe trabajar.

En primer lugar, se desprende de esta sentencia que la Comisión no puede exigir a las partes la asunción de compromisos orientados a impedir

<sup>34</sup> Refiriéndose, en este sentido, a las Sentencias de 28 de junio de 1972, *Jamet/Comisión*, 37/71, *Rec.*, p. 483, apartado 11, y de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint/Comisión*, 17/74, *Rec.*, p. 1063, apartado 21.

<sup>35</sup> Y ello, a pesar de que, como señaló el Tribunal, precisamente en materia de control de las operaciones de concentración la anulación parcial de una Decisión de la Comisión es uno de los supuestos expresamente contemplados por el apartado 5 del artículo 10 del Reglamento.

la creación de una posición dominante colectiva entre la empresa resultante y un tercero, si no está en condiciones de demostrar que, con gran probabilidad, de realizarse sin ellos, la operación iba a dar lugar efectivamente, a tal situación de posición dominante colectiva.

En tales casos, la Comisión debe efectuar un análisis prospectivo del mercado de referencia muy minucioso, llevando a cabo *«un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia»*, única forma de determinar si, efectivamente, la operación notificada llevaría a una situación *«en que la competencia efectiva pudiera estar obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, conjuntamente la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores»*.

Es preciso señalar, a este respecto, que, como se ha comentado desde la propia Comisión, el Tribunal parece dejar abierta la puerta a que la Comisión considere, en situaciones determinadas, que una posición dominante colectiva existe incluso en ausencia de vínculos estructurales entre las dos partes principales del oligopolio<sup>36</sup>. En este sentido, sigue la línea de interpretación amplia de los supuestos en que cabría hablar de posición dominante colectiva, que había tomado hasta entonces la escasísima jurisprudencia comunitaria sobre la materia<sup>37</sup>.

En efecto, si el Tribunal de Primera Instancia había acuñado una noción muy amplia al exigir con carácter general la existencia de unos «vínculos económicos», el Tribunal de Justicia, reconoce que la facultad de concertar su acción en el mercado entre la empresa resultante de la concentración y una empresa tercera pueda existir *«debido especial-*

<sup>36</sup> Véase, en este sentido, Francisco Enrique GONZÁLEZ DÍAZ, en «Commentaire sur l'arrêt de la Cour du 31 mars 1998 dans l'affaire Kali und Salz», *European Commission's Competition Policy Newsletter*, 1998, number 2, p. 41.

<sup>37</sup> Anteriormente, el Tribunal de Justicia sólo se había pronunciado al respecto en el asunto Almelo, en el marco de una cuestión prejudicial relativa al régimen de distribución de electricidad en los Países Bajos, y se había limitado a admitir la posibilidad de que un grupo de empresas detenten una posición dominante colectiva, señalando solamente que, para que pueda darse tal supuesto, se exige que las empresas del grupo en cuestión estén lo suficientemente vinculadas entre ellas como para que puedan adoptar una misma línea de actuación en el mercado (véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, C-393/92, ALMELO y OTROS, *Rec.*, I-1477, apartados 41 y 42). Por su parte, dos años antes, el Tribunal de Primera Instancia había sido más explícito respecto de esta noción, al afirmar en su sentencia en el asunto del Vidrio Plano Italiano que *«como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores»* (véase Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados SIV y otros/Comisión, T-68/89, T-77/89 y T-78/89, puntos 358).

mente a factores de correlación existentes entre ellas». El Tribunal no define lo que debe entenderse por «factores de correlación». Además, parece utilizar con el mismo significado los términos «vínculos estructurales» en su minucioso examen de lo que la Comisión consideró «vínculos excepcionalmente estrechos entre ambas empresas». En cualquier caso, lo que parece evidente es que, con independencia de la denominación que los vínculos entre las empresas merezcan, lo que queda claro es que las partes notificantes y los terceros interesados podrán exigir de la Comisión que realice una mejor y más completa tarea probatoria si quiere concluir que la operación notificada conduce a una posición dominante colectiva. Recuérdese que, hasta ahora, en dos de las tres ocasiones en que dicha tarea se ha puesto en duda ante el Tribunal, la prueba ha resultado ser insuficiente y ha comportado la anulación total o parcial de la decisión<sup>38</sup>.

En segundo lugar, es interesante señalar que esta sentencia ilustra muy bien el alcance del control de legalidad efectivo a que queda sometido el ejercicio por la Comisión de los poderes que le reconoce el Reglamento de control de concentraciones. En ella, queda patente que su amplio margen de apreciación cuando efectúa evaluaciones de situaciones económicas y jurídicas complejas como el control previo de las concentraciones económicas, no es ilimitado y puede ser efectivamente puesto en tela de juicio en Luxemburgo.

De hecho, cabe considerar que esta sentencia constituye un inmejorable ejemplo del control de legalidad del ejercicio de dicho margen de apreciación. Así, la Comisión ha visto refrendada por el Tribunal su definición de los mercados relevantes en presencia, su particular interpretación de la doctrina de la *failing company defense* (o doctrina de la excepción en favor de la empresa en estado de insolvencia), y, sobre todo, su competencia para, al aplicar el Reglamento de concentraciones a una operación notificada, tener en cuenta la posible creación de una situación de posición dominante colectiva como resultado. Sin embargo, llama poderosamente la atención la cantidad de errores detectados por el Tribunal a la hora de examinar el análisis prospectivo de los efectos de la operación en cuestión, que le llevaron a concluir equivocadamente en la inexistencia de competencia entre los dos principales operadores resultantes, sobre la que se basaban sus temores a una posición dominante colectiva.

Por último, destaca la respuesta que dio el Tribunal a la alegación principalmente invocada por las empresas francesas, relativa a si Comisión se extralimitó en sus competencias al entender que el Reglamento permite supeditar la declaración de compatibilidad de una operación de concentración a condiciones y cargas que repercutan en terceros ajenos a la

<sup>38</sup> Sólo en su reciente sentencia en el asunto Gencor ltd/Comisión (T-102/96) el Tribunal consideró que la Comisión no había cometido un error de apreciación al considerar la existencia de una posición dominante conjunta. En el asunto objeto de esta recensión y el asunto del vidrio plano antes citado, se concluyó que la Comisión no había probado suficientemente dicha posición dominante.



misma. Si bien no contestó expresamente a este argumento, de su razonamiento sobre la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento a las posiciones dominantes colectivas, y en particular de su contestación al argumento de las demandantes relativo a la falta de garantías de procedimiento adecuadas para los terceros<sup>39</sup>, cabe deducir que el hecho de que los compromisos alcanzados entre las partes notificantes y la Comisión para eludir una situación de posición dominante colectiva afecten a terceros no comporta, en sí mismo, una extralimitación de poderes por parte de la institución comunitaria<sup>40</sup>.

### TERCERA PARTE

## - CRÓNICAS

---

<sup>39</sup> Apartados 173 y 174.

<sup>40</sup> El Tribunal se limitó a señalar que «el Reglamento no prevé expresamente que las empresas terceras respecto a la operación de concentración, consideradas como el polo exterior del oligopolio dominante, deben tener la posibilidad de exponer eficazmente sus puntos de vista cuando la Comisión se proponga sujetar la “autorización” de dicha operación a condiciones o a cargas que lesionen específicamente sus intereses. Pues bien, lo mismo ocurre en la situación en que la Comisión se proponga que una operación de concentración que dé lugar únicamente a la creación o al refuerzo de una posición dominante individual quede sujeta a condiciones o cargas lesivas para empresas terceras».



# AKTUELLE ENTWICKLUNGEN DER WETTBEWERBSPOLITIK 1996

Oskar Wenz

Präsident der Bundeskartellamt

## TERCERA PARTE

### I. ÜBERSICHT

# CRÓNICAS

Die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 war einerseits durch weitgehende Einheitsmeinungen bei den Kartellämtern, andererseits durch die Einigkeit der Bundesregierung, des Bundesrats, des Bundestages und der Länder sowie der Tarifparteien, die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaften und die Verbraucherverbände bei der Einigung über die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 zu bezeugen. Die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 war durch die Einigkeit der Bundesregierung, des Bundesrats, des Bundestages und der Länder sowie der Tarifparteien, die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaften und die Verbraucherverbände bei der Einigung über die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 zu bezeugen.

Die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 war durch die Einigkeit der Bundesregierung, des Bundesrats, des Bundestages und der Länder sowie der Tarifparteien, die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaften und die Verbraucherverbände bei der Einigung über die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 zu bezeugen.

Die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 war durch die Einigkeit der Bundesregierung, des Bundesrats, des Bundestages und der Länder sowie der Tarifparteien, die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaften und die Verbraucherverbände bei der Einigung über die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 zu bezeugen.

Die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 war durch die Einigkeit der Bundesregierung, des Bundesrats, des Bundestages und der Länder sowie der Tarifparteien, die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaften und die Verbraucherverbände bei der Einigung über die Wettbewerbspolitik im Jahr 1996 zu bezeugen.



# AKTUELLE ENTWICKLUNGEN DER WETTBEWERBSPOLITIK 1998

Dieter WOLF

Präsident des Bundeskartellamtes

## 1. ÜBERBLICK

Die wettbewerbspolitische Entwicklung war im Jahr 1998 von einer Serie spektakulärer Großfusionen bestimmt. Schwerpunktmäßig von der Konzentrationswelle betroffen waren die Automobil-, Chemie- und Mineralölindustrie, das Verlagswesen, der Handel, der Finanz- und Transportsektor sowie die Telekommunikation. Obwohl an den Großfusionen Unternehmen aus der gesamten industrialisierten Welt beteiligt waren, fällt doch der starke aktive Part auf, den - neben amerikanischen - deutsche Unternehmen dabei gespielt haben.

Der stärkeren Internationalisierung des Wettbewerbs auf zahlreichen Märkten entspricht ein zunehmend globaler Zuschnitt der Zusammenschlüsse: Sie überspringen nicht nur die Grenzen der Nationalstaaten, sondern zum Teil sogar jene der Kontinente. Die Globalisierung der Weltwirtschaft führt somit zu einem neuen Unternehmenstyp: dem globalen Unternehmen.

Die Motive für Großfusionen, wie für Zusammenschlüsse generell, sind vielfältig. Zunächst versteht sich von selbst, daß ein wachsender Markt auch nach einer Anpassung der Unternehmensgröße verlangt. Dieser Trend wird dadurch unterstützt, daß technische Umwälzungen, vor allem in der Informatik und der Telekommunikation, im Verein mit einer Öffnung neuer Branchen für den Wettbewerb durch Privatisierung und Deregulierung die weltweite Präsenz von Großunternehmen und die Organisation einer effizienten globalen Arbeitsteilung zwischen räumlich getrennten Konzernteilen ermöglichen.

In der Regel entscheiden sich die Unternehmen für den Weg des externen Wachstums, weil er gegenüber dem internen Wachstum die wesentlich kostengünstigere und schnellere Variante ist, um sich für den weltweiten Wettbewerb neu zu positionieren. Das Management erhofft sich durch den Zusammenschluß wettbewerbliche Vorteile sowohl auf der Absatzseite - etwa durch den Zukauf von Marktanteilen, die Ver-

breiterung des Angebots oder die Verstärkung der Präsenz auf bestimmten regionalen Märkten - als auch auf der Kostenseite. Ist das eigene Rationalisierungspotential ausgeschöpft, sollen über die Fusion weitere «Synergieeffekte» erschlossen werden. Damit einher geht vielfach ein grundlegender Umbau des Konzerns im Sinne einer Portfolio-Optimierung der einzelnen Geschäftsbereiche. Konzernteile mit vergleichsweise niedrigen Renditeerwartungen werden abgespalten und eine produktmäßige Neuausrichtung des Unternehmens unter dem Aspekt der Gewinnoptimierung und der Erhöhung des «shareholder value» vorgenommen. Die zunehmende Orientierung der Unternehmenspolitik am Aktionärsinteresse führt damit tendenziell zur Übernahme der, gemessen an europäischen Traditionen, verengten amerikanischen Managementphilosophie.

Bei der aktuellen Fusionswelle dominieren nicht - wie bei jener Ende der sechziger Jahre - die konglomeraten Zusammenschlüsse, sondern solche, bei denen die beteiligten Unternehmen zwar nicht notwendigerweise auf denselben, aber doch auf benachbarten Märkten tätig sind. Während das betriebswirtschaftliche Hauptrisiko bei den konglomeraten Zusammenschlüssen darin liegt, daß dem erwerbenden Unternehmen die Kompetenz auf den Aktivitätsfeldern des erworbenen fehlt, woraus häufig unternehmerische Fehlentscheidungen resultieren, sind es bei transnationalen oder gar transkontinentalen Fusionen die unterschiedlichen Unternehmenskulturen und Führungsstile, die die größten Integrationsprobleme aufwerfen. Wird der Sensibilität des Humankapitals als wichtigstem Produktionsfaktor nicht hinreichend Rechnung getragen, ist es für das Unternehmen nach dem Zusammenschluß schwierig, zu einer neuen «corporate identity» zu finden: die erhofften Synergieeffekte bleiben aus oder verkehren sich in ihr Gegenteil. Dies kann letztlich sogar zu einem Scheitern der Fusion führen. In jedem Fall ist die Verschmelzung von zwei bislang selbständigen Organisationen, zumal wenn diese in unterschiedlichen Kulturen wurzeln, eine äußerst schwierige und risikoreiche Aufgabe, die eines bewußten Integrationsmanagements bedarf und nicht kurzfristig Erfolge zeitigen kann.

Die Auswirkungen der Großfusionen und der sie begleitenden Restrukturierungen von Unternehmen auf den Wettbewerb sind ambivalent. Soweit die Wettbewerbsbeziehungen von der Globalisierung erfaßt werden, tritt zunächst eine räumliche Markterweiterung ein. Dieser Markterweiterungseffekt ist in seiner Wirkung auf die Wettbewerbsintensität - bislang jedenfalls - stärker als die Zunahme des Konzentrationsgrades als Folge der erhöhten Fusionsaktivität der Unternehmen. Es ist davon auszugehen, daß sich der Wettbewerbsdruck ab 1999 in der Euro-Währungszone durch die dann dort herrschende Preistransparenz weiter erhöht. Zumindest in der gegenwärtigen Phase der Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen überwiegen daher eindeutig die prokompetitiven Wirkungen dieses Prozesses.

Diese wettbewerblich positive Beurteilung der aktuellen Situation muß jedoch nicht auch für die Zukunft gelten. Ein Rückgang der Fusi-

onsaktivität der Unternehmen ist zunächst nicht zu erwarten. Dafür sprechen unter anderem zwei Gründe: Einmal sind Fusionswellen in der Regel selbstverstärkend. So ziehen große Zusammenschlüsse in einer Branche häufig Fusionen von Konkurrenten nach sich. Zum anderen ergibt sich für die in Folge von Konzernumbaumaßnahmen abgespaltenen Unternehmensteile vielfach die Notwendigkeit des Wachstums zur Wiedererlangung einer optimalen Unternehmensgröße. Dieses Ziel läßt sich über Zusammenschlüsse mit Unternehmen eines verwandten Produktionsprofils am schnellsten realisieren.

Die Wettbewerbspolitik ist daher gefordert, den Konzentrationsprozeß aufmerksam zu verfolgen und wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse zu verhindern. Eine fortschreitende Konzentration in einzelnen Sektoren birgt auf der Zeitachse immer die Gefahr einer Reoligopolisierung von Marktstrukturen, dann allerdings in nicht nur räumlich größeren Dimensionen. Damit aber würde nicht nur die Vielfalt des Angebots für die Marktgegenseite wieder eingeschränkt, sondern auch das Potential der hier tätigen Unternehmen für einen Mißbrauch von Marktmacht sowie für Parallelverhalten bis hin zu Absprachen wesentlich erhöht.

In der Bundesrepublik ist vor über 40 Jahren aus der Einsicht heraus, daß der Wettbewerb seine gemeinwohlfördernden Wirkungen nur innerhalb einer vom Staat gesetzten Rahmenordnung zu entfalten vermag, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen worden, das seit 1973 auch über eine wirksame Fusionskontrolle verfügt. Seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung im Jahr 1990 trifft dies gleichfalls für die europäische Wettbewerbsordnung zu.

Unter den veränderten wettbewerblichen Bedingungen werden jedoch das nationale und auch das europäische Wettbewerbsrecht wahrscheinlich nicht mehr ausreichen, um in allen Fällen von Megafusionen den Schutz des Wettbewerbs und die Funktionsfähigkeit der Märkte zu sichern. Das Bundeskartellamt ist vielmehr der Auffassung, daß angesichts der zunehmenden Globalisierung der Weltwirtschaft die Zeit drängt, den Schutz wettbewerblicher Strukturen auch auf internationaler Ebene zu verbessern. Die Entwicklung einer internationalen Wettbewerbspolitik sollte auf zwei unterschiedlichen Wegen gleichzeitig vorangetrieben werden: Einmal sollte die bilaterale Kooperation der Kartellbehörden bei der Bekämpfung aller Arten von Wettbewerbsbeschränkungen intensiviert werden. Diese bilaterale Kooperation der Kartellbehörden stößt jedoch gerade im Bereich der Fusionskontrolle an ihre Grenzen, wenn es darum geht, nicht nur die bilateralen sondern auch die globalen Wettbewerbs-effekte von Großfusionen zu prüfen. Daher sollte parallel dazu die Erarbeitung eines multilateralen Rahmens von Wettbewerbsregeln in Angriff genommen werden. Dieses Regime eines weltweit geltenden Wettbewerbsrechts müßten nicht nur ein Verbot gemeinwohlschädlicher «hard-core» Kartelle enthalten, sondern auch die Prüfung der Marktauswirkun-

gen großer, internationaler Unternehmenszusammenschlüsse ermöglichen.

## 2. NOVELLIERUNG DES GESETZES GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

Das Sechste Gesetz zur Änderung des GWB ist - nach dreijährigen Vorarbeiten - am 1. Januar 1999 in Kraft getreten.

Neben der Modernisierung und Straffung des Gesetzestextes und der Harmonisierung mit europäischem Recht war die Stärkung des Wettbewerbsprinzips erklärtes Ziel des Gesetzgebers. Die Freistellung der zentralen Vermarktung von Fernsehrechten für Sportereignisse vom deutschen Kartellverbot schwächt jedoch nach Auffassung des Bundeskartellamtes den Wettbewerbsschutz.

Wesentliche Änderungen bringt die Novelle im Bereich der Verhaltenskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen. Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unterliegt nach dem neuen § 19 GWB - entsprechend der Regelung des Art. 86 EGV - einem unmittelbaren Verbot. Damit wird - anknüpfend an die insoweit positiven Erfahrungen mit dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 - auch für diesen Bereich der Zivilrechtsweg eröffnet. Hervorzuheben ist insbesondere die Einführung des essential-facility-Tatbestandes in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB n.F., der eine wirksame Mißbrauchsaufsicht über Infrastruktur- und Netzmonopolisten ermöglichen soll. Ob dieser Tatbestand auch ohne die vom Bundesrat vorgeschlagene, vom Deutschen Bundestag jedoch verworfene sofortige Vollziehbarkeit entsprechender Verfügungen die beabsichtigte Wirkung erzielt, bleibt allerdings abzuwarten. Alle Zusammenschlüsse von Unternehmen (Gesamtumsatz von mehr als 1 Mrd. DM) unterliegen jetzt einer präventiven Kontrolle. Damit wird den negativen Erfahrungen mit Entflechtungsverfahren Rechnung getragen. Der Kontrollerwerb wurde als neuer, zusätzlicher Zusammenschlußtatbestand eingeführt. Ferner sind seit dem 1. Januar 1999 nach Einleitung des Hauptprüfungsverfahrens auch Freigabeentscheidungen förmlich zu begründen und können mit Bedingungen und Auflagen versehen werden. Ob die darauf beruhende Möglichkeit der Drittklage Probleme bereiten wird, muß sich in der Praxis zeigen.

Mit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) am 1. Januar 1999 wurde ein wesentlicher Teil des deutschen Vergaberechts nunmehr in das GWB integriert. Das Tätigkeitsfeld des Bundeskartellamtes ist damit erheblich erweitert worden.

Die Integration des Vergaberechtsschutzes signalisiert ein gewandeltes Verständnis des Vergaberechts und stärkt das Wettbewerbsprinzip im Bereich der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträge. Im Gegensatz zur bisherigen haushaltsrechtlichen Konzeption gewährt das neue Vergaberecht den Bietern erstmalig ein subjektives Recht auf Einhaltung



der Vergabevorschriften durch die Vergabestellen. Ziel des neuen Vergaberechts sind Transparenz und Rechtssicherheit für alle Bewerber um öffentliche Aufträge oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellen sowie die Gewährleistung von effektivem Rechtsschutz in diesem Bereich. Die Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes erfolgte dabei in Anlehnung an die im Kartellrecht bewährten Verfahrensregelungen.

Die wesentlichen materiellen Regelungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge sind in den §§ 97-101 GWB n.F. enthalten. Dazu gehören neben den Bestimmungen zu Auftraggebern, dem Anwendungsbereich und den Vergabearten auch allgemeine Grundsätze zum Wettbewerb. Erhebliche kartellrechtliche Bedeutung dürfte der Frage einer Berücksichtigung vergabefremder Kriterien (§ 97 Abs. 4 GWB n.F.) zukommen. Diese Öffnungsklausel soll die Instrumentalisierung der Auftragsvergabe zur Durchsetzung allgemeinpolitischer Ziele ermöglichen und gleichzeitig begrenzen. Sowohl für das Wettbewerbsprinzip als auch für ein effizientes Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand handelt es sich also um eine mindestens ambigue, wenn nicht problematische Regelung. Das Bundeskartellamt wird auch in Zukunft in jedem Einzelfall prüfen, inwieweit vergabefremde Aspekte im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB n.F. bei der gebotenen Interessenabwägung dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot standhalten.

Neben den materiellen Regelungen sind die in den §§ 102-124 GWB n.F. verankerten Regelungen zum Nachprüfungsverfahren von grundlegender Bedeutung. Gewährleistet wird der Rechtsschutz in einem insgesamt zweistufigen Verfahren: In erster Instanz durch verwaltungsinterne Vergabekammern des Bundes und der Länder und in zweiter Instanz durch die jeweils zuständigen Oberlandesgerichte. Die Vergabekammern des Bundes und der Länder leiten Nachprüfungsverfahren nur auf schriftlich begründeten Antrag ein. Sie sind gerichtsähnlich organisiert und entscheiden in der Sache unabhängig und weisungsfrei. Im Bundeskartellamt haben zunächst zwei Vergabekammern ihre Arbeit aufgenommen. Sie sind zuständig für die Nachprüfung der in den Verantwortungsbereich des Bundes fallenden öffentlichen Auftragsvergabe.

### 3. KARTELLRECHTLICHE PRAXIS

Im Jahr 1998 sind 1888 Unternehmenszusammenschlüsse vollzogen und im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle angezeigt worden.

Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse bewegte sich seit dem Ende der 80er Jahre auf einem konstanten Niveau von ca. 1.500 pro Jahr. 1997/98 ist eine deutliche Zunahme zu verzeichnen, die sich aber zukünftig durch die Novellierung des GWB relativieren dürfte. Der größte Teil der angezeigten Zusammenschlüsse unterlag mit etwa 69 % der präventiven Fusionskontrolle. Erneut wurden überwiegend kleine und kleinste

Unternehmen von Großunternehmen übernommen, ohne daß wettbewerbliche Probleme mit den Zusammenschlüssen verbunden waren. Viele Großfusionen mit Auswirkungen auf deutsche Märkte unterlagen der EG-Fusionskontrolle und sind nicht in den oben genannten Zahlen enthalten.

Im Jahr 1998 sind fünf Zusammenschlüsse untersagt worden, weil sie zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen geführt hätten. Besonders die Untersagung der Umwandlung des einzigen deutschen Pay-TV Anbieters zu einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen der beiden größten privaten Fernsehveranstalter war von erheblichem wirtschaftlichen und politischem Gewicht. Der Zusammenschluß hätte wahrscheinlich zur dauerhaften Abschottung des deutschen Pay-TV Marktes und zu einer wettbewerblichen Verhaltenskoordinierung auf dem Free-TV Markt geführt.

Die Zahl der Fälle, in denen die Untersagungs Voraussetzungen durch eine Zusagenregelung beseitigt wurden, hat im Berichtszeitraum stark zugenommen und ist auf insgesamt 18 angewachsen; die Gesamtzahl der Zusagenfälle stieg damit auf 70. Die Zahl der Zusammenschlüsse, die aufgrund einer Vorprüfung durch das Bundeskartellamt aufgegeben, modifiziert oder ohne förmliche Untersagung aufgelöst worden sind, stieg ebenfalls an. Das Bundeskartellamt wertet diese Zahlen als Zeichen der Wirksamkeit der Fusionskontrolle, weil alle diese Fälle erhebliche wettbewerbliche Bedenken im Sinne der Untersagungs Voraussetzungen aufgeworfen haben.

Die Verfolgung von Submissions- und Preiskartellen war erneut ein Tätigkeitsschwerpunkt des Bundeskartellamtes. Das Bundeskartellamt hat in diesem Bereich - wie schon in den Vorjahren - Kartellabsprachen aufgedeckt und Bußgeldverfahren sowohl gegen die unmittelbar Beteiligten als auch gegen die Aufsichtspflichtigen in den Unternehmen durchgeführt. Daneben sind mehrfach hohe Geldbußen gegen das jeweilige Unternehmen verhängt worden.

Die direkte Anwendung von Art. 85 und 86 EGV hat in den letzten Jahren in der Praxis des Bundeskartellamtes an Bedeutung gewonnen. Die bisherigen Erfahrungen mit der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts und die hierzu geführte Diskussion im Hinblick auf eine Revision der Verordnung Nr. 17/62 hat das Bundeskartellamt zum Anlaß genommen, diesen Problemkreis zum Thema einer Tagung im Oktober 1998 zu machen. Die Tagungsteilnehmer, zu denen neben Hochschullehrern rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Fakultäten auch ein Vertreter der Kommission gehörte, haben ein vom Bundeskartellamt erarbeitetes Papier diskutiert. Ausgehend von der derzeitigen Praxis und Rechtslage hat das Bundeskartellamt versucht, Szenarien für die Umsetzung einer verstärkten dezentralen Anwendung, insbesondere bei Aufgabe des Freistellungsmonopols der Europäischen Kommission, zu entwickeln. Das aus der bisherigen Praxis vom Bundeskartellamt gezogene Fazit, daß aufgrund des Freistellungsmonopols der Europäischen Kommission das Konzept der dezentralen Anwendung des Europäischen Wett-

bewerbsrecht unvollständig sei, fand bei den Teilnehmern Zustimmung. Das Bundeskartellamt empfiehlt die Rückübertragung der Freistellungs-kompetenz auf die Mitgliedstaaten. Damit verbundene Schwierigkeiten würden sich nach Auffassung und der Diskussionsteilnehmer in der Praxis entweder von selbst regeln oder innerhalb einer novellierten vo 17/62 lösen lassen.

#### 4. DIE LIBERALISIERUNG DER TELEKOMMUNIKATIONS- UND ENERGIEWIRTSCHAFT

Im Jahr 1998 wurden mit der Telekommunikations- und der Energiewirtschaft zwei Sektoren von großer wirtschaftlicher Bedeutung liberalisiert und für den Wettbewerb geöffnet. Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, dafür zu sorgen, daß der rechtlichen auch eine faktische Liberalisierung folgt.

Mit dem Telekommunikationsgesetz (TKG), das am 1. August 1996 in Kraft getreten ist, sind die Grundlagen für die Überführung der Telekommunikation in den Wettbewerb geschaffen worden. Die nach der Postreform II in der Sprachtelefonie noch verbliebenen gesetzlichen Monopole sind zum 1. Januar 1998 aufgehoben und die entsprechenden Märkte für den Wettbewerb geöffnet worden. Nach Ablauf eines Jahres ist zumindest für den Bereich der nationalen Ferngespräche und des Mobilfunks eine positive Zwischenbilanz der Liberalisierung zu ziehen. Eine Reihe neuer Anbieter haben in diesen Marktsegmenten den bisherigen Monopolisten, die Deutsche Telekom, durch ihre Preispolitik herausgefordert und mit einem Marktanteil von inzwischen mehr als 20 % zu wettbewerblichen Gegenreaktionen veranlaßt. Insgesamt sind die Preise bei Ferngesprächen um bis zu 70 % gesunken, wodurch eine weitgehende Angleichung des deutschen an das internationale, bis dahin wesentlich niedrigere Preisniveau erreicht worden ist.

Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, der die Durchsetzung des TKG obliegt, hat am 2. Januar 1998 ihre Arbeit aufgenommen. Sie wird insbesondere im Bereich der Verhaltenskontrolle tätig; hier kommen die Vorschriften des GWB generell nicht zur Anwendung. Dieser Grundsatz wird nur in Einzelfällen durchbrochen, zum Beispiel wenn sich der Mißbrauch eines marktbeherrschenden Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen gegen Abnehmer dieser Leistungen richtet und nicht gegen Wettbewerber. Dagegen verbleiben die Fusionskontrolle und die Durchsetzung des Kartellverbots uneingeschränkt in der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes.

Für die Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes hat die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte folgende Konsequenzen: Es gilt zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen das Bundeskartellamt an den Verfahren der Regulierungsbehörde auf der Grundlage des TKG beteiligt ist und jenen, in denen das TKG keine Rechtsgrundlage für ein

Einschreiten der Regulierungsbehörde gibt und daher die Vorschriften des GWB zur Anwendung kommen. Davon unabhängig können die Wettbewerbsregeln des EGV berührt sein.

Um einer Sektoralisierung der Wettbewerbspolitik und der Rechtsanwendung durch die für den Telekommunikationssektor geschaffenen bereichsbezogenen Regulierungen entgegenzuwirken, sieht das TKG die Mitwirkung des Bundeskartellamtes an den Entscheidungen der Regulierungsbehörde vor: Bei der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt herzustellen. Dem Bundeskartellamt ist darüber hinaus bei Maßnahmen im Bereich der Regulierung marktbeherrschender Unternehmen (Entgelt- und Netzzugangsregulierung sowie besondere Mißbrauchsaufsicht) Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt umgekehrt auch für Mißbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes.

Das Bundeskartellamt nimmt die ihm im Rahmen der Regulierung der Telekommunikationsmärkte übertragenen Zuständigkeiten - im Interesse des Wettbewerbs und der Verbraucher - intensiv wahr. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die im Berichtszeitraum von der Regulierungsbehörde getroffenen wettbewerblichen Grundsatzentscheidungen. Die Deutsche Telekom hat inzwischen mehrmals ihre Tarife für Ferngespräche, nicht jedoch für Gespräche im Ortsnetzbereich gesenkt. Das bedeutet, daß sie zwar auf den zunehmenden Wettbewerb bei Ferngesprächen reagiert, im Ortsnetzbereich - wo sie noch Monopolist ist - aber mögliche Produktivitätsfortschritte nicht an die Verbraucher weitergibt. Das Bundeskartellamt spricht sich daher für eine Regulierungspolitik aus, die einen Wettbewerb im Ortsnetzbereich eröffnet.

Mit der im Februar 1997 in Kraft getretenen Binnenmarkt-Richtlinie Elektrizität (ABl. EG Nr. L 27/20 vom 30. Januar 1997) hat die Europäische Kommission die Grundlage für die Schaffung wettbewerblicher Strukturen in der europäischen Energiewirtschaft gelegt. Ihre Umsetzung in Deutschland ist im Berichtszeitraum erfolgt: Das Gesetz über die Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts ist am 29. April 1998 in Kraft getreten. Damit ist der kartellrechtliche Ausnahmereich Versorgungswirtschaft - bis auf den Bereich der Wasserwirtschaft - aufgehoben worden. Die Binnenmarkt-Richtlinie für den Gasbereich, die der Europäische Energieministerrat am 11. Mai 1998 verabschiedet hat, ist bis Mitte des Jahres 2000 in nationales Recht umzusetzen.

Kernstück der Binnenmarkt-Richtlinie Elektrizität sind die Regelungen zum offenen Netzzugang, die in allen Mitgliedstaaten zu einer vergleichbaren Marktöffnung und einem vergleichbaren Zugang zu den Strommärkten führen sollen. Da die Versorgung von Kunden durch den Bau neuer Leitungen nur in wenigen Fällen betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvoll sein dürfte, hängt der Erfolg der Marktöffnung wesentlich von der Regelung des Zugangs zu bestehenden Netzen ab. Auf Drängen der Mitgliedstaaten mit zentralistischer Stromversorgungsstruktur, insbe-

sondere Frankreichs, hat neben dem Prinzip des verhandelten Netzzugangs auch das Netzzugangssystem des «Alleinabnehmers» (Single Buyer) Eingang in die Binnenmarkt-Richtlinie gefunden. Die Grundidee besteht darin, daß sämtliche Stromkäufe innerhalb eines Netzgebietes von einem einzigen Versorgungsunternehmen, dem Alleinabnehmer, durchgeführt werden können. Anders als beim Netzzugang auf Vertragsbasis geht die Versorgungszuständigkeit beim Versorgungswechsel eines Verbrauchers nicht auf den neuen Stromlieferanten über, sondern verbleibt organisatorisch und technisch beim Netzbetreiber.

Auf Drängen der deutschen kommunalen Spitzenverbände hat das Alleinabnehmermodell neben dem Netzzugang auf Vertragsbasis auch Eingang in das novellierte Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) gefunden. Es ist jedoch ausdrücklich vorgesehen, daß diese Variante des Netzzugangs, die nur befristet bis zum 31. Dezember 2005 gilt, den Ausnahmefall darstellen soll. Zudem ist der Status des Alleinabnehmers an eine vorherige Genehmigung seitens der zuständigen Energieaufsichtsbehörde geknüpft. Diese restriktive Regelung trägt dem Umstand Rechnung, daß der Alleinabnehmer einseitig umfassende Kenntnis der Marktsituation im Bereich seines Netzes gewinnt und wegen dieser Informationsvorsprünge die wettbewerbsöffnenden Wirkungen voraussichtlich geringer sein werden als in einem echten Durchleitungssystem.

Erhebliche praktische Fragen wirft die Durchsetzung der diskriminierungsfreien Durchleitung auf. Das EnWG enthält in § 6 eine entsprechende Durchleitungsregelung. Neben dieser energierechtlichen Norm steht der kartellrechtliche Durchleitungsanspruch nach §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 4 und 20 Abs. 1 GWB n.F.

Eine Durchleitungsverweigerung ist nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB n.F. dann mißbräuchlich, wenn die Mitbenutzung des betreffenden Netzes möglich und dem Inhaber zumutbar ist. Vielfach wurde und wird als Problem artikuliert, daß der Netzbetreiber versuchen wird, das Durchleitungsbegehren zu unterlaufen, indem er in die Energiepreise des die Durchleitung begehrenden Unternehmens einsteigt. Eine Preisangleichung führt zwar für den Abnehmer im günstigsten Fall zu einer Senkung der Energiekosten auf das Wettbewerbsniveau. Das primäre Ziel der Durchleitungsregelung, neuen Anbietern den Zugang zu bislang monopolisierten Märkten zu ermöglichen, würde hingegen konterkariert. Der Durchleitungsanspruch bliebe theoretisch, zu einer Marktöffnung käme es nicht. Inzwischen zeigt die steigende Zahl der Durchleitungsbegehren jedoch, daß es sich um ein auf die Anfangsphase der Liberalisierung beschränktes Problem handelt, das zunehmend an Bedeutung verlieren wird.

Darüber hinaus ist der Anspruch auf Netzzugang von der Bereitschaft des die Durchleitung begehrenden Unternehmens abhängig, hierfür ein «angemessenes Entgelt» zu zahlen. Im Gegensatz zum Telekommunikations- und Postsektor sollen die Durchleitungsentgelte im Energiebereich nicht im Wege einer spezialgesetzlichen Regulierung festgelegt werden.

Vor diesem Hintergrund haben die Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDEW), der Verband der Industriellen Kraftwirtschaft (VIK) und der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) im April 1998 eine Verbändevereinbarung verabschiedet, die Kriterien zur Ermittlung von Durchleitungsentgelten, jedoch keine konkreten Preisfestlegungen enthält. Die Verbände wollen damit die «... Verhandlungsbasis schaffen für frei auszuhandelnde Vereinbarungen zwischen Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft und Elektrizitätskunden über den Netzzugang auf Vertragsbasis (NTPA) und die entsprechenden Netznutzungsentgelte zur Ausfüllung der Richtlinie Elektrizität 96/92/EG und ihre Umsetzung in deutsches Recht» (Präambel). Das Bundeskartellamt hat zugesagt, die Verbändevereinbarung bis September 1999 wettbewerbsrechtlich zu tolerieren, um erste wettbewerbsöffnende Maßnahmen der Netzbetreiber nicht von vornherein zu blockieren. Konkrete Entgeltforderungen von Netzbetreibern für die Durchleitung von Strom durch eigene Netze unterliegen ohnehin der kartellrechtlichen Preismißbrauchsaufsicht des GWB und den Wettbewerbsregeln des EG-Rechts. Im übrigen stoßen einzelne der in der Verbändevereinbarung enthaltenen Kriterien zur Berechnung von Durchleitungsentgelten auf Kritik. Dies gilt z.B. für entfernungsabhängige Zuschläge, denen keine entsprechenden Kosten der Netzbetreiber gegenüberstehen. Außerdem trägt die Entfernungsabhängigkeit der Durchleitungsentgelte dazu bei, den überregionalen und internationalen Stromwettbewerb einzuschränken. Es steht zu erwarten, daß im Frühherbst die Verbändevereinbarung novelliert wird.

Wegen der Verweigerung von Durchleitungen durch Netzeigentümer liegen inzwischen erste Beschwerden vor, aufgrund derer das Bundeskartellamt Mißbrauchsverfahren eingeleitet hat.

## TRADUCCIÓN

### LA ACTUAL EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN 1998

DIETER WOLF

Presidente del Bundeskartellamt

#### 1. VISIÓN DE CONJUNTO

El desarrollo de la política de la competencia estuvo determinado en el año 1998 por una serie de grandes y espectaculares fusiones. La oleada de concentraciones afectó fundamentalmente a la industria del automóvil, de la química y de los productos derivados del petróleo, pero también afectó a los sectores de las editoriales, del comercio, de las finanzas, del transporte y de las telecomunicaciones. Si bien es cierto que en las grandes fusiones participaron empresas procedentes de todos los países industrializados, salta a la vista la fuerte presencia activa que han mostrado las empresas alemanas, además de las norteamericanas.

La creciente internacionalización de la competencia en numerosos mercados se corresponde con el carácter cada vez más global de las fusiones: éstas no sólo sobre-

pasan las fronteras de los Estados nacionales, sino que incluso, en algunos casos, sobrepasan las fronteras de los continentes. La globalización de la economía mundial nos lleva así hacia un nuevo tipo de empresa: la empresa global.

Los motivos que conducen a las grandes fusiones, al igual que los que conducen a las fusiones en general, son diversas. En primer lugar, es evidente, que un mercado creciente también exige una adaptación del tamaño de la empresa. Esta tendencia viene apoyada por el hecho de que la revolución técnica, sobre todo en la informática y en el campo de las telecomunicaciones, conjuntamente con la creación de nuevos ramos abiertos a la competitividad, que son el fruto de la privatización y de la desregulación, posibilita la presencia de grandes empresas a nivel mundial y la organización de una división global y eficiente del trabajo entre las diferentes partes de los consorcios con localizaciones separadas.

Por norma general, las empresas deciden tomar el camino del crecimiento externo, porque éste es, en comparación con el crecimiento interno, una variante mucho más rápida y económica para lograr una nueva posición dentro de la competitividad a nivel mundial. La dirección de la empresa espera conseguir ventajas en su competitividad gracias a la fusión tanto desde el punto de vista de las ventas —por ejemplo, gracias a la compra adicional de cuotas de mercado, a la extensión de la oferta o al fortalecimiento de su presencia en determinados mercados regionales—, pero también desde el punto de vista de los costes. A través de la fusión se pretenden aprovechar otros “efectos de sinergia” adicionales, cuando el propio potencial de racionalización ya está agotado. A menudo todo esto va unido a una reforma fundamental del consorcio en el sentido de una optimización de los valores de cada uno de sus campos de actividades. Se separan aquellas partes del consorcio que tienen comparativamente bajas expectativas de beneficios y se realiza un nuevo ajuste a nivel de producto bajo el aspecto de una optimización de las ganancias y de un incremento del «valor del accionista». La creciente orientación de la política de empresa hacia los intereses de los accionistas conduce hacia la adopción de una restringida filosofía de gestión de la empresa (si lo comparamos con la tradición europea).

En esta oleada actual de fusiones no dominan —tal y como fue el caso en aquellas que se produjeron a finales de los años sesenta— las fusiones conglomeradas, sino aquellas en las que las empresas participantes no actúan necesariamente en los mismos mercados, pero sí lo hacen en mercados vecinos. Por un lado, en las fusiones conglomeradas el riesgo principal está, desde el punto de vista económico, en que a las empresas compradoras les falta la competencia a nivel de los campos de actividades que han adquirido, de lo cual a menudo resultan decisiones empresariales erróneas. Pero, por otro lado, en el caso de las fusiones transnacionales o incluso transcontinentales, son las diferentes culturas empresariales y los diferentes estilos de dirección los que reportan los mayores problemas de integración. Si no se tiene suficientemente en cuenta la sensibilidad del capital humano como el factor de producción más importante, es muy difícil que la empresa encuentre, una vez se ha producido la fusión, una “identidad corporativa”: los efectos de sinergia esperados no se producen o bien, lo que aún es peor, se producen los efectos contrarios. Esto puede conducir, en última instancia, incluso al fracaso de la fusión. En cualquier caso, la amalgama de dos organizaciones hasta ese momento independientes y que además están posiblemente enraizadas en culturas diferentes, es una tarea muy difícil y está llena de riesgos. Esta tarea requiere de una gestión de integración muy consciente y que no pretenda conseguir éxitos a corto plazo.

Las repercusiones resultantes de las grandes fusiones y de las reestructuraciones, que siempre van parejas, de aquellas empresas en competencia son siempre ambivalentes. En cuanto las relaciones existentes en la competencia quedan incluidas dentro de la globalización, se produce, en primer lugar, una ampliación local del

mercado. Este efecto de ampliación del mercado es, en su importancia sobre la intensidad de la competencia (al menos hasta ahora así ha sido), más fuerte que el incremento del grado de concentración como resultado de la mayor actividad de fusión de las empresas. Hemos de aceptar la idea que la presión de la competencia seguirá aumentando a partir de 1999 en la zona de la moneda del euro, gracias a la transparencia de precios que allí se producirá en ese momento. Es por eso que por ahora en la actual fase de la internacionalización de las relaciones competitivas predominan de forma clara los efectos competitivos de este proceso.

Sin embargo, esta valoración positiva de la competencia existente en la situación actual no tiene por qué ser válida también para el futuro. En principio no hay motivos para suponer que se ha de producir un retroceso en la actividad de fusiones de las empresas. A favor de esta idea se presentan, entre otros, dos motivos: por un lado, las oleadas de fusión son, por regla general, autorreforzantes. Así, las grandes fusiones que se producen en un ramo a menudo traen como resultado la fusión de empresas de la competencia. Y por otro lado, en aquellas partes de la empresa resultantes de las medidas de separación del consorcio se produce a menudo la necesidad de llevar a cabo un crecimiento para volver a conseguir un tamaño de empresa óptimo. De forma muy rápida, esta meta se puede realizar a través de fusiones con empresas que tengan un perfil de producción similar.

Así, a la política de competencia se le exige que vigile atentamente el proceso de concentración y evite fusiones dañinas para la competitividad. Una creciente concentración en los diferentes sectores esconde siempre en el eje del tiempo el peligro de una nueva oligopolización de las estructuras del mercado, y si esto fuese así, no sólo en dimensiones de gran localización. Pero si esto se produjese, no sólo volvería a limitarse la diversidad de la oferta para la parte contraria del mercado, sino que además se incrementaría de forma importante el potencial del que disponen las empresas allí activas para el abuso de su poder sobre el mercado, así como para llevar un comportamiento paralelo o incluso para llegar a acuerdos.

La República Federal adoptó hace ya más de cuarenta años la Ley de la Restricción de la Competencia, porque asumió la idea de que la competitividad sólo es capaz de desarrollar sus acciones, que hacen prosperar al bienestar común, dentro de un acuerdo marco fijado por el Estado. Esta Ley prevé desde 1973 también un control efectivo sobre las fusiones. Desde que entró en vigor el Reglamento para la supervisión de fusiones, en el año 1990, esto es igualmente válido para el derecho europeo sobre la competencia.

Teniendo en cuenta las condiciones competitivas que se han ido modificando, con toda seguridad ya no será suficiente la Ley nacional, pero tampoco la europea, para asegurar en todos los casos de megafusiones la protección de la competencia y de la capacidad de funcionamiento de los mercados. El Bundeskartellamt estima que, teniendo en cuenta la creciente globalización de la economía mundial, ya es hora de mejorar las estructuras de la competencia también a nivel internacional. El desarrollo de una política internacional de la competencia debería impulsarse simultáneamente por dos vías: por un lado, debe intensificarse la cooperación bilateral de las Agencias de Cáteles en la lucha contra todo tipo de limitación de la competencia. Esta cooperación bilateral, sin embargo, tropieza precisamente en el campo del control de las fusiones con sus propios límites cuando se trata no sólo de controlar los efectos bilaterales de la competencia, sino también los globales procedentes de las grandes fusiones. Es por ello que debería darse comienzo paralelamente a la elaboración de un marco multilateral de reglas de la competencia. Este régimen de un Derecho de competencia válido a nivel mundial no sólo debería contener una prohibición de los consorcios de "resistencia empedernida", tan dañinos para el bienestar general, sino que debería posibilitar el control de los efectos sobre el mercado resultantes de las grandes fusiones de empresas internacionales.



## 2. ENMIENDA DE LA LEY CONTRA LAS LIMITACIONES DE LA COMPETENCIA

La sexta Ley para la modificación de la Ley contra limitaciones en la competencia económica ha entrado en vigor —tras años de trabajos preliminares— el 1 de enero de 1999.

Además de la modernización y del aumento del rigor del texto de la Ley y de su armonización con el Derecho europeo el legislador tenía una meta clara: el fortalecimiento del principio de la competencia. Sin embargo, la discrecionalidad de la comercialización centralizada de los derechos televisivos para los eventos deportivos, que queda así fuera de la prohibición alemana de cárteles, debilita, en opinión de la Agencia Federal de Cárteles, la protección de la competencia.

La Ley complementaria aporta importantes modificaciones dentro del campo del control del comportamiento de las empresas dominantes del mercado. El abuso de una posición dominante en el mercado está sujeto, según el nuevo § 19 de la Ley, contra limitaciones en la competencia económica a una prohibición inmediata. Con esto —y enlazando con las hasta ahora positivas experiencias obtenidas con la prohibición de la discriminación del § 26, apartado segundo— queda abierta, también para este campo, la vía de lo civil. Debemos destacar de forma especial la introducción de los hechos de servicios esenciales en el § 19, 4.º apartado, núm. 4 de la Ley contra limitaciones en la competencia económica, que debe permitir una supervisión efectiva contra el abuso de los monopolistas de infraestructuras y de redes. Sin embargo, aún está por ver si estos hechos tendrán los resultados deseados sin la ejecución inmediata de las disposiciones correspondientes, propuesta por la Cámara Alta de la República Federal, pero rechazada por el Parlamento Federal alemán. Todas las fusiones de empresas (volumen total de más de mil millones de DM) están ahora sujetas a un control preventivo. Así, se tienen en cuenta las experiencias negativas de los procedimientos de desconcentración. Se introdujo el control de adquisición a modo de nuevo control adicional de los hechos delictivos en la fusión. Además, desde el 1 de enero de 1999, es decir, tras la introducción del procedimiento principal de control, deben exponerse formalmente los motivos de las decisiones de autorización y pueden acompañarse de condiciones e instrucciones. La práctica nos mostrará si se pueden presentar problemas por culpa de la posibilidad existente de la acción por tercería.

Con la entrada en vigor de la Ley de modificación del derecho de adjudicación de contratos (VgRAG) en fecha 1 de enero de 1999 se integró, a partir de ese momento, una parte importante del Derecho alemán de adjudicación en la Ley contra limitaciones en la competencia económica (GWB). Así se ha ampliado de forma notable el campo de actividades de la Agencia Federal de Cárteles.

La integración de la protección del derecho de adjudicación de contratos nos señala la existencia de un cambio en la comprensión de este derecho y refuerza el principio de la competencia en el campo de las ofertas financiadas por medio de fondos públicos. En contraposición a la concepción del Derecho presupuestario existente hasta ahora la nueva Ley de adjudicación otorga a los ofertantes, por primera vez, un derecho subjetivo con respecto al cumplimiento de las normas de adjudicación a través de las oficinas de adjudicación. A través de la nueva Ley se pretende conseguir transparencia y seguridad jurídica para todos los candidatos a ofertas públicas por encima de los límites marcados por la Ley europea, pero también se pretende conseguir la garantía de una protección jurídica efectiva dentro de este campo. La ampliación de la protección jurídica con respecto a la adjudicación se produjo además en contacto con aquellas regulaciones de procedimiento, que demostraron su eficacia en el derecho de cárteles.

La regulación material más importante para la adjudicación de ofertas públicas la encontramos en los §§ 97-101 en la Ley contra limitaciones en la competencia económica (GWB). Esta regulación contiene, además de las disposiciones para los mandantes del campo de aplicación y de los tipos de adjudicación, también los principios generales en los que se basa la competencia. Debería corresponder una importancia especial, desde el punto de vista jurídico de los cárteles, a la cuestión de la consideración de los criterios ajenos a una adjudicación (§ 97, 4.º apartado, de la Ley contra limitaciones en la competencia económica). Esta cláusula de apertura debe posibilitar, a la vez que limitar, la instrumentalización de la adjudicación de ofertas para la consecución de las metas políticas públicas. Estamos, pues, ante una regulación, si no ambigua, sí problemática, tanto para el principio de competencia como para un comportamiento eficiente en la adquisición por parte del erario público. La Agencia Federal de Cárteles seguirá controlando en el futuro para cada caso individual hasta qué punto perseveran los aspectos ajenos a una adjudicación, en el sentido del § 96, 4.º apartado, de la Ley contra limitaciones en la competencia económica, en el momento de sopesar los intereses exigibles frente a la prohibición de la discriminación general de la Ley de los consorcios.

Además de las regulaciones materiales, son de una importancia básica las regulaciones arraigadas en los §§ 102-124 de la Ley contra limitaciones en la competencia económica para el procedimiento de comprobación. La protección jurídica queda garantizada por medio de un procedimiento que tiene en total dos pasos: en primera instancia, por medio de cámaras de adjudicación a nivel federal y a nivel de los Land, y en segunda instancia, a través de los respectivos Tribunales Superiores Regionales. Las cámaras de adjudicación a nivel federal y de los Land inician los procedimientos de comprobación sólo tras la existencia de una solicitud argumentada y por escrito. Estas cámaras de adjudicación están organizadas de forma similar a un tribunal y toman las decisiones de forma independiente y sin ningún tipo de instrucciones. Por ahora ya han iniciado dos cámaras de adjudicación su trabajo en la Agencia Federal de Cárteles. Estas cámaras son responsables de la revisión de la adjudicación de la oferta pública que cae dentro del ámbito de la responsabilidad del cuerpo estatal.

### 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTICÁRTEL

En el año 1998 se han llevado a cabo y se han declarado dentro del marco del control alemán de fusiones 1.888 fusiones de empresas.

El número de fusiones notificadas se mueve, desde finales de los años ochenta, alrededor de un nivel constante de aproximadamente 1.500 por año. En los años 1997 y 1998 se registró un notable incremento, el cual debería perder importancia gracias a la entrada en vigor de la Ley contra limitaciones en la competencia económica. La mayor parte de las fusiones indicadas estaban sujetas, alrededor de un 69 por 100, al control preventivo de fusión. Una y otra vez se constataba que mayoritariamente las grandes empresas absorbían a empresas pequeñas y muy pequeñas, sin que se produjera ningún tipo de problema relacionado con la fusión. Muchas de las fusiones importantes con consecuencias sobre los mercados alemanes estaban sujetas al control de fusión de la CE y, por tanto, no están incluidas en la cifra antes citada.

En el año 1998 se prohibieron cinco fusiones porque hubiesen llevado a la creación o al fortalecimiento de situaciones de dominio del mercado. Tuvo un peso político y económico importante, ante todo, la prohibición de la transformación del único ofertante alemán de tv por pago en una empresa paritaria común de las dos cadenas privadas de tv más importantes. Esta fusión, con toda seguridad, hubiese conducido

a la ruptura permanente del mercado alemán de la TV por pago y a una coordinación de la competencia en su comportamiento con vistas al mercado libre de la TV.

El número de casos en los cuales se eliminaron aquellas condiciones que dieron lugar a la prohibición por medio de una decisión de aceptación ha aumentado mucho en este período de tiempo, y estos casos suman ya en total 18; el número total de los casos aceptados aumentó así hasta un total de 70. Pero también ha aumentado el número de fusiones que, debido a un control previo por medio de la Agencia Federal de Cárteles, fueron revisados, modificados y disueltos, sin una prohibición formal. La Agencia Federal de Cárteles valoras estas cifras como una señal de la efectividad del control de las fusiones, puesto que todos estos casos suscitaban importantes dudas sobre la competencia en el sentido de las condiciones de la prohibición.

Y de nuevo la persecución de cárteles de colusión y de precios se convirtió en un punto esencial de la actividad de la Agencia Federal de Cárteles. Dentro de este campo y al igual que en años anteriores la Agencia Federal de Cárteles ha descubierto acuerdos existentes entre cárteles y ha llevado a cabo procedimientos de multas contra los más directos implicados, pero también contra los responsables de las empresas. Además y de forma repetida las respectivas empresas han tenido que pagar fuertes sumas de dinero a modo de multas.

La aplicación directa de los artículos 85 y 86 del TCE ha ganado mucho en importancia en los últimos años en la práctica de la Agencia Federal de Cárteles. La experiencia obtenida hasta ese momento con la aplicación descentralizada del derecho de competencia de la CE y la discusión que surgió con vistas a una revisión del Reglamento núm. 17/1962 provocó que la Agencia Federal de Cárteles convirtiese este grupo de problemas en un tema a debatir en un congreso en octubre de 1998. Los participantes en el congreso, entre los cuales se encontraban profesores de diferentes Facultades de Derecho y de Economía, pero también un representante de la Comisión, debatieron sobre un documento preparado por la Agencia Federal de Cárteles. Partiendo de la práctica diaria y de la situación jurídica actual, la Agencia Federal de Cárteles ha intentado desarrollar los escenarios necesarios para la transformación de una aplicación descentralizada más fuerte, ante todo ante el abandono del monopolio discrecional de la Comisión europea. Las conclusiones que saca la Agencia Federal de Cárteles a partir de las propias experiencias vividas, es decir, que debido al monopolio discrecional de la Comisión europea el concepto de la aplicación descentralizada del derecho de la competencia está incompleta, recibieron el asentimiento de los participantes. La Agencia Federal de Cárteles recomienda la reconducción de la competencia de discrecionalidad a los Estados miembros. Los problemas resultantes podrían solucionarse, en opinión de los participantes en el debate, por sí solos en la práctica o bien por medio de una enmienda del Reglamento 17/1962.

#### 4. LA LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA INDUSTRIA DE LA ENERGÍA

En el año 1998 se liberalizaron, y con ello se abrieron a la competencia, dos sectores de gran importancia económica: las empresas de telecomunicaciones y la industria de la energía. La política de la competencia tiene la obligación de conseguir que se produzca una liberalización legal y fáctica.

Gracias a la Ley de Telecomunicaciones (TKG), que entró en vigor el 1 de agosto de 1996, se crearon las bases para la apertura de las telecomunicaciones a la competencia. Los monopolios legales que aún quedaban dentro de la telefonía después de la reforma postal u fueron eliminados el 1 de enero de 1998 y los correspondientes

mercados se abrieron a la competencia. Ya ha transcurrido un año desde la liberalización, y al menos dentro del campo de las llamadas internacionales y provinciales y del de la telefonía móvil podemos sacar un balance provisional positivo de la liberalización. Toda una serie de ofertantes ha retado dentro de este segmento al anterior monopolista, la empresa Deutsche Telekom, por medio de su política de precios, gracias a los cuales ya tienen más del 20 por 100 de participación en el mercado, y la han obligado a tomar medidas competitivas. En total, los precios de las llamadas internacionales y provinciales han bajado hasta casi un 70 por 100, con lo cual se ha producido una igualación de los precios alemanes con los precios del extranjero, que hasta ese momento se situaban en un nivel mucho más bajo.

La oficina de regulación de las telecomunicaciones y el correo, a la que incumbe el cumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones, inició su trabajo el día 2 de enero de 1998. Actuará ante todo en el ámbito del control del modo de proceder. Es aquí donde, en general, no se aplican las normas de la Ley contra limitaciones en la competencia económica. Este principio sólo se rompe en casos individuales, por ejemplo, cuando el abuso de un ofertante dominante del mercado de las prestaciones de las telecomunicaciones se dirige hacia un consumidor de estas prestaciones y no contra un competidor. Sin embargo, la Agencia Federal de Cárteles mantiene las atribuciones ilimitadas relacionadas con el control de las fusiones y la aplicación de la prohibición de cárteles.

La liberalización de las telecomunicaciones ha tenido, para la vigilancia ante el abuso que ejerce la Agencia Federal de Cárteles, las siguientes consecuencias: debe diferenciarse entre aquellos casos en los que la Agencia Federal de Cárteles participa en los procedimientos de la oficina de regulación, en base a la Ley de Telecomunicaciones, y aquellos casos en los que la Ley de Telecomunicaciones no ofrece una base jurídica para la actuación de la oficina de regulación y, por tanto, deben aplicarse las normativas de la Ley contra limitaciones en la competencia económica. Independientemente de todo esto, puede que afecte a las reglas de la competencia del Tratado de la Comunidad Europea.

Para actuar en contra de una formación de sectores de la política de la competencia y de la aplicación jurídica, debido a las regulaciones relacionadas con cada ámbito que se han creado para la telecomunicaciones, la Ley de Telecomunicaciones prevé la participación de la Agencia Federal de Cárteles en las decisiones a tomar por la oficina de regulación: en la limitación espacial y material del mercado, así como en la determinación de una posición dominante del mercado debe llegarse a un acuerdo con la Agencia Federal de Cárteles. Además, ésta tiene el derecho a dar su punto de vista en el caso de que se lleven a cabo medidas en el ámbito de la regulación de empresas dominantes del mercado (regulación de indemnizaciones y acceso a red, así como una especial vigilancia ante el abuso). Esto también es válido a la inversa, es decir, en los casos de procedimientos de abuso de los que se ocupe la Agencia Federal de Cárteles.

La Agencia Federal de Cárteles cumple intensamente con sus obligaciones en el marco de la regulación de los mercados de telecomunicaciones —en el interés de la competencia y de los consumidores—. Esto es especialmente válido con vistas a las decisiones de principio para la competitividad que fueron tomadas por la oficina de regulación en el espacio del tiempo referido en el informe. La empresa Deutsche Telekom ha bajado, entretanto, varias veces sus tarifas para las llamadas internacionales y provinciales, pero no lo ha hecho para las llamadas de ámbito local. Esto significa que si bien ha reaccionado ante la creciente competencia existente en las llamadas internacionales y provinciales, no lo hace a nivel de las llamadas locales —donde sigue siendo monopolista— y no traspasa a los consumidores posibles mejoras de productividad. Por todo esto, la Agencia Federal de Cárteles aboga por una política de regulación que abra el ámbito de la red local a la competencia.

Por medio de las directivas para la electricidad destinadas al mercado interno (ABl. CE N1 L 27/ 20, de fecha 30 de enero de 1997), que entraron en vigor en febrero de 1997, la Comisión europea ha sentado las bases para la creación de estructuras competitivas en la industria de la energía. Su puesta en marcha en Alemania se ha producido en el período de tiempo del informe: La Ley sobre la nueva regulación del derecho de la economía de la energía entró en vigor el 29 de abril de 1998. Con ello se ha suprimido el campo de excepción de derecho de cártel de la economía del abastecimiento —a excepción de la economía del agua—. Las directivas destinadas al mercado interno para el campo del gas, emitidas por el Consejo europeo de ministros de la energía en fecha del 11 de mayo de 1998, debe transformarse (como muy tarde a mediados del año 2000) en una Ley nacional.

La pieza clave de las directivas para la electricidad destinadas al mercado interno son las regulaciones para el acceso abierto a red, que deben conducir, en todos los Estados miembros, a una apertura comparativa del mercado y a un acceso comparativo a los mercados de la electricidad. Puesto que el abastecimiento de los clientes por medio de la construcción de nuevas conducciones sólo se podría considerar en muy pocos casos como algo conveniente con respecto a la economía de empresa y a la economía nacional, depende el éxito de la apertura del mercado, en primer lugar, de la regulación del acceso a las redes ya existentes. A instancias de aquellos Estados miembros con una estructura de abastecimiento de electricidad centralizada, sobre todo a instancias de Francia, también se ha incluido, además del principio del acceso negociado a la red, el sistema de acceso a la red del “cliente único” (*Single Buyer*) en las directivas para la electricidad destinada al mercado interno. La idea básica subyacente es la siguiente: que todas las compras de energía ubicadas dentro de un mismo campo de red se puedan realizar por medio de una única empresa de abastecimiento, el cliente único. Al contrario de lo que sucede en el caso del acceso a red en base a un contrato, la competencia del abastecimiento en un cambio elegido por un consumidor no pasa al nuevo suministrador de electricidad, sino que se mantiene, desde el punto de vista organizativo y técnico, en manos del que realiza la explotación de la red.

A instancias de las agrupaciones centrales comunales alemanas se ha incluido también el modelo del cliente único, además del acceso a red en base a un contrato, en la enmienda de la Ley económica de la energía (EnWG). Sin embargo, se ha previsto, de forma explícita, que esta variante del acceso a la red, que sólo estará en vigor hasta el 31 de diciembre del 2005, únicamente debe representar el caso de excepción. Por otro lado, el estatus del cliente único está unido a una autorización previa por parte de la oficina de vigilancia de la electricidad. Esta regulación restrictiva se basa en que el cliente único obtiene un amplio conocimiento unilateral de la situación del mercado en el ámbito de su red, y que debido a esta ventaja en la información probablemente tendrá unas repercusiones menos importantes en cuanto se produzca la apertura a la competencia que si se encontrase en un verdadero sistema de conexión transversal.

La realización de la conexión transversal, que no discrimina a nadie, saca a relucir importantes cuestiones prácticas. La Ley económica de la energía contiene en su § 6 una regulación correspondiente destinada a la conexión transversal. Además de esta norma jurídica de la energía existe el derecho de conexión transversal jurídico de cártel según el § 19, apartado 4, número 1; el § 4 y el § 20, apartado 1, de la Ley contra limitaciones en la competencia económica.

Un rechazo de la conexión transversal es, según el § 19, apartado 4, número 4, de la Ley contra limitaciones en la competencia económica, un abuso cuando la utilización compartida de la red correspondiente es posible y razonable para el propietario. A menudo se articulaba (y se sigue articulando) como un problema el hecho de que un proveedor de la red intente boicotear las demandas de conexión transversal

entrando en los precios de la energía de la empresa que reclama la conexión transversal. Es bien cierto que una igualación de los precios tiene como resultado para el consumidor, en el mejor de los casos, una reducción de los costes energéticos hasta el nivel de la competencia. Sin embargo, la meta principal de la regulación para la conexión transversal, que se basa en posibilitar a nuevos ofertantes el acceso a los mercados hasta ese momento monopolizados, ha recibido un golpe bajo. La exigencia de la conexión transversal se mantendría en teoría, pero no se produciría la apertura del mercado. Sin embargo, el número creciente de las solicitudes para la conexión transversal nos muestra que sólo se trata de un problema limitado a la fase inicial de la liberalización. Este problema perderá cada vez más en importancia.

Otro aspecto que debemos tener en cuenta es que la demanda de acceso a la red depende de la disponibilidad de la empresa que solicita la conexión transversal a pagar a cambio una "cantidad apropiada". Al contrario de lo que sucede en el sector de las telecomunicaciones y en el sector de correos, no se han de fijar las cantidades a abonar por la conexión transversal en el sector energético en base a una regulación jurídica especial. Tomando esto como telón de fondo, la asociación de centrales eléctricas alemana (VDEW), la asociación de la economía energética industrial (VIK) y la asociación federal de la industria alemana (BDI) aprobaron en abril de 1998 un acuerdo corporativo que contiene los criterios para la determinación de los pagos a abonar por la conexión transversal, pero no incluye la fijación concreta de los precios. Con esto, las asociaciones pretenden «... crear la base necesaria en la negociación para los acuerdos de libre estipulación entre las empresas de la economía energética y los clientes de la electricidad a través del acceso a red en base al contrato (NTPA) y los correspondientes abonos de pago por la utilización de la red para el cumplimiento de la directriz sobre la electricidad 96/92/CE y su transformación al Derecho alemán» (preámbulo). La Agencia Federal de Cárteles ha aceptado tolerar el acuerdo corporativo hasta septiembre de 1999 para no bloquear, ya desde un principio, las primeras medidas de apertura hacia la competitividad de los proveedores de la red. De todas formas, sí que caen bajo la vigilancia del abuso de precios de los cárteles las exigencias concretas de abonos de pagos por parte de los proveedores de la red para la conexión transversal de la corriente a través de sus propias redes en la Ley contra limitaciones en la competencia económica y en las normas de la competencia del derecho de la CE. Por otro lado, algunos de los criterios para el cálculo de los pagos por la conexión transversal que aparecen en el acuerdo corporativo sí que han obtenido críticas. Es el caso, por ejemplo, de los recargos que dependen de las distancias, pero que no reflejan ningún tipo de costes correspondientes para el proveedor de la red. Además, esa dependencia de las distancias en el pago de la conexión transversal contribuye a limitar la competencia suprarregional e internacional de la electricidad. Es de suponer que a principios del otoño se produzca la modificación del acuerdo corporativo.

La Agencia Federal de Cárteles ya ha abierto algunos expedientes por abusos debido a las primeras quejas existentes ante la negativa de conexiones transversales por parte de propietarios de la red.

# EVOLUZIONE DELLA POLITICA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA NEL 1998 E NEI PRIMI MESI DEL 1999: GLI ASPETTI MAGGIORMENTE INNOVATIVI

Alberto PERA  
Paolo CASSINIS \*

## Abstract

Exposición de las novedades de la política de la competencia en Italia durante el año 1998 y el primer trimestre de 1999. En este período la Autoridad italiana de competencia ha examinado 66 prácticas y acuerdos colusorios, de los cuales 15 han sido considerados anticompetitivos. Además, se ha pronunciado sobre 25 casos de supuesto abuso de posición de dominio, considerando que en tres casos había infracción de la normativa de la competencia. En cuanto a las fusiones de empresas, de las 448 operaciones notificadas, únicamente cuatro han sido finalmente examinadas por la autoridad.

La novedad más importante del período examinado es la creciente integración entre los sistemas nacional y comunitario de defensa de la competencia. Por primera vez, la Autoridad italiana se ha pronunciado sobre los artículos 85 y 86 del Tratado CE. La comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre autoridades comunitarias y nacionales ha facilitado esta integración. Por otro lado, se destaca el hecho de que la normativa italiana sigue muy de cerca el sistema comunitario, incluso a nivel interpretativo.

## 1. PREMESSA

In occasione di un precedente contributo si è già avuto modo di tracciare il quadro normativo ed istituzionale per la tutela della concorrenza in Italia e le linee di intervento seguite dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a cui per legge è affidato il compito di applicare

---

\* Le opinioni espresse dagli Autori non rappresentano necessariamente quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

le norme antitrust nel perseguimento dell'interesse pubblico consistente nell'assicurare condizioni di libera concorrenza nel mercato<sup>1</sup>.

Nel presente lavoro, dopo aver ricordato alcuni dati riassuntivi dell'attività dell'Autorità nell'anno 1998 —l'ottavo dall'istituzione dell'Autorità— e nei primi mesi del 1999 e alcune modifiche normative che direttamente l'hanno riguardata, si esaminano, senza pretesa di completezza, alcuni tra gli aspetti maggiormente innovativi dell'evoluzione della politica della concorrenza in Italia nel predetto periodo.

Tra essi, figura senz'altro quello che potrebbe essere definito di una maggiore «integrazione» tra il sistema nazionale e comunitario di tutela della concorrenza nel cui contesto si collocano tanto i primi casi analizzati dall'Autorità in base agli artt. 85.1 e 86 del Trattato CE<sup>2</sup>, quanto i primi rinvii di operazioni di concentrazione aventi «dimensione comunitaria» ai sensi del Regolamento Concentrazioni.

Oltre a questi aspetti attinenti complessivamente all'applicazione «decentrata» del diritto della concorrenza —ai quali è dedicata gran parte del presente lavoro— si segnala come particolarmente innovativa l'attività di tutela della concorrenza in taluni settori, segnatamente quello delle professioni intellettuali e quello della negoziazione dei diritti televisivi su eventi sportivi.

## 2. DATI RIASSUNTIVI E MODIFICHE NORMATIVE

Nella tabella n. 1 sono riassunti i dati relativi all'attività dell'Autorità nel 1998 e nei primi mesi del 1999, relativi ai procedimenti sia conclusi riguardanti intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e operazioni di concentrazioni.

Per quanto riguarda gli esiti dei procedimenti conclusi nel periodo considerato, si osserva che 15 intese sono state ritenute restrittive della concorrenza, mentre solo in tre casi tra quelli segnalati all'Autorità come possibili abusi di posizione dominante, dopo un'approfondita istruttoria, è stata accertata la violazione dell'art. 3 della legge n. 287/90. Con riferimento alle operazioni di concentrazione, in quattro casi è stata avviata una istruttoria approfondita al termine della quale due concentrazioni sono risultate suscettibili di creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato nazionale; l'Autorità tuttavia non le ha vietate a seguito di

<sup>1</sup> Cfr. PERA, A., *Politica della concorrenza e normativa antitrust in Italia, Anuario de la Competencia 1997*, Fundacion ICO, 1998, pag. 423 ss. Sarà sufficiente ricordare che norme di tutela della concorrenza sono state adottate per la prima volta in Italia con la legge n. 287 del 1990, che ha pure istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dal 1996 quest'ultima è abilitata ad applicare gli articoli 85.1 e 86 del Trattato, applicando le procedure previste dalla normativa nazionale.

<sup>2</sup> Si noti che ai sensi dell'art. 12 del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1.º Maggio 1999, gli articoli 85 e 86 sono stati rinumerati, rispettivamente, in articoli 81 e 82.



TABELLA 1. ATTIVITÀ SVOLTA DALL'AUTORITÀ IN MATERIA DI CONCORRENZA \*

| <i>Fattispecie</i>                      | <i>1998</i> | <i>Gennaio-marzo</i> | <i>Totale</i> |
|---|-------------|----------------------|---------------|
| Intese restrittive della concorrenza    | 53          | 13                   | 66            |
| Abusi di posizione dominante            | 21          | 4                    | 25            |
| Concentrazioni tra imprese indipendenti | 344         | 104                  | 448           |
| Segnalazioni                            | 41          | 7                    | 48            |

\* I dati si riferiscono ai procedimenti conclusi, compresi i procedimenti nei quali non è stata riscontrata una violazione delle norme antitrust, ovvero conclusi con archiviazioni anche per incompetenza.

Fonte: Relazione Annuale dell'Autorità al 30 aprile 1999.

modifiche apportate dalle parti al progetto dell'operazione originariamente notificato.

Particolarmente numerose (n. 48) sono state le segnalazioni effettuate dall'Autorità in vari settori dell'economia nell'esercizio delle funzioni di *competition advocacy* ad essa assegnate dalla legge<sup>3</sup>, nei confronti non solo del Parlamento e del Governo, ma anche di amministrazioni pubbliche locali, per evidenziare le distorsioni concorrenziali connesse a regolamentazioni già adottate o in discussione.

Sotto il profilo normativo, vi è da segnalare l'attribuzione all'Autorità di una nuova competenza relativa al controllo del rispetto di limiti, normativamente previsti (pari ad una soglia del 60%), al possesso di diritti di trasmissione televisiva in forma criptata sulle principali manifestazioni calcistiche nazionali (legge 29 marzo 1999, n. 78). In particolare, la legge nel riconoscere una valenza strategica al controllo dei diritti televisivi su eventi sportivi di grande popolarità, attribuisce all'Autorità il compito di assicurare una concorrenza effettiva nel mercato televisivo criptato conferendo ad essa anche il potere di autorizzare il superamento della predetta soglia, tenuto conto di un insieme di elementi, di fatto e di diritto, che caratterizzano le condizioni di concorrenza del mercato (tra cui, la titolarità degli altri diritti televisivi su eventi sportivi, la durata dei relativi contratti, ecc.), sentito il parere dell'autorità di regolamentazione del settore delle comunicazioni (l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni).

Infine, per quanto riguarda gli aspetti procedurali, nel luglio 1998 è entrato in vigore un nuovo regolamento relativo ai procedimenti *antitrust* (DPR n. 217/98), che, sulla base dell'esperienza acquisita dall'Autorità nei primi sette anni di attività, ha adeguato le procedure inizialmente adottate rendendole più funzionali alle peculiari esigenze connesse alla tutela della concorrenza, migliorando le forme di partecipazione delle parti al pro-

<sup>3</sup> Cfr. art. 21 e 22 legge n. 287/90.

cedimento (tra cui il contraddittorio ed il diritto di difesa delle imprese), rafforzando la tutela delle informazioni riservate e di conseguenza precisando i presupposti e le modalità di accesso ai documenti acquisiti.

### 3. APPLICAZIONE DECENTRATA DEL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA DA PARTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO: PRIME CONSIDERAZIONI

Come accennato, uno degli aspetti più innovativi dell'evoluzione della politica della concorrenza in Italia nel periodo considerato è quello di una maggiore «integrazione» tra il sistema nazionale e comunitario di tutela della concorrenza.

Questo fenomeno appare particolarmente rilevante in quanto si inserisce nell'ambito del processo verso un crescente «decentramento» dell'attività di *enforcement* della disciplina antitrust nella Comunità.

Si tratta, come noto, di un processo destinato ad avere ulteriori, importanti sviluppi nel prossimo futuro ed il cui avvio — a seguito di un dibattito sviluppatosi solo a partire dai primi anni novanta — era riconducibile non soltanto alle difficoltà della Commissione ad assicurare, da sola, il rispetto delle norme sulla concorrenza nella Comunità in maniera efficace e di far fronte all'ingente numero di casi pendenti, ma anche al verificarsi di una serie di mutamenti «di sistema».

Tra i più significativi, possono ricordarsi il maggior grado di integrazione economica raggiunto tra i paesi dell'Unione, l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea recante l'espressa enunciazione del principio della sussidiarietà, la creazione e il radicamento nei singoli ordinamenti nazionali di specifici assetti istituzionali e normativi a tutela della concorrenza (questi ultimi per lo più modellati o quanto meno compatibili con le disposizioni comunitarie) e la conseguente maggiore fiducia da parte della Commissione Europea nella capacità degli Stati membri, tramite le rispettive autorità garanti della concorrenza, di assicurare in maniera efficace ed uniforme l'applicazione di detta disciplina<sup>4</sup>. A ciò

<sup>4</sup> Le radicali trasformazioni rapidamente indicate nel testo hanno contribuito a rendere sempre meno giustificata la marcata tendenza manifestata originariamente dalla Commissione a centralizzare il più possibile l'applicazione delle regole di concorrenza.

Sul tema dell'applicazione in via decentrata delle regole di concorrenza si segnalano, senza pretesa di completezza, le riflessioni svolte da: TESAURO, G., *The relationship between the european commission and the competition authorities of the EC Member States*, relazione presentata al seminario nell'Università di St.Gallen in data 22 aprile 1999; TIZZANO, A., *L'applicabilità decentrata degli art. 85 e 86 CE in Italia*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Atti della conferenza Internazionale tenuta a Roma il 20-21 novembre 1995, p. 99 e *Foro It.*, 1997, n. 1, IV, p. 33; AMATO, G., *Decision Making at the periphery*, Competition Workshop, 19-20 aprile 1996, EUI, Florence; VAN MIERT, K., *Sviluppi e prospettive dell'applicazione decentrata del diritto della concorrenza europeo*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Atti della conferenza Internazionale tenuta a Roma il 20-21 novembre 1995, p. 113; SIRAGUSA, M., *Il*

si aggiunga che l'applicazione degli artt. 85 e 86 da parte dei giudici nazionali, promossa dalla Commissione già a partire dagli anni ottanta, aveva avuto un rilievo complessivamente marginale anche perché rimessa alle iniziative giudiziarie dei privati.

Un passaggio importante in tale processo di «decentramento», è stato certamente costituito dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali di tutela della concorrenza<sup>5</sup>, la quale ha chiarito e «sistematizzato» i *principi* ispiratori<sup>6</sup> e le *finalità* del decentramento (tra cui quella del «*one stop shop*»), nonché i criteri per il riparto dei casi tra la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza nell'ambito della loro competenza concorrente, in sostanza, assegnando alle autorità nazionali la trattazione dei casi in cui sia carente un sufficiente interesse comunitario, in linea con un noto indirizzo giurisprudenziale formatosi in materia di diritti del denunciante<sup>7</sup>. Essa stabilisce inoltre le modalità procedurali per il loro coordinamento.

*ruolo delle autorità nazionali antitrust nel promuovere un'applicazione convergente delle norme sulla concorrenza in Europa: opportunità di un'applicazione decentrata della normativa UE sulla concorrenza*, in La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Atti della conferenza Internazionale tenuta a Roma il 20-21 novembre 1995, p. 79; EHLERMANN, C. D., «Implementation of EC Competition Law by Antitrust Authorities», *European Competition Law Rev.*, 1996, n. 2, p. 88 ss; SAGGIO, A., *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, Dir. Unione Europea, n. 1-2, 1997, p. 1 ss; WESSELING, R., «Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting The Right Agenda», *European Law Rev.*, vol. 22, n. 1, feb. 1997, p. 35 ss.; HEIMLER, A., «National Priorities, National Law and European Law: The Italian Experience», *European Competition Law Rev.*, 6/98, p. 315 ss; TODINO, M., «L'Autorità e l'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE», in *Temi e Problemi*, 1997, p. 11 ss.; DE VITA, M., «Modelli comunitari e disciplina della concorrenza», *Il Dir. Unione Europea*, n. 4/1998, p. 821 ss.

<sup>5</sup> Cfr. «Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato CE», pubblicata in GUCE C313 del 15 ottobre 1997.

<sup>6</sup> Tra i *principi* a cui la Commissione ha fatto riferimento nella Comunicazione figurano in particolare quello di favorire che le decisioni siano adottate il più vicino possibile ai soggetti diretti interessati (art. A, Trattato) e-sebbene non espressamente-il citato principio di sussidiarietà consacrato nell'art. 3B del Trattato, per cui, in presenza di una competenza concorrente (quale quella in tema di applicazione degli articoli 85.1 e 86 del Trattato), la Commissione interverrà solo laddove «a causa delle sue dimensioni e dei suoi effetti, l'azione prevista può essere meglio realizzata a livello comunitario». In caso contrario, l'intervento spetterà di norma all'autorità antitrust nazionale. La rilevanza della sussidiarietà nei rapporti tra Commissione e autorità nazionali in materia di concorrenza, già prima della espressa previsione di tale principio nel Trattato di Maastricht entrato in vigore il (1.º novembre 1993), nonché l'opportunità che essa si realizzasse tramite adeguate forme di decentramento e cooperazione, privilegiando l'intervento delle autorità nazionali per tutti i casi privi di un effettivo interesse comunitario era stata già sottolineata dalla Commissione; si vedano a tal riguardo la XXIII Relazione sulla politica di concorrenza (1993, punti 189-191), nella quale veniva anche annunciata l'intenzione di predisporre una comunicazione nella quale precisare i criteri ed i metodi di ripartizione dei casi, e la XXIV Relazione sulla politica di concorrenza (1994, punti 23-29).

<sup>7</sup> Cfr. sentenza 18 settembre 1992, del Tribunale di Primo Grado, causa T-24/90, *Automec II*, Raccolta, punti 85-86, pag. II-2223. Secondo tale indirizzo la Commissione poteva decidere di non avviare un'istruttoria a seguito di una denuncia in mancanza di un sufficiente interesse comunitario da valutare tenute presenti gli elementi di fatto e di diritto del caso di specie ed in particolare «la rilevanza dell'asserita infrazione per il funzionamento del mercato comune, la probabilità di poterne

Quanto ai *criteri di riparto*, va sottolineato che la Comunicazione configura una sorta di «presupposto generale» all'applicazione decentrata consistente nell'*efficacia dell'attività dell'autorità antitrust nazionale* nel dare applicazione agli artt. 85.1 e 86, da valutarsi preventivamente per accertare se l'intervento nazionale possa salvaguardare in maniera adeguata l'interesse pubblico sotteso all'efficace applicazione delle norme comunitarie di concorrenza. A tal fine, dovrà essere valutata l'adeguatezza della struttura organizzativa dell'autorità nazionale chiamata ad operare in via decentrata ed i poteri istruttori, cautelari e sanzionatori ad essa conferiti.

I criteri di riparto propriamente detti sono modellati, pur sotto profili diversi, intorno all'esistenza/carenza di un significativo interesse comunitario, attribuendo alle autorità nazionali i casi *a*) in cui *gli effetti attuali o prevedibili dell'intesa o dell'abuso, sono essenzialmente nazionali*, il che di norma si verifica quando il mercato rilevante è limitato al territorio di un solo Stato membro<sup>8</sup>, *b*) in cui *la natura dell'infrazione non coinvolge la competenza esclusiva della Commissione* (quali i casi di intese notificate alla Commissione per ottenere un'esenzione ex art. 85.3, ovvero le ipotesi di denunce volte ad ottenere la revoca di un'esenzione già concessa)<sup>9</sup>, ovvero *c*) che *non hanno un interesse particolare —di tipo economico o giuridico— per la Comunità*<sup>10</sup>.

*accertare l'esistenza e la portata delle misure istruttorie necessarie*». Cfr. anche Tribunale di Primo Grado, 24 gennaio 1995, T-114/92, *BEMIM*, punto 80, Raccolta, pag. II-178. Sul punto si veda anche la XXV Relazione sulla politica di concorrenza (1995, punto 92).

<sup>8</sup> A tal riguardo, viene richiamata l'ipotesi di intese a cui partecipano imprese di uno stesso Stato membro e che pur non riguardando importazioni o esportazioni intracomunitarie, possano incidere sul commercio tra Stati membri. In tali casi, le singole autorità nazionali sarebbero più idonee ad esaminare il caso, mentre laddove gli effetti dell'intesa o dell'abuso fossero sopranazionali esse incontrerebbero notevoli difficoltà nello svolgimento dell'attività istruttoria e, comunque, nell'imporre le decisioni finali al di fuori del loro territorio (paragrafi 24, 27-28 della Comunicazione).

<sup>9</sup> Questo criterio, come si è visto (cfr. nota n. 14), sembra però destinato a venir meno nella prospettiva di riforma auspicata dalla Commissione nel Libro Bianco, secondo la quale le autorità nazionali saranno chiamate anche ad applicare anche l'art. 85.3 CE, in un sistema di "eccezione legale".

<sup>10</sup> Rientrano in questa categoria i casi, *i*) che implicano la soluzione di *questioni giuridiche «nuove»* —non ancora affrontate dalla prassi decisionale della Commissione, né dalla giurisprudenza delle Corti comunitarie— per i quali la Commissione vorrebbe mantenere una propria competenza, per assicurare l'uniformità dell'interpretazione delle norme di concorrenza; *ii*) quelli aventi una "*particolare importanza economica*", che viceversa la Commissione vorrebbe trattare solo laddove possano ostacolare in maniera significativa l'accesso al mercato da parte delle imprese di altri Stati membri; *iii*) quelli riguardanti presunti comportamenti anticoncorrenziali di imprese pubbliche, di imprese destinatarie di diritti speciali ed esclusivi, imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (di cui all'art. 90, 1 e 2 paragrafo, CE).

In relazione a questi casi che presentano un *interesse particolare per la Comunità*, la Commissione sembra essersi voluta riservare un certo margine di discrezionalità, in pratica riservandosi di trattare essa stessa taluni casi anche qualora siano soddisfatte le condizioni per il decentramento previste dagli altri criteri, nonché il presupposto generale dell'efficacia della tutela antitrust assicurata dall'autorità nazionale interessata (paragrafi 33-36 della Comunicazione). In relazione a quest'ultimo criterio di riparto, la previsione di una comunicazione sistematica da parte delle autorità nazionali alla Commissione dei casi da esse trattati ed aventi un interesse particolare per la Comunità (sia sotto il profilo giuridico che economico) e quindi dalla Commissione alle altre autorità nazionali

In generale, la Comunicazione evidenzia la necessità di uno stretto coordinamento tra le autorità nazionali di tutela della concorrenza e la Commissione, reso peraltro non completamente possibile da limiti regolamentari sia a livello comunitario che nazionale sullo scambio di informazioni e sul loro utilizzo<sup>11</sup>, limiti che sarebbe opportuno riconsiderare, pur stabilendo le dovute cautele sulla segretezza e confidenzialità delle informazioni stesse<sup>12</sup>.

La prospettiva del decentramento del diritto comunitario antitrust è stata ulteriormente rafforzata sia dal recente Regolamento del Consiglio sulla riforma del trattamento delle restrizioni verticali<sup>13</sup>, sia dal Libro Bianco sulla modernizzazione dell'applicazione delle norme comunitarie

potrebbe favorire un costante flusso informativo oltreché con la Commissione, suo tramite, anche con le autorità degli altri Stati membri e consentire così un maggiore coordinamento ed una uniforme applicazione del diritto della concorrenza in via decentrata nella Comunità (cfr. punti 49-50 della Comunicazione). Da notare che questo meccanismo informativo era prefigurato già nel Rapporto elaborato dal Gruppo di Lavoro *ad hoc* Commissione Europea/Stati membri, presieduto da Jean Dubois, che nel settembre 1994 presentò le proprie conclusioni sull'applicazione decentrata delle norme comunitarie di concorrenza ad una riunione dei Direttori Generali della Concorrenza che ne approvò i contenuti. Nel recente Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione (cfr. oltre nota 14), si auspica la previsione di un obbligo delle autorità nazionali di informare la Commissione dei casi avviati ex art. 85-86 CE (punto 105).

<sup>11</sup> A tal riguardo, la Comunicazione precisa che qualora la Commissione ritenga di poter rinviare un caso ad essa denunciato ad una autorità nazionale non potrà rivelare ad essa l'identità dei denunciati se tale cautela sia stata da essi richiesta per motivi di riservatezza (cfr. sentenza *Adams*, Corte di Giustizia, 7 novembre 1985. Raccolta, pag. 3587) e che le informazioni non pubbliche già raccolte dalla Commissione in forza dei suoi poteri istruttori potranno essere utilizzate dalle autorità nazionali solo come «indizi» di cui tenere eventualmente conto per l'instaurazione di un procedimento nazionale, ma non come mezzi di prova (cfr. sentenza 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada*, Racc. 1992, pag. I-4820, punti 37 ss.); anche questo limite nell'uso delle informazioni scambiate tra Commissione e Stati membri secondo la Commissione dovrà essere rimosso nell'ambito del processo di modernizzazione previsto nel Libro Bianco, cit. (punti 96-97), tramite una modifica dell'art. 20, Reg. 17/62.

<sup>12</sup> Non sono invece esplicitamente previste *forme dirette di collaborazione* tra le autorità nazionali, per le quali sarebbe auspicabile una specifica normativa comunitaria di armonizzazione nel nuovo contesto del decentramento della tutela della concorrenza. A tal fine sarebbe utile prevedere strumenti di collaborazione consistenti, ad esempio, in forme di assistenza alle altre autorità nazionali nella raccolta di informazioni nei rispettivi Stati, ovvero nello scambio di informazioni utilizzabili (esclusivamente per finalità *antitrust*) nei rispettivi procedimenti, superando le limitazioni oggi presenti nelle normative nazionali. E' interessante quanto accaduto in altri settori: ad esempio, la direttiva 95/26/CE, all'art. 4, ha previsto forme di collaborazione con scambi di informazioni anche tra autorità competenti a svolgere funzioni di vigilanza nei diversi Stati membri, per rafforzare la vigilanza prudenziale nel settore dei servizi finanziari.

<sup>13</sup> Si tratta del regolamento, approvato dal Consiglio nella riunione del 29 aprile 1999, di modifica del regolamento CEE 19/65. Si vedano in particolare il considerando 11 e l'art. 1, comma 5, in cui, al fine di accrescere l'applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza, viene assegnato alle autorità nazionali anche la competenza di ritirare il beneficio dell'applicazione dell'emanando regolamento generale di attestazione negativa delle intese verticali, sottraendo ad esso singole intese che non soddisfino le condizioni dell'art. 85.3 ed i cui effetti si esplichino nel territorio di uno Stato membro, avente le caratteristiche di un mercato distinto. Si veda anche la Dichiarazione del Consiglio sugli elementi essenziali della nuova politica della concorrenza sulle restrizioni verticali, nel quale viene espressamente indicato l'obiettivo di «*an extended decentralisation of controls*».

sulla concorrenza<sup>14</sup>. Anche l'interpretazione maggiormente restrittiva data recentemente dalla Corte di Giustizia al requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri, se confermata, potrà contribuire ulteriormente a decentrare (anche se necessariamente sulla base delle norme nazionali) l'attività di tutela della concorrenza all'interno dell'Unione<sup>15</sup>.

In tale contesto, nel 1998 ed i primi mesi del 1999, per la prima volta da quando la legge ha esplicitamente abilitato l'Autorità ad applicare direttamente gli artt. 85.1 e 86 del Trattato CE, chiarendo i relativi profili procedurali<sup>16</sup>, sono stati avviati taluni procedimenti istruttori (dei quali uno solo già concluso) sulla base dell'applicazione «decentrata» di tali disposizioni.

#### A. LA PROSPETTIVA DELL'AUTORITÀ SUL DECENTRAMENTO

L'Autorità si era sempre espressa a favore di un maggior coordinamento tra i sistemi nazionali e comunitario di tutela della concorrenza, partecipando attivamente ai lavori preparatori della Comunicazione. A seguito della sua pubblicazione, essa ha evidenziato ancora una volta l'importanza del decentramento nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, osservando che esso «risponde a un'esigenza di democrazia e di efficienza, nella convinzione che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, qualsiasi decisione è più efficacemente adottata dalla istituzione più prossima ai destinatari della stessa»<sup>17</sup>

Inoltre, l'Autorità ha sottolineato come l'applicazione decentrata delle norme del Trattato CE sulla concorrenza possa rappresentare un strumento per ampliare le proprie possibilità di intervento in presenza di assetti normativi e regolamentari nazionali distorsivi delle dinamiche di mercato. L'idea è che nell'applicare direttamente gli artt. 85.1 e 86 del Trattato, le autorità nazionali —proprio in virtù dell'appartenenza di quelle norme all'ordinamento comunitario e del primato ad esso ormai pacificamente riconosciuto nell'ordinamento italiano<sup>18</sup>— potrebbero disporre di margini più ampi d'azione di quelli disponibili applicando le sole norme antitrust nazionali, anche quando —come nel caso italiano— queste ultime siano modellate su quelle comunitarie. In particolare, in coerenza

<sup>14</sup> Cfr. il Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, adottato dalla Commissione il 28 aprile 1999, il quale prospetta la necessità di un deciso rafforzamento del ruolo delle autorità nazionali nell'applicazione delle regole di concorrenza, da realizzarsi anche tramite l'abolizione della competenza esclusiva della Commissione nel concedere le esenzioni di cui all'art. 85.3 del Trattato (cfr. punto 91 ss.) nell'ambito di un sistema di «eccezione legale».

<sup>15</sup> Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e altri/Banca Popolare di Novara e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*, punti 47-51, Foro It., 1999, n. 1, IV, pag. 42.

<sup>16</sup> Legge 6 febbraio 1996 n. 52, art. 54, comma 5.

<sup>17</sup> Cfr. la Relazione Annuale al 30 aprile 1998, pag. 9. Si vedano altresì la Relazione Annuale al 30 aprile 1996, pag. 7 ss e la Relazione Annuale al 30 aprile 1997, p. 36 ss.

<sup>18</sup> Cfr. TESAURO, G., *Diritto Comunitario*, 1995, p. 119 ss.

con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee in applicazione del combinato disposto degli art. 3.g).5.n. 2 e 85-86<sup>19</sup>, potrebbero risultare vietate quelle misure normative e regolamentari nazionali che abbiano autorizzato, favorito o addirittura imposto specifici comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, pregiudicando così il realizzarsi dell'*effetto utile* delle norme contenute negli artt. 85 e 86<sup>20</sup>.

Questa prospettiva, che rappresenta una delle possibili implicazioni dell'applicazione decentrata delle disposizioni comunitarie — benché certamente innovativa e della quale vanno indagate ulteriormente le modalità ed i limiti applicativi — potrebbe acquisire nei prossimi anni un notevole rilievo, soprattutto nel contesto italiano ancora caratterizzato da una stretta regolamentazione, nonostante i notevoli interventi di liberalizzazione attuati in diversi settori dal Governo e dal Parlamento negli ultimi anni, specie sotto la spinta di specifiche direttive comunitarie, nei settori delle *public utilities*.

A livello comunitario, si può osservare che la Commissione in almeno due casi sembra aver seguito, anche se in maniera non del tutto esplicita, il predetto approccio fino a sanzionare (ex art.85 del Trattato) determinati

<sup>19</sup> Cfr. tra le altre, la sent. 16 novembre 1977, causa 13/77, INNO/ATAB, Raccolta 2115, punti 28-34, sent. 17 novembre 1994, C-185/91, *Reiff*, Raccolta I-5801; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta*, Raccolta, I-2517; nonché, da ultimo, sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Repubblica italiana (Spedizionieri doganali)*, Raccolta, I-3851.

<sup>20</sup> Nella Relazione Annuale al 30 aprile 1998, l'Autorità osservava al tal riguardo, che «nell'ipotesi in cui applichi direttamente gli articoli 85 e 86 del Trattato, e non le corrispondenti norme della legge n. 287/90, ben potrà disporre, in funzione dei casi sottoposti al suo esame, di margini più ampi al fine di sanzionare fattispecie restrittive della concorrenza. In particolare, se è vero che l'Autorità si sostituisce alla Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86, ne consegue che essa non potrà che farlo fondandosi sulla prassi applicativa della stessa Commissione e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che quelle norme ha interpretato. Quest'ultima, al preciso scopo di salvaguardare l'effetto utile degli articoli 85 e 86, ha individuato e adottato soluzioni che consentono di sanzionare anche i comportamenti di imprese derivanti, direttamente o indirettamente, da misure normative. Più precisamente, muovendo dal rilievo che il perseguimento di un regime fondato sulla libera concorrenza costituisce, ai sensi dell'articolo 3, lettera g, uno degli scopi della Comunità e che gli Stati membri non possono, conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, adottare misure che compromettano la realizzazione degli scopi del Trattato, la Corte di Giustizia è pervenuta alla conclusione che sono incompatibili con il diritto comunitario quelle misure statali che consentano alle imprese di sottrarsi ai divieti imposti dalle norme comunitarie sulla concorrenza. In altri termini, risultano vietate le misure normative e regolamentari che autorizzano o comunque facilitano eventuali comportamenti anticoncorrenziali delle imprese». L'Autorità concludeva sul punto prefigurando che «la stessa costruzione logico-giuridica potrebbe essere utilizzata anche dalle autorità antitrust nazionali. Pur con i limiti insiti nella prassi e nella giurisprudenza in questione, è pertanto evidente che l'applicazione decentrata degli articoli 85 ed 86 apre nuovi orizzonti all'attività dell'Autorità che, attraverso la disapplicazione delle regolamentazioni pubbliche che abbiano le accennate caratteristiche, potrebbe incidere in modo ancora più significativo a tutela della concorrenza e del mercato. In particolare l'Autorità potrà apportare un contributo importante nella definizione degli assetti concorrenziali in quei settori e rispetto a quelle attività che sono ancora oggi soggette a troppi vincoli e limitazioni, che in qualche caso trovano la loro ragione d'essere non tanto nel perseguimento di interessi generali quanto nella difesa di interessi corporativi e di parte, che frenano lo sviluppo e ostacolano la competitività dell'economia italiana nella prospettiva europea». Il punto è brevemente ripreso anche nella Relazione Annuale dell'Autorità al 30 aprile 1999, I capitolo.

In dottrina, questa prospettiva — con particolare riferimento alla disapplicazione delle misure regolamentari vietate — è stata indicata da A. Tizzano (op. cit., Foro It., pag. 44) e sviluppata da M. Todino (op. cit., pag. 22-24).

comportamenti posti in essere da associazioni di impresa (in materia di fissazioni di tariffe per attività professionali), pur in presenza di norme nazionali che rendevano possibili le condotte esaminate <sup>21</sup>.

## B. PRIMI CASI DI APPLICAZIONE DIRETTA DELLE NORME COMUNITARIE

a) L'Autorità, sin dalla sua istituzione, ha applicato in maniera piena ed effettiva le disposizioni della legge n. 287/90 —pienamente armonizzate con le corrispondenti norme comunitarie— adottando un criterio di stretto coordinamento della propria competenza ed attività con quelle della Commissione, in tal modo realizzando anticipatamente gli obiettivi del decentramento oggetto della citata Comunicazione <sup>22</sup>. In particolare, in base alle norme antitrust nazionali l'Autorità ha valutato anche numerose fattispecie in cui le condotte delle imprese non esaurivano del tutto i propri effetti nel mercato nazionale <sup>23</sup>.

In tali casi, l'Autorità, prima che le fosse esplicitamente conferito il potere di applicare gli artt. 85 e 86 CE, ha ritenuto comunque sussistere la propria competenza (e quindi l'applicabilità delle norme antitrust nazionali) fintantoché la Commissione non avesse formalmente avviato una procedura in relazione allo stesso caso <sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Decisione della Commissione n. 93/438/CEE del 30 giugno 1993, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, punto 44 (GUCE L 203 del 13.8.1993), per la quale pende appello dinanzi al Tribunale di Primo Grado (causa T-513/93); decisione della Commissione, n. 95/188/CE del 30 gennaio 1995, *COAPI*, punti 42-48 (GUCE L 122 del 2.6.1995). A tal riguardo si vedano le riflessioni di NASCIMBENE, B., «Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale», in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, pag. 482 ss.

Si osserva, inoltre, che nella nota sentenza, 30 gennaio 1985, causa 123/85, *BNIC/Clair*, la Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ritenne in violazione dell'articolo 85 del Trattato un accordo interprofessionale di fissazione di prezzi, ancorché esso fosse stato raggiunto nell'ambito di un organismo di diritto pubblico, e fosse stato successivamente ratificato e reso efficace *erga omnes* dalle pubbliche autorità. Sul punto si veda, DE VITA, M., «Misure normative e applicabilità alle imprese della legge antitrust», *Temi e Problemi*, 1997, pag. 21.

<sup>22</sup> In tal senso, è stato osservato che l'esperienza dell'Autorità, anche prima che essa fosse abilitata ad applicare direttamente gli artt. 85 e 86 del Trattato, si è caratterizzata per aver realizzato con successo una tutela antitrust decentrata, fondata sul principio di sussidiarietà: sul punto HEILMER, A., *op. cit.*

<sup>23</sup> Per fare ciò l'Autorità ha dovuto anche superare talune difficoltà di carattere esegetico della legge n. 287/90. In vero, una lettura restrittiva dell'art. 1, comma 1, della legge 287/90, avrebbe potuto indurre ad un'applicazione «residuale» delle norme nazionali alle sole ipotesi non rietranti nell'ambito degli artt. 85 e 86 del Trattato, il cui ambito di applicazione in linea di principio è, come noto, assai vasto e in larga misura sovrapponibile a quello delle corrispondenti norme nazionali, stante l'ampiezza della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri affermatasi nella prassi e nella giurisprudenza comunitaria.

<sup>24</sup> Paradigmatica di tale forma coordinamento procedurale —confermata dal giudice amministrativo Tar Lazio sent. n. 96/1998— è la decisione dell'Autorità di sospendere una propria istruttoria a seguito dell'avvio di un procedimento ai sensi dell'art. 86 da parte della Commissione avente ad oggetto la stessa fattispecie. Si tratta del Procedimento *A130 International Tobacco Agency/Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (in bollettino *AGCM*, n. 19/1997). Nel mese di ottobre 1998 - dopo aver ricevuto la decisione della Commissione con cui nel giugno 1998 aveva concluso la procedura nei confronti dell'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato accertando una vio-



Questa applicazione «estensiva» della normativa nazionale da parte dell'Autorità non ha creato problemi sotto il profilo dell'uniformità con il diritto comunitario, sia perché le disposizioni sostanziali su intese, abusi e concentrazioni —sono pienamente armonizzate con le corrispondenti norme comunitarie riflettendone fedelmente il contenuto (eccetto, naturalmente il requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario), sia soprattutto— perché l'Autorità nell'applicare le predette disposizioni della legge n. 287/90 si è attenuta all'obbligo di interpretarle «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (cfr. art. 1.4, legge n. 287/90) <sup>25</sup>.

Tuttavia, la possibilità di applicazione diretta degli artt. 85.1 e 86 ha rappresentato, per certi versi, l'inizio di una fase *nuova*, da molti auspicata, nell'attività di *enforcement* della normativa antitrust in Italia.

b) Nel corso del 1998 e nei primi quattro mesi del 1999, l'Autorità ha avviato tre istruttorie (*Consorzio Industrie Fiammiferi* <sup>26</sup>; *Unapace/ENEL* <sup>27</sup>; *Stream/Telepiù* <sup>28</sup>), in applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato;

lazione dell'articolo 86 del Trattato CE, per l'imposizione di alcune clausole abusive contenute nei contratti di distribuzione e di alcune pratiche unilaterali posti in essere nei confronti delle imprese concorrenti, comminando una sanzione di 6 milioni di ECU (decisione 98/538/CE, GUCE L252 del 12.9.1998)— l'Autorità ha deciso di chiudere l'istruttoria in precedenza sospesa, non ritenendo sussistere ulteriori specifici elementi che giustificassero la prosecuzione del procedimento e l'applicazione della normativa nazionale in relazione alla fattispecie già sanzionata dalla Commissione (cfr. bollettino AGCM, n. 43/1998).

<sup>25</sup> Questo meccanismo di rinvio interpretativo obbligatorio all'ordinamento comunitario ha di fatto consentito all'Autorità —così come ai giudici amministrativi in sede di controllo della legittimità dei suoi atti— di potersi avvalere immediatamente del vasto *case-law* costituito dalla giurisprudenza delle Corti comunitarie (inizialmente, soprattutto della Corte di Giustizia) e dalla prassi applicativa della Commissione, oltreché della cospicua elaborazione della dottrina giuridico-economica formatasi sulla normativa comunitaria.

Si noti che anche il Competition Act (adottato nel Novembre 1998), le cui disposizioni sostanziali sono state modellate sugli artt. 85-86 CE, ha introdotto nel Regno Unito uno specifico criterio interpretativo delle norme nazionali tale da garantirne la conformità ai principi del Trattato ed ai precedenti delle Corti comunitarie (cfr. Part I, section 60, «*Governing Principles*»).

<sup>26</sup> Si tratta del primo procedimento istruttorio avviato in applicazione diretta delle norme del Trattato sulla concorrenza da parte dell'Autorità. Esso aveva ad oggetto possibili violazioni degli articoli 85.1 e 86 nella produzione e commercializzazione all'ingrosso di fiammiferi in Italia da parte di un consorzio istituito per legge che riunisce tutti i produttori italiani di fiammiferi (CIF), tra cui il presunto coordinamento delle politiche commerciali tra i produttori italiani consorziati, nonché altri comportamenti che potrebbero avere l'effetto di limitare l'accesso al mercato da parte di produttori comunitari concorrenti, compartimentando il mercato nazionale e pregiudicando in tal modo il commercio tra Stati membri (in bollettino AGCM, n. 45/1998).

<sup>27</sup> Si tratta di un procedimento, concluso il 9 aprile 1999 (vedi oltre nel testo), che era stato avviato in relazione a presunte condotte abusive in violazioni dell'articolo 86 poste in essere dall'ENEL, in posizione dominante nel mercato della fornitura di energia elettrica in Italia, consistenti nella conclusione di accordi per la fornitura di energia elettrica con clienti caratterizzati da elevati consumi annui, contenenti clausole di durata pluriennale e di prelazione (tipo «clausola inglese») a favore dell'Enel, in posizione dominante nel mercato della fornitura di energia elettrica in Italia, che apparivano suscettibili di limitare l'accesso a tale mercato da parte di concorrenti nazionali e comunitari, producendo un sostanziale pregiudizio del commercio intracomunitario. Tali condotte risultavano assumere una specifica connotazione anticoncorrenziale essendo imminente la scadenza del termine per il recepimento della direttiva 96/92/CE relativa alla progressiva liberalizzazione delle forniture di energia elettrica (in bollettino AGCM, n. 46/1998).

di esse solo una è stata conclusa al momento in cui si scrive<sup>29</sup>. Inoltre, in un caso in cui era stato notificato un accordo di collaborazione tra due operatori nel settore del trasporto aereo (per ottenere un'attestazione negativa o un'autorizzazione in deroga) l'Autorità ha ritenuto applicabile l'articolo 85, essendo coinvolte rotte intracomunitarie; di conseguenza, avendo le parti richiesto in via subordinata l'esenzione dell'accordo, è stata individuata la competenza esclusiva della Commissione a decidere ex art. 85.3 CE.

Analizzando i provvedimenti di avvio delle istruttorie (nel merito delle quali non è evidentemente possibile entrare essendo tuttora in corso)<sup>30</sup> è possibile osservare che in tutti questi casi l'applicabilità degli artt. 85.1 e 86, singolarmente o congiuntamente, è stata valutata in base alla considerazione che i comportamenti presi in esame apparivano idonei ad influire in maniera significativa sui flussi di scambio di determinati prodotti tra gli Stati Membri dell'Unione, quindi come comportamenti «*idonei a produrre un sostanziale pregiudizio al commercio intracomunitario*», in particolare, limitando l'accesso a determinati mercati del prodotto con dimensione nazionale e, in almeno due casi<sup>31</sup>, «*realizzando in tal modo la compartimentazione del mercato nazionale*».

Nel caso *Stream/Telepiù* la motivazione è stata esplicita nel sottolineare che i comportamenti esaminati apparivano idonei ad ostacolare la concorrenza *potenziale*, rappresentata soprattutto da operatori esteri<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Si tratta infine di un procedimento avviato nel marzo 1999, per accertare possibili abusi di posizione dominante e intese restrittive della concorrenza nei mercati dei diritti sportivi e cinematografici criptati e nel mercato della televisione a pagamento. In particolare, l'istruttoria verte su presunti comportamenti abusivi posti in essere da Telepiù —con la conclusione di rapporti di lunga durata per l'acquisizione in esclusiva di diritti Tv sul calcio ed sui film dei maggiori distributori nazionali e stranieri, suscettibili di impedire o ostacolare (*foreclosure*) l'entrata di concorrenti attuali e potenziali, anche stranieri, e possibili intese restrittive della concorrenza tra Telepiù e Stream finalizzate a una ripartizione dei mercati interessati (in bollettino *AGCM*, n. 12/1999).

<sup>29</sup> A263 Unapace/Enel in bollettino *AGCM*, n. 13-14/99.

<sup>30</sup> In base alla legge n. 287/90 i provvedimenti di apertura d'istruttoria sono resi pubblici tramite pubblicazione sul bollettino dell'Autorità.

<sup>31</sup> Procedimenti A263 Unapace/ENEL e I318 Consorzio Industrie Fiammiferi. Quest'ultimo è stato ampliato per ben due volte. Nel dicembre 1998, ai rapporti di fornitura con esclusiva territoriale fra il CIF e i magazzini vendita di generi di monopolio caratterizzati prevedono un'esclusiva territoriale in capo ai magazzini stessi. In particolare l'esistenza e l'effettività di detta esclusiva territoriale sembrava suscettibile di restringere la concorrenza sul mercato della produzione e distribuzione di fiammiferi, determinando una compartimentazione territoriale della distribuzione all'ingrosso, in possibile violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE. Infine, nel marzo 1999, in base a nuove evidenze documentali, l'istruttoria è stata ulteriormente estesa ad una possibile intesa fra il CIF e Swedish Match SA, il principale produttore europeo di fiammiferi, avente a oggetto l'impegno del CIF ad acquistare da Swedish Match SA una quantità di fiammiferi per soddisfare una quota prestabilita del consumo nazionale, in possibile violazione dell'articolo 85, comma 1, del Trattato CE, in quanto determinerebbe una ripartizione del mercato nazionale tra concorrenti, italiani e comunitari.

<sup>32</sup> In particolare, ai punti 18-19 della motivazione si legge: «*I comportamenti descritti sono suscettibili di determinare ostacoli all'ingresso di operatori esteri sui mercati della pay-TV, dei diritti sportivi criptati e dei diritti cinematografici criptati in Italia. ... L'attuale struttura dei mercati e gli ingenti investimenti attualmente necessari per iniziare l'attività di pay-TV, in particolare con tecnologia digitale, rendono assai probabile che la concorrenza potenziale possa essere costituita soprattutto da imprese*

In tutti questi casi —nel cui provvedimento di avvio dell'istruttoria è fatto espresso riferimento alla predetta Comunicazione della Commissione— il criterio in base al quale l'Autorità ha ritenuto sussistere la sua competenza è stato quello degli *effetti essenzialmente nazionali dell'infrazione*; viceversa, come si è visto, laddove una determinata fattispecie è risultata rientrare nella competenza esclusiva della Commissione (ad esentare una intesa ex art. 85.3) l'Autorità si è ritenuta incompetente a provvedere.

Da notare che nell'avviare il procedimento *Consorzio Industrie Fiammiferi*, per la prima volta l'Autorità ha indicato, in via subordinata, la possibilità che ove nel corso dell'istruttoria si fosse accertato che una determinata delibera del Consorzio CIF<sup>33</sup>, che appariva in contrasto con l'articolo 85.1 del Trattato CE, non era imputabile direttamente alla sola volontà del Consorzio stesso e delle imprese ad esso aderenti —essendo stata essa successivamente approvata con decreto ministeriale— «*si dovrà valutare la compatibilità della normativa volta a disciplinare l'attività del Consorzio stesso con gli art. 3, lettera g), 5 e 85.1 del Trattato CE*»<sup>34</sup>.

c) L'unica istruttoria finora conclusa dall'Autorità in applicazione diretta delle norme del Trattato (*Unapace/ENEL*) ha consentito di accertare la natura anticoncorrenziale (ex art. 86 CE) di taluni comportamenti posti in essere dall'Enel che fino al 1.º aprile 1999, data di entrata in vigore della normativa italiana di recepimento della direttiva 96/92/CE<sup>35</sup>, operava in Italia in regime di riserva legale per le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica nel territorio nazionale<sup>36</sup>. Le condotte accertate nell'istruttoria consistevano nella stipulazione da parte di Enel, nel corso del 1998, di accordi di fornitura per l'intero fabbisogno di energia elettrica di gruppi industriali caratterizzati da elevati consumi annui.

Questi contratti di fornitura esclusiva si caratterizzavano, inoltre, i) per essere di durata pluriennale (tre anni, rinnovabile) e ii) per la previsione di un diritto di recesso del cliente in presenza di offerte di approvvigionamento di energia più vantaggiose provenienti da altri produttori, recesso il cui esercizio era tuttavia subordinato, di fatto, ad un diritto di prelazione a favore dell'Enel consentendo ad essa di allineare le condizioni contrattuali applicate al cliente a quelle offerte dai concorrenti. Quest'ultima clausola è stata valutata alla stregua di una c.d. «clausola inglese», contraria all'art. 86 CE in quanto imposta da una impresa in

---

*situata all'estero, già attive nel settore in una pluralità di mercati nazionali ed in possesso di risorse finanziarie e tecniche adeguate. ... Conseguentemente, eventuali sfruttamenti abusivi di una posizione [o intese restrittive della concorrenza] possono determinare un pregiudizio al commercio intracomunitario, anche se tali comportamenti sono posti in essere limitatamente al territorio italiano».*

<sup>33</sup> Cfr. sopra nota 31.

<sup>34</sup> Cfr. punto 26 provvedimento di avvio.

<sup>35</sup> Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79.

<sup>36</sup> Erano escluse dalla riserva legale solo quelle attività rientranti nei c.d. «regimi di esonero» previsti dalla legge n. 1643/62 in favore di i) aziende di produzione di enti locali, ii) autoproduttori e iii) imprese elettriche di piccole dimensioni.

posizione dominante, in conformità al noto orientamento della Corte di Giustizia nel caso *Hoffman-La Roche*<sup>37</sup>.

Con riferimento alla clausola di durata, l'Autorità ha ritenuto che l'estensione del rapporto di fornitura in esclusiva ad un minimo di tre anni avrebbe consentito a Enel di vincolare a sé clienti che, per gli elevati consumi, ai sensi della direttiva 96/92/CE erano qualificabili come «clienti idonei» e che, pertanto, nel contesto dell'imminente liberalizzazione, avrebbero potuto rivolgersi per le proprie forniture anche ad altri fornitori di energia elettrica diversi dall'Enel; la clausola di durata era tale da determinare un effetto di *pre-emption* del futuro mercato liberalizzato dell'energia elettrica a favore dell'Enel e a danno di operatori alternativi nazionali e comunitari, così da integrare un'autonoma infrazione dell'art.86 CE. Questa restrizione, a giudizio dell'Autorità, assumeva un particolare disvalore concorrenziale se sommata alle conseguenze derivanti dalla «clausola inglese», dal momento che quest'ultima avrebbe consentito all'Enel di allinearsi con le offerte dei *newcomers*, disincentivando da parte di questi ultimi la formulazione di offerte più vantaggiose e quindi limitandone l'ingresso sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica.

Sotto il profilo della promozione della concorrenza nel mercato elettrico italiano, l'effetto combinato delle due clausole (durata e prelazione) era particolarmente grave per la coincidenza temporale degli accordi con l'avvio della liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica in attuazione della direttiva 96/92/CE nell'ordinamento nazionale.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria, l'Enel ha deciso di modificare le condizioni per l'esercizio del diritto di recesso da parte dei clienti, eliminando la «clausola inglese» contenuta nei contratti stipulati nel 1998.

Con riguardo alla clausola di durata, l'Enel aveva già modificato i contratti di fornitura sottoscritti in tale periodo in base a quanto disposto dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas<sup>38</sup>. L'Enel ha inoltre assunto l'impegno di interpretare la clausola di durata nel senso che ciascun cliente idoneo possa chiedere di rinegoziare il contratto anche in caso di offerte di fornitura provenienti da nuovi operatori, nazionali o stranieri.

L'Autorità ha valutato tali modifiche come idonee a consentire ai clienti di svincolarsi dal rapporto contrattuale con l'Enel e di beneficiare degli effetti della liberalizzazione, essendo stati eliminati gli strumenti contrattuali che avrebbero consentito all'impresa ex monopolista legale di esercitare in modo abusivo la propria posizione dominante, per osta-

<sup>37</sup> Sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/79, Raccolta 461.

<sup>38</sup> Quest'ultima aveva infatti emanato un'apposita dalla direttiva (n. 120/98) che proprio al fine di evitare che si percostituissero situazioni di fatto o di diritto tali da creare ostacoli all'effettiva liberalizzazione del mercato elettrico prevista dalla direttiva 96/92/CE aveva richiesto che ai clienti fosse garantito un diritto di recesso unilaterale dai contratti di fornitura di energia elettrica per la durata di un anno a decorrere dalla data di acquisizione della qualifica di cliente idoneo.

colare l'apertura del mercato italiano. A fronte di tali modifiche, nessuna sanzione è stata comminata.

Vi è da notare che, trattandosi di una ipotesi che riguardava il comportamento sul mercato di un monopolista legale (ex art. 90.1 CE) l'Autorità, in conformità alla citata Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri<sup>39</sup>, l'Autorità, oltre ad aver informato la Commissione dell'avvenuto avvio dell'istruttoria, ha inviato ad essa il testo del provvedimento finale.

#### 4. OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE DI «DIMENSIONE COMUNITARIA» TRATTATE DALL'AUTORITÀ

Nel periodo considerato, l'attività dell'Autorità si è caratterizzata di significativi elementi innovativi anche in materia di controllo delle concentrazioni, espressione, sotto diversi profili, di una maggiore integrazione tra il sistema comunitario e nazionale di tutela della concorrenza.

Infatti, in tale periodo, per la prima volta l'Autorità ha chiesto ed ottenuto dalla Commissione<sup>40</sup> il rinvio di concentrazioni dotate di «dimensione comunitaria» e, come tali, rientranti sia nell'ambito di applicazione esclusiva del Regolamento Concentrazioni, sia nella competenza esclusiva della Commissione (ex art.21 del regolamento stesso). Nello stesso periodo, l'Autorità, per la prima volta, ha dovuto risolvere la questione della sussistenza della propria competenza in relazione ad una concentrazione che benché avente «dimensione comunitaria» non era stata notificata interamente alla Commissione essendo stata invocata da taluni Stati membri (nel caso di specie, l'Italia ed il Regno Unito) l'applicazione della deroga di cui all'art. 223 del Trattato CE.

##### A. I PRIMI CASI DI RINVIO ALL'AUTORITÀ

Come noto, il Regolamento CE n. 1310/97, entrato in vigore il 1.º marzo 1998 ha modificato ed integrato sotto diversi profili il Regolamento CEE n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese<sup>41</sup>. In particolare, se da un lato, è stato ampliato l'ambito di appli-

<sup>39</sup> Cfr. sopra paragrafo 3.

<sup>40</sup> Una prima richiesta di rinvio venne avanzata dall'Autorità nel 1996 in relazione al caso Generali/Unicredito; allora però il rinvio non venne concesso come tale in quanto, come rilevato dalla stessa Autorità, non si verteva di una fattispecie concentrativa (impresa comune cooperativa), in base al Regolamento Concentrazioni allora in vigore.

<sup>41</sup> Si osserva che le norme italiane sul controllo delle concentrazioni non sono state mutate a seguito dell'approvazione del Regolamento n. 1310/97, e mantengono quindi l'impostazione originaria del Regolamento n. 4064/89, in particolare, per quanto riguarda la distinzione tra imprese comuni cooperative e concentrative ed il calcolo del fatturato delle banche. Per un commento al nuovo Regolamento Concentrazioni si rinvia a, CASSINIS, P., «Il controllo comunitario delle operazioni di concentrazione», *Diritto Industriale*, n. 1/1998; BRETZ, O.; YSEWYN, J., *Recent Changes to the EC*

cazione del Regolamento Concentrazioni al fine di ridurre il fenomeno delle c.d. «notifiche multiple» (includendo le operazioni che raggiungono determinate soglie di fatturato in almeno tre Stati Membri, ex art. 1, paragrafo 3) e di trattare in maniera uniforme, sotto il profilo procedurale, tutte le *joint ventures full-functioning*, dall'altro lato, sono state ampliate anche le ipotesi in cui gli Stati membri possono chiedere il rinvio di una operazione i cui effetti sono destinati a prodursi all'interno dello Stato membro che presenta le caratteristiche di un mercato distinto, prevedendo esplicitamente che tali rinvii possono essere anche parziali.

A tal riguardo, l'aspetto maggiormente innovativo è quello che consente ad uno Stato membro di chiedere ed ottenere il rinvio di una concentrazione qualora essa appaia idonea ad «incidere» sulla concorrenza in un mercato all'interno dello Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisce una parte sostanziale del mercato comune (cfr. nuovo articolo 9, paragrafo 2, lett. b); in tal caso, infatti, —si legge nel preambolo del Regolamento n. 1310/97— l'applicazione del diritto nazionale risulta «particolarmente appropriata», senza che sia pertanto necessario che l'autorità nazionale richiedente dimostri che l'operazione minaccia di creare o di rafforzare una posizione dominante sul mercato nazionale o su parte di esso<sup>42</sup>. Questo alleggerimento dell'«onere della prova» delle autorità nazionali per poter ottenere il rinvio e, simmetricamente, il ridotto margine di discrezionalità della Commissione nel concederla, di fatto, è espressione di un «ribilanciamento» —tra Commissione e autorità nazionali— delle rispettive competenze in materia di controllo delle concentrazioni, che sembra ispirato dall'esigenza di decentrare la valutazione di operazioni destinate a produrre effetti in ambiti locali e perciò prive di interesse comunitario<sup>43</sup>.

Nel periodo considerato, l'Autorità ha richiesto il rinvio di due concentrazioni di dimensione comunitaria<sup>44</sup>. In entrambe i casi la Commis-

---

*Merger Regulation*, relazione presentata alla conferenza su International Merger Control: Merger Control in Europe and Beyond, Londra 19 febbraio 1999.

<sup>42</sup> Cfr. considerando 11, Regolamento CE n. 1310/97.

<sup>43</sup> Si osservi inoltre che il fatto che (in base al citato articolo 9, paragrafo 2, lett. b) alle autorità nazionali sia consentito —nei limiti in cui il mercato nazionale interessato non costituisca una parte sostanziale del mercato comune— di ottenere dalla Commissione il rinvio di un'operazione senza dover dimostrare la temuta creazione o rafforzamento di una posizione dominante ove l'operazione appaia comunque atta ad *incidere sulla concorrenza* nel mercato nazionale, si riflette anche sui possibili esiti del controllo in sede nazionale. Infatti, i presupposti meno stringenti per ottenere il rinvio sembrano lasciare sostanzialmente aperte le diverse opzioni sostanziali (*clearance* con o senza impegni, divieto) e procedurali (apertura di una istruttoria solo eventuale) previste dalla legge nazionale.

<sup>44</sup> La prima richiesta, inoltrata prima dell'entrata in vigore della modifica al Regolamento n. 1310/97, riguardava un'operazione consistente nell'acquisizione del controllo in forma congiunta del Gruppo GS, operante in Italia nella distribuzione moderna al dettaglio di prodotti alimentari e per l'igiene personale e della casa, da parte di Promodès, gruppo francese attivo nella distribuzione, sia all'ingrosso che al dettaglio, di prodotti alimentari e non alimentari. Nel richiedere il rinvio parziale l'Autorità ha manifestato il timore che in tre province italiane, l'operazione potesse creare o rafforzare una posizione dominante tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nei predetti mercati; le parti, infatti, avrebbero conseguito una posizione dominante, con quote dal 40% all'85%, in alcuni mercati locali della distribuzione moderna. A seguito del rinvio, anche

sione ha accordato il rinvio. Peraltro, si deve osservare che nel secondo caso, a fronte di una richiesta basata sul nuovo articolo l'art. 9, paragrafo 2, lett. *b*), trattandosi a giudizio dell'Autorità di un'operazione *suscettibile* di incidere sulla concorrenza in un'area comprendente alcune regioni del Nord-Ovest d'Italia, la Commissione ha concesso il rinvio ma in base alla diversa disposizione dell'articolo 9, paragrafo 2, lett. *a*), Regolamento Concentrazioni<sup>45</sup>. A tal riguardo si osserva che resta infatti da chiarire in presenza di quali condizioni un mercato possa dirsi *non* costituire parte sostanziale del mercato comune, non essendo tale nozione, né definita dal Regolamento, né univocamente desumibile dalla giurisprudenza comunitaria<sup>46</sup>.

#### B. L'IPOTESI DELLA CONCENTRAZIONE COMUNITARIA PER LA QUALE ERA STATO INVOCATO L'ART. 223 CE

Come anticipato, l'Autorità ha ritenuto applicabile la legge n. 287/90 per valutare alcuni aspetti di una operazione di concentrazione avente «dimensione comunitaria» —nel caso di specie, un'impresa comune di nuova costituzione tra GEC-Marconi Ltd. e Finmeccanica— per la quale l'Italia e il Regno Unito per esigenze di tutela di interessi di sicurezza nazionale, si erano avvalse della disposizione di cui all'articolo 223, paragrafo 1, lettera *b*), del Trattato CE, chiedendo alle parti di non notificare alla Commissione gli aspetti militari dell'operazione che peraltro rappresentavano circa l'85% del valore totale della stessa.

Pertanto, la Commissione ha emesso una decisione unicamente sugli aspetti non militari dell'operazione, dichiarandola compatibile con il mercato comune senza ritenere necessario avviare un'approfondita istruttoria.

---

sulla base di ulteriori informazioni fornite dalle parti, l'Autorità ha avviato un'istruttoria al termine della quale l'operazione è stata autorizzata subordinatamente all'impegno delle parti di cedere a terzi un certo numero di esercizi commerciali nelle aree dove si verificavano effetti pregiudizievoli per la concorrenza (cfr. Provvedimento *Schemaventuno-Promodès/Gruppo GS* del 18 giugno 1998, in bollettino AGCM, n. 25/1998). La seconda richiesta di rinvio, effettuata nel luglio 1998, riguardava l'acquisizione del controllo congiunto della Unifarma Distribuzione attiva nella distribuzione all'ingrosso di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici, come pure l'acquirente Alleanza Salute. A seguito del rinvio, l'Autorità non ha vietato l'operazione anche in considerazione della presenza di concorrenti sufficientemente attivi e dell'assenza di rilevanti barriere all'entrata; cfr. Provvedimento *Alleanza Salute Italia/Unifarma Distribuzione* del 15 settembre 1998, in bollettino AGCM n. 37-38/1998.

<sup>45</sup> Come noto, in base a questa norma la Commissione può concedere il rinvio quando l'operazione di concentrazione minaccia di creare o rafforzare una posizione dominante tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva in un mercato all'interno dello Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto.

<sup>46</sup> A tal riguardo, si segnalano in particolare le sentenze della Corte di Giustizia in applicazione del combinato disposto degli artt. 86-90 del Trattato CE, relative a infrastrutture portuali. Così ad esempio nella sentenza del 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*, (punto 38) la Corte qualifica ciascuno dei porti italiani di Genova e La Spezia come mercati distinti costituenti parte sostanziale del mercato comune, in ragione del loro volume di traffico e della loro rilevanza rispetto agli scambi intracomunitari (cfr. anche sentenze 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Raccolta, pag. I-5889, punto 15 e 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso*, punto 26).

Non essendo applicabile, entro tali limiti, la normativa comunitaria in materia di concentrazioni, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione, con riferimento ai soli aspetti militari, fosse soggetta all'applicazione della legge n. 287/90, in quanto il fatturato totale realizzato a livello nazionale superava quello previsto dall'art. 16 della legge. Nel merito, l'operazione non ha destato problemi concorrenziali e non ha reso necessaria l'apertura di una istruttoria<sup>47</sup>.

Le autorità britanniche avevano già deciso di non opporsi all'operazione, senza ritenere necessario, in questo caso, che la *Monopolies and Merger Commission* svolgesse un'istruttoria<sup>48</sup>.

## 5. L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA ALLE PROFESSIONI INTELLETTUALI

Uno degli aspetti più innovativi della politica della concorrenza in Italia nell'ultimo anno ha riguardato l'applicazione della legge n. 287/90 al settore delle professioni intellettuali. Occorre peraltro sottolineare come i presupposti di tale attività fossero stati delineati, in termini generali, nell'Indagine Conoscitiva sul settore degli ordini e collegi professionali conclusa dall'Autorità nell'ottobre 1997, in linea del resto con gli sviluppi della politica della concorrenza in questo settore della Commissione, nonché di numerose altre autorità nazionali, tra cui quelle francesi, tedesche e belga<sup>49</sup>.

In particolare, l'Autorità ha concluso il primo procedimento sanzionatorio nei confronti di organi rappresentativi di professionisti<sup>50</sup> ed ha avviato un secondo procedimento per accertare la natura restrittiva della concorrenza di condotte poste in essere da altri organi rappresentativi di soggetti svolgenti attività professionale<sup>51</sup>, in entrambe i casi qualifi-

<sup>47</sup> Provvedimento del 20 ottobre 1998, *Finmeccanica-GEC Marconi/Alenia Marconi Systems*, in bollettino *AGCM*, n. 43/1998.

<sup>48</sup> Da notare che in occasione delle precedenti operazioni in cui il Regno Unito aveva invocato la deroga dell'art. 223, paragrafo 1, lett. b), l'Office of Fair Trading aveva valutato le operazioni ed in almeno due casi gli aspetti militari delle operazioni erano stati oggetto di rinvio al MMC (casi *GEC/VSEL*, 1995; *British Aerospace/VSEL*, 1995). Cfr. XXIV Relazione della Politica della Concorrenza, 1994, pag. 190.

<sup>49</sup> Cfr. IDOT, L., «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», *Journal des Tribunaux/Droit Européen*, Avril 1997, pag. 73 ss.

<sup>50</sup> Procedimento I220 *Consigli Nazionali dei Ragionieri e Periti Commerciali e dei Dottori Commercialisti*, in bollettino *AGCM*, n. 48/1998. Nel novembre 1998 l'Autorità ha concluso l'istruttoria iniziata un anno prima nei confronti del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e del Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti Commerciali, accertando che i) l'elaborazione e definizione di tariffari per i diversi servizi professionali da parte dei due Consigli Nazionali, ii) la raccomandazione fatta dal Consiglio Nazionale Ragionieri e Periti Commerciali ai propri iscritti di applicare le tariffe da esso individuate nelle more dell'approvazione ministeriale, iii) infine il coordinamento tra i due Consigli Nazionali volto a uniformare i livelli tariffari adottati dalle due categorie professionali configurassero violazioni del divieto di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 2, legge n. 287/90.

La decisione è stata impugnata ed il relativo giudizio è tutt'ora pendente.

<sup>51</sup> Procedimento I308 *Inaz Paghe/Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*, in bollettino *AGCM*, n. 6/1999.



cando i predetti organi come «associazioni di imprese», limitatamente all'applicazione delle norme nazionali sulla concorrenza.

Presupposto ed aspetto principale di tale attività è stata la qualificazione dell'attività professionale come attività d'*impresa* —nei limiti ed ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza— in linea con la nozione ampia e funzionale d'*impresa* a cui l'Autorità si è sempre attenuta sulla scorta della giurisprudenza costante della Corte di Giustizia<sup>52</sup> (al cui rispetto la legge n. 287/90 vincola l'interpretazione delle relative norme sostanziali ex art. 1, comma 4) e del giudice amministrativo nazionale<sup>53</sup>. Del resto, a tale nozione d'*impresa* non ostavano le diverse qualificazioni che, ad altri fini, le attività professionali potevano ricevere dall'ordinamento interno, in particolari a fini civilistici.

Questo orientamento, con riferimento specifico alle attività professionali, era confortato —oltreché da alcune precedenti decisioni della Commissione CE, relative, in particolari agli spedizionieri doganali italiani ed ai consulenti in materia di proprietà industriale spagnoli<sup>54</sup>— da una sentenza della Corte di Giustizia del giugno 1998<sup>55</sup> e da alcune sentenze di giudici nazionali ad essa successive<sup>56</sup>, anche con riferimento alla qualificazione degli organismi di vertice degli ordini professionali coinvolti come «associazioni di imprese» ai fini del diritto della concorrenza.

Intensa è stata anche l'attività di *advocacy* svolta dall'Autorità nel settore delle libere professioni, con numerose segnalazioni agli organi istituzionali competenti. Tra esse, di particolare rilievo è stata la segnalazione inviata al Governo e al Parlamento<sup>57</sup> in relazione ad un progetto di riforma complessiva della disciplina delle professioni intellettuali, nella quale è stata sottolineata la necessità che la regolamentazione esistente, considerata ingiustificatamente restrittiva della libertà dei professionisti di svolgere la loro attività e limitativa della concorrenza, venga sostituita da una regolamentazione aperta e flessibile che si limiti a fissare con

<sup>52</sup> E' nota l'interpretazione della Corte di Giustizia secondo cui «la nozione di *impresa* abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento», mentre l'attività economica consiste nello svolgimento da parte di un soggetto di una attività di natura economica consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato; Cfr. Per tutte, sentenza della Corte di Giustizia del 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Helsen, in Raccolta, I-2010; sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Center, p.ti 21-22, in Raccolta, I-7119; sentenza della Corte di Giustizia 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, in Raccolta, 2599, e sentenza 26 marzo 1987, Commissione/Puesi Bassi, causa 235/85, in Raccolta, I-1471. Con riferimento alla nozione di *impresa* e a quella di associazione di *impresa* nella giurisprudenza comunitaria si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Cosmas, nella causa C-35/96.

<sup>53</sup> Cfr. TAR Lazio, Sez. I, sent. n. 476/96.

<sup>54</sup> Cfr. le decisioni della Commissione CNSD (1993) e COAPI (1995), citate.

<sup>55</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Spedizionieri Doganali*, citata.

<sup>56</sup> In particolare, la Corte d'Appello di Torino, sentenza del 19 giugno-11 luglio 1998, n. 791, riconosceva la natura economica, ai fini dell'applicazione degli art. 85-86 CE, all'attività dell'avvocato. Cfr. anche Tribunale di Gorizia, sentenza del 5 settembre 1998, n. 237/98.

<sup>57</sup> AS163 Riordino delle Professioni Intellettuali del febbraio 1999, in bollettino AGCM, n. 4/1999.

rigore le regole essenziali a garantire un'adeguata tutela della qualità delle prestazioni, lasciando al tempo stesso ai consumatori maggiori possibilità di scelta, con riferimento non solo alla qualità ma anche al prezzo delle prestazioni.

## 6. L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA ALLA NEGOZIAZIONE DEI DIRITTI TELEVISIVI SU EVENTI SPORTIVI

Infine si vuole segnalare brevemente che, al pari di altre autorità di concorrenza e della stessa Commissione<sup>58</sup>, la questione relativa all'applicazione delle regole di concorrenza all'acquisizione e negoziazione dei diritti televisivi sui principali eventi sportivi è stata oggetto di particolare attenzione dell'Autorità nel corso del 1998, il primo anno in cui essa ha esercitato in via diretta il compito di applicare le norme sulla concorrenza alle imprese operanti nel settore della radiotelevisivo e dell'editoria, nel quale in precedenza aveva solo una funzione consultiva<sup>59</sup>. Si noti, a tal riguardo, che l'aver trasferito la competenza antitrust all'Autorità nel predetto settore ha comportato anche l'applicabilità ad esso degli art. 85-86 CE, avendo la legge conferito esplicitamente alla sola Autorità tale potere applicativo.

L'attività dell'Autorità ha avuto di mira quattro specifici tipi di pratiche, tutte relative, prevalentemente, alle modalità di acquisizione e cessione dei diritti televisivi connessi ad eventi sportivi seguiti da un vasto pubblico, nell'ambito dei quali quelli sulle competizioni calcistiche hanno un rilievo particolare (come confermato dalla recente legge n. 78/1999).

Le pratiche considerate possono essere così schematizzate: *i*) intese orizzontali tra le maggiori emittenti televisive per la ripartizione concertata dei diritti sui principali eventi sportivi in chiaro; *ii*) la negoziazione centralizzata dei diritti televisivi in chiaro e in forma criptata sui principali tornei di calcio nazionali; *iii*) i rapporti di esclusiva pluriennali per l'acquisizione dei diritti televisivi sul calcio in forma criptata ed il loro effetto cumulativo con altri rapporti in esclusiva di lunga durata con i maggiori distributori di film, nazionali e stranieri, relativi alla diritti cinematografici in forma criptata ed, infine, *iv*) talune clausole contrattuali limitative della concorrenza nell'ambito di un contratto di distribuzione di programmi televisivi criptati tra due operatori nel mercato della televisione a pagamento.

<sup>58</sup> Cfr. il documento della Commissione «*Broadcasting of Sports events and Competition law*», pubblicato nella Competition Policy Newsletter, n. 2/1998.

<sup>59</sup> Questa competenza —prima spettante al Garante per la radiodiffusione e l'editoria— è stata trasferita all'Autorità con la legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni alla quale spetta comunque un potere consultivo obbligatorio.

Queste condotte hanno costituito l'oggetto di quattro distinti procedimenti (*Rai-Cecchi Gori communications*<sup>60</sup>; *Rai-Mediaset-RTI-Mediatrade*<sup>61</sup>; *Vendita di Diritti Televisivi*<sup>62</sup>, *Stream/Telepù*<sup>63</sup>), dei quali solo i primi due al momento conclusi. In questi ultimi, l'Autorità, all'esito di complesse istruttorie, ha accertato la realizzazione di accordi orizzontali tra le maggiori emittenti nazionali in chiaro (condotta *sub i*) per la ripartizione di diritti televisivi su eventi sportivi ad elevata *audience*, idonei a restringere la concorrenza nel mercato della raccolta pubblicitaria televisiva<sup>64</sup>.

Le istruttorie attualmente pendenti riguardano invece le altre condotte sopra descritte.

In particolare, in relazione alle condotte *sub ii*) nel febbraio 1999 è stato avviato un procedimento (*Vendita di Diritti Televisivi*) nei confronti della Lega Nazionale Professionisti, l'associazione di cui fanno parte tutte le squadre di *club* che partecipano al campionato italiano di calcio di Serie A e B da essa organizzato, per valutarne la compatibilità con il divieto di intese restrittive della concorrenza di cui alla legge n. 287/90. Dal Regolamento Organizzativo della Lega sembrava infatti derivare un diritto a gestire in esclusiva i diritti televisivi (in chiaro e in forma criptata) sulle partite del Campionato di calcio e della Coppa Italia, dando luogo, fino a epoca recente (stagione 1998-1999) alla negoziazione collettiva e centralizzata dei predetti diritti televisivi con le emittenti televisive da parte della Lega.

L'istruttoria riguarda quindi il fenomeno della vendita centralizzata dei diritti televisivi sul calcio, fenomeno che per un lungo periodo ha accomunato molti paesi europei (tra cui Regno Unito, Francia, Germania, Spagna e Olanda) —anche nel perseguimento di finalità mutualistiche tra le squadre partecipanti ai tornei— ma che negli ultimi anni, è stato oggetto di un ripensamento (in genere a favore della negoziazione individuale dei diritti televisivi da parte dei singoli club), anche a seguito dei profondi mutamenti regolamentari e tecnologici e dei notevoli sviluppi di mercato —con l'ingresso di nuovi operatori— che hanno caratterizzato il settore dei *mass-media* ed in particolare, della televisione; le autorità di concorrenza hanno talvolta svolto un ruolo trainante in questo senso<sup>65</sup>. Importanti accordi di commercializzazione centralizzata di diritti televisivi su eventi calcistici sono stati notificati alla Commissione CE anche di

<sup>60</sup> I299 *Cecchi Gori Communications* in bollettino AGCM, n. 49/1998.

<sup>61</sup> I283B *Rai-Mediaset-RTI-Mediatrade*, in bollettino AGCM, n. 49/1998.

<sup>62</sup> I362 *Vendita di diritti televisivi*, in bollettino AGCM, n. 6/99.

<sup>63</sup> A274 *Stream/Telepù* Cfr. sopra nota 32. (in bollettino AGCM, n. 12/1999).

<sup>64</sup> In entrambe i casi le imprese coinvolte sono state sanzionate, tenuto conto anche della gravità delle intese e della della struttura oligopolistica del mercato. Le decisioni sono state impugnate ed i relativi giudizi sono tuttora pendenti.

<sup>65</sup> Cfr. FLEMING, H., «Exclusive rights to broadcast sporting events in Europe», *European Competition Law Rev.*, 1999, n.º 3, p. 143 ss; con particolare riferimento all'esperienza tedesca si veda DEEG, P., RINGEL, F., «Central marketing of television broadcasting rights by the German Football Association», in *Communications Law*, vol. 4, no.2, 1999, p. 55 ss.

recente al fine di ottenere un'attestazione negativa o, in subordine, l'esenzione degli stessi.

Infine, le condotte descritte sub *iii*) e *iv*), sono al centro dell'ultima istruttoria avviata (*Stream/Telepìù*) che, come si è visto, è volta a valutare possibili violazioni degli artt. 85 e 86 del Trattato CE <sup>66</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. nota 28.

## LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Alfredo BULLARD G.

Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia  
del Tribunal del INDECOPI \*

### 1. LAS REFORMAS HACIA UNA «DEMOCRACIA EN EL MERCADO»: LA CREACIÓN DEL INDECOPI

Los procesos de reforma económica se asemejan a los procesos de reforma política. Mientras que los procesos de reforma política democrática requieren, entre otras cosas, del desarrollo de un sistema electoral confiable y transparente que garantice que la voluntad de los ciudadanos va a reflejarse en la elección de las autoridades políticas deseadas por la mayoría, los procesos de reforma económica requieren del desarrollo de un sistema que garantice la confiabilidad y la transparencia de las elecciones económicas de los ciudadanos, tanto empresas como consumidores, es decir, que garantice su posibilidad de hacer lo mejor posible para ellos mismos.

Los sistemas que confían en el mercado como asignador de recursos escasos parten del presupuesto de que es la decisión individual la que debe ser asegurada como medio para lograr el bienestar general. La «democracia del mercado» requiere, por tanto, de una garantía de que las «elecciones» de productos y servicios nos van a llevar a resultados que reflejen la «voluntad popular» de los consumidores.

Los sistemas electorales, en lo político, son considerados justos no precisamente por el sentido de sus resultados, sino por la transparencia con la que dichos resultados se obtienen. Un sistema es democrático no por que elige al mejor gobernante, sino porque elige al que la mayoría quiso elegir. De la misma manera, un sistema de mercado debe de ser

---

\* El autor desea agradecer sinceramente a Luis Alberto LEÓN VÁSQUEZ, sin cuyo apoyo y colaboración no hubiera sido posible preparar el presente trabajo.

considerado justo no por sus resultados concretos, por el éxito de un producto sobre otro, sino porque estos resultados reflejen las preferencias concretas de los consumidores. No se trata de juicios de valor sobre lo que se decide, sino de la posibilidad de elegir libremente como valor en sí mismo. Y de allí se deriva el grado de institucionalización: de la confianza que despierta en los ciudadanos como sistema transparente, que trata igual a las personas y en el que a cada uno se le permite hacer lo mejor que puede.

La confiabilidad que el sistema político debe generar se sustenta en la existencia de un Poder Electoral autónomo y técnico, capaz de resistir la presión política, ajeno a la decisión de coyuntura y con capacidad de considerar su propia institucionalidad como el valor más importante a proteger.

Un sistema económico requiere también de una actuación estatal autónoma y técnica, que no fuerce o determine resultados específicos, sino que deje esto a los agentes económicos, teniendo una capacidad real de resistir no sólo la presión política, sino la presión de los grupos económicos, y que confía en el desarrollo de la institucionalidad como su función principal, no dejándose capturar por la coyuntura del momento.

Así, el rol del Estado frente a mercado se asemeja al del árbitro de una competencia deportiva. Si bien hay reglas escritas, se requiere alguien que las aplique generando confianza y respeto entre los jugadores. Las reglas no condicionan un resultado, sino que establecen un marco para que sean los equipos los que lleguen al resultado.

Sobre estas premisas se creó en el Perú todo un marco dirigido a que sean los consumidores los soberanos en las decisiones económicas. Para ello se tomaron básicamente dos medidas.

En primer lugar, se liberalizó la economía. A partir de 1990 se inició un dramático proceso de cambio que supuso abrir el país al comercio exterior, eliminar limitantes institucionales a la inversión, eliminar controles de precios, calidades y condiciones, liberalizar el tipo de cambio y el flujo de divisas, entre otras. Los cambios en materia económica situaron el caso del Perú como uno de los procesos de liberalización más profundos de la región.

En segundo lugar, se creó un marco regulatorio idóneo y capaz de corregir las distorsiones que puedan darse en la capacidad de los consumidores de hacer oír su voz en el mercado. Así, a la creación de un marco regulatorio completo (que incluyó la creación de organismos reguladores específicos para el tema de los servicios públicos<sup>1</sup>) se sumó la creación del INDECOPI.

---

<sup>1</sup> OSIPTEL para telecomunicaciones, OSINERG y Comisión de Tarifas Eléctricas para todo lo que es energía y SUNASS para agua y saneamiento.

El INDECOPI<sup>2</sup> es una suerte de «holding» promotor de la competencia. En tal sentido, no existe en el mundo un modelo similar. Lo que se hizo es colocar bajo un mismo techo a una serie de organismos autónomos y técnicos de decisión de temas vinculados al buen funcionamiento del mercado y una administración común, presidida por un Directorio, que permite un ahorro substancial de recursos en términos de brindar a estos organismos autónomos el apoyo logístico, de comunicaciones y de promoción necesarios. Pero esta administración carece por completo de competencia para resolver temas funcionales. Así, no deciden los casos, pero velan por la autonomía de quienes sí lo hacen.

Al lado del área administrativa, el área funcional se encarga de decidir los casos vinculados a una serie de temas diversos que tienen en común contribuir a elementos básicos para un buen funcionamiento del mercado.

El área funcional está dividida a su vez en dos subáreas: la de propiedad intelectual (integrada por la Oficina de Signos Distintivos, La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías y la Oficina de Derechos de Autor) y la de competencia. Esta unión bajo el mismo techo de temas de propiedad intelectual y temas de competencia ha permitido la creación de sinergias que reducen los riesgos de la creación de barreras de acceso al mercado o limitaciones a la libre competencia por medio de las normas de protección a la propiedad intelectual.

El área de Competencia está integrada por siete Comisiones. Estas Comisiones son una suerte de Directorios, encargados de decidir los casos de los diversos temas, y que cuenta cada una con el apoyo de una Secretaría Técnica que brinda el apoyo en la investigación y preparación del expediente.

Las Comisiones son: la Comisión de Libre Competencia, encargada de lo que normalmente conocemos como normas antimonopolio; la Comisión de Acceso al Mercado, encargada de eliminar las barreras burocráticas creadas por el propio Estado a la competencia ante las denuncias de las empresas y ciudadanos; la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, encargada de imponer los derechos *antidumping* o derechos compensatorios en caso de prácticas desleales en el comercio exterior; la Comisión de Reglamentos Técnicos, encargada del sistema de normalización, dación de normas técnicas, acreditación de laboratorios encargados de emitir certificaciones de calidad y eliminación de barreras pararancelarias al comercio mediante la declaración de ilegalidad de aquellas disposiciones del gobierno que creen barreras al comercio exterior; la Comisión de Represión a la Competencia Desleal, encargada de aplicar la legislación de competencia desleal y las normas de supervisión publicitaria; la Comisión de Protección al Consumidor, encargada de garantizar una adecuada información a los consumidores y de la idoneidad de los

<sup>2</sup> Siglas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, creado por el Decreto-ley 25868, de fecha 6 de noviembre de 1992, y modificado por el Decreto Legislativo 807, de fecha 16 de abril de 1996.

bienes y servicios ofrecidos a los consumidores finales, y la Comisión de Salida del Mercado, encargada de administrar los procesos de insolvencia de empresas, teniendo a su cargo el manejo de las normas concursales peruanas.

Por encima de las oficinas de propiedad intelectual y las comisiones del área de competencia, existe un Tribunal que conoce, en segunda instancia administrativa, las apelaciones que se planteen contra las decisiones. Este Tribunal tiene a su vez dos Salas: la de Propiedad Intelectual que resuelve los casos de las Oficinas, y la de Competencia, que resuelve los casos de las Comisiones. Las decisiones del Tribunal pueden ser impugnadas en el Poder Judicial mediante el Proceso Contencioso-Administrativo.

Esta segunda instancia, común para todos los temas, es uno de los aportes más interesantes del INDECOPI. Permite que las decisiones en varias áreas con obvias vinculaciones por su rol para el buen funcionamiento del mercado, se basen en principios comunes. Así, por ejemplo, el Tribunal vela por que las normas de protección al consumidor, competencia desleal o supervisión publicitaria no sean aplicadas de manera tal que creen barreras de acceso al mercado o limiten la libre competencia. Los principios de libre competencia influyen en la manera como se resuelven los casos de *dumping* o de subsidios, velando no sólo por la industria nacional, sino por el derecho a elección de los consumidores. Se vigila que los mecanismos de normalización no se conviertan en formas ocultas de limitar la libre competencia. Incluso en el manejo del esquema concursal, se busca que se discrimine a las empresas que deban salir del mercado de aquellas que son viables, garantizando el derecho de los consumidores de definir, en última instancia, la salida o permanencia de empresas en el mercado.

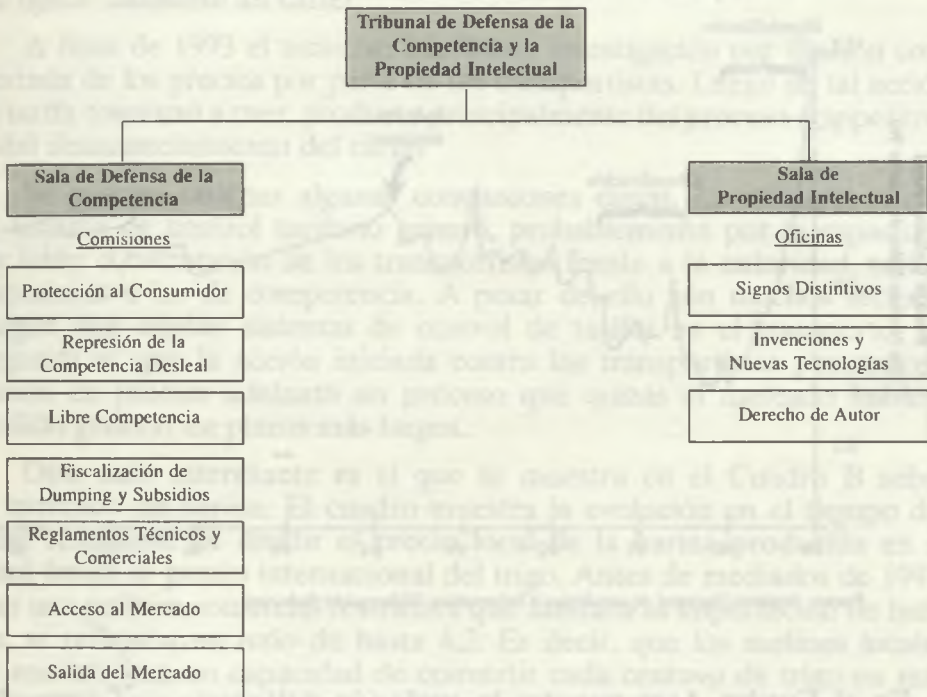
Este esquema permite, además, una gran capacidad de coordinación entre los organismos y la posibilidad de diseñar e implementar estrategias comunes que velen por el cumplimiento de todos los requisitos para que los diversos mercados puedan funcionar correctamente.

En sus seis años de existencia el INDECOPI ha demostrado que el esquema no sólo era innovador, sino, además, efectivo. Ha permitido la creación de un esquema coordinado de acción, con capacidad de diagnosticar problemas desde las diversas áreas involucradas (para lo que existe un Área de Estudios Económicos que monitorea los mercados y da la base académica y conceptual común a todas las áreas funcionales) e implementa dichas políticas (a través de las acciones conjuntas y coordinadas de los diversos órganos funcionales)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Para mayor información sobre el INDECOPI se puede consultar «(Lessons from the first five years of Indecopi, Peru's Experience in Market Regulatory Reform 1993-1998)» o la página web del Instituto (<http://www.indecopi.gob.pe>).



## Órganos Funcionales



## 2. LA PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como se ha explicado, dentro de los órganos funcionales del INDECOPI se encuentra la Comisión de Libre Competencia, encargada de la aplicación de las normas de promoción de la competencia o normas anti-monopolio<sup>4</sup>. Las decisiones de la Comisión son apelables, como ya se dijo, ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

Sin duda, la principal medida que se adoptó en el país para permitir que la libre competencia genere bienestar para los consumidores fue liberalizar la economía, eliminar barreras de acceso al mercado y confiar más en las leyes de oferta y demanda y menos en la capacidad del Estado de sustituir las decisiones de las empresas y de los consumidores.

Pero ello no es suficiente. Un proceso de liberalización económica debe ir acompañado de la creación de un marco que garantice que la actividad privada no creará distorsiones al buen funcionamiento del mercado. Esto se puede apreciar con toda claridad en los ejemplos que mencionamos a continuación.

<sup>4</sup> Decreto Legislativo 701, de fecha 5 de noviembre de 1991, y que ha sido objeto de diversas modificaciones, siendo las principales las contenidas en el Decreto Legislativo 788, de fecha 29 de diciembre de 1994, y Decreto Legislativo 807, de fecha 16 de abril de 1996.

### CUADRO A Competencia en el Mercado de Transporte Urbano



Fuente: Instituto Nacional de estadística e Informática. Elaboración: Indecopi.

En el Cuadro A se muestra la evolución del precio real (moneda constante), del transporte público en Lima Metropolitana. Nótese que hasta antes del primer trimestre del año 1989 el precio real se venía elevando de manera constante. Es importante señalar que ese período de elevación del precio corresponde a la época de regulación de precios por parte de la autoridad administrativa. Así, durante la época de regulación estatal los precios subieron en perjuicio de los consumidores. Sin bien se aprecia ya en el primer trimestre de 1989 una dramática caída de los mismos, ello fue como consecuencia del desbocamiento del proceso hiperinflacionario que llegó a índices de casi 60 por 100 mensuales. Ante tal nivel de inflación no hubo sistema de aprobación de tarifas que pudiera mantener los niveles de precios de pasaje urbano a los niveles anteriores.

En agosto de 1990 se inicia el proceso de ajuste y de paulatina liberalización de todos los sectores económicos. A mediados de 1991 se da el Decreto Legislativo 651 que liberaliza el sector transporte tanto en reglas de acceso para prestar el servicio como en las tarifas, que quedan sujetas a las reglas de oferta y demanda. Es importante notar cómo el sistema competitivo mantuvo las tarifas por debajo de los niveles de la época de la regulación de precios.

Los transportistas sustituyeron la regulación estatal por un sistema de cartelización que anunciaba públicamente los precios que debían pagar los consumidores. A pesar que consiguió elevar los niveles reales de precio, no llegaron siquiera a acercarse a los precios que obtenían durante

la época de regulación estatal de tarifas. La capacidad de *lobby* frente a la Administración era más efectiva para elevar la tarifa que la capacidad de fijarla mediante un cártel.

A fines de 1993 el INDECOPI inició una investigación por fijación concertada de los precios por parte de los transportistas. Luego de tal acción la tarifa comenzó a caer, producto principalmente del proceso competitivo y del desmantelamiento del cártel.

Se pueden obtener algunas conclusiones claras. La primera es que el sistema de control tarifario generó, probablemente por la capacidad de *lobby* o corrupción de los transportistas frente a la autoridad, tarifas superiores a las de competencia. A pesar de ello aún muchos sectores exigen que existan sistemas de control de tarifas en el transporte. La segunda es que la acción iniciada contra los transportistas por concertación de precios adelantó un proceso que quizás el mercado hubiera podido generar en plazos más largos.

Otro caso interesante es el que se muestra en el Cuadro B sobre el mercado de harina. El cuadro muestra la evolución en el tiempo del *ratio* resultante de dividir el precio local de la harina producida en el Perú frente al precio internacional del trigo. Antes de mediados de 1991, con una política comercial restrictiva que limitaba la importación de harina, se reflejaba un *ratio* de hasta 4,2. Es decir, que los molinos locales se encontraban en capacidad de convertir cada centavo de trigo en más de cuatro centavos de harina, mostrándose así su poder de mercado. Luego de la liberalización y apertura de la economía peruana dicha capacidad

## CUADRO B

Relación entre precios: harina y trigo  
(1991-1996)



Fuente: BCR. Elaboración: Indecopi.

cayó a un *ratio* incluso menor a 2,4, consecuencia principalmente de la exposición a la competencia potencial de harina extranjera. Como se puede apreciar, fue la política de apertura de la economía la que realmente limitó la capacidad de los molinos de fijar el precio. Sin embargo, una elevación del precio de la harina ocurrida en el primer semestre de 1995 desató una serie de protestas en la población y en varios sectores políticos, incluido el gobierno. En paralelo una investigación del INDECOPI demostró que las empresas harineras habían concertado el precio, lo que explicaba el incremento del *ratio* de 2,6 a 2,8 en la primera mitad de 1995, un problema menor si comparamos la caída de 4,2 a 2,6 generada en sólo dos meses como consecuencia de la apertura comercial.

Como hemos podido ver la acción de las normas de libre competencia termina siendo complementaria a la liberalización del mercado, pero evidentemente no pueden sustituirla en la misión que tiene tal liberalización de crear mejores condiciones para los consumidores.

### 3. LOS FINES DE LA LEGISLACIÓN DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

La autoridad de competencia peruana ha sido clara en definir los fines de la legislación. Así, se ha descartado aquellas interpretaciones que sugieren que el objetivo era proteger a las pequeñas empresas, garantizándoles, o al menos apoyando su subsistencia, ante el riesgo de que se consoliden grandes conglomerados económicos que concentraran un excesivo poder económico.

La autoridad peruana ha considerado que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica. Así, si el monopolio resulta siendo la manera más adecuada de producir dada las condiciones de mercado, no debe ser una preocupación de la autoridad competente que tal monopolio exista, sin perjuicio del monitoreo que corresponderá para evitar casos de abuso de una posición de dominio.

La idea es que al aplicarse la legislación antimonopolios el fin último sea la mejora en el bienestar de los consumidores. Como bien dice el propio BORK<sup>5</sup>:

*«El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como lo permita las limitaciones tecnológicas. El bienestar del consumidor, en este sentido, es simplemente otro término para la riqueza de la nación.*

(...).

*El bienestar del consumidor, como es usado el término en la legislación antimonopolios, no tiene un componente ético, sino que permite a los con-*

<sup>5</sup> BORK, R. H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, The Free Press, 1993, pp. 90-91.

*sumidores definir mediante la expresión de sus necesidades en el mercado qué cosas consideran ellos riqueza.*

*El rol de las normas antimonopolios reposa entonces en la etapa del proceso económico en la que la producción y la distribución de bienes y servicios son organizados de aquella manera que corresponde con la escala de valores que los consumidores eligen por su preferencia relativa a comprar. La misión de la ley es preservar, mejorar y reforzar el poderoso mecanismo económico que compele a las empresas a responder a los consumidores.»*

La autoridad de competencia peruana ha acogido claramente este principio sugerido por BORK. Ello se puede apreciar claramente en el caso CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres, S. A. En dicho caso se dijo textualmente:

*«Atendiendo a lo expuesto anteriormente, esta Sala es de la opinión que los acuerdos materializados en el reglamento interno no son per se ilegales, toda vez que se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen como finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado.*

*(...).*

*De otro lado, tal y como se ha expresado anteriormente, a criterio de esta Sala, el propósito o intención esencial de los acuerdos entre las empresas que operaban desde dicho terminal no fue restringir la competencia. En efecto, si bien dichas empresas acordaron dejar de competir entre ellas, lo hicieron con el fin de que el servicio a ser brindado por las mismas desde el terminal fuera más completo y beneficioso para los usuarios, mejorando la imagen y el servicio brindado por el terminal en su conjunto.»*

Así, en términos estrictos, es mejor hablar de una ley «procompetencia» antes que de una ley antimonopolios. Lo importante es reforzar la soberanía del consumidor y ello no necesariamente requiere preservar numerosas empresas pequeñas en el mercado. Por ello, las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de los consumidores<sup>6</sup>.

Una práctica no es ilegal porque conduzca a la salida de un competidor del mercado. En el fondo es precisamente una de las consecuencias naturales y que pueden esperarse de una atmósfera competitiva. La ilegalidad se encontrará en realidad en que la práctica esté reduciendo la posibilidad de otra empresa de ganar legítimamente y en función a su propia capacidad, las preferencias de los consumidores.

Dentro de esta línea de acción, el INDECOPI ha tenido cuidado en preservar un equilibrio entre tratar de conseguir competencia de precios,

<sup>6</sup> Esta idea es la que inspira el principio prácticamente universal en la legislación sobre la no posibilidad de cuestionar el crecimiento interno de la empresa, así éste conduzca finalmente a un monopolio. El crecimiento sustentado en una mayor eficiencia competitiva no sólo no es cuestionado, sino que es reconocido.

pero sin reducir los incentivos para innovar y competir. La competencia no es un fenómeno unidimensional. Las empresas no sólo compiten por mejores precios, sino por mejores productos o por medio de mayor inversión e innovación. La protección de aquellos beneficios obtenidos por las empresas en base al uso de sus derechos de propiedad, sus innovaciones o su inversión deben de ser preservadas para un adecuado funcionamiento del mercado, incluso en el supuesto en que ello pueda implicar reducción en los incentivos para competir sobre precios.

Un caso que grafica esto fue el procedimiento iniciado por Vicente Torres Marcani y otros contra la Empresa de Mercados Mayoristas, S. A., el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista, número 1, y la Asociación de Transportistas Manuales «Tupac Amaru», resuelto por el Tribunal del INDECOPI<sup>7</sup>. El Mercado Mayorista, número 1, era el principal centro de distribución mayorista de verduras en Lima. Los clientes que asistían al mismo contrataban a los llamados «carretilleros», personas que con una carretilla los acompañaban a hacer sus compras para cargarlas y llevarlas luego a su vehículo. Dos asociaciones de carretilleros suscribieron un contrato con la empresa administradora del Mercado para que sólo sus agremiados pudieran brindar el servicio al interior del mercado, lo que ocasionó la denuncia de otro gremio representativo de otros carretilleros, cuyo ingreso no era permitido ya al Mercado.

La Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia en primera instancia bajo la premisa que la exclusión de un grupo de carretilleros limitaba la competencia. El Tribunal revocó la resolución y declaró infundada la denuncia a partir del hecho de que la posibilidad de limitar el acceso al mercado para prestar el servicio de carga era el legítimo ejercicio del derecho de propiedad del titular del mercado, pues de lo contrario el mercado se volvería un «bien común», perdiéndose los incentivos para una adecuada inversión y mantenimiento de la infraestructura existente, pues era evidente que los espacios comunes del mercado no podían soportar un número infinito de carretilleros<sup>8</sup>.

#### 4. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

##### A. POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

La legislación peruana de libre competencia distingue, de manera general, dos categorías de infracciones al artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

<sup>7</sup> Resolución núm. 081-96-TDC, de fecha 6 de noviembre de 1996.

<sup>8</sup> Así, el Tribunal estableció textualmente lo siguiente: «(...) La Sala considera que el acuerdo en cuestión conlleva una limitación consistente con el derecho de libre contratación, con el derecho de propiedad y que no entra en contradicción con el principio de libre competencia, más aun cuando coincide con una propuesta formulada por Defensa Civil, en atención al riesgo producido por la turgurización de corredores y puertas como consecuencia del exceso de transportistas manuales en el Mercado (...)»

La primera categoría está vinculada a lo que se conoce como abuso de una posición dominante en el mercado. La segunda categoría se refiere a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como prácticas restrictivas. Comencemos analizando la problemática del abuso de la posición dominante.

Se entiende, de acuerdo con nuestra Ley, que las empresas gozan de una

*«... posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución»<sup>9</sup>.*

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir, a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio y, en general, la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Sólo se prohíbe el abuso de tal posición. No hay que confundir el uso de la posición con el abuso de la posición. Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no podrá ser cuestionado.

La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (ofertantes y demandantes) son «tomadores» de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de ofertantes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia.

<sup>9</sup> Artículo 4 del Decreto Legislativo núm. 701.

A esto se refiere el Decreto Legislativo núm. 701 cuando dice que «... pueden actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores...»<sup>10</sup>.

Como en la legislación europea, para poder establecer la existencia de una posición de dominio es necesario definir lo que se conoce como mercado relevante, es decir, dentro del mercado de qué bienes y servicios y dentro de qué límites geográficos puede existir y ejercerse dicha posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado la autoridad peruana sigue dos pasos: 1) debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia, esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero para ello hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa, y 2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la Ley, como posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

## B. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para la definición de posición de dominio, es qué debe entender por mercado relevante. Como ya indicamos, este concepto se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compete.

En el caso Sociedad Nacional de Industrias vs. Pesca Perú<sup>11</sup>, la primera denunció a la segunda argumentando que tenía posición de dominio en el mercado de adquisición de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado y que venía abusando de la misma al establecer condiciones discriminatorias respecto a la adquisición de los mismos en una licitación pública. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado, sino el mercado de sacos de plástico en general, estableciendo implícitamente que las empresas que actúan en el mercado podían fabricar otro tipo

<sup>10</sup> Artículo 4 del Decreto Legislativo núm. 701.

<sup>11</sup> Resolución núm. 039-94-INDECOPI/CLC.



de sacos, con lo que Pesca Perú no podía actuar con independencia de sus proveedores.

En el caso Instalaciones Electromecánicas, S. A., con SEDAPAL<sup>12</sup>, la denunciante sostuvo que SEDAPAL gozaba de posición de dominio en la compra de esclusas de hierro fundido. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de esclusas de hierro, sino que incluía, además, las compuertas de acero fundido o plancha estructural que eran perfectos sustitutos. A pesar de ello, consideró que igualmente SEDAPAL tenía posición de dominio en ese mercado ampliado, pues era el principal comprador de esclusas.

En FONGALSUR vs. Gloria, S. A.<sup>13</sup>, la primera denunció que la segunda abusaba de su posición de dominio en el mercado de compra de leche cruda en la cuenca lechera del sur. La Comisión estableció, sin que la Resolución permita establecer cuáles fueron los criterios utilizados, que el mercado relevante era el de la cuenca lechera del sur (cuyos límites geográficos no fueron definidos) respecto de la adquisición para usos industriales. Como se puede apreciar, se usó un concepto restrictivo de «mercado relevante» asumiendo implícitamente un mercado geográfico reducido (que podría encontrar su explicación en las dificultades de transportar leche cruda a otras localidades) y un uso determinado de la leche (uso industrial). Las razones de esto último no parecen, sin embargo, muy claras. En todo caso, en base a tal definición de posición de dominio, la Comisión encontró que sí había posición de dominio, aunque luego determinaría que no existió abuso de la misma.

Un caso en el que la Comisión estableció algunos criterios de interpretación para la determinación de lo que es el mercado relevante es Medidores Inca, S. A., vs. SEDA JULIACA<sup>14</sup>. La primera denunció a la segunda por abuso de posición de dominio consistente principalmente en la discriminación de condiciones a exigir ciertas características técnicas en una adquisición de medidores que, a juicio de la denunciante, la discriminaban para participar en una licitación. Según la Comisión, para determinar cuál era el mercado relevante debía acudir al análisis de, entre otros elementos, la «movilidad de los factores». Sobre la base de este concepto, la Comisión consideró que no procedía considerar al mercado de Juliaca como el mercado relevante, dado que los vendedores de medidores de agua están en posibilidad de vender sus productos en todo el territorio nacional. Este concepto de «movilidad de factores» parecería dirigido a establecer que los ofertantes de medidores pueden desplazar su producto a otros adquirentes si es que el denunciante no desea comprarles. Esto refleja la idea de una visión dinámica de cómo funcionan los mercados y qué es lo que determina la existencia o no de una posición de dominio.

---

<sup>12</sup> Resolución núm. 030-94-INDECOPI/CLC.

<sup>13</sup> Resolución núm. 003-93-INDECOPI/CLC.

<sup>14</sup> Resolución núm. 009-94-INDECOPI/CLC.

Un ejemplo de la aplicación de este principio que aparece más claramente definido en la jurisprudencia administrativa peruana, se puede apreciar en el caso *Metales Bera del Perú, S. A., vs. Minsur, S. A.*<sup>15</sup>. En dicho caso, Bera denunció a Minsur por supuesta negativa injustificada para contratar, pues se negaba a venderle estaño minas para que la denunciante pudiera procesarlo. Cuando la Resolución de la Comisión analiza cuál es el mercado relevante geográfico, establece que en nuestro país la importación de estaño no está sujeta a ninguna limitación administrativa y está gravada con un arancel de 15 por 100, salvo en el caso de las importaciones de Bolivia, en el que el arancel es 0 por 100 como consecuencia de la Decisión 321 del Acuerdo de Cartagena, tratado de integración suscrito por los países de la región andina. Por otro lado, la mina de Minsur se encuentra ubicada en el Departamento de Puno, con lo que las diferencias entre las distancias entre esta mina y las minas bolivianas de estaño no son significativas al encontrarse Puno en la frontera con Bolivia, por lo que no existen diferencias importantes en el costo de transporte. Ello llevó a la Comisión a considerar como el mercado relevante a Perú y Bolivia. Las diferencias de costos entre una alternativa y otra permite diferenciar con que productores, según su ubicación geográfica, se está en realidad compitiendo. Definido así el mercado, y no sólo en Perú como sugirió Bera a lo largo del procedimiento, se concluyó que Minsur no gozaba de la posición de dominio que le permitiera cometer abusos como la negativa injustificada<sup>16</sup>. Quedaba así claro para la Comisión, que si Minsur se negaba a proveer a alguna empresa peruana ésta tenía como opción razonable el acudir a un proveedor boliviano, con lo que la posición de dominio (capacidad de actuar independientemente de sus clientes) era inexistente. El Tribunal de INDECOPI confirmó la Resolución dictada por la Comisión, aunque precisó que el mercado relevante podría incluir, además, otros países que importaban estaño al Perú<sup>17</sup>.

Para la definición del mercado relevante en el caso de un monopsomio u oligopsomio, se usa un criterio similar. Así, en el caso *SERPOST vs. Formas Continuas y Derivados, S. A.*, la Comisión tuvo que determinar si *SERPOST*, la empresa postal del Perú (resultado de la transformación de la Oficina de Correos), tenía posición de dominio en el mercado de compra de estampilas, a fin de determinar si ciertos requisitos colocados en las bases

<sup>15</sup> Resolución núm. 066-96-INDECOPI/CLC.

<sup>16</sup> Mientras que con la definición del Perú como mercado relevante Minsur tenía prácticamente el 100 por 100, la definición de Perú y Bolivia como mercado relevante reducía la participación a 46 por 100.

<sup>17</sup> Resolución núm. 117-97-TDC, de fecha 5 de mayo de 1997. En ella, el Tribunal señaló textualmente lo siguiente: «(...) De la documentación obrante en el expediente, tales como la información proporcionada por Minsur, se deduce que Minsur tiene un porcentaje de participación en el mercado de estaño de Perú y Bolivia de 46 por 100. Dicho porcentaje es menor de la mitad del estaño producido en el mercado relevante y la Sala coincide con el criterio de la Comisión en el sentido que ello no le permite tener posición de dominio. Así, incluso si consideráramos al mercado relevante sólo como Perú y Bolivia, lo cual es la situación más beneficiosa para la posición de Bera en cuanto se excluye a otros posibles competidores, Minsur no ostenta posición de dominio en el mismo (...)»

de licitación para la compra de estos bienes constituían un caso de abuso por la vía de discriminación y negativa injustificada a contratar, dada la inclusión de requisitos que dificultaban la participación de empresas peruanas. Al definir el mercado relevante, la Comisión concluyó que el mismo estaba constituido por el mercado mundial de estampillas, mercado en el que era evidente que SERRPOST carecía de posición de dominio, por lo que la denuncia fue declarada infundada. El Tribunal confirmó la Resolución de la Comisión, pero amplió el mercado relevante de producto, al considerar como mercado relevante el mundial de papeles de seguridad. Ello porque tratándose de la medición de posición de dominio en la compra, era necesario evaluar las opciones que tenía el vendedor de girar su aparato productivo, a bajo costo, hacia la producción de otros bienes o servicios. Dado que la estructura productiva para elaborar estampillas podía ser utilizada para otro tipo de papeles de seguridad como cheques, bonos, billetes, etc., se concluyó que ello también estaba incluido en el mercado relevante <sup>18</sup>.

### C. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE

La autoridad peruana ha determinado en sus decisiones que la concentración de un mercado se da en función del número de empresas y de la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación, para desarrollar prácticas paralelas o para que el abuso de cierta posición en el mercado sea más efectiva. Cuanto menor sea el porcentaje de la oferta total que controla una empresa, deberá ser mayor la restricción de su producción para poder afectar el precio y es menos probable que esta restricción pueda serle beneficiosa.

Por ello, no basta establecer el porcentaje de participación de una empresa, sino el nivel de concentración del mercado en el que dicha empresa (o empresas) actúa. La Comisión y el Tribunal suelen usar el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado. Este índice se calcula suman-

<sup>18</sup> Resolución núm. 106-1998/TDC-INDECOPI, de fecha 17 de abril de 1998. En ella, el Tribunal señaló textualmente lo siguiente: «(...) En esa medida, el mercado relevante del producto en el presente caso no sólo está compuesto por los sellos postales, sino además por todos aquellos otros productos que la denunciante u otras empresas similares efectivamente elaboran o puede elaborar con la capacidad instalada que poseen. En efecto, la elaboración de estos otros productos no constituye una dificultad para el caso de la empresa denunciante, teniendo en cuenta, incluso, que viene dedicándose a ello y, que, por otro lado, esta empresa no ha acreditado que el cambio le implicaría asumir costos significativos (...). A mayor abundamiento, la propia empresa denunciante ha establecido la facilidad que tiene, como fabricante de papeles de seguridad («documentos-valores»), de fabricar estampillas, lo que demuestra la facilidad para girar su capacidad productiva a otros bienes con su misma capacidad instalada (...).»

do los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30, 30, 20 y 20 por 100, existe un HHI de 2.600<sup>19</sup>.

En la jurisprudencia del INDECOPI aún no aparece con toda precisión el uso de índices como el HHI (salvo algunos casos de concertaciones de precios) habiéndose sustentado la calificación de posición de dominio más en el simple porcentaje de participación en el mercado relevante.

Así, por ejemplo, en el caso de INEMEC vs. SEDAPAL, antes citado<sup>20</sup>, la Comisión consideró que una participación de 80 por 100 en el mercado relevante en los últimos dos años daba a SEDAPAL posición de dominio en el mercado de compuertas y esclusas.

En el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino<sup>21</sup> se determinó que la denunciada, Cemento Andino, gozaba posición de dominio en la costa y sierra central del país, pero sin indicar el porcentaje de participación, limitándose a afirmar que son las «... zonas donde se ha demostrado que la empresa denunciada puede actuar con independencia de sus proveedores, clientes y competidores...».

En Bera vs. Minsur<sup>22</sup>, la Comisión consideró que 47 por 100 del mercado relevante (estaño producido en Perú y Bolivia) no constituía posición de dominio en favor de la denunciada.

De manera similar, en el caso Asociación Editorial Bruño contra otras empresas integrantes del Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias<sup>23</sup> se consideró que no existía posición de dominio por que existía una participación de mercado inferior al 50 por 100.

En el caso María del Carmen Motta Wendell vs. PROQUINSA<sup>24</sup> se consideró que la empresa denunciada gozaba de posición de dominio en el mercado relevante porque había tenido una participación que normalmente había oscilado por encima del 50 por 100, aunque ello no queda tan claro en la Resolución.

En el caso Empresa Editorial El Comercio, S. A., vs. Aero Continente, S. A.<sup>25</sup>, tanto el Tribunal como la Comisión consideraron que la empresa aérea tenía posición de dominio sólo en las rutas Lima-Iquitos, Lima-Pucallpa, Lima-Puerto Maldonado y Lima-Tarapoto, al ser la única empresa que las cubría, y no en otras rutas en las que competía con otras empresas.

<sup>19</sup>  $(30)2 + (30)2 + (20)2 + (20)2$   
 $900 + 900 + 400 + 400 = 2,600$

<sup>20</sup> Resolución núm. 030-94-INDECOPI/CLC.

<sup>21</sup> Resolución núm. 018-95-INDECOPI/CLC.

<sup>22</sup> Resolución núm. 066-96-INDECOPI/CLC.

<sup>23</sup> Resolución núm. 067-96-INDECOPI/CLC.

<sup>24</sup> Resolución núm. 070-96-INDECOPI/CLC.

<sup>25</sup> Resolución núm. 004-98-INDECOPI/CLC y Resolución núm. 0078-1999/TDC-INDECOPI.

Si bien no se ha establecido como un precedente expreso, la práctica en el INDECOPI muestra que el punto de quiebra entre la existencia o no de posición de dominio gira en torno a participaciones de mercado de 50 por 100.

#### D. LA CLÁUSULA GENERAL DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Como ya se indicó la posición de dominio en sí misma no se encuentra sancionada en la legislación peruana. Es sólo el abuso de dicha posición lo que despierta la preocupación de las autoridades de libre competencia.

El Decreto Legislativo núm. 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su artículo 5 se establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando «... *actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio*».

El «actuar de manera indebida» es entendido por la jurisprudencia peruana como utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

Una práctica abusiva es aquella que no sería posible en condiciones de competencia normal, en la que los competidores son tomadores de precios y condiciones del mercado, y que la empresa con posición de dominio desarrolla para reducir o evitar el incremento de la competencia existente.

El daño concurrencial es considerado legítimo y aceptable, pues es consecuencia de la mayor eficiencia de una empresa frente a la menor eficiencia de la otra. El sistema debe garantizar al consumidor elegir lo que considera mejor para sus intereses. Si dicha elección se deriva de prácticas correctas y adecuadas de las empresas, el daño que se produzca es legítimo, y la autoridad de competencia no podrá cuestionarlo. Así, la jurisprudencia nacional considera que la existencia de empresas más grandes puede ser beneficiosa para los consumidores si como consecuencia de una economía de escala, la reducción de los costos de producción se traduce en precios más bajos o en mayor eficiencia productiva.

Los casos de abuso de posición de dominio suelen estar sujetos a la regla de la razón<sup>26</sup>. La norma peruana vigente contiene en su artículo 5

<sup>26</sup> De manera similar a como lo ha hecho la jurisprudencia norteamericana, la jurisprudencia administrativa peruana ha aceptado la distinción entre infracciones *per se* ilegales (llamadas por la legislación mexicana «prácticas monopólicas absolutas») y las infracciones sujetas a la llamada «regla de la razón» (llamadas en la legislación mexicana «prácticas monopólicas relativas»). Las primeras no aceptan justificación de ninguna clase y su simple realización se considera ilegal. En cambio, la regla de la razón implica un análisis caso por caso para determinar la razonabilidad de la práctica y sus posibles efectos en el proceso competitivo. Haciendo una analogía válida, la

una enumeración de casos considerados como abuso de posición de dominio en el mercado. A continuación se analizarán algunos de ellos que consideramos relevantes.

## E. CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN EN EL DOMINIO

### a) *Precios predatorios*

La legislación peruana no recoge expresamente la tipificación de la política de precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa peruana ha aceptado su posible existencia, aunque es muy exigente para tipificar la existencia de tal infracción. Consiste en el supuesto de que una empresa reduzca sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de sacar o disciplinar a un competidor en el mercado.

La predación suele ser considerada sancionable en el caso de que sea llevada a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Las razones de tal requerimiento son obvias. Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra sufrirá pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. En el caso que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso, si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada, pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

La jurisprudencia peruana considera que, dado que la empresa predatoria va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, debe estar en la capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como inversión en búsqueda de ganancias monopólicas futuras. Para ello, las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales. Esto pasa por la difícil labor de diferenciar una política de precios predatorios de una simple competencia agresiva en el mercado que permita identificar a la primera como ilegal.

Las empresas en un mercado pueden enfrentar costos diferentes, en especial como consecuencia de los diversos niveles de eficiencia que pudieran alcanzar. Ello podría ser otra explicación a precios bajos. El error de la autoridad al calificar la práctica reduciría evidentemente los niveles de bienestar de los consumidores involucrados. Por eso es que los costos que deben analizarse para determinar que los precios son inferiores, no son los costos de la industria en general, sino los de la empresa en particular.

---

regla *per se* es como cruzarse un semáforo en rojo, mientras la regla de la razón es como sancionar una maniobra temeraria de un conductor de automóvil.

Así, uno de los elementos económicos que debe necesariamente definirse es si la empresa que desarrolla la práctica no sólo pueda agotar y derrotar la resistencia de sus rivales a un elevado costo de la guerra de precios, sino, además, pueda generar ganancias rápidas y de manera efectiva que puedan superar las pérdidas sufridas.

En un mercado abierto, y con costos de acceso bajos, como ocurre en la mayoría de bienes y servicios que se brindan en el mercado peruano, es sumamente improbable que una práctica de predación pueda funcionar. Los costos de depredar probablemente superarán las ganancias monopólicas que se puedan obtener. Una empresa puede soportar pérdidas por meses o hasta por años en su intento de eliminar un competidor. Pero si tiene éxito en su estrategia, nada le garantiza que en un período substancialmente más corto nuevas empresas entren al mercado y controlen su capacidad de cobrar un precio monopolístico. Y ello se hace aún más difícil de entender si consideramos que precisamente la elevación de precios luego de la «victoria» genera de inmediato incentivos para la entrada de nuevos competidores.

Así, la autoridad peruana ha considerado que el cumplimiento de las condiciones necesarias para que la estrategia del predador tenga éxito son sumamente inusuales. Las pérdidas durante el período que dura la guerra serán proporcionalmente más altas para el predador que para sus rivales, por que se ve obligado a gastar más para poder expandir su producción, mientras que su víctima no sólo no expandirá su producción, sino que tiene, además, la opción de reducirla y de esa manera reducir sus costos.

A estas condiciones se añaden otros elementos que dificultan la predación. La facilidad de salida es simétrica con la facilidad de entrada. Cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado será más fácil que una nueva entre al mismo. Por su parte, cuanto más difícil sea sacarla del mercado, más difícil será que una nueva entre al mismo. Esta relación hace de la predación normalmente un muy mal negocio.

A ello debemos añadir que mientras las pérdidas son reales, actuales y tangibles, las ganancias de la predación son potenciales, futuras e inciertas. A la incertidumbre, y los costos del riesgo a ella asociados, debe añadirse que el predador deberá de descontar a sus ganancias futuras la tasa de interés, pues está financiando con ganancias actuales eventuales ingresos extraordinarios futuros y quizás lejanos.

Si a ello añadimos los riesgos de un error de la autoridad, dada la dificultad de prueba (pues exige demostrar que se está vendiendo por debajo del costo marginal, lo cual es muy difícil de calcular), es probable que la persecución de esta falta tenga más posibilidades de dañar al consumidor que de ayudarlo y mejorar su situación. Por eso en su sanción debe tenerse mucho cuidado.

A pesar que las normas de libre competencia peruanas no regulan de manera expresa la existencia de precios predatorios como un caso

de abuso de posición de dominio, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha considerado que podría sancionar dicha práctica. Así, en el caso *María del Carmen Motta Wendell vs. PROQUINSA*<sup>27</sup>, la Comisión analizó la posibilidad de sancionar a la denunciada por precios predatorios. Si bien al final consideró que dicha política no había sido desarrollada, consideró que de haberse encontrado elementos de juicio suficientes deberían de haber sancionado a la denunciada.

En este caso la Comisión definió como *precios predatorios* «... aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores...». Como se puede apreciar la Comisión establece un requisito de intencionalidad en la práctica.

Los efectos que la Comisión considera que se derivan de una política de precios predatorios son: 1) rebajas selectivas de precios; 2) nivel de precios no rentable o poco rentable, y 3) una política de precios dirigida a un competidor específico<sup>28</sup>.

La Comisión advierte, sin embargo, de los riesgos de confundir una política de precios predatorios con competencia efectiva en el mercado:

*«... debe tenerse presente que la competencia por precios es una característica normal y esperada del proceso competitivo. Por tanto, las reducciones de precios pueden ser muestra del proceso de competencia efectiva incluso en un mercado donde una empresa detenta posición dominante y no deben estar prohibidas por el hecho de perjudicar al competidor, puesto que ello constituiría sólo un daño concurrencial».*

Como hemos visto, la conjunción de precios no rentables o poco rentables junto con la intencionalidad en la acción constituyen elementos claros para tipificar una conducta determinada como un caso de precios predatorios. Sin embargo, la Comisión hace algunas precisiones, estableciendo incluso una situación en la que parecería no ser necesario ir a la intención que inspira la conducta:

*«... no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio —es decir, el resultado de la suma de todos los costos variables entre el número de unidades producidas—. Los costos variables son aquellos que están en función al nivel de producción, es decir, que aumentan si se incrementa la producción. Finalmente, los precios inferiores al precio total pero superiores al costo variable medio sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores»<sup>29</sup>.*

<sup>27</sup> Resolución núm. 070-96-INDECOPI-CLC.

<sup>28</sup> Estos tres requisitos han sido tomados por la Comisión de la experiencia y jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea, tal como se puede apreciar en BELLAMY, Christopher, y CHILD, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid, Civitas, p. 537.

<sup>29</sup> Este principio fue tomado de la jurisprudencia europea, en especial del caso *ECS vs. AZCO* (asunto 62/86, Sentencia de 3 de julio de 1991).



En el caso concreto, la Comisión consideró, por la vía de comparar los precios de los competidores en el mercado, que las diferencias de precios existentes entre el competidor supuestamente afectado y la denunciada no se debían a una política de precios predatorios, sino, por el contrario, a diferencias en la estructura de costos que enfrentaba cada una, y que, por tanto, no se había tipificado un caso de abuso de posición de dominio.

Para llegar a esta conclusión, la Comisión analizó los siguientes aspectos: 1) el denunciado tenía un mayor número de líneas que su competidora, por lo que podía distribuir sus costos fijos entre más productos, situación conocida como economía de alcance; 2) los montos de depreciación eran diferentes al haberse adquirido sus activos en momentos distintos; 3) la denunciada importaba uno de sus insumos principales a granel y en grandes volúmenes junto con otras empresas, mientras su competidora lo adquiría en el mercado local a un precio mayor; 4) la técnica utilizada por la denunciada le permitía ahorrar en el costo de combustible, y 5) al entrar el competidor, la denunciada se encontraba ya posicionada en el mercado, con lo que tenía menores costos de transacción-ventas.

Así, la Comisión concluyó que los precios siempre estuvieron por encima de los costos totales (con excepción de uno solo de los meses dentro del período investigado) y, por tanto, por encima de los costos variables. Siendo que sólo en un mes los precios fueron menores a los costos totales, la Comisión concluyó que no era posible derivar una intención predatoria de dicha conducta, dada la poca importancia de los posibles efectos del precio bajo en un período tan corto.

Este caso no fue apelado por lo que el Tribunal del INDECOPI aún no ha establecido criterios sobre cómo evaluar este tipo de prácticas.

#### b) *Discriminación de precios y condiciones*

Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopolios general, la discriminación es una práctica sujeta a la «regla de la razón», es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado y, en particular, en el bienestar de los consumidores.

Pero la jurisprudencia peruana ha considerado que incluso en el caso de empresas que gozan de posición de dominio, la discriminación puede ser una práctica necesaria y legítima. En primer lugar, los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos. La ubicación geográfica, las cadenas de distribución, el nivel de riesgo, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos.

Además, la norma peruana determina que la discriminación coloque a ciertos competidores en desventaja frente a otros. Así, si una empresa vendiera detergente discriminando a sus clientes y como consecuencia de ello uno no pudiera competir contra los otros, entonces podría darse una discriminación penada por ley, si es que, además, dicha discriminación no encuentra sustento en motivos atendibles.

En el caso *INEMEC vs. SEDAPAL*<sup>30</sup>, si bien se determinó que SEDAPAL gozaba de posición de dominio, se consideró que no llevaba a cabo una discriminación por sujetar sus adquisiciones a una serie de normas técnicas. INEMEC, fabricante nacional de compuertas, sostenía que la inclusión del requisito de cumplir con ciertas normas técnicas para participar en una licitación, y que no podían ser cumplidas por los fabricantes nacionales, era una discriminación que favorecía a los fabricantes extranjeros. La Comisión consideró que se trataba de un requisito válido que se ajustaba «... con la calidad y seguridad que debe cumplir el bien, en razón de la obra a ejecutarse...». Concluye señalando que «... no se advierte la existencia de una acción discriminatoria, y no se desprende que las Bases del Concurso hayan sido redactadas con una finalidad discriminatoria...». Nótese que de la redacción de la resolución se puede desprender la necesidad de acreditar la finalidad (intención) de que la práctica tenga efectos anticompetitivos.

En *FONGALSUR vs. Gloria, S. A.*<sup>31</sup> la primera acusó a la segunda de establecer condiciones diferentes para sus agremiados en relación a las que ofrecía frente a FONGAL-AREQUIPA en el mercado de compra de leche cruda. Afirmaban que Gloria pagaba a FONGAL-AREQUIPA un precio superior que el que pagaba a FONGALSUR. La Comisión claramente estableció que

*«... el Decreto Legislativo núm. 701, permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferenciación entre una y otra, justificando de este modo la aplicación de condiciones desiguales...».*

En tal sentido en el procedimiento se acreditó que la diferencia en los precios obedecía al diferente contenido graso de la leche, razón justificada para que exista una diferenciación de precios como la que fue objeto de la denuncia. Además, se determinó la existencia de bonificaciones por volumen que están plenamente justificadas de acuerdo al Decreto Legislativo núm. 701.

Así, de acuerdo a los antecedentes citados, puede verse como la simple existencia de diferencias en el tratamiento no hace que la práctica sea ilegal, sino que debe determinarse la razonabilidad de la misma en atención a lo que es la práctica comercial normal y ordinaria en el mercado

<sup>30</sup> Resolución núm. 30-94-INDECOPI/CLC.

<sup>31</sup> Resolución núm. 003-93-INDECOPI/CLC.

correspondiente. Se trata, pues, de un caso en el que se usa la llamada «regla de la razón».

c) *Negativa injustificada a contratar*

Otra de las prácticas es la negativa injustificada de contratar por parte de una empresa que goza de posición de dominio en el mercado.

Al igual como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monoposomio) o con un cliente (en el caso de un monopolio).

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro.

En el Perú se presentó un caso de negativa injustificada entre la empresa Industrial Comercial Olgún y la Empresa Nacional de la Coca —ENACO—<sup>32</sup>. La primera denunció a la segunda por la negativa de venta de hoja de coca para fabricar bolsitas filtrantes de mate de coca. ENACO, empresa estatal, gozaba por Ley de un monoposomio para la compra legal de hoja de coca y había trasladado dicho poder de mercado a la industria de ciertos productos, entre los que se encontraba las bolsitas filtrantes de las que eran los únicos productores. Así, se negaban sistemáticamente a vender hoja de coca a otras empresas. El INDECOPI consideró que la práctica era ilegal. Evidentemente la intención de proteger y consolidar así el monopolio en el mercado de bolsitas filtrantes de hoja de coca justificaron el considerar la conducta como contraria a la Ley.

El Decreto Legislativo núm. 701 establece en el artículo 5.a) como un caso de abuso de posición de dominio: «*La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios*».

La norma establece que la negativa sea injustificada, pero no define qué debe entenderse por injustificada. Sin embargo, recogiendo lo que establece la doctrina y la propia práctica de la Comisión de Libre Com-

<sup>32</sup> Resolución núm. 014-93-INDECOPI/CLC.

petencia del INDECOPI, pueden establecerse como algunos casos que justifican la negativa la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda o el producto o bien solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien o brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente u otras de naturaleza similar.

Por ejemplo, en el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino, S. A.<sup>33</sup>, la Comisión estimó que la negativa de vender directamente al señor Daga basado en la práctica comercial de comercializar el cemento a través de su cadena de distribuidores y no directamente a las ferreterías minoristas, sumado al hecho de que el denunciante en una oportunidad anterior se había valido de argucias para conseguir un descuento por venta directa que sólo se aplicaba al caso de adquisiciones para ofertas públicas, hacía de la negativa una plenamente justificada, por lo que no había abuso de posición de dominio.

#### d) *Cláusulas de atadura*

Esta infracción está tipificada en el inciso c) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que establece como ilegal *«la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos»*.

La idea que hay detrás de la práctica es tratar de trasladar la posición de dominio en un mercado a un mercado de un producto diferente.

La jurisprudencia nacional ha considerado que los supuestos para la sanción a esta infracción son inusuales. Se debe tener en cuenta que el intentar monopolizar otro mercado implica incrementar el costo en el mercado original, lo que rara vez es una conducta racional. Si un consumidor valora el producto «X» en S/. 10 (el producto en la empresa cuenta con posición de dominio) y el precio al que se vende es S/. 8, en principio el cliente estaría dispuesto a comprarlo. Ahora, si el monopolista obliga, además, a comprar el producto «Y» a S/. 5 y que no interesa en lo más mínimo al consumidor (es decir, vale para el S/. 0 o muy poco), lo estaría obligando a pagar S/. 13 por un paquete de productos que el consumidor valora en S/. 10 en total. Evidentemente no comprará el producto, con lo que el monopolista tendrá menores ventas a costos mayores. Incluso si llegara a vender el producto estaría reduciendo su margen de utilidad por el incremento del costo en proveer el producto «Y». Es más lógico vender sólo el producto deseado por el consumidor y cobrar por el un precio monopolístico.

<sup>33</sup> Resolución núm. 018-95-INDECOPI/CLC.

Normalmente si uno ata un producto a otro es de esperar que esa atadura sea eficiente por ser lo que esperan los consumidores recibir como un paquete de productos.

Un caso en el que la Comisión aplicó las normas de cláusulas de atadura es el de ENAPU vs. SERTEMAR<sup>34</sup>. La empresa SERTEMAR denunció a ENAPU, empresa estatal que tenía a su cargo el servicio de puestos del país, por atar al servicio de acodo de buques, el de remolque. Así, ENAPU no aceptaba el ingreso de buques al puerto si es que no había contratado los servicios de remolque con los remolcadores de la propia ENAPU. SERTEMAR planteó que ella podía competir en brindar el mismo servicio. Tanto la Comisión como el Tribunal de INDECOPI consideraron una cláusula de atadura ilegal, pues no existían motivos que justificaran atar ambos servicios, sobre todo si en comparación con otros puertos en otros países, estos servicios se solían brindar por separado. Sin embargo, la Corte Suprema de la República declaró la nulidad de lo resuelto por el INDECOPI sosteniendo que los servicios de remolque eran complementarios a los de acodo de buques.

## 5. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Tipificadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, estas infracciones no requieren la existencia de posición de dominio en el mercado. Se refieren básicamente a prácticas colusorias.

Por razones de espacio nos vamos a limitar a comentar los casos de cárteles o acuerdos verticales entre competidores.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, la legislación peruana y la jurisprudencia administrativa ha considerado los acuerdos horizontales de precios entre competidores como «*per se* ilegales». Esto implica que, como principio general, no se admite justificación basada en la razonabilidad del acuerdo ni en el hecho de que el mismo afecte o no la competencia.

La discusión sobre este principio fue cerrada con lo resuelto por el Tribunal del INDECOPI, que definió en el caso de la acción de oficio seguida contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros<sup>35</sup> que la concertación de precios entre competidores era *per se* ilegal.

Los casos de concertación de precios han sido los que se han presentado con más frecuencia y en los que la autoridad ha intervenido con mayor energía. Como consecuencia de años de políticas de control y fijación de precios por el Estado, los agentes económicos interpretaron no sólo que concertar precios no estaba prohibido, sino de que era, además,

<sup>34</sup> Resolución núm. 014-93-INDECOPI/CLC.

<sup>35</sup> Resolución núm. 276-97-TDC.

una práctica fomentada por el Estado, que citaba a los empresarios a los Ministerios para acordar como debían fijarse los precios <sup>36</sup>.

Son numerosos los casos y sectores en los que se han impuesto sanciones por concertación. Así, se encuentran casos de concertación entre panaderos <sup>37</sup>, transportistas <sup>38</sup>, empresas harineras <sup>39</sup>, proveedores de vidrio soluble <sup>40</sup>, cilindros para almacenar petróleo <sup>41</sup>, pollos <sup>42</sup>, entre otros.

Debe destacarse que el principio de aplicación de la regla *per se* tiene algunas excepciones. En especial la jurisprudencia administrativa peruana ha acogido la llamada «*ancillary doctrine*» o «doctrina de la complementariedad» de acuerdo a la cual sólo son consideradas *per se* ilegales los acuerdos de precios desnudos, es decir, aquellos que no son complementarios a acuerdos de integración empresarial tales como asociaciones en participación o *joint ventures*. Ello entiendo que sólo los «acuerdos desnudos», es decir, aquéllos desprovistos de todo tipo de integración asociativa entre empresas, son los que realmente se constituyen como ilegales, quedando esto sujeto a la regla de la razón.

<sup>36</sup> Por ello no debe extrañar que en uno de los primeros casos de concertación de precios, seguido de oficio por el INDECOPI contra diversos gremios de transportistas, la Federación de Chóferes del Perú haya presentado como prueba de descargo de la concertación de las tarifas de transporte público, un acta firmada por el Ministro de Economía en el que se acordaba la fijación de dichas tarifas.

<sup>37</sup> Resolución núm. 033-95-CLC, de 23 de agosto de 1995, que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra la Asociación de Industriales en panadería, y que culminó con un acuerdo que contenía un compromiso de no continuar concertando los precios.

<sup>38</sup> Resolución núm. 1181-94-TDCPI, de 29 de diciembre de 1994, que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra la Federación de Chóferes del Perú y otros gremios de transportistas, que culminó con la denuncia penal contra los representantes de los transportistas.

<sup>39</sup> Resolución núm. 1104-96-INDECOPI/TRI, de 27 de junio de 1996, que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra 11 empresas productoras de harina de trigo y que culminó con multas a todas las empresas que concertaron precios.

<sup>40</sup> Resolución núm. 0082-1998/TDC-INDECOPI, de 25 de marzo de 1998, que dio fin al procedimiento de oficio seguido contra Proquinsa, S. A., y Silicatos, S. A., y que culminó con una multa contra los infractores. Es importante destacar que el caso se originó en una denuncia que interpuso la señora María del Carmen Motta Wendell y otros contra Proquinsa por precios predatorios. El INDECOPI advirtió que no sólo no existían precios predatorios, sino que incluso la preocupación de los precios fijados se originaba precisamente en que ya no era efectivo el acuerdo que había existido para fijar precios mayores.

<sup>41</sup> Resolución núm. 255-97-TDC, de 22 de octubre de 1997, que dio fin al procedimiento seguido por Petroperú contra Rheem Peruana, S. A., y Envases Metálicos, S. A. Petroperú, empresa de petróleos del Estado, denunció a las dos empresas por haber concertado el precio de cilindros en licitaciones públicas.

<sup>42</sup> Resolución núm. 276-97-TDC, de 19 de noviembre de 1997, que dio fin al procedimiento seguido por INDECOPI de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros. Es de destacar que este caso dio lugar a la aplicación de la nueva escala de multas aprobada por el Decreto Legislativo 807. Hasta entonces la multa más alta que había podido imponer el INDECOPI era de 50 Unidades Impositivas Tributarias equivalentes a algo menos de 50.000 dólares. A partir de ese caso en el que se pusieron multas por un total superior a los 2.000.000 de dólares (2,120 UIT), se aplica un dispositivo que permite que la multa máxima se eleve hasta el 10 por 100 de las ventas brutas de las empresas en el año anterior a la imposición de la infracción.

El caso en el que se estableció este principio es CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres, S. A.<sup>43</sup> En ese caso, CIVA denunció a sus empresas socias en un terminal terrestre común dirigido a brindar servicios de transporte comunes y coordinados a los consumidores. El acuerdo de alquiler del uso del terminal incluía prohibiciones para competir, a partir del terminal, con las rutas de las otras empresas y se establecían tarifas acordadas entre todas las empresas. Tanto la Comisión como el Tribunal consideraron la práctica como legítima en tanto no limitaba ni las tarifas ni la competencia en rutas por parte de unidades que partieran de otros terminales, pero sobre todo porque era consecuencia de un acuerdo de brindar servicios complementarios a los pasajeros (conexiones de rutas, terminal común, etc.).

## 6. CONTROL DE FUSIONES

Quizá una de las particularidades más importantes del sistema peruano es que carece de un control general de fusiones de empresas. Salvo en el sector eléctrico en el que, en base a la Ley núm. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico de fecha 19 de noviembre de 1997, se estableció un control de fusiones por medio de un sistema de notificación previa a cargo del mismo INDECOPI, no existe en el resto de las actividades económicas ningún requisito adicional.

Ésta ha sido una decisión consciente del sistema peruano, en atención a las características de su economía. Así, se ha considerado en una economía pequeña y abierta como la peruana, cómo la existencia de un control de fusiones puede traer más costos que beneficios.

Las razones por las que no se ha querido adoptar un control general de fusiones son:

### A. EL TAMAÑO DE LA ECONOMÍA PERUANA

Dadas las dimensiones de la economía peruana se considera que la existencia de controles de fusiones podrían desincentivar el desarrollo de empresas que alcancen las economías de escala necesarias para competir internacionalmente. Así, empresas con participaciones del mercado nacional significativas pueden no ser realmente grandes en comparación con estándares internacionales. Un control de fusiones haría difícil llegar a las economías de escala necesarias para ser realmente competitivas.

### B. LA FALTA DE EXPERIENCIA E INFORMACIÓN EN LA AUTORIDAD PERUANA

El control de fusiones se ha desarrollado en países con economías distintas a la peruana. Los referentes internacionales como el sistema

<sup>43</sup> Resolución núm. 206-97-TDC, de fecha 13 de agosto de 1997.

norteamericano o el de países europeos pueden no ser pertinentes para un país como el Perú. Ello hace que la posibilidad de error sea elevada y con ello se podría estar limitando un desarrollo efectivo de las empresas. Evitar estos errores puede ayudar a un desarrollo de eficiencias en nuestra economía.

### C. LA CAPACIDAD DEL MERCADO PARA CORREGIR FUSIONES INEFICIENTES

Dado que el Perú tiene una economía abierta, es de esperar que cualquier ganancia monopólica generada por una fusión en la que la reducción de rivalidad sea ineficiente, genere incentivos para la rápida entrada de competidores que corrijan la situación. En todo caso, en los mercados en los que no se pueda esperar que ello ocurra, se pueden establecer controles sectoriales, como viene ocurriendo en el caso de la electricidad.

## 7. LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Sin perjuicio de las funciones que se han asignado a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, esta institución desarrolla otra labor importante en defensa de la libre competencia a través de otra comisión, ya reseñada líneas arriba: la Comisión de Acceso al Mercado.

El Perú es uno de los pocos sistemas en el mundo que ha encargado a una entidad en el mismo Poder Ejecutivo, con autonomía, la capacidad de controlar disposiciones y actos de la propia Administración Pública que creen barreras de acceso al mercado que puedan ser ilegales o incluso irracionales.

La Comisión tiene competencia para actuar contra entidades de todo nivel, sean éstas del Gobierno Central, del Gobierno Regional o del Gobierno Municipal<sup>44</sup>.

Como decíamos, las facultades pueden incluir la declaración de ilegalidad del acto, pero también su irracionalidad, en caso que el mismo sea justificable en base a las razones de interés público que motivaron las competencias de la autoridad que los dictó o simplemente que no resisten un análisis costo beneficio<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> A pesar de que las competencias se extienden a todas estas entidades para declarar la ilegalidad o irracionalidad de un acto, en el caso que el acto esté contenido en un Decreto Supremo, Resolución Suprema o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá impedir su aplicación, pero sí elevará un informe al Consejo de Ministros para que éste tome las mediadas pertinentes.

<sup>45</sup> Los criterios para considerar una barrera burocrática como ilegal o irracional fueron establecidos por el Tribunal del INDECOPI en la Resolución núm. 182-97-TDC que puso fin a la denuncia planteada por Inversiones La Merced, S. A., contra la Municipalidad Provincial de Trujillo por una ordenanza que obligaba a pintar los taxis de todas las empresas de amarillo. Tanto la Comisión de Acceso al Mercado como el Tribunal del INDECOPI consideraron que la barrera era irracional, pues no se pudo justificar las razones de interés público que facultaban a ordenar que todos los taxis tuvieran un solo color, preservando así el derecho de las empresas denunciadas a mantener



Los criterios recogidos por el INDECOPI para evaluar la legalidad y racionalidad de la medida son los siguientes:

i) En primer lugar, la Comisión —o la Sala en su caso— evalúa la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

ii) En segundo término, se analiza la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

a) El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea i) porque establece tratamientos discriminatorios; ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias), o iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.

b) En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

c) Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costos privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas.

---

sus colores distintivos. El caso se encuentra actualmente en discusión en la Corte Suprema de la República al haberse interpuesto una acción de amparo (naturaleza constitucional) contra lo decidido por INDECOPI.

En base a estas facultades se han declarado la ilegalidad o irracionalidad de cobros excesivos o ilegales por licencias municipales<sup>46</sup>, exigencias de carnet sanitarios por municipalidades cuando la Ley los ha prohibido<sup>47</sup>, cobros de tributos municipales no autorizados por la Ley<sup>48</sup>, cobros por acceso a playas y balnearios no autorizados<sup>49</sup>, exigencias para la creación de nuevas facultades o carreras en las universidades<sup>50</sup>, desconocimiento de silencios administrativos positivos en la autorización de frecuencias a una aerolínea<sup>51</sup>, cobros excesivos por expedición de pasaportes y que no podía ser justificados por el costo del servicio<sup>52</sup>, cobros

<sup>46</sup> En la Resolución núm. 0194-1998/TDC-INDECOPI, de 15 de julio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por la Asociación de Comerciantes y Propietarios de Miraflores contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, el Tribunal consideró que los cobros exigidos por dicha entidad edil por concepto de Declaración Jurada de Continuidad de la Actividad, así como por autorización de anuncios y publicidad, constituían una barrera burocrática ilegal al no haberse acreditado la ratificación de tales cobros por la Municipalidad Provincial de Lima, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Asimismo, en la Resolución núm. 0183-1998/TDC-INDECOPI, de 8 de julio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por Admiral Casino Technology, S. A., contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Tribunal consideró que los cobros que realizaba dicha entidad edil por concepto de Licencia Especial y a la Venta de Bebidas Alcohólicas, constituían una barrera burocrática irracional, al no haberse acreditado de forma suficiente la racionalidad de tales cobros.

<sup>47</sup> En las Resoluciones núm. 0358-1998/TDC-INDECOPI y núm. 0117-1999/TDC-INDECOPI, recaídas en los procedimientos iniciados por la Asociación de Clínicas y Hospitales Particulares y Comercial Alimenticia, S. A., contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, respectivamente, el Tribunal consideró que la exigencia municipal consistente en obtener un carné de salud para la realización de actividades comerciales de atención al público, constituía una barrera burocrática ilegal, teniendo en consideración que, conforme a lo dispuesto por la Ley General de Salud, ninguna entidad de la Administración Pública se encuentra facultada a exigir la obtención de dicho documento.

<sup>48</sup> En la Resolución núm. 147-97-TDC, de 11 de junio de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por Proseguridad, S. A., contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Tribunal consideró que dicha entidad edil no contaba con autorización legal expresa para efectuar el cobro de la tasa denominada «Licencia de Anuncios y Publicidad».

<sup>49</sup> En los casos seguidos de oficio por el INDECOPI contra las Municipalidades Distritales de San Pedro de Lurín, Pucusana y San Bartolo, la Comisión de Acceso al Mercado consideró que el pago de las tasas exigidas por dichas entidades ediles, denominadas «Estacionamiento Vehicular», «Estacionamiento Vehicular y Limpieza Pública de Playas» y «Servicio de Estacionamiento Vehicular», respectivamente, constituían un cargo ilegal al usuario, toda vez que tales cobros no fueron ratificados por la Municipalidad Provincial de Lima, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

<sup>50</sup> Al respecto, pueden revisarse las Resoluciones núm. 0325-1998/TDC-INDECOPI y núm. 0331-1998/TDC-INDECOPI, recaídas en los procedimientos iniciados por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas contra la Asamblea Nacional de Rectores.

<sup>51</sup> En la Resolución núm. 0012-1999/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento iniciado por Aero Continente, S. A., contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, el Tribunal consideró que la actuación del Ministerio, consistente en no expedir los instrumentos necesarios para que Aero Continente pueda hacer uso del Permiso de Operación, constituía una barrera burocrática, toda vez que dicha empresa obtuvo el referido Permiso en aplicación del silencio administrativo positivo previsto en la Ley núm. 26917.

<sup>52</sup> Resolución núm. 03-1998/CAM-INDECOPI/EXP-00000, de 23 de febrero de 1999, recaída en el procedimiento iniciado de oficio por el INDECOPI contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio del Interior. En dicha resolución, la Comisión consideró que los montos establecidos para la obtención y revalidación de pasaportes, ascendentes a 60,00 dólares y 40,00 dólares, respectivamente, así como el costo de los formularios para la tramitación de procedimientos ante la Dirección General de Migraciones y Naturalización, transgredían disposiciones de la Ley de Sim-

de multas ilegales por municipalidades<sup>53</sup>, cobros por instalación de cabinas telefónicas o postes en la vía pública<sup>54</sup>, entre muchos otros, obligación de empresas de transporte a instalarse en terminales terrestres municipales, cobros por instalación de anuncios en la vía pública o en propiedad privada, entre muchos otros.

Sin duda, la acción de la Comisión de Acceso al Mercado es tanto o más importante que la acción de la Comisión de Libre Competencia, en el entendido que el principal distorsionante del mercado suele ser precisamente el Estado. Por ello el INDECOPI ha potenciado su labor en aras de convertirse en una suerte de sistema de control de calidad interna de los actos de gobierno, en defensa de los derechos de los ciudadanos a que se cumplan las normas de simplificación administrativa, el principio de legalidad de la actuación del Estado y el derecho de los ciudadanos a que las entidades públicas puedan sustentar la racionalidad de los actos que toman, de manera que no se creen barreras o limitaciones innecesarias a la competencia.

## 8. CONCLUSIÓN

En sus escasos seis años de existencia el INDECOPI se ha convertido en una institución controvertida y discutida. Para unos es una suerte de «frankenstein», un monstruo con demasiadas funciones, que pone en riesgo la competencia misma al tener exceso de facultades y una variedad demasiada amplia de temas a su cargo. Para otros, el INDECOPI es una institución excesivamente liberal, demasiada inclinada a velar por una libertad de mercado, antes que por factores distributivos o sociales.

---

plicación Administrativa y, por tanto, constituían infracciones a los principios de simplificación y garantía administrativa para la inversión privada, al ser la tasa que se cobraba superior al costo del Estado de brindar el servicio.

<sup>53</sup> En la Resolución núm. 0121-1999/TDC-INDECOPI, de 7 de abril de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte, S. A., contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, el Tribunal precisó que la Municipalidad carece de competencia para establecer sanciones en materia de la prestación del servicio de alumbrado público, dado que dicha atribución corresponde al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Eléctrica (OSINERG), de acuerdo a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.

<sup>54</sup> En la Resolución núm. 0309-1998/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento iniciado por Telefónica del Perú, S. A., contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, el Tribunal concluyó que los cobros que efectuaba dicha entidad edil por concepto de Licencia Municipal Anual para la Ocupación de la Vía Pública aplicable a cada una de las cabinas telefónicas que la denunciante tenía ubicadas en el distrito de Huancayo eran irracionales.

Asimismo, en la Resolución núm. 0162-1998/TDC-INDECOPI, de 19 de junio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte, S. A., contra la Municipalidad Distrital de Los Olivos, el Tribunal consideró que la exigencia del cumplimiento de los requisitos a fin de obtener las autorizaciones para la colocación de postes y torres de servicios eléctricos de alta, media y baja tensión en la vía pública, así como para el tendido de cables aéreos y subterráneos, constituía una barrera burocrática ilegal al no haberse acreditado que tales exigencias hubieran sido ratificadas por la Municipalidad Provincial, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Pero el INDECOPI no debe ser considerado ni una cosa ni la otra. El INDECOPI debe ser considerado como un árbitro de las reglas de juego, como un ente que aspira a crear un marco institucional que genere confianza en el mercado, en la libre iniciativa y en la capacidad de los consumidores para convertir sus preferencias en realidades concretas forzando a las empresas a satisfacerlas mediante la competencia abierta en el mercado.

En 1995 el Premio Nobel de Economía, Douglass C. North, estuvo en INDECOPI. Consideró, como ocurre con la mayoría de las personas que conocen el Instituto como institución extraña y única, con características poco comunes. Viendo como estaba concebida dentro del Estado concluyó diciendo:

*«INDECOPI es una idea que sobrepasa muchas de las maneras tradicionales de hacer las cosas... INDECOPI es un concepto muy interesante; representa una de las ideas más creativas e innovadoras que yo jamás he visto para mejorar el funcionamiento de la economía... de lo que he escuchado, INDECOPI está formado por un grupo de personas entusiastas que tienen la oportunidad de hacer historia.»*

Sin duda, INDECOPI ha cambiado muchas cosas en los últimos seis años, pero aún le falta mucho por hacer. Falta mucho para que haga historia, pero sin duda es un concepto novedoso y dinámico que tiene la oportunidad de cambiar no sólo las reglas y formas de aplicarlas, sino la propia cultura de los consumidores y empresarios para orientarnos a un mercado que, como la democracia, refleje la voluntad de todos los peruanos.

# THE AUSTRALIAN COMPETITION POLICY REFORMS

Professor Allan FELS

Chairman

Australian Competition and Consumer Commission

## Abstract

El autor analiza las medidas adoptadas en Australia para promover la aplicación de la política de la competencia. La ACCC es una agencia administrativa independiente cuyo objetivo es la aplicación del derecho de la competencia y se convierte en pieza esencial de la política de la competencia. El autor analiza el importante debate en Australia sobre el marco apropiado para gestionar la regulación económica, la sectorial y la protectora de la competencia y sobre las regulaciones federales y estatales.

## 1. INTRODUCTION

This paper reviews the reforms to Australian competition policy introduced in November 1995.

The reforms have a number of distinctive features including

- the establishment of a comprehensive competition policy
- the establishment of a national policy based on an agreement between the Australian Government and State and Territory Governments
- the establishment of a generic access law embodied in a new part of the Trade Practices Act. This regime applies in principle to all sectors although its main practical application is to public utilities in such areas as communications, energy and transport
- the transfer of substantial economic regulatory functions to the national competition agency
- a strong commitment by national state, and territory governments to an effective policy

This paper begins by reviewing the concept of a comprehensive national competition policy. After describing the Trade Practices Act 1974, Aus-

tralia's competition law, the paper outlines the reforms which have occurred to that legislation and the other new elements of competition policy since 1995. It concludes with a discussion of the regulatory role played by the Australian Competition and Consumer Commission, the national competition regulator.

## 2. A COMPREHENSIVE NATIONAL COMPETITION POLICY

Competition policy is sometimes equated with the traditional antitrust, competition or trade practices laws of a country. However, many other policies affect competition. A *comprehensive* competition policy includes all government policies that affect the state of competition in any sector of the economy including policies that restrict as well as those that promote competition and extends well beyond traditional competition law.

A national competition policy in a federation includes laws and regulations at all levels of government, federal, state and local, that affect the state of competition.

A comprehensive competition policy includes:

- prohibition of anti competitive conduct (traditional antitrust laws)
- liberal international trade policies
- free movement of all factors of production (labour, capital etc) across internal borders
- removing government regulation that unjustifiably limits competition, eg legislated entry barriers of all kinds, professional licences, minimum price laws, restrictions on advertising
- the reform of inappropriate monopoly structures, especially those created by governments
- appropriate access to essential facilities
- a level playing field for all participants, including competitive neutrality for government businesses and an absence of state subsidies that distort competition
- separation of industry regulation from industry operations, eg dominant firms should not set technical standards for new entrants

A comprehensive competition policy therefore includes policy concerning amongst other subjects: international and interstate trade; intellectual property; foreign ownership and investment; tax; small business; the legal system; public and private ownership; licensing; contracting out; bidding for monopoly franchises; and a range of other policies.

It is worth noting that some of the above policies have a very direct effect on competition, whilst others affect the general economic environment and the general climate of competition of the country, eg foreign ownership and investment restrictions.

Where does traditional antitrust law fit into this picture? Traditional antitrust law mainly affects conduct in markets. It prohibits anticompe-

titive agreements, abuse of market power, anticompetitive vertical trade restraints, resale price maintenance, certain kinds of boycotts etc.

Antitrust law only has a limited direct effect on market *structure*. Merger policy has a substantial effect on the structure of a market. In some countries divestiture powers are included in antitrust laws, but in many they do not exist or are not used. Sometimes the application of antitrust law to anticompetitive conduct may have structural effects. Nevertheless, the impact of antitrust law on key structural variables, eg entry and the number of players in a market is often relatively small. In particular, traditional antitrust policy does not override anticompetitive laws and regulations eg laws that restrict entry into a particular industry. This is not to say that antitrust law is not a vital element in a comprehensive competition policy.

Traditional antitrust policy does not involve direct regulation of prices or other performance variables, eg quality of service.

Where does regulation fit in? Traditional economic regulation of prices and quality of service can be seen as complementing competition policy. Where market power exists and cannot be curbed by competition policy, regulation may prevent or limit or alter the way in which market power is exercised, eg price control may seek to prevent the use of market power to charge excessive prices. Regulation of the kind above thus directly impacts on performance variables through the control of conduct rather than through seeking to affect structure.

Regulation may, of course, serve a number of legitimate objectives such as environmental, safety or income redistribution goals which may be seen as lying outside the field of competition policy. However, the way in which these objectives are pursued may have effects on competition and to that extent these elements of regulation cannot be excluded from consideration as part of a comprehensive competition policy.

Regulated sectors are becoming an increasingly important part of competition policy. It is often in these sectors that market power is strongest. The processes of deregulation and privatisation (or corporatisation or commercialisation) often create industry structures in which there are powerful dominant incumbent firms at the outset of the process. So powerful may their position be that reliance on traditional antitrust law may be insufficient and may need to be complemented by various forms of regulation designed to protect or bring about greater competition and to curb the abuse of market power.

Whether or not regulation is considered to be a part of competition policy is a semantic issue but because of its close connection with competition policy, it is viewed in this paper as part of a comprehensive competition policy.

In the real world there has been a long history of regulation conflicting with, rather than complementing, competition policy. Much regulation

involves restricting entry into industries, setting minimum prices and imposing obligations in an anticompetitive manner. Thus, at the most general level, regulation may be seen as sometimes being an integral part of competition policy, sometimes as complementing it, and sometimes as conflicting with it.

### 3. TRADE PRACTICES ACT 1974

Australia enacted the equivalent of the United States Sherman Act in 1906 but conservative High Court decisions on the scope of federal powers to legislate corporations emasculated the law. In 1965 the Liberal and Country Party Coalition Government enacted a trade practices law. In 1974 a Labor Government enacted a stronger law that essentially remains today.

The *Trade Practices Act 1974* was based on the power of the Commonwealth (or national or Australian) Parliament to legislate with respect to corporations and with respect to interstate trade and commerce. It did not apply to unincorporated businesses trading within a state. The scope of the interstate trade and commerce power has been interpreted conservatively by the High Court. In addition, there were significant exceptions for state and territory government business activities and all governments had the power to override the Act.

The objectives of the *Trade Practices Act 1974* were to prevent anti-competitive conduct, thereby encouraging competition and efficiency in business, and resulting in a greater choice for consumers (and businesses when they are purchaser) in price, quality and service; and to safeguard the position of consumers in their dealings with producers and sellers and business in its dealings with other business.

Essentially the *Act* was divided into three major parts:

- Part IV which deals with anticompetitive practices;
- Part V which deals with unfair trading practices; and
- Part VII which enables certain anticompetitive practices to be authorised on the grounds that they give rise to public benefit.

There were other subsidiary parts:

- Part IVA which dealt with unconscionable conduct;
- Part VA which dealt with the liability for defective goods;

There are two broad principles which underlie Part IV and Part VII of the *Act*. These principles are:

- that any behaviour which has the purpose, or effect, of substantially lessening competition in a market should be prohibited; and
- such behaviour should be able to be authorised on the basis of the current authorisation tests, chiefly the important test of «public benefit».



The main types of anticompetitive conduct which are prohibited include:

- anticompetitive agreements and exclusionary provisions, including primary and secondary boycotts (s. 45), with a *per se* ban on price fixing and boycotts;
- misuse of substantial market power, for the purpose of eliminating or damaging a competitor, preventing entry or deterring or preventing competitive conduct (s. 46);
- exclusive dealing which substantially lessens competition (s. 47), with third line forcing prohibited *per se*;
- resale price maintenance for goods (ss. 48, 96-100); and
- mergers and acquisitions which substantially lessen competition in a substantial market (s. 50).

Firms which breach the Act can incur civil penalties up to \$A10million per offence, and individuals up to \$A500,000 per offence.

The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), formerly the Trade Practices Commission, is a public enforcement agency and can seek injunctions, penalties, damages and other appropriate remedies from the Federal Court of Australia. Divestiture, however, is not generally available (other than for three years after an anticompetitive merger).

Private enforcement action is possible and is widely used. Only the ACCC, however, can (1) seek fines and (2) injunctions for mergers.

Conduct that may substantially lessen competition under Part IV of the Act may be granted authorisation under Part VII of the Act, which is a mechanism that provides immunity from legal proceedings for certain arrangements or conduct that may otherwise contravene the Act. Such conduct must be authorised in advance.

Authorisation is granted on the grounds of public benefit. Depending on the arrangement or conduct in question, the Commission must be satisfied that the arrangement results in a benefit to the public that outweighs any anti-competitive effect; or that the conduct results in such a net benefit to the public that the conduct should be allowed to occur. Decisions made by the Commission in relation to authorisations can be appealed to the Australian Competition Tribunal (which was recently renamed from the Trade Practices Tribunal). Interestingly the Commission has both an enforcement and an adjudicatory role.

Part V of the Act deals directly with the interests of consumers (and businesses which qualify as consumers in particular transactions). It is a means of promoting fair competition by protecting consumers' rights, especially the right to full and accurate information when purchasing goods and services. It provides a safety net in markets where vigorous competition might tempt some businesses to cut corners to gain a competitive advantage - eg by making misleading claims about a product's value, quality, place of origin or impact on the environment.

Part V of the Act contains a range of provisions aimed at protecting consumers and businesses that qualify as consumers by:

- a general prohibition of misleading or deceptive conduct (s. 52);
- specific prohibitions for false or misleading representations (ss. 53-65A);
- product safety provisions;
- prohibiting unfair practices (Division 1), including the unconscionable conduct provisions in Part IVA that prevent businesses from behaving unconscionably when they supply goods and services to individual consumers (s. 51AB) and when corporations are engaged in commercial transactions (s. 51AA); and
- conditions and warranties in consumer transactions (Division 2) and actions against manufacturers and importers (Division 2A).

The Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) was established in November 1995 from a merger of the Trade Practices Commission (TPC) and the Prices Surveillance Authority (PSA). Its functions now include:

- Apply trade practices law (Parts IV, IVA, etc);
- Adjudicate authorisation applications (anti-competitive behaviour claimed to be in public interest);
- Apply national consumer protection law;
- Apply access regime (this new function is discussed later in the paper);
- Apply prices surveillance laws; and
- Apply certain new forms of regulation eg of interstate electricity and gas transmission systems.

There were some important reforms in the 1990's prior to 1995.

First, the merger law was changed from prohibiting mergers that gave rise to dominance or enhanced dominance to prohibiting mergers that have the effect or likely effect of substantially lessening competition. Second, the fines or «pecuniary penalties» were increased from a maximum of \$250,000 per offence to \$10 million. At the same time the Commission became more active in enforcing the law and the Federal Court of Australia awarded some very large fines even for behaviour that took place before the new levels were imposed by Parliament. Third, laws regarding unconscionable conduct were made part of the Trade Practices Act thereby giving the ACCC the ability to enforce the laws in appropriate cases.

Although the 1974 *Trade Practices Act* had a significant effect on business behaviour in Australia, it was also subject to a number of limitations.

First, the Act did not apply universally to product markets. Owing to constitutional limitations it did not cover unincorporated business enterprises. There were also significant exceptions, legislated for by the national, state and territory governments. There were also «shield of crown» exceptions which partly protected the state and territory govern-

ment public utilities. Second, the Act did not override anticompetitive legislation, whether it took the form of an exemption from the Trade Practices Act, or was just anticompetitive. Third, there was (and still is) no divestiture power to break up monopolies. Fourth, there was no law regarding access to «essential facilities». As noted later in this paper, there was some possible limited scope for such a doctrine under the misuse of market power provisions of the Act, but this was not very substantial. Fifth, the Trade Practices Act contained no powers to regulate «excessive» prices. However there was a national Prices Surveillance Act which fulfilled this role and was administered by the Prices Surveillance Authority. Sixth, there were no national, state or territory laws or policies regarding competitive neutrality, ie putting government business operations on a comparable footing to competing private sector operations. Finally, there was very little independent regulation of public utilities.

#### 4. THE PROCESS OF REFORM

The process which gave rise to the adoption of a comprehensive national competition policy began in 1991 with an agreement between the Commonwealth, State and Territory governments that there should be a national competition policy.

The Hilmer Committee (discussed below) saw the imperative for developing a national competition policy as being based upon three main factors:

- The economic significance of State and Territory boundaries was diminishing rapidly, particularly as advances in transport and communications permitted many firms to develop national trade networks. Many more markets were best characterised these days as national rather than regional. While there had been some progress in this area, there was room to increase the momentum to enhance cooperation between governments for the benefit of business and Australian consumers generally.
- Tariff reductions and other trade policy reforms had increased the competitiveness of the internationally traded sector. Yet, at the same time, many goods and services provided by public utilities, professions and some areas of agriculture were sheltered from domestic competition. These important sectors of the economy - mostly governed by State or Territory laws rather than by national laws - faced limited exposure to a vital part of Australian competition policy the *Trade Practices Act* - due to constitutional and ownership limitations. The effects of this exemption were felt nationwide and ultimately hindered its capacity to compete effectively in international markets.
- Domestic procompetitive reforms had largely been implemented on a sector-by-sector basis, without regard to a broader policy framework or process. A national competition policy presented oppor-

tunities to progress reform more broadly, to promote nationally consistent approaches and to avoid the costs of establishing diverse industry-specific and sub-national regulatory arrangements.

A number of other factors gave rise to this agreement including:

(a) changes of State governments in the early 1990s with at least some of those new governments having a much stronger commitment to competition policy

(b) reaction to the limited effects of competition policy in the 1980s and associated reaction to various corporate excesses during the 1980s (even though many such excesses were the result of failures in the area of corporations law rather than competition law)

(c) high profile publicity concerning the effectiveness of the Trade Practices Act in breaking up cartels during the 1990s

(d) business support for reform. Business was conscious that the Act applied to it but not to public utilities, the professions and other important suppliers,

(e) increased bureaucratic concerns and pressures for reform, and

(f) support for reforms from trade unions, consumer groups and other interest groups and the media

The governments agreed that a national competition policy should give effect to the following principles:

(a) No participant in the market should be able to engage in anti-competitive conduct against the public interest;

(b) As far as possible, universal and uniformly applied rules of market conduct should apply to all market participants regardless of the form of business ownership;

(c) Conduct with anticompetitive potential said to be in the public interest should be assessed by an appropriate transparent assessment process, with provision for review, to demonstrate the nature and incidence of the public costs and benefits claimed;

(d) Any changes in the coverage or nature of competition policy should be consistent with, and support, the general thrust of reforms:

(i) to develop an open, integrated domestic market for goods and services by removing unnecessary barriers to trade and competition; and

(ii) in recognition of the increasingly national operation of markets, to reduce complexity and administrative duplication.

In order to give effect to these principles, the governments agreed to establish in October 1992 an independent review of national competition policy headed by Professor Fred Hilmer, Director of the Australian Graduate School of Management.

In practical terms the establishment of the national competition review was initially seen by many as being mainly concerned to remove the main exemptions from the Trade Practices Act. However, the terms of reference and the broad views of the National Competition Review Group under Professor Hilmer led to a much wider view being taken of the scope

of competition policy. There was also a recognition that in a Federation which divided economic powers between the Commonwealth and the State and Territory governments, extensive consultation would be required with all the different governmental interests involved and that mechanisms would need to be established to make the policy a truly national rather than a purely Commonwealth one.

The Committee drafted an early version of its report which set out the elements of a comprehensive national competition policy and suggested some appropriate machinery that would meet the concerns and interests of different governments. It then proceeded to have substantial discussions with all government interests before submitting a final report in August 1993.

Following the publication of the report in August 1993 a number of meetings between all the governments were held. Although some difficulties arose, eventually In April 1995 the Council of Australian Governments (COAG), consisting of the Commonwealth, State and Territory governments, agreed to a national competition policy based on the Hilmer Report. In this paper no attempt is made to distinguish between the Hilmer Report proposals and the policies which were finally adopted as the differences are not especially large in terms of the magnitude of the total policy change.

## 5. THE POLICY PACKAGE

The national competition policy package consisted of:

- (a) the *Competition Policy Reform Act 1995*;
- (b) three inter-governmental agreements (the Conduct Code Agreement, the Competition Principles Agreement and the Agreement to Implement the National Competition Policy and Related Reforms); and
- (c) State and Territory application legislation.

The Competition Policy Reform Act amended the Trade Practices Act 1979 and the Prices Surveillance Act 1983, which remain the centrepiece of Australian competition law. In addition, State and Territory legislation supplemented the Commonwealth legislation, extending the competitive conduct rules to the entire Australian economy. A number of transitional provisions were included in the Competition Policy Reform Act to allow previously protected sectors of the economy a short transitional period of adjustment.

The Conduct Code Agreement sets out the processes for appointments of persons to the new Australian Competition and Consumer Commission (the ACCC) and for future amendments to competition laws. Essentially appointments and agreements require the support of the Commonwealth and a majority of States and Territories. It also sets out a new transparency process for regulatory exceptions from the competition laws.

The Competition Principles Agreement sets out arrangements for appointments to and deciding the work program of the National Competition Council, another new institution discussed below. It also sets out the principles governments will follow in relation to prices oversight, structural reform of public monopolies, review of anticompetitive legislation and regulations, access to services provided by essential facilities and the elimination of any competitive advantage enjoyed by government businesses when they compete with the private sector.

The Agreement to Implement the National Competition Policy and Related Reforms deals with the Competition Payments. The April 1995 COAG agreement to proceed with the national competition policy reforms also included a consequential revenue sharing agreement which involves the Commonwealth providing «Competition Payments» to the States and Territories. These payments are ongoing, but conditional upon the States and Territories implementing the reforms set out in the package, and related reforms in the electricity, gas, water and road transport sectors of the economy. By the 2005/6 financial year, it is estimated that these annual payments will cost the Commonwealth A\$2.4 billion in 1994/5 dollars. The National Competition Council would have an important role in judging whether the reforms had been implemented satisfactorily.

## 6. INSTITUTIONS

The Competition Policy Reform Act amended the Trade Practices Act to establish a new body, the ACCC, which is essentially a merger of the Trade Practices Commission (TPC) and the Prices Surveillance Authority (the PSA). The existing functions of these bodies were retained, and new functions relating to third party access were added.

A new recommendatory and advisory body, the National Competition Council (NCC), was also to be formed. The Council was to have a legislated role under the access and price oversight regimes. It would also be able to assist governments with other microeconomic reform issues.

The Trade Practices Tribunal (the Tribunal) was to be renamed as the Australian Competition Tribunal, maintaining its existing review functions in relation to determinations by the Commission/ACCC under the Trade Practices Act, and gaining new review functions in relation to the new access regime.

Overall responsibility for the law lies with the Commonwealth Treasurer.

## 7. THE NATURE OF THE COMPREHENSIVE NATIONAL COMPETITION POLICY

There are six main elements in the comprehensive national competition policy. They are:

- a Trade Practices Act applicable to all forms of business virtually without exception
- a process for the review and reform of all laws in Australia at all levels of government that restrict competition to determine if they are in the public interest
- a process for the review and reform of public utility monopoly structures
- a generic law regarding regulating access to «essential facilities»
- a competitive neutrality policy putting government business operations on the same level as competing private sector business operations
- a prices surveillance regime.

Before proceeding to consider these policy elements in more detail, it is worth noting that since 1995 there have been two extensions of this policy approach:

- the new Coalition government somewhat extended the reach of the Trade Practices Act by strengthening its secondary boycott provisions. These mainly relate to secondary boycotts by trade unions although in principle they apply to anyone in the economy who engages in secondary boycott behaviour
- a substantial package of measures to strengthen the protections available under competition policy to small business was also enacted in 1998. The main elements were a strengthening of the unconscionable conduct prohibitions insofar as they relate to relationships between businesses, and the introduction of powers into the Trade Practices Act which enable industry codes of conduct to be enforceable under the provisions of the Trade Practices Act and if necessary to be mandated by governments.

There were also significant changes to the laws in 1997 regarding telecommunications. In essence a telecommunications specific set of changes to the Trade Practices Act were enacted. These largely followed the principles espoused by the National Competition Policy Report but they were specifically expressed in terms directly applicable to the telecommunications industry.

## 8. UNIVERSAL APPLICATION OF THE TRADE PRACTICES ACT

The Trade Practices Act was amended so that, with State and Territory application legislation, the prohibitions of anti-competitive conduct contained in Part IV were applied to all businesses in Australia; hence constitutional limitations were removed. Moreover, «Shield of the Crown» immunity for State and Territory government businesses was removed. Some clarifications as to the nature of what constituted «government business» were made.

Although the applications legislation was the product of State and Territory legislatures the enactments conferred exclusive public enforcement jurisdiction upon the Australian Competition and Consumer Commission. No State enforcement agencies were established.

The broad effect of these changes was that the Trade Practices Act now covers public utilities, government businesses, the health, energy, communications, transport, education, sport, agriculture sector and so on.

There is a general labour market exemption for employer/employee collective bargaining regarding remuneration and terms and conditions of employment. Intellectual property exemptions remain but face review in 1999.

#### TRANSITIONAL RULES

Contracts which were in existence when the new legislation commenced, and which were previously immune from the competitive conduct rules because of the Trade Practices Act's limited coverage, have been «grandfathered» (ie they will continue to be exempt from the Trade Practices Act and the Competition Code). Such contracts cannot be extended.

#### EXEMPTIONS FROM THE COMPETITIVE CONDUCT RULES

The National Competition Policy reforms do not entirely remove the ability of governments to exempt specific conduct from the competitive conduct rules in the process of establishing regulatory arrangements for particular industries. However, the reforms restrict the manner in which exemptions may be made. New restrictions on the ability of governments to exempt conduct from the competitive conduct rules are:

(a) laws which purport to exempt conduct from the competitive conduct rules must expressly refer to the Trade Practices Act and/or the Competition Code and explicitly authorise the specific conduct.

(b) exemptions from the provisions relating to mergers and acquisitions may only be made by Commonwealth Act.

(c) exemptions made by subordinate regulations will only be effective for two years, and cannot be extended or re-enacted to continue beyond the initial two years.

(d) only those States and Territories that continue to participate in the co-operative scheme for applying the competitive conduct rules will be able to make exemptions. If a State or Territory ceases to participate any existing exceptions will cease to have effect after one year.

(e) exemptions made by States and Territories may be overridden by Commonwealth regulations, as is currently the case.

(f) exempting laws must be notified to the Commonwealth and a listing of all exemptions will be published each year in the ACCC Annual Report.



An important conclusion, however, is that although it is desirable that an antitrust law should apply to all forms of product market behaviour without exception, this by no means covers the whole field of competition policy concerns. Other measures are also needed for there to be a comprehensive competition policy.

## 9. LEGISLATION REVIEW

Each government agreed to develop a timetable by June 1996 for the review and, where appropriate, reform of all existing legislation that restricts competition by the year 2000. All legislation is then to be reviewed at least once every 10 years.

The guiding principle in reviews is that legislation should not restrict competition unless it can be demonstrated that:

- (a) the benefits of the restriction to the community as a whole outweigh the costs; and
- (b) the objectives of the legislation can only be achieved by restricting competition.

Each government will also ensure that proposals for new legislation that restricts competition are accompanied by evidence that the legislation is consistent with the above principle and will publish an annual report on its progress towards achieving its timetable for review.

An interesting byproduct is that the agreement on legislation review has made it easier to achieve reviews which would not otherwise have happened.

## 10. COMPETITIVE NEUTRALITY

Each government has agreed to abide by principles of competitive neutrality. The objective of competitive neutrality policy is the elimination of resource allocation distortions arising out of the public ownership of entities engaged in significant business activities: government businesses should not enjoy any net competitive advantage simply as a result of their public sector ownership.

These principles:

- (a) apply to significant government businesses or business activities undertaken by government for profit and in competition with other firms; and
- (b) require the neutralisation of any net competitive advantage arising from public sector ownership.

In order to neutralise this advantage, the agreement sets out a number of measures - corporatisation, imposition of full taxes (or tax equivalents),

debt guarantee fees, and imposition of regulation on an equivalent basis to the private sector. In some instances, pricing principles can be used instead of these measures. Each government had to (and did) publish a policy statement on competitive neutrality by June 1996. The policy statement includes an implementation timetable and a complaints mechanism. Each government will also publish an annual report on the implementation of this principle.

The issue of state aids to industry is less important in Australia than in Europe. However, a report on this subject was subsequently commissioned from Australia's Productivity Commission.

## 11. STRUCTURAL REFORM OF PUBLIC MONOPOLIES

Each government has agreed to abide by various principles in the reform of public monopolies.

Before introducing competition into a sector traditionally supplied by a public monopoly, governments have agreed to remove from the public monopoly any responsibility for industry regulation, and to re-locate industry regulation functions so as to prevent the former monopolist enjoying a regulatory advantage over its rivals.

Also, before introducing competition into a market traditionally supplied by a public monopoly, and before privatising a public monopoly, governments will undertake a review into a range of matters, including: the appropriate commercial objectives of the business; the merits of separating any natural monopoly elements from potentially competitive elements of the public monopoly; the merits of separating potentially competitive elements of the public monopoly, and the community service obligations undertaken by the public monopoly; regulation to be applied to the industry; and ongoing financial relationships between the owner and the public monopoly.

## 12. PUBLIC INTEREST

These principles recognise that competition is not an end in itself but rather a means for improving welfare. With this in mind, the Competition Principles Agreement adopts an holistic approach, setting out other factors (including ecologically sustainable development, social welfare, consumer interests, and efficient resource allocation) which must, where relevant, be taken into account in implementing the principles.

## 13. ACCESS TO FACILITIES

The importance of access to certain key facilities, such as telephone networks, electricity grids or gas pipelines, in order to encourage com-

petition in related markets in telecommunications, electricity or gas production or distribution is recognised in the National Competition Policy. Vertical separation is generally preferable to regulation of access terms and conditions, but for a variety of reasons vertical separation might not occur, and in these cases regulated provision of third party access might be appropriate.

To a large extent, the Australian public policy debate preceding the introduction of the access regime focussed on the question of whether s. 46 of the Trade Practices Act provides a sufficient basis for regulation access to essential facilities or whether more direct regulation of natural monopoly markets is warranted.

The Hilmer Report addressed this issue and concluded that s. 46 alone is unable to deal effectively with access to essential facilities. S. 46 of the Trade Practices Act prohibits the misuse of substantial market power and provides that «a corporation with a substantial degree of market power can not take advantage of that power for the purpose of:

- eliminating or damaging a competitor in that or another market;
- preventing entry to that or another market; or
- inhibiting competition in that or another market.»

The reasons for the conclusion that s. 46 could not adequately address the access problem included:

- the inability of s. 46 to deal directly with monopoly pricing that is not for a «prescribed purpose»; (the term «purpose» has been important in the Australian law)
- the evidentiary difficulties in proving in court that refusal of access on reasonable terms is conduct for a prescribed purpose;
- the general shortcomings of a process that depended upon a Court finding of a breach of the law;
- the cost, time and risks involved in obtaining a court resolution of commercial access disputes; and
- doubts about the capacity of the courts to determine optimal prices, terms and conditions of access to essential facilities.

The Competition Policy Reform Act inserts a new Part IIIA into the Trade Practices Act which establishes a legal regime providing for third party access to a range of facilities of national importance.

A single facility might provide a number of services, to which access may be essential for enhanced competition in some cases but not in others. For this reason, the legislation focuses on a service provided by means of a facility.

What exactly is covered by this part of the Act? Part IIIA defines «service» as a service provided by means of a facility, including:

- the use of an infrastructure facility such as a road or railway line;
- handling or transporting things such as goods or people;
- a communication service or similar service.

A definition specifically excludes any production processes (eg factories), intellectual property (eg copyright and patents), or the supply of goods, except to the extent any of these is an integral but a subsidiary part of the service in question. Examples of the kinds of facilities which may be covered by Part IIIA clearly include gas transmission and distribution, electricity transmission and distribution, railway tracks, airport systems, water pipelines, telecommunications networks and certain sea ports.

There are three mechanisms for the provision of third party access:

- (a) a potentially compulsory process, whereby the service is «declared» and then is the subject of arbitration if the parties cannot agree on any aspect of access;
- (b) a voluntary process, whereby a service provider can offer the ACCC an undertaking which sets out the terms and conditions on which it will offer third party access, and which the ACCC may accept; and
- (c) state and territory government laws that regulate access and that are deemed «effective» in terms of their compliance with national policy criteria for access laws. State access laws are not considered further in this paper, although their operation is similar to the national ones described.

#### COMPULSORY DECLARATION PROCESS

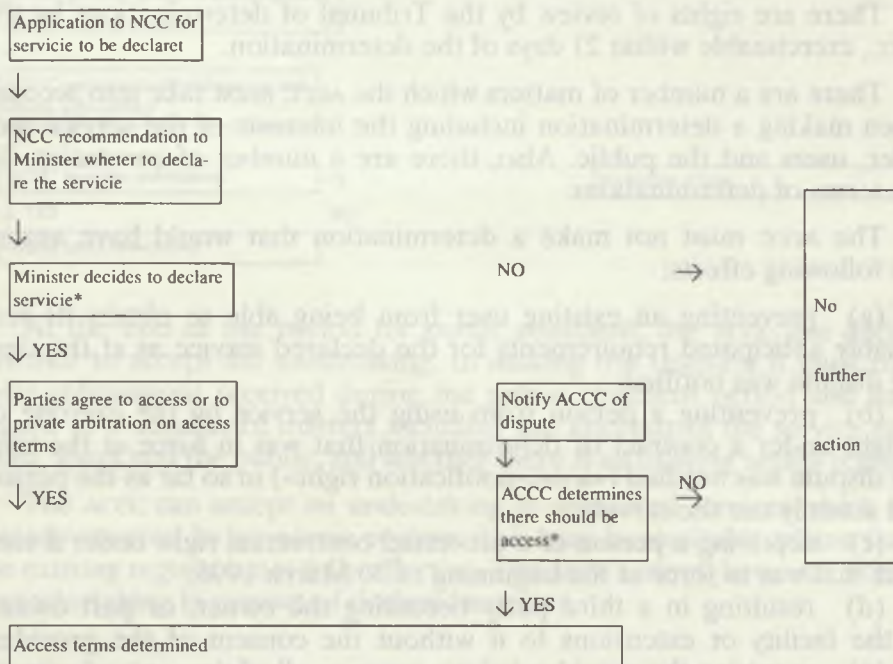
Any person may apply to the Council to consider whether the service should be declared. There are a number of matters, all of which the Council must be satisfied on before it can recommend the declaration of a service. These are:

- (a) that access to the service would promote competition in a market (other than a market for the service);
- (b) that it would be uneconomical for anyone to develop another facility to provide the service;
- (c) that the facility is of national significance having regard to its size, the importance of the facility to interstate or overseas trade and commerce, or its importance to the national economy;
- (d) that access to the service can be provided without undue risk to health or safety;
- (e) that access to the service is not already subject to an effective access regime; and
- (f) that access to the service would not be contrary to the public interest

The compulsory process is shown diagrammatically in Figure 1.

These are threshold criteria which must be met before the Council can recommend that the service can be declared. Mere satisfaction of these criteria does not, however, automatically lead to a recommendation

FIGURE 1. COMPULSORY (IE DECLARATION) ACCESS PROCESS



\* Subject to review by the Tribunal.

to declare. The Council can consider any other relevant matter. It must then recommend to the «designated Minister» whether or not the service be declared. (The designated Minister is a State or Territory Minister in the case of a facility owned or operated by a State or Territory government body, and the Commonwealth Minister otherwise). Following receipt of the recommendation, the Minister must then decide whether or not to declare the service, and must give reasons for the decision.

The Minister cannot declare the service if the service is the subject of an operative access undertaking. Further, the Minister cannot declare a service unless satisfied of all of the matters set out above. There is a right of review by the Australian Competition Tribunal of Ministers' decisions, exercisable within 21 days of publication of the decision of the Minister.

Declaration of a service does not mean that there is an automatic right of access to the service for third parties. Rather, it represents a right for third parties to negotiate terms of access backed up by compulsory ACCC arbitration if the parties cannot agree on any aspect of access. Where the parties cannot agree on access (or the terms of access), they may decide to refer the dispute to private arbitration. If they do not agree to refer the dispute to private arbitration, an access dispute may

be notified to the ACCC. The ACCC can then determine whether access should be provided and, if so, the appropriate terms for access.

There are rights of review by the Tribunal of determinations by the ACCC, exercisable within 21 days of the determination.

There are a number of matters which the ACCC must take into account when making a determination including the interests of the service provider, users and the public. Also, there are a number of constraints on the terms of determinations.

The ACCC must not make a determination that would have any of the following effects:

- (a) preventing an existing user from being able to obtain its reasonably anticipated requirements for the declared service as at the time the dispute was notified;
- (b) preventing a person from using the service by the exercise of a right under a contract or determination that was in force at the time the dispute was notified («a pre-notification right») in so far as the person will actually use the service;
- (c) depriving a person of a protected contractual right under a contract that was in force at the beginning of 30 March 1995;
- (d) resulting in a third party becoming the owner, or part owner, of the facility or extensions to it without the consent of the provider;
- (e) requiring the provider to bear some or all of the costs of extending the facility to meet the access requirements of the third party.

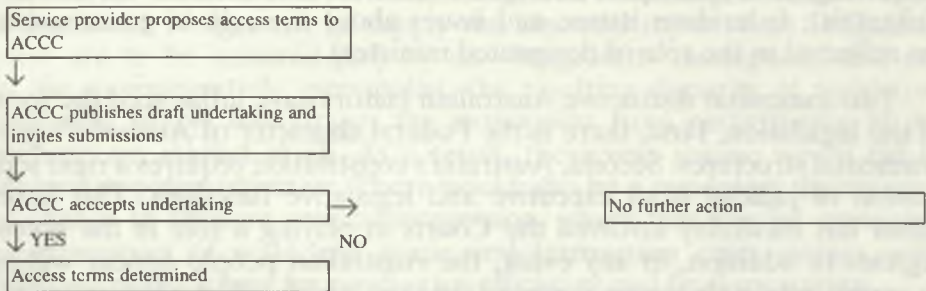
There is a provision which prohibits anyone from engaging in conduct for the purpose of preventing or hindering another person's access to a declared service under a determination.

#### VOLUNTARY (ACCESS UNDERTAKINGS)

This voluntary approach, which is shown diagrammatically in Figure 2, allows service providers to offer to the ACCC an access undertaking which sets out the terms and conditions on which it will offer access to third parties. If accepted by the ACCC, this will foreclose the possibility that the service will be declared, thus removing uncertainty as to what the access arrangements for the service might be under the declaration route. The reform processes in the telecommunications, electricity and gas industries in Australia are developing access regimes which will most probably be established through this undertakings route.

The ACCC need not accept an undertaking. It might decline to accept an undertaking if, for example, it was uncertain about future conditions and preferred to preserve the possibility of future declaration. Before accepting an undertaking, the ACCC must publish a draft of the undertaking for public comment.

FIGURE 2. VOLUNTARY (ACCESS UNDERTAKING) PROCESS



At the end of the period for public comment, the ACCC can decide whether to accept the undertaking. In making this decision it must consider submissions received during the public comment period and have regard to a number of matters including the interests of the service provider, users and the public, and whether there is an existing access regime.

The ACCC can accept an undertaking in respect of services which are already covered by an access regime. This may be desirable where (say) the existing regime is not fully effective. The ACCC cannot, however, accept an undertaking in respect of declared services.

#### ENFORCEMENT

Part IIIA also includes provisions for the enforcement of access determinations, the prohibition on hindering access to a service and access undertakings.

Enforcement action is taken in the Federal Court. In the case of a breach of an undertaking, only the ACCC has standing to sue whereas, for contraventions of determinations, any party may sue.

Recognising that in some instances, once a service has been declared, the third party and the provider may negotiate an access agreement or refer the matter to private arbitration, the legislation contains a provision for registration by the ACCC of access contracts for declared services. The ACCC has a discretion whether to register the contract: in exercising this discretion it must take into account the interests of the public and users. Once registered, the contract can be enforced as if it were an access determination of the ACCC.

It will be seen that Part IIIA of the Trade Practices Act has established a generic access regime applicable in principle to a range of sectors. Clearly Part IIIA is a somewhat complex piece of law. It balances a number of policy variables. These include the benefits to competition of granting competition; the probable detriments to investments if new entrants can use the facilities of an established player, possibly with ultimate detri-

mental effects on «facilities based competition»; property rights issues (requiring the appeal processes and the involvement of the Courts and Tribunals); federalism issues; and issues about the role of governments (as reflected in the role of designated minister).

Two somewhat distinctive Australian factors have influenced the form of the legislation. First, there is the Federal character of Australia's governmental structures. Second, Australia's constitution requires a rigid separation of judicial from executive and legislative functions. This latter factor has inevitably involved the Courts in playing a role in the access regime. In addition, in any event, the Australian people appear willing to accept relatively strong competition laws which affect property rights substantially providing that the Courts have a role in making many of the final judgements. Thus, whilst the role of the Regulator is very important there is a right of appeal in most of its decisions to a tribunal or to a court.

Since the enactment of Part IIIA of the Trade Practices Act, a significant trend has been the development of tailor made arrangements for telecommunications, electricity, gas and rail which, while reflecting the broad access regulation framework embodied in Part IIIA of the Act, vary the models to be developed in their approach, detail and descriptiveness in the light of different technology, market arrangements and ownership structure of the sectors. It is not considered that these developments reflect a departure from the generic regime provisions of Part IIIA. In some cases it has been taken for granted that certain facilities would be declared and so the declaration process has been bypassed and the emphasis placed upon the terms and provisions of access. In other cases special requirements eg any to any connectivity in telecommunications, have been written into that regime (which in any case has been built on some of the elements of a pre-existing telecommunications industry access regime that applied from 1991 until recently).

There has been some debate as to whether the access regime should only apply where there is both a natural monopoly service which is required in a related market and the facility operator also compete directly in the related markets. While there are some theoretical reasons for confining any access obligation to natural monopoly facilities required for competition in a related market, it is arguable that confining the obligation to facilities that are also vertically integrated is too limiting. Under this approach, an upstream monopolist which also competes in a downstream market would be subject to the access regime but it would not apply to an upstream monopolist that supplies essential inputs to the downstream market without competing in it directly.

The economic policy rationale for excluding the «unintegrated» upstream monopolist is not apparent when such a facility operator can replicate the access pricing arrangements of the «integrated» monopolist by entering into contracts with downstream firms to charge the monopoly price for the essential input. In this situation, the same monopoly rent



and associated distortion would be reflected in the downstream market price in the absence of a vertically integrated ownership structure. Thus, if the access obligations to supply the essential input at an «efficient» price are to be incurred only by an «integrated» monopolist, and not by the «unintegrated» monopolist, the resulting disparity of regulatory treatment simply discourages the monopolist from participating in the downstream market at all. As a result, the access regime would fail to achieve its policy objective. There would also be a regulatory disincentive to engage in efficient vertical integration, where this may be warranted by economies of scale and scope and transaction costs savings, with adverse consequences for productive efficiency and final consumers.

In Australia, the regulation of access to essential facilities is not confined to vertically integrated natural monopolies. Rather it applies to all nationally significant essential facilities whose services are necessary for effective competition in another market.

The preceding is by no means a full discussion of the national access regime.

Some ACCC publications provide a fuller guide.<sup>1</sup>

The actual experience to date it is too early at this stage to provide a useful overview of the actual operation of the access regime. A number of declarations have been sought from the National Competition Council and these are at various stages of completion in terms of appeal processes and the like. The Telecommunications Access Regime is currently in a crucial stage. Electricity, gas, airport matters are currently being resolved. By the end of 1998 a picture will start to emerge of how the regime is working.

How should access conditions be determined?

The COAG access arrangements embodied in Part IIIA of the TPA require that access terms and conditions, including price, for declared essential facilities be determined in the first instance by commercial negotiations between the facility operator and those seeking access. But there is provision for a right of compulsory arbitration by the ACCC to resolve access disputes that cannot be resolved by negotiation between the parties.

The rationale for this approach is that the availability of compulsory arbitration gives third parties seeking access considerable leverage in negotiations with the monopoly facility operator which is expected to contribute to negotiated pricing outcomes closer to «efficient» access prices. The availability of arbitration (which must consider the implications for competition, efficiency and the wider public interest) combined with the cost, delay and publicity of dispute arbitration, is intended to give the

---

<sup>1</sup> National Access Regime, November 1995; Access undertakings - An Overview July 1997; Access Pricing Principles, Telecommunications - a Guide July 1997. These papers can be purchased from the ACCC, 360 Elizabeth Street, Melbourne Vic 3000

facility operator a strong incentive to negotiate more reasonable terms and conditions of access.

The fallback of compulsory arbitration in those cases where the terms offered are considered to be excessive gives third parties an independent forum in which to have the disputed access terms determined by an objective arbitrator against broadly based public interest criteria.

This declaration/arbitration model has the advantage of limiting the extent of direct intervention to determine access prices and conditions to the (exceptional) cases that cannot be resolved directly by the parties, while at the same time providing strong incentives for the parties to reach agreement on access terms through commercial negotiations rather than resort to final arbitration.

This model is not without its critics, however, and I will mention briefly some of the criticisms that have been made of it.

Some commentators have questioned whether an access regime involving direct intervention by exception (ie only in those cases where disputes remain unresolved) will be capable of overcoming the monopoly pricing/allocative efficiency problem inherent in the supply of essential facility services. There may be (smaller) access seekers who are unwilling or unable to take a dispute to arbitration and will have no choice other than accepting a monopoly access price. For example, they may be constrained by their informational disadvantages, concerns about retaliation by the facility operator which would impair their ability to compete, or simply be unable to withstand the cost and delay of conducting an access dispute. Under this view, access disputes would be rare but that would not necessarily be an indication that the regime had successfully eliminated monopoly pricing and the resulting allocative efficiency distortions.

A variation on this view maintains that access disputes would be unlikely because the threat of arbitration would give the incumbent essential facility operator an incentive to bribe downstream users of the facility to accept the monopoly price without seeking arbitration in return for a share of the resulting monopoly rent. While the contractual arrangements to achieve this outcome would be subtle, these commentators argue that the absence of disputes would simply indicate that the monopoly solution was being maintained by such side deals between the facility operator and its downstream users.

The solution suggested to address these perceived shortcomings is direct access price regulation to cover all of the services supplied by the facility, not just those that give rise to disputes. For example, price or revenue caps could be applied to squeeze out monopoly rents, while providing incentives to pursue efficiency improvements, or alternative approaches to public utility price regulation could be used.

My current position on this debate is that we have no practical experience yet of the effectiveness of the arbitration model or the significance

of these potential shortcomings. However, the arbitration model will be implemented with these criticisms clearly in mind. To the extent that they prove to be of substance and cannot be addressed by administrative means, consideration can be given to the need for some form of direct price regulation in the light of that experience.

#### 14. PRICES OVERSIGHT

In Australia, at the Commonwealth level, there are three levels of price oversight (not control) surveillance, monitoring and inquiries.

Price surveillance is a system whereby firms are declared. Currently around 10 organisations are subject to declaration. The ACCC considers notifications from declared firms and indicates to notifying firms whether it supports the proposed price increase. Firms are not required to comply with the PSA's recommendations, the system relying on moral suasion. Since the inception of the system in 1984, declared firms have on all occasions followed the regulator's recommendations. The outcome of notifications is placed on the public register.

The Prices Surveillance Act has been amended to provide a time limit for declaration and to extend the surveillance provisions to potentially apply to State and Territory government businesses. The PSA is now required to place the reasons for its notification decisions on the public register.

Price monitoring is a less intrusive form of oversight. Previously, the PSA undertook monitoring on an informal basis. The reforms formalise this monitoring role.

The Competition Principles Agreement indicates that price oversight of State and Territory government businesses is generally the responsibility of the particular government concerned. Some States have their own price oversight legislation. For example, the New South Wales Independent and Pricing Regulatory Tribunal (IPART) investigates and reports on the determination of maximum prices for government monopoly suppliers and the pricing policies of such suppliers, including electricity, rail and water authorities in New South Wales. The Victorian Office of Regulator-General is responsible for the economic regulation of a range of government business enterprises, including electricity, gas and water, with the power to regulate prices of prescribed goods and services supplied by or within a regulated industry. These arrangements will continue as part of the national competition policy. Price surveillance under the Prices Surveillance Act will, however, apply to State and Territory Government businesses, where

- (a) the State or Territory concerned has agreed; or
- (b) the Council has, on the request of an Australian government (Commonwealth, State or Territory) recommended declaration of the

business on the basis that the business is not subject to effective oversight and the Commonwealth Minister has consulted the appropriate Minister of the State or Territory concerned. The details of, and information on this process are set out in the Competition Principles Agreement.

## 15. THE INTERACTION BETWEEN COMPETITION POLICY AND REGULATION

There has been significant debate in Australia as to the most appropriate framework for administering economic, technical and competition regulation. Among the issues debated have been the merits of general *vs* industry specific competition regulators and of integrated *vs* separate administration of economic, technical and competition regulation. There has also been debate about the role of national and state regulation. This section of the paper outlines Australia's approach to this debate and its attempts to improve the interaction between its competition and regulatory authorities.

Before discussing the actual policy outcomes in Australia, it is worth briefly reviewing some of the general debate which has occurred in recent years. The debate originated because of the privatisation, commercialisation and varying degrees of deregulation that occurred in relation especially to public utilities in the communications, energy and transport sectors. The need for some kind of economic regulation that extended beyond the usual bounds of the *Trade Practices Act* emerged. A number of options presented themselves. At one extreme, it would have been possible for each State and Territory of Australia as well as the Commonwealth to establish a separate regulator for each industry. Thus in the State of Western Australia there would have been a gas regulator, an electricity regulator, a rail regulator, and so on and this would have been mirrored in other states. Another approach might have been to combine the regulators in each state so that there was a general regulator in each state as well as at Commonwealth level. Another option would have been to have established regulatory processes for each industry in Australia. There could also have been a general regulatory regime administered by one national regulator. The final option would have been to include all these regulatory functions as part of the role of the national competition regulator.

A further set of issues concerned the relationship between technical and economic regulation - should they be combined or kept separate? For example, should all telecommunications regulation, both economic and technical, have been located in a communications regulatory agency? Or should all of it including technical regulation have been located in the national competition regulator or should the economic and technical regulation of communications have been separated (although hopefully coordinated)? In such a model, conventional competition law and general

economic regulation would have been operated by the Australian Competition and Consumer Commission, whilst technical regulation would have been done by a communication agency with a close working relationship between the two agencies, in particular to ensure that the technical regulation did not have anti-competitive effects.

With respect to the debate about whether there should be industry specific or general regulation, the arguments in favour of general regulation have included that general regulation is more suitable in an era of convergence. The process of convergence is occurring in areas such as energy (between gas and electricity), communications (between telecommunications, information technology and the media), financial services (between different providers of financial services eg. Banks and insurance). There has even been convergence between the energy and communications sectors as energy transmission facilities are seen as providing possible facilities for telecommunications transmission. Likewise, financial services and telecommunications are becoming closely linked. An associated benefit of general regulation is that it permits «one-stop shopping». In Australia, for example, a new telephone entrant, Optus, wishing to provide paid television services found itself dealing with the telecommunications regulator, the competition regulator, the broadcasting regulator, the spectrum management allocator as well as the Departments of Communication and of Treasury (the latter is responsible for competition policy). General regulation is also likely to involve some resource saving as there are economies of scale and scope in regulation. There is also a greater likelihood of consistency across sectors or across different industries.

Another point for general regulation is that it is argued that such regulators are less likely to be captured than an industry specific regulator. Whilst on the face of things there are many instances of specific regulators who have proved themselves not to be captured, a further possible concern is that over the course of time industry specific regulatory bodies may distort decisions in ways that are more favourable to the preservation of their own activities than to pro-competition deregulation.

The arguments in favour of industry specific regulation are that the industry specific regulators may have better technical economic knowledge and expertise; that it is generally easier to combine industry specific economic regulation with detailed technical regulation in one organisation which is likely to lead to more enlightened economic decision making. There are also some dangers in relying upon a general regulator. There is something to be said for ensuring a degree of diversity in regulation and in not putting «all the eggs in one basket». There may also be a better prospect for adequate funding of an industry specific than a general regulator.

It is difficult to carry this debate too far. Whichever solution is chosen there are ways of overcoming its limitations. Australia has tendered, however, on balance, to favour general rather than industry specific regulation.

At national level there is the Australian Competition and Consumer Commission which does the major national economic regulation. At state level the Regulator General in Victoria and the New South Wales Independent Pricing and Regulatory Tribunal (IPART) perform general rather than industry specific regulation.

The next element in the debate has concerned national versus local regulation. The general arguments for national regulation have included that most markets are national these days; indeed the process of deregulation itself tends to break down barriers between states and create national markets; there are economies of scale and scope in having national rather than local regulation, and national regulation avoids inconsistencies which can occur between many local regulators in different states. There is also a shortage of regulators at local level. The argument for local regulation is that it is often more politically acceptable than national regulation. Moreover, some markets may be local. Local regulators may have a better local knowledge and feel. Again, it is difficult to generalise in the abstract. In Australia the pattern has been to give regulatory matters with national elements to the national regulator. Where, however, there are purely state issues, these are left to the local regulator. Some states say that in the long term they expect local regulation to gravitate to a national level.

On the basis of the above debate, it is concluded that there is a case for national regulation. The question then arises as to whether there should be a separate national regulator or whether it should be integrated with the competition regulator. The arguments for integrating national regulation with competition regulation are that regulation has significant effects on competition and is therefore best linked with the regulation competition; that regulation on its own is often anti-competitive and tends to down play competition and replace it with other values. If however, regulation is done by the competition regulator, then a healthy competition culture will pervade regulatory decision making; there are also substantial benefits from close coordination of regulatory and competition policy decision making. The arguments for separate regulation include that this avoids confusing the competition regulator's role; that the competition regulator does not become distracted and overwhelmed with messy regulatory details; and that a regulatory mentality may actually swamp the competition mentality rather than the opposite because of the sheer number of persons that are required to conduct regulation. Again in Australia, the argument has tended to go in favour of integrating regulation and competition policy in one agency.

Against this background the paper now reviews the position that has been achieved at this stage in Australia.

Australia has a general competition law that applies across all industries and is administered by a single competition authority, the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC).

The ACCC and the newly established National Competition Council (NCC) also perform several important economic regulatory functions. For example, the ACCC has various responsibilities in relation to the terms and conditions (including setting prices) of access to certain essential infrastructure facilities such as telecommunications, gas and electricity and in monitoring prices in industries where competition is weak. It also has a quality of service monitoring role in respect of airports. These responsibilities reflect a government view that there are advantages in placing these economic regulatory functions with the general competition agency. In the case of the NCC, the main regulatory function is in relation to establishing rights of access to the services of certain essential infrastructure facilities. Other significant aspects of economic regulation such as the granting of licences are typically administered by industry specific regulators or by more general government regulators. Technical regulatory issues that do not have a significant competition element are typically administered by industry specific regulators or may be subject to goods and services standards set by Australia's principal standards organisation, Standards Australia.

#### GENERAL V SPECIFIC COMPETITION REGULATION

Australia has a national competition law that is consistently applied across all industries and is administered by a single independent agency. This general approach promotes consistency, certainty and fairness in the universal application of the competition law. It also enhances the regulator's ability to take an economy-wide perspective; reduces the risk of regulatory «capture» by industry; and minimises duplication. There may also be administrative savings.

There may be advantages in having industry-specific competition regulation in industries characterised by complex technology or having natural monopoly or other special elements. In the case of telecommunications, specific competition laws are contained in Part XIB of the *Trade Practices Act 1974* (TPA), which is administered by the ACCC and which complements rather than replaces general competition law.

Industry specific competition provisions are also contained in Part X of the TPA, which provides a regime for regulating the conduct of those international liner cargo shipping companies which collaborate as conferences under agreements registered with the Department of Workplace Relations and Small Business (which has responsibility for maritime policy). Part X provides special (but conditional) exemption for exporters from the competitive conduct provisions of the TPA without the need for authorisation by the ACCC. Failure on the part of conferences to meet Part X conditions and provide efficient and economical services can result in an investigation by the ACCC and a recommendation to the Minister for Workplace Relations and Small Business. The Government will be reviewing Part X as part of its legislative review program during 1998-99.

#### INTEGRATED VS SEPARATE ADMINISTRATION OF ECONOMIC, TECHNICAL AND COMPETITION REGULATION

Technical regulation and some significant aspects of economic regulation are administered in Australia by industry specific bodies or more general government regulators. This recognises that the national competition authority should focus on anti-competitive conduct and not become embroiled in overly detailed or complex regulatory matters unless they have a clear connection with competition issues in, for example, network industries.

Separation of regulatory duties between competition, technical and economic regulators does entail the risk that competition regulators will not always have the same level of technical knowledge that can be achieved by an integrated regulator. This has not been a serious problem to date in Australia and the risks are less in industries where the ACCC has both an economic regulatory role as well as its normal competition role. In addition, various mechanisms are in place to improve coordination between regulators (see below).

#### ROLE OF THE ACCC

In addition to its core «competition» function, the ACCC has a number of key «economic regulatory» functions. Under the general or «economy wide» access regime for essential infrastructure facilities established in Part IIIA of the TPA, the NCC advises the Government as to rights of access and, where these are established, the ACCC acts as an «arbitrator of last resort». That is, the ACCC has the power to arbitrate access disputes and determine the final terms of access (including price) if access seekers and owners of essential facilities fail to reach a commercially negotiated settlement.

More specific «economic regulatory» functions are performed by the ACCC under the access regimes for telecommunications (discussed below) and for gas transmission pipelines (with the exception of those in Western Australia). The gas role includes monitoring compliance with ring fencing obligations and approving access arrangements (covering services, reference tariffs, trading and expansions) in accordance with an industry code. In addition, from 1999 the ACCC will assume the role of transmission regulator for the electricity industry. This will involve setting a revenue cap for electricity transmission networks.

There is a strong emphasis in all these areas on the desirability of commercially negotiated outcomes. Generally speaking the regimes establish frameworks within which industry participants operate commercially and the role of the regulator is as light-handed as possible.



## STATE REGULATORS

Economic regulation of State based markets mainly occurs at the State government level. This State based regulation is moving toward more general regulators such as the New South Wales Independent Pricing and Regulatory Tribunal (IPART) and the Victorian Office of the Regulator General (ORG). These bodies have responsibilities, including technical ones, across a range of industries and, as discussed below, have a close association with the ACCC.

## ADDRESSING REGULATORY UNCERTAINTY

With the «division of labour» between various regulators, there is potential for some degree of overlap of functions between the ACCC, which administers competition regulation across all sectors of the economy, and those technical and economic regulators that operate within specific industries or within certain States across a number of industries. For this reason, a number of steps have been taken to minimise uncertainty regarding the jurisdiction of particular regulators and avoid confusion for consumers and the business community.

For example, the ACCC has frequent information exchanges with a variety of economic and technical regulators through regular liaison meetings and the exchange of publications and other information. The ACCC also has a significant public and business education role. In addition, chairpersons of various Commonwealth and State economic regulators (such as the Australian Broadcasting Authority, the New South Wales IPART and the Victorian ORG) are associate members of the ACCC; and certain members of the ACCC are appointed as associate members of the Australian Communications Authority and the Australian Broadcasting Authority. This helps to bridge the «knowledge gap» that can arise when competition, economic and technical regulators are separate bodies.

Further, in conjunction with a number of Commonwealth and State regulatory agencies and policy advisers, the ACCC publishes a quarterly newsletter titled the *Public Utility Regulators Forum*. The Forum was established in recognition of the need for cooperation among the various state-based regulators. It aims to focus understanding of similar issues and concepts faced by different regulators; minimise regulatory overlap for large users operating across jurisdictions; provide a means of exchanging information; and enhance the prospects for consistency in the application of regulatory functions.

## TELECOMMUNICATIONS CASE STUDY

On 1 July 1997, the Commonwealth Government introduced a new legislative reform package designed to introduce full and open compe-

tition in the telecommunications industry in Australia. These reforms substantially increased the ACCC's regulatory role in the telecommunications sector.

### *Background*

Prior to 1992 Telstra (formerly Telecom) was the wholly Government owned monopoly provider of telecommunications services. Telecom also performed the role of regulator prior to this function being transferred in 1989 to an independent industry regulator, AUSTEL. In 1991 the Government decided to issue a second carrier licence (to create a «managed duopoly») and to expand AUSTEL's role to include telecommunications industry competition matters. During this time the ACCC's role was for the most part limited to consumer protection issues.

Optus acquired the second carrier licence and began providing services in competition with Telstra in November 1992. Soon afterwards a legislated triopoly in mobile telephony was formed with Vodafone commencing services in October 1993. Limited opportunities for resale of Telstra's services were also allowed from 1991.

With the introduction of full and open competition in Australia on 1 July 1997, telecommunications was brought within the reach of the general anti-competitive provisions of the TPA. Because of uncertainty, however, as to whether these general provisions would deal effectively with the complexity and limited level of competition in some telecommunications markets, it was also decided that additional industry specific provisions should be introduced into the TPA to regulate anti-competitive conduct in the industry. The industry specific provisions in Part XIB of the TPA give the ACCC powers to issue competition notices to carriers and service providers engaging in anti-competitive conduct. These notices are enforced through the courts and, if carriers are found to have contravened the provisions, they face significant pecuniary penalties and restitution orders.

The ACCC is also responsible for administering an industry-specific access regime for telecommunications under Part XIC of the TPA. The aim of this regime is to provide for the long term interests of end users of telecommunication services through ensuring «any-to-any connectivity» (maximising positive network externalities); promoting diversity and competition in the supply of carriage, content and other services; and promoting the efficient use of, and investment in, network infrastructure. The new telecommunications access regime provides a framework for regulated access rights to be established for specific carriage services and related services, and establishes mechanisms within which the terms and conditions of access to the network service can be determined.

There will always, however, be a primary reliance on commercially negotiated outcomes. Arbitration by the ACCC is a fall back option.

The TPA provides extensive information gathering powers and the ACCC is able to make record keeping rules for specified industry participants to assist it in the administration of the telecommunications specific provisions. It is intended that these industry specific anti-competitive provisions will eventually be aligned, to the fullest extent practicable, with the general trade practices law. Finally, it should be noted that the ACCC is responsible for administering price cap arrangements applying to Telstra.

Technical regulation for telecommunications, such as spectrum management, has been transferred from AUSTEL to a new independent regulator known as the Australian Communications Authority (ACA). The ACA also administers economic regulation in respect of licensing, carrier and service provider rules, numbering and universal service arrangements.

### *Reasons for regulatory changes in telecommunications*

As noted above it was considered that the special nature of the telecommunications industry warranted adoption of non-generic competition regulation for a transitional period. As competition in the telecommunications sector increases over time, there is an expectation that the need for special provisions will decline and reliance on the general competition law will be more likely to suffice. To assist this movement towards reliance on general competition law, it was decided to have the industry specific competition provisions administered by the ACCC under the TPA and to leave technical and licensing issues to the ACA. It should be emphasised that the industry specific competition provisions are broadly consistent with the general provisions of the TPA and complement rather than replace the general law.

The ACCC's role in telecommunications brings an «economy wide» perspective to competition regulation in a sector experiencing rapid integration or «convergence» with other industries such as information technology, financial services, broadcasting and, more recently, participants in the energy reticulation markets. This convergence has seen new service forms develop, while existing forms are merging to create new hybrid services. Hence, it is increasingly difficult to categorise services in traditional terms which may involve a simple linkage between a particular service and a particular technology used to deliver that service. Clearly, the convergence phenomenon has implications for the roles of different regulators and increases the arguments for general rather than industry specific regulation.

### *Interaction between the ACA and ACCC*

Some telecommunications issues involve areas of overlap between the ACA and the ACCC. In general, where one agency has responsibility for

a particular issue that may overlap with the other agency, there are legislative requirements for consultation and notification. For instance, while the ACA is generally responsible for specifying technical standards, where such standards are integral to competition within the market, the ACCC may assume primary responsibility for their issue. Moreover, given the telecommunications access regime is inextricably linked to technical matters within the industry, the ACCC must consult the ACA on various matters, such as the model terms and conditions to apply to telecommunications services subject to an access regime.

The chairperson of the ACA is currently an associate member of the ACCC, which enables the ACCC to call on relevant technical expertise when dealing with complex competition issues in the telecommunications industry. Further, as already mentioned, a member of the ACCC is an associate member of the ACA, which further reduces the possibility that conflicts or overlaps will exist or develop to any significant degree.

#### *Personnel changes in the ACCC*

When the new telecommunications regime commenced in July 1997, a number of AUSTEL's experienced personnel were moved to the ACCC, along with its competition functions, so that the ACCC would have sufficient technical expertise to deal with the «specifics» of the telecommunications industry. In addition, the ACCC has appointed a full time Commissioner responsible for telecommunications issues.

#### *Experience to date*

Reform of the telecommunications market since July 1997 has seen a number of new carriers commence operations and offer competing services.

Two aspects of the regulatory regime have contributed to their success. Firstly, the ACCC has additional powers to intervene if necessary in the marketplace and respond to anti-competitive conduct. Secondly, the legislated access regime provides the ACCC with discretion, after public consultation, to declare network services that it considers should be made available to all market participants. A number of basic network services essential for competition were declared from 1 July 1997, including originating and terminating access for fixed and wireless services, certain trunk transmission services, digital data access, and a conditioned local loop service. Further, the mere threat of regulatory intervention through mandated arbitration by the ACCC provides an incentive for access providers and seekers to come to a negotiated settlement. Recently, the ACCC has (amongst other things) raised the issue of declaring ISDN access services and sought public input into whether it should also declare local call resale as a service to which the access regime applies.

As noted above the new regulatory regime has seen the entry of a number of new carriers. There have also been price reductions and service enhancements for consumers and Telstra's market shares in international, domestic long distance and mobile telephony have declined. Notwithstanding these successes, Telstra retains a near monopoly position in local telephony and controls a large proportion of the telecommunications infrastructure. Reflecting this situation, there have been calls in the industry from new entrants for some additional regulatory initiatives to further assist in the development of competition. The issues most commonly raised are the need for improved cost information disclosure requirements by the incumbent (to assist access seekers in the access negotiation process) and the need for an improved form of regulatory scrutiny of the incumbent's internal cost allocation. The question of whether these proposals should be accepted will require the Government to balance the claims of new entrants for additional regulatory assistance with the need to ensure that Telstra is not unreasonably constrained in responding to its competitors. The benefits to consumers from the new regime come as much from the actions of Telstra in responding to competition as from the initiatives of the new entrants themselves.

## 16. CONCLUSION

Australia has generally adopted a «mandated» division of labour approach to regulation on the basis that having a general competition law administered by a single independent statutory body, the ACCC, promotes consistent application of competition regulation across all sectors of the Australian economy. However, governments have recognised the desirability of the ACCC having «economic regulatory» roles in some industry sectors, in particular, essential infrastructure and network industries. Industry specific competition regulation has been employed sparingly (currently telecommunications and conference shipping).

In the longer term, as competition increases in industries previously exempt from the TPA or otherwise benefiting from legislative barriers to competition, and convergence between industries such as information technology and telecommunications continues, greater reliance will be placed on general competition laws rather than industry specific regulation. This will mean that the ACCC will need to continue to develop its in-house expertise in relation to a number of industries and continue to consult frequently with industry-specific regulators to assist in the smooth operation of competition, economic and technical regulation.



## SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### E. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

#### 1. MENOS DE DOCTRINA

#### 2. Tipos de especies **CUARTA PARTE**

# RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Ministerio de Economía y Hacienda es el órgano competente para el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia. En virtud de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de enero de 1997, las funciones del servicio de defensa de la competencia se ejercen en el ámbito de la Administración económica, en concreto en el procedimiento administrativo de la aplicación del Derecho de la competencia.

El presente manual tiene como objeto dar a conocer las resoluciones y sentencias dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia. En el presente manual se recogen las resoluciones dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia en el ámbito de la Administración económica, en concreto en el procedimiento administrativo de la aplicación del Derecho de la competencia. El presente manual tiene como objeto dar a conocer las resoluciones y sentencias dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia. En el presente manual se recogen las resoluciones dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia en el ámbito de la Administración económica, en concreto en el procedimiento administrativo de la aplicación del Derecho de la competencia.

A continuación se muestra la estructura de las resoluciones y sentencias dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia. En el presente manual se recogen las resoluciones dictadas por el servicio de defensa de la competencia en el ejercicio de las funciones del servicio de defensa de la competencia en el ámbito de la Administración económica, en concreto en el procedimiento administrativo de la aplicación del Derecho de la competencia.





| Año  | Denuncias | De oficio | Autorizaciones | Total | Saldo inicial | Saldo final |
|------|-----------|-----------|----------------|-------|---------------|-------------|
| 1996 | 11        | 2         | 14             | 27    | 10            | 17          |
| 1997 | 12        | 2         | 18             | 32    | 12            | 20          |
| 1998 | 11        | 1         | 12             | 24    | 11            | 13          |

## SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

#### 1. MOVIMIENTO DE EXPEDIENTES

##### A. *Entrada de expedientes*

En el año 1998, por primera vez desde 1990, el número de entrada de nuevos asuntos en el SDC desciende, aunque se mantiene por encima de la cifra de 1996. Ya se apuntó en el Anuario de 1997 que el incremento de nuevos asuntos de ese ejercicio era especialmente significativo y que podía ser calificado de espectacular.

De nuevo las denuncias presentadas son, con una ventaja notabilísima, el mecanismo preponderante para el inicio de las actuaciones del SDC. Como se señaló en el Anuario de 1997, los particulares, por medio de la Administración pública, se convierten en principales instigadores de la aplicación del Derecho de la competencia.

El importante papel que desarrollan las denuncias presentadas se contraponen al que desarrollan los expedientes iniciados de oficio por la Administración. En el ejercicio 1998 su número incluso ha descendido hasta 12. Al respecto, es plenamente actual la consideración manifestada en el Anuario de 1997 respecto a que 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 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          |
| 1998       | 201                  | 146             | 12               | 33                    | 191          |

Las notas más relevantes de los anteriores datos son las siguientes. En primer lugar, la reducción notable de las denuncias presentadas respecto al ejercicio anterior, pero que en cuanto número se sitúan incluso por encima de las efectuadas en 1996. Ello puede implicar un retorno a un crecimiento paulatino del número de las denuncias, al margen del crecimiento espectacular acontecido en el ejercicio anterior. En segundo lugar, la reducción del número de expedientes iniciados de oficio, que aunque numéricamente es de poca entidad, tiene relevancia por mantener la acción administrativa en cifras muy bajas. En tercer lugar se confirma, como insistiremos más adelante, la reducción del número de autorizaciones singulares, que estaba y está matizado por la importancia cuantitativa de los expedientes relativos a registros de morosos.

#### B. *Salida de expedientes*

Como viene siendo habitual, los expedientes que concluye el SDC también aumentan en el año 1998. Frente a los 196 del ejercicio 1997, en el año 1998 se han cerrado 212. Este número implica que en la salida de expedientes aún no se ha sentido la reducción acontecida en la entrada de expedientes. Igualmente, este dato denota que el SDC puede ir incrementado el número de expedientes que concluye cada año.

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          |
| 1998       | 119        | 10         | 30          | 53         | 212          |

Estos datos ponen de relieve una reducción en el número de expedientes que el SDC remite al TDC, quebrando una línea ascendente de los últimos años. En cambio, aumentan los acuerdos de archivo y de sobreseimiento de expedientes que traen causa del muy elevado número de denuncias que se practican sin que en verdad resulte de aplicación la legislación protectora de la competencia al supuesto planteado.

Asimismo, estos datos ponen de relieve que por primera vez en muchos años el número de expedientes en curso en el SDC se reducirá. De 201 en 1998 se pasará a 180 en 1999. Evidentemente esta reducción tiene su origen en la reducción de expedientes que han entrado en el SDC, pero también en la capacidad del SDC de cerrar un mayor número de los mismos cada año.

## 2. CONDUCTAS PROHIBIDAS

En cuanto a los expedientes relativos a conductas prohibidas destaca la elevada concentración de la controversia en el sector servicios, como ya se señaló en el Anuario de 1997. Se han examinado 141 expedientes que inciden en el sector servicios, 14 en el sector industrial y tres en el sector primario. Esto implica que en el sector servicios se concentra el 89,24 por 100 de las controversias, en el sector industrial el 8'86 por 100, y en el sector primario el 1,89 por 100. Por ello, es plenamente vigente, incluso todavía con mayor confirmación, la afirmación del Anuario de 1997 relativa a que en España se produce una altísima concentración de las controversias relativas a la libre competencia en el sector servicios. Ello obliga, sin duda, a reflexionar sobre los motivos y las causas de tal concentración y las medidas a adoptar para hacerle frente.

Estos expedientes relativos a conductas prohibidas versan sobre las conductas enunciadas en las letras de los artículos 1 y 6, así como en el artículo 7. Se aprecia una reducción muy notable de los expedientes que versan sobre este precepto, seguramente por la reducción de las denuncias presentadas, que en muchas ocasiones se dirigen a cuestiones de competencia desleal.

A continuación indicamos el precepto de la LDC a la que se refieren los expedientes, la conducta analizada y su número, tanto respecto al ejercicio de 1997 como al de 1998:

| Art. LDC | Conducta analizada   | 1997 | 1998 |
|----------|--|------|------|
| 1.a      | Fijación de precios  | 36   | 35   |
| 1.b      | Limitación de control  | 34   | 35   |
| 1.c      | Reparto de mercado   | 1    | 8    |
| 1.d      | Condiciones desiguales   | 14   | 14   |
| 6.a      | Imposición de precios o condiciones                            | 25   | 16   |
| 6.b      | Limitación de la producción, distribución o desarrollo técnico | 12   | 8    |
| 6.c      | Negativa de venta  | 17   | 4    |
| 6.d      | Imposición de condiciones discriminatorias                     | 11   | 17   |
| 6.e      | Prestaciones suplementarias innecesarias                       | 5    | 4    |
| 7        | Competencia desleal  | 73   | 31   |

### 3. AUTORIZACIONES SINGULARES

El número de peticiones de autorizaciones singulares de prácticas restrictivas continúa en el ejercicio 1998 descendiendo, confirmando plenamente la tendencia iniciada en ejercicios anteriores.

Tanto en la entrada de expedientes como en los que remite el SDC al TDC para su resolución se aprecia claramente esta reducción:

|                                  | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|----------------------------------|------|------|------|------|
| Entrada de expedientes en el SDC | 59   | 46   | 40   | 31   |
| Expedientes remitidos al TDC     |      | 41   | 32   | 30   |

Cinco de estos expedientes de autorizaciones singulares se acumularon a expedientes sancionadores que ya estaban en curso.

A continuación se refiere la materia sobre la que versan las solicitudes de autorización singular presentadas:

| <i>Materia</i>  | <i>1997</i> | <i>1998</i> |
|---|-------------|-------------|
| Registros de morosos  | 26          | 16          |
| Restricciones verticales (contratos de franquicias, distribución exclusiva y selectiva) | 3           | 5           |
| Acuerdos de producción  | 2           |             |
| Fijación de precios o condiciones comerciales   | 4           | 2           |
| Reparto de mercados   |             | 2           |

Destaca un año más el número de expedientes relativos a registros de morosos, aunque tanto numérica como proporcionalmente se aprecia una reducción. Pese a ello sigue produciéndose una cifra equívoca en el número total de autorizaciones, que es necesario matizar.

## II. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente se incrementó notablemente en 1998 respecto al ejercicio 1997. Es más, en el año 1998 se ha producido el mayor número de operaciones de concentración notificadas voluntariamente.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990 a 1998, con indicación del número de expedientes notificados voluntariamente (E.NOT.), los iniciados de oficio (E.I.OFI.), los remitidos al TDC (E.TDC), y los previos a la iniciación de oficio (E.P.I.OFI.):

| <i>Año</i> | <i>E.NOT</i> | <i>E.I.OFI.</i> | <i>E.TDC</i> | <i>E.P.P.OFI</i> |
|------------|--------------|-----------------|--------------|------------------|
| 1990       | 8            | 0               | 3            | 0                |
| 1991       | 11           | 0               | 0            | 0                |
| 1992       | 19           | 0               | 7            | 0                |
| 1993       | 15           | 1               | 4            | 1                |
| 1994       | 13           | 0               | 1            | 16               |
| 1995       | 20           | 0               | 5            | 8                |
| 1996       | 23           | 0               | 2            | 27               |
| 1997       | 19           | 0               | 7            | 26               |
| 1998       | 31           | 0               | 5            | 24               |

Como en ejercicios anteriores, en la aplicación de la LDC en esta materia sigue destacando la inexistencia de expedientes iniciados de oficio,

aunque siguen en cifras numéricas muy altas los expedientes previos que tramita el SDC.

Igualmente, es significativo que sigue en cifras, que podemos calificar de muy reducidas, en número de expedientes que se remiten a informe del TDC. Mientras que en el año 1997 el TDC informó el 36,84 por 100 de los expedientes que tramita el SDC, en el año 1998 este porcentaje se redujo al 16,12 por 100.

| AÑO  | TDC   | SDC | OTRO | OTRO |
|------|-------|-----|------|------|
| 1997 | 36,84 | 100 | 100  | 100  |
| 1998 | 16,12 | 100 | 100  | 100  |

## TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### I. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 1998 el número de resoluciones adoptadas por el TDC ha descendido notablemente respecto al ejercicio anterior. En concreto se ha pasado de 175 a 135 resoluciones. No obstante, en comparación con el año 1996, el dato correspondiente al año 1998 constituye un aumento considerable. Se ha pasado de 107 a 135 resoluciones. Este dato es parejo a lo acontecido con la entrada de nuevos expedientes en el SDC, que, como se ha señalado, ha sufrido un descenso notable respecto al año 1997, aunque suponga un aumento respecto al año 1996. Puede, por tanto, concluirse que habrá que esperar a los futuros ejercicios para comprobar hacia dónde evoluciona la tendencia cuantitativa de los expedientes tramitados.

Como sucedía en los ejercicios anteriores, la cifra, que resulta importante desde una óptica cuantitativa debe ser matizada desde una óptica cualitativa, ya que un año más la principal tarea del TDC es la resolución de los recursos que se interponen contra los acuerdos del 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, e INC.: incidentales; el número de expedientes y el tanto por ciento que representan. Más adelante se examinará cada uno de estos bloques de resoluciones.

|      | <i>E.S.</i> | <i>M.C.</i> | <i>A.S.</i> | <i>R.A.A.</i> | <i>R.S.E.</i> | <i>INC.</i> |
|------|-------------|-------------|-------------|---------------|---------------|-------------|
| 1996 | 16          | 5           | 41          | 32            | 13            | —           |
| 1997 | 16          | 11          | 48          | 64            | 13            | 23          |
| 1998 | 22          | 4           | 28          | 48            | 22            | 11          |

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> |
|------|-------------|-------------|-------------|---------------|---------------|
| 1996 | 14,95       | 4,67        | 38,31       | 29,90         | 12,04         |
| 1997 | 10,66       | 7,33        | 30,66       | 42,66         | 8,66          |
| 1998 | 17,74       | 3,22        | 22,58       | 38,70         | 17,74         |

A continuación se indican los porcentajes teniendo ya en cuenta las resoluciones de naturaleza incidental:

|      | <i>E.S.</i> | <i>M.C.</i> | <i>A.S.</i> | <i>R.A.A.</i> | <i>R.S.E.</i> | <i>INC.</i> |
|------|-------------|-------------|-------------|---------------|---------------|-------------|
| 1997 | 9,14        | 6,28        | 27,42       | 36,57         | 7,42          | 13,14       |
| 1998 | 16,29       | 2,96        | 20,74       | 35,55         | 16,29         | 8,14        |

Desde una perspectiva general, estos datos merecen cuatro consideraciones. En primer lugar, cabe señalar el notable aumento de las resoluciones relativas a expedientes sancionadores. Se aprecia un aumento considerable, que porcentualmente sitúa a este tipo de resoluciones muy por encima de las dictadas en el ejercicio 1997 y relativamente por encima a las de 1996. En segundo lugar, una reducción significativa de las resoluciones relativas a medidas cautelares, cuyo incremento se había puesto de relieve en el Anuario de 1997. El descenso implica que el número porcentual de estas resoluciones es incluso inferior al del año 1996. En tercer lugar, la confirmación del progresivo descenso de las resoluciones relativas a autorizaciones singulares. Y en cuarto lugar, al contrario, el paulatino incremento, en este ejercicio porcentual, de las resoluciones del TDC relativas a recursos contra los acuerdos del SDC. En el año 1996 la suma de las resoluciones relativas a recursos contra acuerdos de archivo y de sobreseimiento suponía el 41,94 por 100 del total, en el año 1997 este porcentaje ascendió al 51,32, y en el año 1998 ha alcanzado el 56,44.

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). Respecto a los ejercicios anteriores se incorpora ahora, en tanto que ya se conoce, el número marginal de la resolución en el listado del Tribunal de Defensa de la Competencia.



| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i>                    | <i>BOMEH</i>     | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|--------------------------------------|------------------|----------------|
| 08-01-98     | 1115        | r218/97       | Petróleos Canarias                   | p. 1463 / IV-138 | R.A.A.         |
| 16-01-98     | 1116        | R190/96       | Distribución explosivos              | p. 1467 / IV-141 | R.S.E.         |
| 19-01-98     | 1117        | r226/97       | Líneas aéreas                        | p. 1472 / IV-146 | R.A.A.         |
| 19-01-98     | 1118        | r264/97       | Cementerio Coruña                    | p. 1466 / IV-140 | R.A.A.         |
| 22-01-98     | 1119        | R253/97       | CEPSA                                | p. 1470 / IV-144 | R.S.E.         |
| 22-01-98     | 1120        | R254/97       | DISA                                 | p. 1569 / IV-152 | R.S.E.         |
| 26-01-98     | 1121        | R269/97       | Tragsa 4                             | p. 1572 / IV-154 | R.S.E.         |
| 28-01-98     | 1122        | R270/97       | Tragsa 5                             | p. 1574 / IV-156 | R.S.E.         |
| 30-01-98     | 1123        | r265/97       | Loterías                             | p. 1576 / IV-158 | R.A.A.         |
| 30-01-98     | 1124        | A223/97       | Materiales construcción<br>Tarragona | p. 1582 / IV-164 | A.S.           |
| 30-01-98     | 1125        | r271/97       | Aquagest                             | p. 1579 / IV-161 | R.A.A.         |
| 04-02-98     | 1126        | MC21/97       | Tabacalera                           | p. 1693/ IV-169  | INC.           |
| 05-02-98     | 1127        | R272/97       | Tragsa 6                             | p. 694 / IV-170  | R.S.E.         |
| 05-02-98     | 1128        | A234/97       | Morosos artes gráficas               | p. 1697 / IV-173 | A.S.           |
| 09-02-98     | 1129        | r261/97       | Peluquerías Salamanca                | p. 1700 / IV-176 | R.A.A.         |
| 09-02-98     | 1130        | 368/95        | Veterinarios ambulantes              | p. 1707 / IV-183 | E. S.          |
| 10-02-98     | 1131        | r210/97       | Renault España                       | p. 1701 / IV-177 | R.A.A.         |
| 16-02-98     | 1132        | r242/97       | Quesos Murcia                        | p. 1705 / IV-181 | R.A.A.         |
| 25-02-98     | 1133        | A230/97       | Contrato Mahou                       | p. 1843 / IV-195 | A.S.           |
| 02-03-98     | 1134        | r275/97       | Universidad de Santiago              | p. 1851 / IV-203 | R.A.A.         |
| 04-03-98     | 1135        | 415/97        | Abogados Pamplona                    | p. 1847 / IV-199 | E.S.           |
| 05-03-98     | 1136        | 370/96        | Desmotadoras de algodón              | p. 1845 / IV-197 | INC.           |
| 09-03-98     | 1137        | r250/97       | Servicom/Telefónica                  | p. 1895 / IV-207 | R.A.A.         |
| 09-03-98     | 1138        | r268/97       | Contenedores IBC                     | p. 1897 / IV-209 | R.A.A.         |
| 09-03-98     | 1139        | A233/97       | Morosos lubricantes                  | p. 1899 / IV-211 | A.S.           |
| 09-03-98     | 1140        | MC26/97       | Servicom/Telefónica 2                | p. 1901 / IV-213 | M.C.           |
| 09-03-98     | 1141        | 332/93        | Distribución de relojes marca        | p. 1905 / IV-217 | A.S.           |
| 13-03-98     | 1142        | R273/97       | Tragsa 7                             | p. 2309 / IV-220 | R.S.E.         |
| 13-03-98     | 1143        | 402/97        | Resopal                              | p. 2312 / IV-222 | E.S.           |
| 24-03-98     | 1144        | r277/97       | Matsushita                           | p. 2323 / IV-233 | R.A.A.         |
| 20-03-98     | 1145        | 419/97        | Cruz Roja de Fuengirola              | p. 2318 / IV-228 | E.S.           |
| 26-03-98     | 1146        | 368/95        | Veterinarios ambulantes              | p. 2391 / IV-265 | INC.           |
| 30-03-98     | 1147        | R267/97       | Tragsa 3                             | p. 2393 / IV-267 | R.S.E.         |
| 31-03-98     | 1148        | 403/97        | Arquitectos Canarias                 | p. 4273 / IV-407 | E.S.           |
| 01-04-98     | 1149        | R280/97       | CEPSA                                | p. 2397 / IV-271 | R.S.E.         |
| 13-04-98     | 1150        | A231/97       | Morosos muebles Andalucía            | p. 2647 / IV-279 | A.S.           |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i>                    | <i>BOMEH</i>     | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|--------------------------------------|------------------|----------------|
| 14-04-98     | 1151        | 374/96        | Aparejadores Valencia y Alicante     | p. 2653 / IV-285 | E.S.           |
| 16-04-98     | 1152        | 327/93        | RAI-CCL                              | p. 2659 / IV-291 | INC.           |
| 16-04-98     | 1153        | r288/98       | Danza Valencia                       | p. 2660 / IV-292 | R.A.A.         |
| 23-04-98     | 1154        | A195/96       | Morosos material eléctrico           | p. 2665 / IV-297 | A.S.           |
| 23-04-98     | 1155        | A220/97       | Tag Heuer                            | p. 2650 / IV-282 | A.S.           |
| 27-04-98     | 1156        | r259/97       | Canon España                         | p. 2662 / IV-294 | R.A.A.         |
| 27-04-98     | 1157        | r274/97       | Air España                           | p. 2667 / IV-299 | R.A.A.         |
| 30-04-98     | 1158        | R266/97       | Tragsa 2                             | p. 2668 / IV-300 | R.S.E.         |
| 08-05-98     | 1159        | 390/96        | Arquitectos Asturias                 | p. 2809 / IV-305 | E.S.           |
| 11-05-98     | 1160        | 387/96        | Películas vídeo                      | p. 2817 / IV-313 | E.S.           |
| 11-05-98     | 1161        | R279/97       | Comercial Potasas 2                  | p. 2837 / IV-333 | R.S.E.         |
| 13-05-98     | 1162        | 379/96        | Relojes joya                         | p. 2826 / IV-322 | E.S.           |
| 19-05-98     | 1163        | A122/95       | Morosos madera Tarragona             | p. 2839 / IV-335 | A.S.           |
| 19-05-98     | 1164        | R276/97       | REPSOL                               | p. 2840 / IV-336 | R.S.E.         |
| 20-05-98     | 1165        | r307/98       | Nissan/Iberauto                      | p. 2842 / IV-338 | R.A.A.         |
| 20-05-98     | 1166        | r286/98       | Tabacalera                           | p. 2843 / IV-339 | R.A.A.         |
| 20-05-98     | 1167        | r303/98       | Repsol/Estaciones de servicio        | p. 3355 / IV-371 | R.A.A.         |
| 25-05-98     | 1168        | A97/94        | Morosos climatización                | p. 3357 / IV-373 | A.S.           |
| 29-05-98     | 1169        | r310/98       | Cuotas Seguridad Social              | p. 4281 / IV-415 | R.A.A.         |
| 01-06-98     | 1170        | R282/97       | Funerarias Alcalá                    | p. 3069 / IV-349 | R.S.E.         |
| 04-06-98     | 1171        | r295/98       | Esquí Sierra Nevada                  | p. 3077 / IV-357 | R.A.A.         |
| 08-06-98     | 1172        | r294/98       | Farmacéuticos Sabadell               | p. 3080 / IV-360 | R.A.A.         |
| 08-06-98     | 1173        | r301/98       | Arquitectos Madrid                   | p. 3085 / IV-365 | R.A.A.         |
| 08-06-98     | 1174        | r306/98       | Cajas Ahorro Sevilla                 | p. 3086 / IV-366 | R.A.A.         |
| 12-06-98     | 1175        | R287/98       | Canteras País Vasco                  | p. 3071 / IV-351 | R.S.E.         |
| 12-06-98     | 1176        | R291/98       | TV Autonómicas                       | p. 3074 / IV-354 | R.S.E.         |
| 15-06-98     | 1177        | A104/94       | MOROSOS AFAMID                       | p. 3087 / IV-367 | A.S.           |
| 15-06-98     | 1178        | r290/98       | Comercializadores de pescado de Vigo | p. 3082 / IV-362 | R.A.A.         |
| 18-06-98     | 1179        | R304/98       | Gas Natural Castilla-León            | p. 3834 / IV-382 | R.S.E.         |
| 18-06-98     | 1180        | 347/94        | Beyena                               | p. 3831 / IV-379 | INC.           |
| 23-06-98     | 1181        | A229/97       | Morosos suelo                        | p. 3843 / IV-391 | A.S.           |
| 23-06-98     | 1182        | r278/97       | Microordenadores                     | p. 3845 / IV-393 | R.A.A.         |
| 23-06-98     | 1183        | R285/98       | Prensa Santander                     | p. 3837 / IV-385 | R.S.E.         |
| 29-06-98     | 1184        | 418/97        | Shell/Enaco                          | p. 3851 / IV-399 | E.S.           |
| 29-06-98     | 1185        | r309/98       | Arquitectos Castilla y León          | p. 3850 / IV-398 | R.A.A.         |
| 29-06-98     | 1186        | R293/98       | Isutel/Teléfonica                    | p. 3840 / IV-388 | R.S.E.         |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i>                        | <i>BOMEH</i>      | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|--|-------------------|----------------|
| 06-07-98     | 1187        | A79/94        | MOROSOS U.A.H.E.                         |                   | A.S.           |
| 10-07-98     | 1188        | A166/96       | MOROSOS AEDE                             | p. 3359 / IV-375  | INC.           |
| 10-07-98     | 1189        | 397/97        | Aparejadores Madrid                      | p. 4282 / IV-416  | E.S.           |
| 13-07-98     | 1190        | 44/93         | Morosos empresas de publicidad           | p. 4288 / IV-422  | INC.           |
| 13-07-98     | 1191        | r281/97       | Universidad Politécnica de Valencia      | p. 4304 / IV-438  | R.A.A.         |
| 13-07-98     | 1192        | 401/97        | Cajas rurales                            | p. 4289 / IV-423  | E.S.           |
| 15-07-98     | 1193        | MC28/98       | AGEDA                                    | p. 4320 / IV-454  | M.C.           |
| 15-07-98     | 1194        | A236/98       | Morosos Credit Consult                   | p. 4311 / IV-445  | A.S.           |
| 15-07-98     | 1195        | R297/98       | Contenedores de Barcelona 2              | p. 4313 / IV-447  | R.S.E.         |
| 16-07-98     | 1196        | R315/98       | Wellcome                                 | p. 4332 / IV-466  | R.S.E.         |
| 20-07-98     | 1197        | r311/98       | Ayuntamientos Gran Canaria               | p. 4306 / IV-440  | R.A.A.         |
| 23-07-98     | 1198        | r284/97       | FERCA/Butanoe                            | p. 4309 / IV-443  | R.A.A.         |
| 23-07-98     | 1199        | R308/98       | Contenedores Tenerife                    | p. 4336 / IV-470  | R.S.E.         |
| 23-07-98     | 1200        | r320/98       | AENOR                                    | p. 4338 / IV-472  | R.A.A.         |
| 27-07-98     | 1201        | MC27/98       | Igualatorio Médico Vizcaya               | p. 4324 / IV-458  | M.C.           |
| 28-07-98     | 1202        | 418/98        | Shell /Enaco                             | p. 4444 / IV- 488 | INC.           |
| 28-07-98     | 1203        | A219/97       | Morosos materiales construcción Baleares | p. 4431 / IV-475  | A.S.           |
| 28-07-98     | 1204        | 405/97        | Expertos inmobiliarios                   | p. 4433 / IV-477  | E.S.           |
| 29-07-98     | 1205        | 42/93         | Morosos Hyspalyt                         | p. 4448 / IV-492  | A.S.           |
| 29-07-98     | 1206        | 32/92         | Morosos Asesport.                        | p. 4446 / IV-490  | A.S.           |
| 29-07-98     | 1207        | r321/98       | MOB/Telefónica Móviles                   | p. 4450 / IV-494  | R.A.A.         |
| 29-07-98     | 1208        | r329/98       | Inmobiliarias Barcelona                  | p. 4453 / IV- 497 | R.A.A.         |
| 29-07-98     | 1209        | 411/97        | DISA/CEPSA                               | p. 4454 / IV-498  | E.S.           |
| 30-07-98     | 1210        | r316/98       | Expendedurías de tabacos de Barcelona    | p. 4481 / IV-525  | R.A.A.         |
| 30-07-99     | 1211        | A228/97       | Glaxo Wellcome                           | p. 4463 / IV- 507 | A.S.           |
| 30-07-98     | 1212        | R289/98       | SOFRES                                   | p. 4478 / IV-522  | R.S.E.         |
| 16-09-98     | 1213        | A138/95       | ASTIC                                    | p. 269 / IV-1     | A.S.           |
| 16-09-98     | 1214        | A235/98       | Morosos automoción Lérida                | p. 271 / IV-3     | A.S.           |
| 18-09-98     | 1215        | A212/97       | Base datos Interpres                     | p. 274 / IV-6     | A.S.           |
| 29-09-98     | 1216        | 49/93         | Rajolers de Catalunya                    | p. 277 / IV-9     | A.S.           |
| 30-09-98     | 1217        | 395/97        | Vacunas antigripales                     | p. 278 / IV-10    | E.S.           |
| 02-10-98     | 1218        | r318/98       | Taxis Barcelona                          | p. 290 / IV-22    | R.A.A.         |
| 13-10-98     | 1219        | 45/93         | Morosos ACOMAT                           | p. 293 / IV-25    | A.S.           |
| 16-10-98     | 1220        | MC29/98       | Glaxo                                    | p. 294 / IV-26    | M.C.           |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i>                    | <i>BOMEH</i>     | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|--------------------------------------|------------------|----------------|
| 20-10-98     | 1221        | r299/98       | CEPSA                                | p. 311 / IV-43   | R.A.A.         |
| 22-10-98     | 1222        | r298/98       | Ayuntamiento Torrevieja              | p. 315 / IV-47   | R.A.A.         |
| 23-10-98     | 1223        | A241/98       | Morosos Gerentes de Crédito          | p. 617 / IV-49   | A.S.           |
| 27-10-98     | 1224        | r322/98       | Ortopedias Almería                   | p. 619 / IV-51   | R.A.A.         |
| 28-10-98     | 1225        | 410/97        | Aparejadores Mallorca                | p. 621 / IV-53   | E.S.           |
| 10-11-98     | 1226        | r325/98       | Puerto Deportivo Zumaia              | p. 627 / IV-59   | R.A.A.         |
| 11-11-98     | 1227        | 395/97        | Vacunas antigripales                 | p. 629 / IV-61   | INC.           |
| 13-11-98     | 1228        | r328/98       | Prensa Vizcaya                       | p. 631 / IV-63   | R.A.A.         |
| 16-11-98     | 1229        | r296/98       | Aeropuertos Españoles                | p. 1107 / IV-89  | R.A.A.         |
| 19-11-98     | 1230        | 357/95        | Expertos inmobiliarios               | p. 634 / IV-66   | E.S.           |
| 19-11-98     | 1231        | r323/98       | Gematel/Telefónica Servicios Móviles | p. 650 / IV-82   | R.A.A.         |
| 23-11-98     | 1232        | r314/98       | Intertrace/Telefónica                | p. 653 / IV-85   | R.A.A.         |
| 30-11-98     | 1233        | A247/98       | Distribución Longines                | p. 1113 / IV-95  | A.S.           |
| 30-11-98     | 1234        | 389/96        | Cervezas Mahou                       | p. 1115 / IV-97  | E.S.           |
| 01-12-98     | 1235        | A149/95       | Morosos Zontur                       | p. 1121 / IV-103 | A.S.           |
| 01-12-98     | 1236        | r300/98       | Hostelería Vizcaya                   | p. 1123 / IV-105 | R.A.A.         |
| 01-12-98     | 1237        | r312/98       | Hostelería Vizcaya 2                 | p. 1126 / IV-108 | R.A.A.         |
| 01-12-98     | 1238        | r319/98       | Funditubo                            | p. 1128 / IV-110 | R.A.A.         |
| 04-12-98     | 1239        | 360/95        | Mutua Madrileña Automovilista 4      | p. 1130 / IV-112 | INC.           |
| 04-12-98     | 1240        | r332/98       | Porvasal                             | p. 1132 / IV-114 | R.A.A.         |
| 11-12-98     | 1241        | 409/97        | Sandoz                               | p. 1137 / IV-119 | E.S.           |
| 14-12-98     | 1242        | 430/98        | Onda Ramblas/AGEDI                   | p. 1154 / IV-136 | E.S.           |
| 14-12-98     | 1243        | r334/98       | Consejo Arquitectos                  | p. 1165 / IV-147 | R.A.A.         |
| 18-12-98     | 1244        | 421/97        | Autoescuelas Collado-Villalba        | p. 1905 / IV-151 | E.S.           |
| 28-12-98     | 1245        | 406/97        | Contenedores IBC                     | p. 1915 / IV-159 | A.S.           |
| 29-12-98     | 1246        | r327/98       | Libros Ponferrada                    | p. 1917 / IV-161 | R.A.A.         |
| 29-12-98     | 1247        | 422/98        | Arquitectos Andalucía                | p. 1920 / IV-164 | E.S.           |
| 29-12-98     |             | 409/97        | Vacunas antigripales                 | p. 1926 / IV-170 | INC.           |
| 30-12-98     | 1248        | A252/98       | Experian Bureau de Crédito           | p. 1927 / IV-171 | A.S.           |

## II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

### 1. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 1998 es de 22, lo que constituye un notable aumento respecto

al ejercicio anterior. Asimismo, ha dictado seis 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 administración; las conductas detectadas; la decisión del TDC acerca de si se acredita (E) o no se acredita (N.E.) la existencia de las prácticas prohibidas; la multa impuesta en aplicación del artículo 10.1 LDC, y la multa impuesta en aplicación del artículo 10.3 LDC.

| Fecha    | Exped.             | Conducta   | Dec. | Multa<br>10.1 LDC | Multa<br>10.3 LDC |
|----------|--------------------|--|------|-------------------|-------------------|
| 09-02-98 | 368/95<br>Denuncia | Art. 1.1. Acuerdo colectivo de amenazar a proveedores de productos veterinarios con dejar de comprarles si no cesan en el suministro a determinado operador. Boicot empresarial. Art. 7. Difundir publicidad con un contenido denigratorio.  | E    | 12.550.000        |                   |
| 04-03-98 | 415/97<br>Denuncia | Comunicado del Colegio de Abogados a economista para que se abstenga de anunciar servicios de asesoramiento legal en materia de multas de tráfico.   | N.E. |                   |                   |
| 13-03-98 | 402/97<br>Denuncia | Art. 1.1.a. Acuerdo de empresa con sus distribuidores acerca de los precios y las condiciones comerciales de reventa en España del vinilo de marcaje de alta gama.   | E.   | 2.500.000         |                   |
| 20-03-98 | 419/97<br>Denuncia | Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y la Asamblea local de la Cruz Roja en el que aquél se compromete a conceder 30 licencias de ocupación de vía pública para máquinas de refresco. Indicación a los comerciantes que poseían autorización para la instalación de máquinas expendedoras de bebidas en la vía pública relativa a que no les sería renovada la licencia ya que iban a ser reducidas a 30 y adjudicadas a la Cruz Roja para fines sociales. | N.E. |                   |                   |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i>       | <i>Conducta</i>   | <i>Dec.</i> | <i>Multa<br/>10.1 LDC</i> | <i>Multa<br/>10.3 LDC</i> |
|--------------|---------------------|---|-------------|---------------------------|---------------------------|
| 31-03-98     | 403/97<br>Denuncia  | Art. 1.1.a. Publicación por el Colegio de Arquitectos de Canarias y distribución entre sus colegiados de un cuadro de precios de referencia confeccionado por el mismo al que se atribuye la cualidad de precios mínimos.   | E.          | 500.000                   |                           |
| 14-04-98     | 374/96<br>De oficio | Art. 1.1.a. Adopción de un acuerdo de fijación de precios por el Consejo Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de la Comunidad Valenciana. Negociación de una tarifa especial con un colectivo determinado de personas.  | E.          | 10.000.000                |                           |
| 08-05-98     | 390/96<br>Denuncia  | Art. 1.1.a. Publicación de un cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios que actúa como una recomendación de precios a la hora de establecer los presupuestos en los proyectos de edificación por parte de los arquitectos del Principado de Asturias. | E.          | 1.500.000                 |                           |
| 11-05-98     | 387/96<br>Denuncia  | Art. 1. Decisión de establecer un precio recomendado de 500 pesetas para el alquiler al público de películas de vídeo por los minoristas.   | E.          | 3.000.000                 |                           |
| 13-05-98     | 379/96<br>Denuncia  | Sistema de distribución selectiva. Relojes. Condiciones selección. Autorización de contrato de distribución selectiva.  | N.E.        |                           |                           |
| 29-06-98     | 418/97<br>Denuncia  | Celebración de un contrato de cesión del derecho de superficie para la construcción de una estación de servicio, el arrendamiento de la misma y el suministro en exclusiva.   | E.          |                           |                           |
| 10-07-98     | 397/97<br>Denuncia  | Art. 6.1. Negativa de visado a un encargo profesional en tanto no se deposite la fianza que garantice el pago de los honorarios discutidos por un profesional anterior. Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid.                                 | E.          | 1.000.000                 |                           |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i>       | <i>Conducta</i>  | <i>Dec.</i> | <i>Multa<br/>10.1 LDC</i> | <i>Multa<br/>10.3 LDC</i> |
|--------------|---------------------|--|-------------|---------------------------|---------------------------|
| 13-07-98     | 401/97<br>Denuncia  | Art. 1.1.c. Acuerdo de la Asociación Española de Cajas Rurales, como principio a observar por sus miembros, de respeto al ámbito territorial originario de cada caja.  | E           | 30.000.000                |                           |
| 28-07-98     | 405/97<br>Denuncia  | Art. 7. Publicación de anuncios con manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público y denigrantes. Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.   | E.          |                           |                           |
| 29-07-98     | 411/97<br>De oficio | Suministro de carburantes en el Archipiélago Canario. Contrato de suministro de productos y servicios y de implantación de la imagen de CEPASA.  | N.E.        |                           |                           |
| 30-09-98     | 395/97<br>De oficio | Art. 1.1.a. Concertación de precios de las vacunas antigripales con los que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de la Salud. Prueba de presunciones.   | E.          | 120.175.000               |                           |
| 28-10-98     | 410/97<br>Denuncia  | Art. 6.1. Condicionar el otorgamiento del visado de la hoja de encargo profesional por parte del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca a que se paguen, depositen o avalen los honorarios devengados por un profesional anterior.   | E.          | 1.200.000                 |                           |
| 19-11-98     | 357/95<br>Denuncia  | Art. 1.1. Recomendación de adoptar medidas cautelares para que ningún API pueda contratar sus servicios con persona alguna (física o jurídica) cuya actividad u objeto social fuera el de prestación de servicios a terceros, con carácter profesional, de cualquiera de las funciones propias de los API. Art. 7. Publicación de anuncios con frases o expresiones falsas o denigratorias de los operadores no API susceptibles de alterar de manera significativa el funcionamiento competitivo del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria. | E.          | 500.000                   |                           |

| Fecha    | Exped.              | Conducta   | Dec. | Multa<br>10.1 LDC | Multa<br>10.3 LDC |
|----------|---------------------|--|------|-------------------|-------------------|
| 30-11-98 | 389/96<br>Denuncia  | Art. 1.1.a., c. y e. Establecer acuerdos de distribución exclusiva de cervezas que permiten la fijación vertical de precios, prohíben las ventas pasivas fuera del territorio al que alcanza e impone a las empresas obligaciones suplementarias a los distribuidores.   | E.   | 1.000.000         |                   |
| 11-12-98 | 409/97<br>Denuncia  | Art. 1.1.a. Fijación de venta al público de los alimentos dietéticos infantiles. Art. 1.1.b. Acuerdo de distribución exclusivamente a través del canal farmacéutico de los alimentos infantiles no lácteos.  | E.   | 169.100.000       |                   |
| 14-12-98 | 430/98<br>Denuncia  | Asociación de Gestión de Derechos intelectuales. Denuncia por infracción del art. 6 y del art. 86 TCE. Imposición de un contrato de autorización y recaudación de derechos de propiedad intelectual.   | N.E. |                   |                   |
| 18-12-98 | 421/97<br>Denuncia  | Art. 1.1.a. Práctica concertada para aplicar las mismas tarifas generales para la obtención del carné de conducir tipo B-1.  | E.   | 595.000           |                   |
| 29-12-98 | 422/98<br>De oficio | Art. 1.1.a. Acuerdo de tarifas en cuantías distintas a las previstas legalmente para las tarifas de honorarios a percibir por los arquitectos cuando emitan informes técnicos para la legalización de viviendas. Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental. | E.   |                   |                   |

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

Se produce un aumento considerable, sin llegar a las proporciones del año 1996 (13 a 1), de las resoluciones que aprecian la existencia de conductas prohibidas. En concreto, en 17 resoluciones se dictamina la existencia de infracción, mientras que en 5 no se aprecia su existencia. Hay que recordar que en el año 1997 esta proporción había variado notablemente respecto a 1996, 11 frente a 5.

Como viene siendo muy habitual, la denuncia constituye en la inmensa mayoría de ocasiones el origen del expediente que resuelve el TDC. Este año son 18 las resoluciones que se originan por una denuncia y 4 por



la acción de oficio de la Administración. Este dato es consecuencia del origen de los expedientes de que conoce el SDC, aunque evidentemente porcentualmente tienen mayor relevancia los originados de oficio por la Administración.

Finalmente, respecto a las multas se reproduce en el año la no aplicación de la potestad sancionadora prevista en el artículo 10.3 de la Ley, como ya aconteció en el año 1997. En cuanto a la cuantía de las multas, en aplicación del artículo 10.1 de la Ley se aprecia un descenso muy notable respecto al ejercicio anterior. En concreto, de 1.765.207.080 pesetas se pasa ahora a una cifra de 353.620.000 pesetas. Este descenso trae causa de que en el año 1997 se impuso en un único expediente una multa de 1.212.000.000 de pesetas. Sin embargo, sin tener en cuenta este expediente se advertiría también un descenso significativo. Este descenso queda matizado por el hecho de que la cuantía de 1998 constituye un ligero aumento respecto a la del año 1996.

#### B. Resoluciones incidentales

El TDC ha adoptado siete resoluciones de carácter incidental en el marco de los correspondientes expedientes sancionadores.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Petición</i>   | <i>Decisión</i>  |
|--------------|---------------|---|--|
| 05-03-98     | 370/96        | Petición de suspensión de la Resolución de 10 de junio de 1997.   | Declaración de incompetencia para pronunciarse sobre lo solicitado.  |
| 26-03-98     | 368/95        | Petición de suspensión de la Resolución por falta de notificación de distintos trámites del expediente.   | Inicio del expediente de revisión de oficio, en la parte en que se refiere a Gallina Blanca Purina, S. A., de la Resolución de 9 de febrero de 1998. |
| 18-06-98     | 347/94        | Ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 1996 estimatoria del recurso y declarativa de la existencia de práctica restrictiva de la competencia no considerada por la Resolución del TDC impugnada. | Imposición de sanción de 150.000 pesetas.  |
| 28-07-98     | 418/97        | Aclaración de la Resolución de 29 de junio de 1998.   | Aclaración.  |
| 11-11-98     | 395/97        | Rectificación de la sanción impuesta mediante la Resolución de 30 de septiembre de 1998.  | Corrección de errores en la Resolución de 30 de septiembre de 1998.  |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Petición</i>   | <i>Decisión</i>  |
|--------------|---------------|---|--|
| 04-12-98     | 360/95        | Ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998 estimatoria del recurso, que implica la anulación de la Resolución del TDC de 26 de diciembre de 1995 en la que se impusieron multas. | Declarar que procede la ejecución en sus propios términos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998. Devolución de las multas ya ingresadas. |

## 2. MEDIDAS CAUTELARES

### A. *Resoluciones finales*

En el año 1998 se produce un cambio en la tendencia de crecimiento de las resoluciones en materia de medidas cautelares que se apreciaba en los ejercicios anteriores. La cifra se ha reducido a cuatro, frente a las 11 de 1997 y 5 de 1996.

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> |
|--------------|---------------|-----------------|--------------------|---------------|
| 09-03-98     | MC26/97       | Telefonía       | Desestimación      |               |
| 15-07-98     | MC28/98       | Hoteles         | Desestimación      |               |
| 27-07-98     | MC27/98       | Seguros médicos | Estimación parcial |               |
| 16-10-98     | MC29/98       | Farmacéutico    | Estimación         | 600.000.000   |

Como viene siendo habitual, el TDC no se pronuncia abiertamente y en todos los casos a favor de la adopción de la medida cautelar que el SDC le propone. Se trata de un análisis extremadamente casuístico, donde en cada expediente deben valorarse los distintos factores que componen el juicio acerca de la adopción de la medida cautelar.

### B. *Resoluciones incidentales*

En el año 1998 se ha dictado una resolución de naturaleza incidental en materia de medidas cautelares:

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Sector</i> | <i>Decisión</i>  |
|--------------|---------------|---------------|--|
| 04-02-98     | MC21/97       | Tabacos       | Imposición de multa coercitiva a Tabacalera, S. A., por importe de 15.450.000 pesetas. |

### 3. AUTORIZACIONES SINGULARES

En materia de autorizaciones singulares la labor del TDC queda reflejada en el cuadro siguiente, que permite apreciar los datos comparados de 1997 y 1998 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):

|      | <i>Res. final</i> | <i>Sol. pro.</i> | <i>Mod. aut.</i> | <i>Rev.</i> |
|------|-------------------|------------------|------------------|-------------|
| 1997 | 39                | 2                | 9                | 1           |
| 1998 | 17                | 5                | 5                | 1           |

Además, el TDC ha dictado tres resoluciones de naturaleza incidental, que es una cifra próxima a las cuatro adoptadas en el año anterior.

#### A. Resolución final sobre primera solicitud

El TDC ha dictado en el año 1998, 17 Resoluciones finales en 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> |
|--------------|---------------|---|------------------|------------------------|
| 30-01-98     | A223/97       | Recomendación sobre la necesidad de cobro por parte de los asociados de todos los servicios relacionados con el transporte, carga y descarga del material vendido y la confección de un «panel» con la citada recomendación para su distribución entre los asociados, clientes y compradores. | No autorización. |                        |
| 05-02-98     | A234/97       | Registro de morosos.  | Autorización.    | 5 años                 |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>   | <i>Decisión</i>   | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|---|---|------------------------|
| 25-02-98     | A230/97       | Contrato de distribución exclusiva que contiene elementos de cooperación entre empresas independientes, limita la actuación de las partes en un territorio determinado y afecta de forma adversa a otros operadores económicos. Limitación a que la información que proporciona el distribuidor esté directamente relacionada con las campañas de promoción que Mahou realiza en su territorio. | Autorización.   | 5 años                 |
| 09-03-98     | A233/97       | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 13-04-98     | A231/97       | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 23-04-98     | A195/96       | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 23-04-98     | A220/97       | Contrato tipo de distribución selectiva de relojes y medidores de tiempo en el mercado español.   | Autorización.   | 5 años                 |
| 25-05-98     | A97/94        | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 23-06-98     | A229/97       | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 15-07-98     | A236/98       | Registro de morosos.  | Declarar que la conducta no está incluida en las prohibiciones LDC. |                        |
| 30-07-98     | A228/97       | Constitución de empresa en participación de carácter cooperativo para la adquisición, almacenamiento y distribución de especialidades farmacéuticas genéricas.  | No autorización.  |                        |
| 16-09-98     | A235/98       | Registro de morosos.  | Autorización.   | 5 años                 |
| 18-09-98     | A212/97       | Registro de morosos.  | La conducta no está incluida entre las prohibidas por la LDC.       |                        |
| 23-10-98     | A241/98       | Registro de morosos.  | La conducta no está incluida entre las prohibidas por la LDC.       |                        |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>  | <i>Decisión</i>  | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|--|--|------------------------|
| 30-11-98     | A247/98       | Contrato tipo de distribución selectiva de los relojes Longines.   | Autorización.  | 5 años                 |
| 28-12-98     | 406/97        | Cláusula de no competencia incluida en un acuerdo de distribución exclusiva. Desestimiento del denunciante que originó el expediente sancionador y la posterior solicitud de autorización. Desestimiento del solicitante de la autorización. | Aceptar la renuncia del denunciante y el desestimiento del solicitante de la autorización. |                        |
| 30-12-98     | A252/98       | Registro de morosos.   | Declarar que la conducta no está incluida en las prohibiciones LDC.                        |                        |

Un año más la inmensa mayor parte de las resoluciones van referidas a registros de morosos. Hasta el 64,70 por 100 de las Resoluciones son relativas a esta práctica, que desde hace varios ejercicios ocupa al TDC. Ya se señaló en el Anuario de 1996, y se repitió en el de 1997, que esta elevada concentración en una única práctica hace disminuir la significación cualitativa del número de expedientes de autorización singular resueltos.

En el caso de las autorizaciones otorgadas todas disponen el plazo temporal de cinco años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas Resoluciones en comparación con el año 1997: 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).

|      | <i>Aut.</i> | <i>N. aut.</i> | <i>Des.</i> | <i>N. LDC</i> | <i>Exp. san.</i> |
|------|-------------|----------------|-------------|---------------|------------------|
| 1997 | 28          | 4              | 1           | 5             | 1                |
| 1998 | 10          | 2              | 1           | 4             |                  |

Estos datos, determinados en porcentaje, ofrecen los siguientes resultados:

|      | <i>Aut.</i> | <i>N. aut.</i> | <i>Des.</i> | <i>N. LDC</i> | <i>Exp. san.</i> |
|------|-------------|----------------|-------------|---------------|------------------|
| 1997 | 71,79       | 10,25          | 2,56        | 12,82         | 2,56             |
| 1998 | 58,82       | 11,76          | 5,88        | 23,52         |                  |

### B. *Solicitud de prórroga*

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>   | <i>Decisión</i>                    | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|---|------------------------------------|------------------------|
| 09-03-98     | 332/93        | Contrato tipo de distribución selectiva para los relojes deportivos de alta gama marca BREITLING. | Prórroga de la autorización.       | 5 años                 |
| 29-07-98     | 42/93         | Registro de morosos.  | Prórroga de la autorización.       | 5 años                 |
| 29-07-98     | 39/92         | Registro de morosos.  | Prórroga de la autorización.       | 5 años                 |
| 29-09-98     | 49/93         | Registro de morosos.  | Prórroga de la autorización.       | 5 años                 |
| 13-10-98     | 45/93         | Registro de morosos.  | Declarar caducada la autorización. |                        |

### C. *Modificación de autorización*

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>       | <i>Decisión</i>  |
|--------------|---------------|-----------------------|--|
| 15-06-98     | A104/94       | Registro de morosos.  | Autorizar el nuevo reglamento y el contrato conexo de arrendamiento de servicios.  |
| 06-07-98     | A79/94        | Registro de morosos.  | Autorizar el nuevo reglamento y el contrato de encomienda exclusiva de su gestión. |
| 28-07-98     | A219/97       | Registro de morosos.  | Autorizar el nuevo reglamento.   |
| 16-09-98     | A138/95       | Registros de morosos. | Autorizar el nuevo reglamento y el contrato de encomienda exclusiva de su gestión. |
| 01-12-98     | A149/95       | Registro de morosos.  | Autorizar el nuevo reglamento y el contrato de encomienda exclusiva de su gestión. |

**D. Revocación**

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>      | <i>Decisión</i>   |
|--------------|---------------|----------------------|---|
| 19-05-98     | A122/95       | Registro de morosos. | El procedimiento de revocación ha quedado sin objeto por renuncia de la interesada a la autorización concedida. |

**E. Resolución incidental**

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Petición</i>  | <i>Decisión</i>      |
|--------------|---------------|--|----------------------|
| 16-04-98     | 327/93        | Solicitud de difusión, mediante circular entre sus asociados, de un texto aclaratorio de la definición de aceptación impagadas en relación con autorización del TDC de 30 de diciembre de 1993 y de 7 de octubre de 1994 de funcionamiento del Registro de Aceptaciones Impagadas. | Autorización.        |
| 06-07-98     | A166/96       | Solicitud de renuncia de la autorización otorgada mediante Resolución de 28 de febrero de 1996.  | Aceptar la renuncia. |
| 13-07-98     | 44/93         | Solicitud de renuncia de la autorización otorgada mediante Resolución de 22 de julio de 1996.  | Aceptar la renuncia. |

**III. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Como es conocido, las resoluciones del TDC que resuelven los recursos interpuestos contra acuerdos del SDC constituyen desde una perspectiva numérica desde hace varios ejercicios la principal labor del TDC. En el año 1998, como ya se ha indicado, se mantiene esta tendencia desde una perspectiva porcentual, aunque no material, debido al descenso generalizado de resoluciones adoptadas. En concreto, en 1998 ha alcanzado el 56,44 por 100, frente al 51,32 de 1997 y el 41,94 de 1996. Este porcentaje tan importante es consecuencia inmediata del muy elevado número de denuncias que se presentan al SDC para la aplicación de la LDC que no se ajustan a la interpretación que este órgano practica de los preceptos legales.

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 son 48. 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>     |
|--------------|---------------|--|---------------------|
| 08-01-98     | r218/97       | Distribución de carburantes. Operación de concentración cooperativa con el fin de integrar la práctica totalidad de los empresarios revendedores minoristas titulares de estaciones de servicio.   | Desestimación.      |
| 19-01-98     | r226/97       | Recurso contra el acuerdo de incoación de expediente sancionador por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas consistentes en la aprobación del acuerdo de tráfico entre compañías aéreas aprovechado para un incremento simultáneo y una homogeneización de tarifas. | Inadmisibilidad.    |
| 19-01-98     | r264/97       | Cementerios. Trabajos de ornamentación y limpieza de sepulturas por parte empleados del Ayuntamiento de La Coruña.   | Desestimación.      |
| 30-01-98     | r265/97       | Discriminación por parte del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado al no permitir la comercialización de la lotería nacional a los despachos mixtos.  | Desestimación.      |
| 30-01-98     | r271/97       | Reglamento del Servicio Municipal de Suministro Domiciliario de Agua Potable de Albacete. Posición de dominio. Cobro directo por el concesionario a los usuarios.  | Estimación parcial. |
| 09-02-98     | r261/97       | Competencia desleal. No afectación de manera sensible a la libre competencia.  | Desestimación.      |
| 10-02-98     | r210/97       | Derecho de los agentes a comprar y utilizar en sus reparaciones, salvo que el vehículo se encuentre en plazo de garantía, piezas de recambio procedentes de productos competidores, siempre que tengan el mismo nivel de calidad que las originales Renault.                               | Desestimación.      |



| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>   | <i>Decisión</i>                   |
|--------------|---------------|---|-----------------------------------|
| 16-02-98     | r242/97       | Supuestas prácticas abusivas de diversos Ayuntamientos que impiden efectuar el reparto de queso fresco que fabrica y que, previa petición, suministra a los consumidores.   | Desestimación.                    |
| 02-03-98     | r275/97       | Aprobación por la Universidad del Pliego de cláusulas administrativas de la licitación de la obra de construcción de la Facultad de Ciencias de la Información. Exigencia de mayores requisitos a los previstos en la legislación de contratos. | Desestimación.                    |
| 09-03-98     | r250/97       | Recurso contra acuerdo del SDC de rechazar la petición de proponer al TDC la revocación de las medidas cautelares adoptadas en el expediente mc18/96.   | Desestimación.                    |
| 09-03-98     | r268/97       | La fecha inicial de solicitud de la autorización es determinante a todos los efectos.   | Estimación.                       |
| 24-03-98     | r277/97       | Petición de que todas las comunicaciones y actos administrativos relativos al expediente le fuesen traducidos al japonés o al inglés.   | Desestimación.                    |
| 16-04-98     | r288/98       | Prestación de servicios de enseñanza de la danza con incumplimiento de lo preceptuado en el ordenamiento.   | Desestimación.                    |
| 27-04-98     | r259/97       | Regulación de la distribución de productos Canon que podrían contener cláusulas restrictivas de la competencia.   | Desestimación.                    |
| 27-04-98     | r274/97       | Recurso contra el acuerdo de incoación de expediente sancionador.   | Desestimación.                    |
| 20-05-98     | r307/98       | Distribución de vehículos. Resolución contractual.  | Desestimación.                    |
| 20-05-98     | r286/98       | Recurso contra la denegación de consideración de interesado.  | Desestimación.                    |
| 20-05-98     | r303/98       | Recurso contra el acuerdo de incoación de expediente sancionador.   | Desestimación.                    |
| 29-05-98     | r310/98       | Actos de competencia desleal en el mercado español de la porcelana de mesa.   | Desestimación por extemporáneo.   |
| 04-06-98     | r295/98       | Trato discriminatorio a escuelas de esquí.  | Estimación.                       |
| 08-06-98     | r294/98       | Colegio oficial de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona.  | Desistimiento de los recurrentes. |
| 08-06-98     | r301/98       | Recurso contra el acuerdo de incoación de expediente sancionador.   | Desestimación por extemporáneo.   |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>  | <i>Decisión</i>                 |
|--------------|---------------|--|---------------------------------|
| 08-06-98     | r306/98       | Promoción inmobiliaria. Financiación privilegiada e ilimitada.   | Desestimación por extemporáneo. |
| 15-05-98     | r290/98       | Autorización de la autoridad portuaria de subasta en lonja en determinados días festivos es un acto administrativo.  | Desestimación.                  |
| 23-06-98     | r278/97       | Denuncia contra la Dirección General de Patrimonio del Estado por la convocatoria de un concurso para la adquisición de ordenadores en la que el denunciante alegaba que quedaban excluidos sus ordenadores.         | Desestimación.                  |
| 29-06-98     | r309/98       | Visado de proyecto profesional.  | Desestimación.                  |
| 13-07-98     | r281/97       | Art. 11 LRU. Realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico por profesores universitarios. Ayudas públicas.   | Desestimación.                  |
| 20-07-98     | r311/98       | Cesión gratuita por parte de distintos Ayuntamiento de suelo a una determinada empresa pública destinada a la construcción de viviendas sociales. Ayudas públicas.   | Desestimación.                  |
| 21-07-98     | r284/97       | Abuso de posición dominante y publicidad desleal en la revisión periódica de las instalaciones de gas.   | Desestimación.                  |
| 23-07-98     | r320/98       | Aenor. Negativa del sdc de confidencialidad de determinados datos.   | Desestimación.                  |
| 29-07-98     | r321/98       | Recurso contra la denegación del sdc de proponer la adopción de medidas cautelares.  | Desestimación.                  |
| 29-07-98     | r329/98       | Publicidad engañosa por anuncio de impartición de un curso de formación de «técnicos en gestión inmobiliaria» que no facultará para el ejercicio de la mediación inmobiliaria. Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. | Desestimación por extemporáneo. |
| 30-07-98     | r316/98       | Denegar autorizaciones a determinadas expendedorías para ser punto de recogida de correspondencia y paquetería y amenaza a los titulares de éstas por medio de una carta/circular.                                   | Estimación parcial.             |
| 02-10-98     | r318/98       | Recurso contra el acuerdo del sdc de no proponer las medidas cautelares solicitadas.   | Desestimación.                  |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>   | <i>Decisión</i>     |
|--------------|---------------|---|---------------------|
| 20-10-98     | r299/98       | Distribución de carburantes. Imposición de un contrato abusivo de venta en exclusiva; fijación de precios y de las condiciones comerciales; condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.  | Estimación.         |
| 22-10-98     | r298/98       | Adjudicación por parte de un Ayuntamiento de un crédito de 400 millones de pesetas a la Caja de Ahorros del Mediterráneo.   | Desestimación.      |
| 27-10-98     | r322/98       | Denuncia por no haber respetado los turnos rotatorios de gabinetes ortopédicos establecidos para los pacientes hospitalarios y por haber derivado pacientes externos hacia determinadas ortopedias.   | Estimación.         |
| 10-11-98     | r325/98       | Concurso para la contratación de la dirección de obra de infraestructura del puerto deportivo de Zumaia con indicación de que el director de la obra deberá ser un ingeniero de caminos, canales y puertos. Eclusión de la convocatoria de los ingenieros técnicos de obras públicas. | Desestimación.      |
| 13-11-98     | r328/98       | Negativa de suministro de prensa y revistas.  | Desestimación.      |
| 16-11-98     | r296/98       | AENA. Aplicación de condiciones discriminatorias más favorables para ALDEASA que para el resto de empresas.   | Estimación parcial. |
| 19-11-98     | r323/98       | Resolución de contratos de distribución Telefonía móvil.  | Desestimación.      |
| 23-11-98     | r314/98       | Instalación en locales públicos de teléfonos que permiten el pago con la «tarjeta chip/tarjeta monedero» con monedero cerrado de Telefónica, de uso en las cabinas de la vía pública.   | Desestimación.      |
| 01-12-98     | r300/98       | Denuncia por realizar actividad incluíble en el género de la hostelería incumpliendo normas legales que les coloca en una situación ventajosa en el mercado.  | Desestimación.      |
| 01-12-98     | r312/98       | Denuncia por realizar actividad incluíble en el género de la hostelería incumpliendo normas legales que les coloca en una situación ventajosa en el mercado.  | Desestimación.      |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>   | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|---|-----------------|
| 01-12-98     | r319/98       | Denuncia por abuso de posición consistente en la interposición de una demanda civil y una querrela criminal.  | Desestimación.  |
| 04-12-98     | r332/98       | Otorgamiento de quitas o condonaciones de deuda en perjuicio de la competencia y de los competidores.   | Desestimación.  |
| 14-12-98     | r334/98       | Denegación de la consideración de interesado. Denuncia contra la normativa general del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España relativa al acceso a la profesión. | Estimación.     |
| 29-12-98     | r327/98       | Denuncia contra Asociación de Padres de Alumnos que gestiona la compra de libros de texto y material escolar.   | Desestimación.  |

El dato más relevante de estas resoluciones es conocer si confirman la labor instructora del SDC o si, por el contrario, la estiman improcedente y proceden a estimar el recurso. A continuación se puede apreciar respecto al ejercicio de 1998 y de 1997 el número de expedientes en los distintos tipos de resoluciones: desestimación 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> |
|------|----------------|-------------|--------------|-------------|
| 1997 | 41             | 14          | 7            | 2           |
| 1998 | 39             | 8           | 1            |             |

Estos datos muestran los siguientes porcentajes:

|      | <i>N. est.</i> | <i>Est.</i> | <i>Inad.</i> | <i>Des.</i> |
|------|----------------|-------------|--------------|-------------|
| 1997 | 64,06          | 21,87       | 10,93        | 3,12        |
| 1998 | 81,25          | 16,66       | 2,08         |             |

Se puede apreciar un aumento notable de los recursos que son desestimados por el TDC. Prácticamente el TDC estima sólo uno de cuatro recursos que analiza. Este dato confirma en términos generales la aquiescencia del TDC acerca de la labor instructora del SDC.

## 2. RECURSOS CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 1998 el número de recursos contra acuerdos de sobreseimiento de expedientes del SDC asciende muy notablemente. Este ascenso,

de 13 a 22 resoluciones, es además especialmente significativo por cuanto se ha reducido el número total de resoluciones adoptadas por el TDC.

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> |
|--------------|---------------|--|-----------------|
| 16-01-98     | R190/96       | Abuso de posición de dominio en la distribución de explosivos. Negativa de suministro. Justificación.  | Desestimación.  |
| 22-01-98     | R253/97       | Recurso contra el acuerdo de sobreseimiento del expediente respecto a la parte sobre la que se mantiene acusación. No impugnabilidad del informe-propuesta del SDC.  | Desestimación.  |
| 22-01-98     | R254/97       | Recurso contra el acuerdo de sobreseimiento del expediente respecto a la parte sobre la que se mantiene acusación. No impugnabilidad del informe-propuesta del SDC.  | Desestimación.  |
| 26-01-98     | R269/97       | Acuerdo del SDC de elevar el expediente al TDC para que decida sobre la pertinencia de elevar propuesta razonada al Gobierno sobre la modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del estatuto de funcionamiento de TRAGSA. | Desestimación.  |
| 28-01-98     | R270/97       | Acuerdo del SDC de elevar el expediente al TDC para que decida sobre la pertinencia de elevar propuesta razonada al Gobierno sobre la modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del estatuto de funcionamiento de TRAGSA. | Desestimación.  |
| 05-02-98     | R272/97       | Acuerdo del SDC de elevar el expediente al TDC para que decida sobre la pertinencia de elevar propuesta razonada al Gobierno sobre la modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del estatuto de funcionamiento de TRAGSA. | Desestimación.  |
| 13-03-98     | R273/97       | Ejecución de obras directamente por la Administración pública. Empresa pública.  | Desestimación.  |
| 30-03-98     | R267/97       | Ejecución de obras directamente por la Administración pública. Empresa pública.  | Desestimación.  |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i>        | <i>Conducta</i>  | <i>Decisión</i>                 |
|--------------|----------------------|--|---------------------------------|
| 01-04-98     | R280/97              | Contrato de comisión. Los comisionistas carecen de libertad, al ser su actividad complementaria de la del empresario para el que actúan, para incurrir en infracción del art. 1 LDC.   | Desestimación.                  |
| 30-04-98     | R266/97              | Ejecución de obras por la propia Administración pública. Obras de carácter agrario y mejora del medio rural. TRAGSA.   | Desestimación.                  |
| 11-05-98     | R279/97              | Desestimamiento del recurso.   | Aceptación del desestimamiento. |
| 19-05-98     | R276/97              | Distribución de carburante. No aplicación de normas de distribución exclusiva.   | Desestimación.                  |
| 01-06-98     | R282/97              | Servicios funerarios.  | Desestimación.                  |
| 12-06-98     | R287/98              | Acuerdo del sdc de sobreseimiento en expediente en el que el TDC había estimado recurso contra acuerdo de archivo. Acto de Administración pública. Adjudicación de aprovechamiento mediante cesión en arrendamiento de terrenos municipales.                         | Desestimación.                  |
| 12-06-98     | R291/98<br>y R292/98 | Posición de dominio por televisiones autonómicas. Pagar precios no competitivos por los programas que compran. Vender a precios no competitivos los espacios publicitarios.  | Desestimación.                  |
| 18-06-98     | R304/98              | Ejecución de encargo de Gas Natural de Castilla y León por parte de empresas instaladoras.   | Desestimación.                  |
| 23-06-98     | R285/98              | Distribución de prensa. Abuso de posición de dominio al no permitir a los vendedores rechazar el género enviado hasta la llamada de devolución por parte de la distribuidora y establecer una fianza sin ofrecer la posibilidad de prestarla mediante aval bancario. | Desestimación.                  |
| 29-06-98     | R293/98              | Abuso de posición de dominio y negativa injustificada de venta de terminales telefónicos de uso público para operar en el servicio desmonopolizado.  | Desestimación.                  |
| 15-07-98     | R297/98              | Concesión por la autoridad portuaria del Puerto de Barcelona de una terminal pública de contenedores en el muelle sur a Terminal de Contenedores de Barcelona.   | Desestimación.                  |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i>  | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|--|-----------------|
| 16-07-98     | R315/98       | Realización de manifestaciones denigratorias e inducción al incumplimiento contractual para impedir la competencia en el mercado de los medicamentos contra el SIDA. | Desestimación.  |
| 23-07-98     | R308/98       | Control de las bases de contenedores del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.   | Desestimación.  |
| 30-07-98     | R289/98       | Negativa a individualizar los datos de audiencia.  | Desestimación.  |

En este caso, como sucedía con las Resoluciones de recursos contra acuerdos de archivo, es esencial conocer la confirmación de la acción del SDC por parte del TDC o si existe un cierto grado de revisión. A continuación exponemos los datos de 1998 y 1997 de los distintos tipos de resoluciones: no estimación del recurso (N. est.), estimación del recurso (Est.), declaración de inadmisibilidad (Inad.) o desestimación del recurrente (Des.):

|      | <i>N. est.</i> | <i>Est.</i> | <i>Inad.</i> | <i>Des.</i> |
|------|----------------|-------------|--------------|-------------|
| 1997 | 10             | 2           | 1            |             |
| 1998 | 21             |             |              | 1           |

Estos datos muestran los siguientes porcentajes:

|      | <i>N. est.</i> | <i>Est.</i> | <i>Inad.</i> | <i>Des.</i> |
|------|----------------|-------------|--------------|-------------|
| 1997 | 76,92          | 15,38       | 7,69         |             |
| 1998 | 95,45          |             |              | 4,54        |

La proporción de recursos no estimados es en el año 1998 prácticamente absoluta, lo que viene de nuevo a confirmar el 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 31 sentencias en el año 1998. Esta cifra confirma el notable aumento de las sentencias dictadas en recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones del TDC que se puso de relieve en 1997. De 14 sentencias en 1996 se paso a 23 en 1997 y ahora el número asciende a 31<sup>1</sup>.

En 1998, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, a su vez, dos sentencias sobre recursos contencioso-administrativos interpuestos contra acuerdo del TDC al amparo de la Ley 62/1978, de protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, se ha dictado una sentencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en materia de competencia que referiremos brevemente al margen del análisis del resto.

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>   |
|--------------|---|---|-------------------|
| 19.01.98     | 30-12-98<br>Desestimación de recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento | No existencia de prácticas tendentes a impedir u obstaculizar la libre elección del taller reparador de vehículos por el usuario. | Confirma Res. TDC |
| 22-01-98     | 27-04-94<br>Desestimación de recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento | Denuncia de negativa de suministro. Equipos informáticos. No acreditación de la existencia de posición de dominio.                | Confirma Res. TDC |

<sup>1</sup> Al respecto ver *Anuario de la Competencia 1996*, p. 303, y *Anuario de la Competencia 1997*, p. 479.

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i>  | <i>Materia</i>  | <i>Decisión</i>                |
|--------------|--|---|--------------------------------|
| 26-01-98     | 22-02-94<br>No revocación de la autorización otorgada por el TDC               | Autorización singular con condiciones. Servicio marítimo de la línea Algeciras-Ceuta. Vigilancia del cumplimiento de las condiciones.   | Confirma Res. TDC              |
| 26-01-98     | 18-03-94<br>Expediente sancionador   | Solicitud de cuestión de constitucionalidad del artículo 10 LDC por indeterminación de la cuantificación de la sanción a imponer. Servicio de información de morosos. Infracción artículo 1.1.a) LDC.   | Confirma Res. TDC              |
| 26-01-98     | 04-03-94<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento | Apertura de farmacia. Recurso contencioso-administrativo de farmacéuticos contra el acuerdo del Colegio de Farmacéuticos de autorizar la apertura de una farmacia.  | Confirma Res. TDC              |
| 02-02-98     | 11-03-94<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo        | Campañas de promoción de oficinas bancarias mediante la entrega de productos. Canales alternativos de venta.  | Confirma Res. TDC              |
| 18-02-98     | 15-12-94<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de sobreseimiento | Posición de dominio en el mercado de transporte a larga distancia dentro del territorio nacional de explosivos para uso industrial. Denuncia de abuso de posición de dominio por prescindir de los servicios de las empresas recurrentes.   | Anulación Res. TDC             |
| 19-02-98     | 15-02-95<br>Denegación de solicitud de autorización singular                   | Recomendación colectiva sobre un compromiso marco de plazos de pago, no vinculante entre todas las empresas asociadas, fabricantes de productos de construcción y de bienes de equipo, con el objeto de reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y servicios. | Confirma. Res. TDC             |
| 23-02-98     | 28-07-94<br>Expediente sancionador   | Colegios profesionales. Acuerdo de abstención de participar en determinado concurso.  | Confirma parcialmente Res. TDC |
| 23-02-98     | 28-07-94<br>Expediente sancionador   | Subida homogénea del precio del pan por parte de la Asociación de Fabricantes y Expendedores de Pan de Málaga.  | Confirma Res. TDC              |
| 05-03-98     | 12-09-94<br>Expediente sancionador   | Retransmisión deportiva. Fútbol. Negativa a autorizar la retransmisión.   | Confirma Res. TDC              |
| 05-03-98     | 24-04-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo        | Tabacos. Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos. Discriminación por negativa a ejercicio de las actividades de importación y distribución al por mayor de labores de tabaco procedentes del mercado común.  | Confirma Res. TDC              |
| 23-03-98     | 23-03-94<br>Estimación del recurso contra acuerdo del sdc de archivo           | Servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general titularidad del Estado.  | Confirma Res. TDC              |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i>  | <i>Materia</i>   | <i>Decisión</i>   |
|--------------|--|--|-------------------|
| 25-03-98     | 13-03-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento                                   | Abuso de posición de dominio. Servicios de embalaje, suministro y servicios.   | Confirma Res. TDC |
| 02-04-98     | 28-06-95<br>Expediente sancionador   | Acuerdo de honorarios por servicios médicos.   | Confirma Res. TDC |
| 16-05-98     | 26-07-95<br>Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo   | Colegios profesionales. Denegación de doble colegiación.   | Anula Res. TDC    |
| 20-05-98     | 07-07-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento                                   | Abuso de posición de dominio. Competencia desleal. Talleres contra la Mutua Madrileña Automovilista.   | Inadmisibilidad   |
| 28-05-98     | 22-11-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo  | Abuso de posición de dominio en la distribución de carburantes. Cláusula de mejor precio contenida en los contratos de compra exclusiva.   | Anula Res. TDC    |
| 28-05-98     | 10-10-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de no haberse producido la caducidad del expediente | Caducidad del procedimiento sancionador. No aplicación al expediente en cuestión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. | Confirma Res. TDC |
| 04-06-98     | 28-11-95<br>Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento                                      | Venta de películas de vídeo. Alquiler de películas de vídeo.   | Confirma Res. TDC |
| 11-06-98     | 06-02-98<br>Inadmisión a trámite de recurso de revisión  | Improcedencia del recurso de revisión del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.                           | Confirma Res. TDC |
| 24-06-98     | 26-12-95<br>Expediente sancionador   | Negociación de condiciones comerciales de talleres con la Mutua Madrileña Automovilista.   | Anula Res. TDC    |
| 17-07-98     | 10-06-93<br>Expediente sancionador   | Retransmisión por televisión de partidos de fútbol. Práctica restrictiva al alterar el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores.   | Confirma Res. TDC |
| 08-10-98     | 31-05-95<br>Desestimación del recurso contra acuerdo del SDC de archivo  | Mercado de hidrocarburos. Abuso de posición de dominio consistente en la fijación de precios y condiciones de pago diferentes para los buques nacionales y extranjeros.  | Confirma Res. TDC |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i>  | <i>Materia</i>   | <i>Decisión</i>      |
|--------------|--|--|----------------------|
| 14-10-98     | 28-11-95<br>Estimación del recurso<br>contra acuerdo del<br>SDC de archivo       | Distribución de películas.   | Confirma Res.<br>TDC |
| 02-11-98     | 06-09-95<br>Expediente sancionador   | Distribución del territorio en el sector de las<br>máquinas recreativas.   | Confirma Res.<br>TDC |
| 26-11-98     | 18-07-96<br>Expediente sancionador   | Prohibición de fabricar y vender pan, salvo el<br>de determinadas características, durante los<br>domingos y días festivos.  | Confirma Res.<br>TDC |
| 03-12-98     | 04-07-96<br>Expediente sancionador   | Acuerdo de no venta de determinado producto<br>por parte de la Asamblea General de la Aso-<br>ciación Profesional de Vendedores de Prensa<br>de Cantabria.   | Confirma Res.<br>TDC |
| 03-12-98     | 16-01-95<br>Desestimación del<br>recurso contra<br>acuerdo del SDC de<br>archivo | Posterior acuerdo del TDC de 7 de abril de 1997<br>relativo a que determinado acuerdo de coa-<br>seguro para avalar las fianzas exigidas a las<br>personas a las que se otorgue título habili-<br>tante para la realización de transportes y acti-<br>vidades auxiliares y complementarias por la<br>Ley 16/1987, de ordenación del transporte<br>terrestre y demás normas que la desarrollan,<br>no infringen la legislación de defensa de la<br>competencia. | Confirma Res.<br>TDC |
| 17-12-98     | 08-01-96<br>Expediente sancionador   | Organización de campaña de denuncia sobre<br>el mal hacer comercial de un comerciante<br>que vendía productos de lencería a precios<br>inferiores a los recomendados.  | Confirma Res.<br>TDC |
| 17-12-98     | 10-04-96<br>Estimación del recurso<br>contra acuerdo del<br>SDC de archivo       | Alegación de indefensión al revocar el TDC el<br>archivo y ordenar la apertura de expediente<br>sin previa audiencia al interesado.  | Confirma Res.<br>TDC |

Como acontecía en ejercicios anteriores, el dato más significativo de esta relación de sentencias de la Audiencia Nacional es que en su inmensa mayoría confirman la actuación del TDC. Las 31 sentencias dictadas ofrecen el siguiente resultado:

|                                | <i>Número</i> | <i>Porcentaje</i> |
|--------------------------------|---------------|-------------------|
| Confirma Res. TDC              | 25            | 80,6              |
| Confirma parcialmente Res. TDC | 1             | 3,2               |
| Anula Res. TDC                 | 4             | 12,9              |
| Inadmisibilidad                | 1             | 3,2               |

Como hemos indicado, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado dos sentencias en recursos contra acuerdos del TDC interpuestos al amparo de la Ley

62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. A continuación presentamos estas sentencias:

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i>   | <i>Materia</i>   | <i>Decisión</i>   |
|--------------|---|--|-------------------|
| 08-05-98     | 04-02-97<br>Medidas cautelares  | Telefónica. Orden de cese de publicidad conjunta de los servicios con el objetivo de que los consumidores puedan distinguir los distintos servicios que prestan dos empresas. Orden de 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. | Confirma Res. TDC |
| 16-10-98     | 31-05-95<br>Estimación del recurso contra acuerdo del SDC de sobreseimiento | Modificación de las tarifas del servicio por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.   | Confirma Res. TDC |

Estas dos sentencias confirman la anterior consideración acerca de que en la inmensa mayoría de ocasiones los tribunales contencioso-administrativos confirman la labor del TDC.

Finalmente, cabe referir que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado la Sentencia de 29 de mayo de 1998 relativa a una petición de indemnización por funcionamiento de los servicios públicos consistente en no adoptar medidas cautelares solicitadas junto a una denuncia por infracción de la LDC. La sentencia estima que no se aprecia una relación de causalidad directa entre la actuación de la Administración, no adopción de una medida cautelar y el daño denunciado, pérdidas comerciales derivadas de la imposibilidad de venta de determinados periódicos.



## TRIBUNAL SUPREMO

### I. SENTENCIAS DICTADAS

En el año 1998 el Tribunal Supremo ha dictado 10 sentencias en aplicación del Derecho de la competencia. Como sucedía en ejercicios anteriores, aunque ahora ya no en todas, la mayoría versa todavía sobre expedientes de aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

Sobre el contenido de estas sentencias, como acontecía en los ejercicios anteriores, el dato más significativo es que en su inmensa mayoría confirman la resolución administrativa impugnada, como también viene haciendo la Audiencia Nacional, según ya se ha expuesto.

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>  |
|--------------|---|---|--|
| 16-02-98     | Resolución del TDC de 01-04-92 y Acuerdos del Consejo de Ministros de 25-09-92 y 05-05-93 | Abuso de posición de dominio en prestaciones sanitarias por entidades aseguradoras privadas, al hacer renunciar a varios médicos a pertenecer a otros cuadros profesionales   | Confirma las decisiones administrativas y estima parcialmente el recurso en orden a reducir la sanción |
| 25-02-98     | Resolución del TDC de 25-04-91 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 18-10-92             | Oferta de precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para suministro de vacunas de utilización veterinaria por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Prueba de presunciones  | Confirma las decisiones administrativas  |
| 26-10-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                                   | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Confirma las decisiones administrativas  |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución</i>   | <i>Materia</i>  | <i>Decisión</i>   |
|--------------|---|---|---|
| 26-10-98     | Resolución del TDC de 02-03-90 y 19-07-90                                     | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Confirma las decisiones administrativas                               |
| 26-10-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                       | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Estimación parcial del recurso en orden a reducir la sanción impuesta |
| 26-10-98     | Resolución del TDC de 05-11-88 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 30-06-89 | Fijación concertada de precios en papeles de impresión y escritura  | Confirma las decisiones administrativas                               |
| 28-10-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                       | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Confirma las decisiones administrativas                               |
| 28-10-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                       | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Confirma las decisiones administrativas                               |
| 03-11-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                       | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | Confirma las decisiones administrativas                               |
| 03-11-98     | Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-09-90 y 25-01-91                       | Distribución de películas cinematográficas. Unificación de plazos de pago y de las relaciones con morosos. Imposición de un sistema de alquiler mediante listas cerradas de películas, de tal forma que junto a una película de grandes expectativas se obliga al exhibidor a contratar otra u otras de menor valor comercial | 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 1998 aumentaron siguiendo la tendencia marcada en los ejercicios anteriores. En concreto han sido 509 nuevos asuntos en 1998, frente a los 499 de 1997 y a los 471 del año 1996<sup>1</sup>. 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 1998, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

| <i>Año</i> | <i>Iniciativa Comisión</i> | <i>Denuncia</i> | <i>Notificación</i> | <i>Total</i> |
|------------|----------------------------|-----------------|---------------------|--------------|
| 1998       | 101                        | 192             | 216                 | 509          |
| 1997       | 101                        | 177             | 221                 | 499          |
| 1996       | 82                         | 159             | 206                 | 447          |
| 1995       | 47                         | 114             | 360                 | 521          |
| 1994       | 21                         | 170             | 235                 | 426          |
| 1993       | 26                         | 110             | 264                 | 400          |
| 1992       | 43                         | 110             | 246                 | 399          |

La situación es muy parecida respecto al año anterior. El número de nuevos asuntos parece haberse estabilizado. La leve disminución de las notificaciones puede encontrar una explicación en las normas sobre acuerdos de menor importancia aprobadas en 1997.

#### 2. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En 1998 se ha producido un fuerte incremento del número de expedientes resueltos, acentuando la tendencia marcada el año 1997. Se ha

<sup>1</sup> Datos, básicamente, extraídos del XXVIII Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DGIV.

pasado de 517 a 582 expedientes. Los servicios de la Comisión atribuyen este aumento a la voluntad de acelerar los procedimientos y, por tanto, a una disminución de los expedientes acumulados. Así, se vuelve a cifras cercanas a las de 1994.

Este aumento se refiere tanto a las decisiones formales como a los procedimientos informales. De hecho, las primeras han casi doblado en número (27 en 1997 frente a 43 en 1998).

| <i>Año</i> | <i>Decisiones formales</i> | <i>Procedimiento informal</i> | <i>Total</i> |
|------------|----------------------------|-------------------------------|--------------|
| 1998       | 43                         | 539                           | 82           |
| 1997       | 27                         | 490                           | 517          |
| 1996       | 21                         | 367                           | 388          |
| 1995       | 14                         | 403                           | 417          |
| 1994       | 33                         | 495                           | 528          |
| 1993       | 14                         | 792                           | 806          |
| 1992       | 34                         | 1.090                         | 1.124        |

### 3. DECISIONES ADOPTADAS

La información disponible en la página de Internet de la DG IV de la Comisión europea indica que la Comisión, en el año 1998, ha adoptado 43 decisiones formales. 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 65 con sanción           | 1             |
| No oposición Reg. 3975/87                    | 1             |
| Desestimación de la autorización artículo 85 | 1             |
| Infracción artículo 85                       | 2             |
| Infracción artículo 85 con sanción           | 4             |
| Infracción artículo 86                       | 2             |
| Infracción artículo 86 con sanción           | 2             |
| Exención                                     | 3             |
| Exención con condiciones y obligaciones      | 1             |
| Denegación medidas provisionales             | 1             |

| <i>Contenido de la decisión</i>                   | <i>Número</i> |
|---|---------------|
| Desestimación de la demanda mediante una decisión | 24            |
| Exención artículo 12 Reg. 4056/86                 | 1             |

Las 43 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>                                  |
|--------------|---------------------------------|-------------------|----------------------------------|---|
| 08.01.1998   |                                 | IV/35826          | Inter-Operator agreements        | Desestimación de la autorización artículo 85      |
| 14.01.1998   | <i>DOCE</i> L72,<br>11.03.1998  |                   | Frankfurt Airport                | Infracción artículo 86                            |
| 19.01.1998   |                                 | IV/36412          | DHLI                             | Exención  |
| 21.01.1998   | <i>DOCE</i> L100,<br>01.04.1998 |                   | Extra d'Alliage                  | Infracción artículo 65 con sanción                |
| 28.01.1998   | <i>DOCE</i> L124,<br>25.04.1998 | IV/35733          | vw-Audi                          | Infracción artículo 85 con sanción                |
| 29.01.1998   |                                 | IV/35592          | European Rail Shuttle            | Exención  |
| 16.02.1998   |                                 | IV/35773          | Contship/Italia-<br>/TMM/Tecomar | Exención  |
| 20.02.1998   |                                 | IV/36029          | Aircall c. Telecom Eireann       | Desestimación de una denuncia                     |
| 24.02.1998   |                                 | IV/35614          | SAECS consortium                 | Exención artículo 12 Reg. 4056/86                 |
| 05.03.1998   |                                 | IV/34907          | NAIL                             | Desestimación de una denuncia                     |
| 11.03.1998   | <i>DOCE</i> L246,<br>04.09.1998 | IV/34395          | Van Den Bergh Foods              | Infracción artículo 85.<br>Infracción artículo 86 |
| 06.04.1998   |                                 | IV/36859          | Vickers/<br>Roll-Royce           | Denegación de medidas provisionales               |
| 14.04.1998   |                                 | IV/35628          | AIL                              | Desestimación de una denuncia                     |
| 22.04.1998   |                                 | IV/35821          | NALOO                            | Desestimación de una denuncia                     |
| 30.04.1998   |                                 | IV/36617          | DTN/BDB                          | Desestimación de una denuncia                     |

| <i>Fecha</i> | <i>Publicación</i>       | <i>Expediente</i> | <i>Partes</i>                    | <i>Contenido</i>   |
|--------------|--------------------------|-------------------|----------------------------------|--|
| 15.05.1998   |                          | IV/36537          | Kapitol c Belga-com              | Desestimación de una denuncia                                    |
| 26.05.1998   |                          | IV/34415          | IFCO                             | Desestimación de una denuncia                                    |
| 11.06.1998   | DOCE L230,<br>18.08.1998 |                   | AFS/ADP                          | Infracción artículo 86   |
| 17.06.1998   | DOCE L252,<br>12.09.1998 |                   | AAMS                             | Infracción artículo 86 con sanción                               |
| 09.07.1998   |                          | IV/35036          | Massol                           | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35116          | Colomb                           | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35148          | Givry                            | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35988          | Gevaudan/PSA                     | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35989          | Lebrasseur/PSA                   | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35990          | Lézeau/PSA                       | Desestimación de una denuncia                                    |
| 09.07.1998   |                          | IV/35991          | Henri Prost/PSA                  | Desestimación de una denuncia                                    |
| 10.07.1998   |                          | IV/36381          | Finnair/Maersk                   | No oposición, Reg. 3975/87                                       |
| 13.07.1998   |                          | IV/35811          | Cerri Automobili<br>BMW Italia   | Desestimación de una denuncia                                    |
| 15.07.1998   |                          | IV/36644          | Merchants/UK.<br>Cement Industry | Desestimación de una denuncia                                    |
| 15.07.1998   |                          | IV/37037          | SWSMA                            | Desestimación de una denuncia                                    |
| 15.07.1998   |                          | IV/35823          | JWS                              | Desestimación de una denuncia                                    |
| 15.07.1998   |                          | IV/33014          | Asia Motors and<br>others        | Desestimación de una denuncia                                    |
| 06.08.1998   |                          | IV/33815          | Van Marcke<br>EUDIM              | Desestimación de una denuncia                                    |
| 16.09.1998   | DOCE L95,<br>09.04.99    | IV/35134          | TACA                             | Infracción artículo 85.<br>Infracción artículo 86<br>con sanción |

| <i>Fecha</i> | <i>Publicación</i>       | <i>Expediente</i>         | <i>Partes</i>              | <i>Contenido</i>                        |
|--------------|--------------------------|---------------------------|----------------------------|---|
| 17.09.1998   |                          | IV/36771                  | TAMBUE/ONAB                | Desestimación de una denuncia           |
| 08.10.1998   |                          | IV/36219                  | Micro Leader/<br>Microsoft | Desestimación de una denuncia           |
| 14.10.1998   | DOCE L76,<br>22.03.1999  | IV/33709<br>a<br>IV/33711 | British Sugar              | Infracción artículo 85 con sanción      |
| 21.10.1998   | DOCE L24,<br>30.01.1999  | IV/35691                  | Preinsulated pipes         | Infracción artículo 85 con sanción      |
| 30.10.1977   |                          | IV/34510                  | Rawes/BBC                  | Desestimación de una denuncia           |
| 06.11.1998   |                          | IV/36511                  | Roberts/Greene<br>King     | Desestimación de una denuncia           |
| 09.12.1998   |                          | IV/34466                  | Greek Ferries              | Infracción artículo 85 con sanción      |
| 14.12.1998   | DOCE L 24,<br>08.01.1999 | IV/35280                  | Sicasov                    | Exención con condiciones y obligaciones |
| 29.12.1998   |                          | IV/35136                  | Sodima/PSA                 | Desestimación de una denuncia           |

## II. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

### 1. UNIÓN EUROPEA

La Comisión ha registrado, en el año 1998, 347 notificaciones de nuevas ayudas y modificaciones de ayudas existentes y 97 casos de ayudas no notificadas<sup>2</sup>, haciendo un total de 444 expedientes iniciados. Esta cifra significa una disminución importante que rompe una tendencia alcista. De hecho, la caída nos sitúa a niveles inferiores de los del año 1993. Atendamos a estas cifras en los últimos años.

| <i>Año</i> | <i>Expedientes iniciados</i> |
|------------|------------------------------|
| 1998       | 444                          |
| 1997       | 656                          |
| 1996       | 644                          |

<sup>2</sup> Datos, básicamente, extraídos del XXVIII Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DGIV. Las cifras no cubren las ayudas en los sectores de la agricultura, la pesca, los transportes y el carbón.

| <i>Año</i> | <i>Expedientes iniciados</i> |
|------------|------------------------------|
| 1995       | 803                          |
| 1994       | 594                          |
| 1993       | 561                          |

Como en ejercicios anteriores, la mayor parte de los nuevos expedientes deriva de ayudas notificadas por los Estados miembros (342). Los expedientes relativos a ayudas sin notificar disminuyen, volviendo a la tendencia al alza de los años anteriores (97 en 1998 frente a los 140 de 1997 y a los 91 de 1996). Finalmente, se han abierto cinco expedientes relativos a reexámenes de regímenes de ayudas existentes.

Las decisiones adoptadas por la Comisión en 1998, en un total de 460, son, en función de su contenido, las siguientes.

| <i>Contenido de la decisión</i>   | <i>Núm.</i> |
|---|-------------|
| La Comisión considera como compatibles con el mercado común, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE                          | 299         |
| La Comisión constata, sin abrir el procedimiento de examen, la ausencia de ayuda en el sentido del artículo 92.1 TCE  | 10          |
| La Comisión insta al Estado miembro a presentar la información reclamada  | 5           |
| La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida   | 54          |
| La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 6.5 de la decisión 496/96/CECA para toda o parte de la medida                                   | 3           |
| La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 88 TCECA 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                        | 14          |
| La Comisión amplía el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida   | 8           |
| La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE al constatar la retirada de la medida proyectada por el Estado miembro               | 6           |
| La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 6.5 de la Decisión 3855/91/CECA al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común | 2           |
| La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión condicionada  | 8           |

| <i>Contenido de la decisión</i>  | <i>Núm.</i> |
|--|-------------|
| La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa               | 28          |
| La Comisión concluye el procedimiento previsto en el artículo 6.4 de la Decisión 3855/91/CECA al adoptar una decisión negativa             | 3           |
| La Comisión propone la adopción de medidas útiles de acuerdo con el artículo 93.1 TCE  | 2           |
| La Comisión constata la aceptación por el Estado miembro de modificar las medidas existentes, en función de la propuesta de medidas útiles | 1           |
| La Comisión interpone recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de acuerdo con el artículo 93.2 TCE                 | 1           |
| Otras decisiones   | 15          |

La distribución por Estados miembros de estas decisiones, destacando especialmente el alto número, aunque menor al del año anterior (194 en 1997), correspondiente a Alemania, es la siguiente:

| <i>Estado miembro</i> | <i>Número</i> |
|-----------------------|---------------|
| Austria               | 18            |
| Bélgica               | 22            |
| Dinamarca             | 9             |
| Alemania              | 154           |
| Grecia                | 9             |
| España                | 36            |
| Finlandia             | 8             |
| Francia               | 27            |
| Irlanda               | 2             |
| Italia                | 77            |
| Luxemburgo            | 3             |
| Países Bajos          | 38            |
| Portugal              | 15            |
| Suecia                | 14            |
| Reino Unido           | 18            |
| UNIÓN EUROPEA         | 460           |

## 2. ESPAÑA

La Comisión durante el año 1998 ha adoptado 36 decisiones (frente a las 53 del año anterior) en relación con regímenes de ayudas públicas en España. En función de su contenido se distribuyen en los siguientes términos:

| Contenido de la decisión   | Núm. |
|--|------|
| La Comisión constata la ausencia de ayuda en el sentido del artículo 92.1 TCE, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE | 1    |
| La Comisión considera como compatibles con el mercado común, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE                   | 25   |
| La Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida  | 3    |
| La Comisión amplía el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCE para toda o parte de la medida  | 1    |
| La Comisión concluye el procedimiento previsto el artículo 93.2 TCE al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común                    | 1    |
| La Comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa                         | 4    |
| Otras decisiones   | 1    |

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 constata la ausencia de ayuda en el sentido del artículo 92.1 TCE, sin abrir el procedimiento de examen previsto en el artículo 93.2 TCE.

| Núm. notif. | Fecha    | Materia   | Publicación          |
|-------------|----------|---|----------------------|
| N 639/97    | 21.01.98 | Acuerdo sobre la venta del grupo Inespal al grupo Alcoa | DOCE C 211, 07.07.98 |

B. 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 189a/97          | 12.01.98     | Ayudas a la inversión para pymes en la forma de subvenciones a las contribuciones y comisiones relativas a operaciones de aval con mutuas de crédito (Andalucía)   | DOCE C 58, 24.02.98  |
| N 266/97           | 21.01.98     | Modificación de las ayudas regionales a la inversión (N 551/94), a favor de la competitividad (Castilla-La Mancha)   | DOCE C 103, 04.04.98 |
| N 422/97           | 04.02.98     | Ayudas a favor de las pymes del sector del turismo (Andalucía)   | DOCE C 99, 01.04.98  |
| N 153/97           | 04.02.98     | Modificación de las ayudas a la inversión (N 348/94) a favor de la promoción de sectores industriales  | DOCE C 99, 01.04.98  |
| N 187/97           | 04.02.98     | Ayudas a la inversión para empresas nueva, la ampliación o la modernización de empresas ubicadas en la zona de acción especial de la «Franja pirítica de Huelva» (Andalucía)   | DOCE C 99, 01.04.98  |
| N 72/98            | 17.02.98     | Prórrogas del régimen de ayudas a las inversiones (N 102/97) a favor de la reconversión de las zonas industriales en declive en determinadas zonas asistidas (Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia, País Vasco) | DOCE C 130, 28.04.98 |
| N 388/97           | 18.02.98     | Ayudas a favor de las pymes del sector del turismo en Doñana (Andalucía)   | DOCE C 111, 09.04.98 |
| N 766/97           | 18.02.98     | Ayudas regionales a favor de la I + D (Castilla y León)  | DOCE C 111, 09.04.98 |
| NN 83/97           | 25.03.98     | Ayudas a favor del desarrollo y de la promoción comercial (Andalucía)  | DOCE C 192, 19.06.98 |
| N 191/97           | 07.04.98     | Ayudas regionales al desarrollo de las actividades mineras (Andalucía)   | DOCE C 198, 24.06.98 |

| <i>Núm. notif.</i>    | <i>Fecha</i> | <i>Materia</i>  | <i>Publicación</i>   |
|-----------------------|--------------|---|----------------------|
| N 148a/98             | 06.05.98     | Ayudas regionales a favor de la protección del medio ambiente (Cantabria)   | DOCE C 213, 09.07.98 |
| N 404/97              | 06.05.98     | Ayudas a favor de Fasa Renault-Valladolid   | DOCE C 208, 04.07.98 |
| N 270/97              | 15.05.98     | Ayudas a la inversión a favor de las empresas nuevas, de la ampliación y de la modernización de las empresas ubicadas en la zona de acción especial de la provincia de Jaén (Andalucía) | DOCE C 213, 09.07.98 |
| N 186/98              | 02.06.98     | Ayudas a favor de proyectos tecnológicos (Madrid)   | DOCE C 257, 15.08.98 |
| NN 150/97             | 29.07.98     | Ayuda a la reestructuración de productos tubulares  | DOCE C 409, 30.12.98 |
| N 370/98              | 03.09.98     | Ayudas a la inversión a favor de las pymes del sector del turismo (Ceuta y Melilla)   | DOCE C 308, 08.10.98 |
| N 345/98              | 23.09.98     | Medidas a favor de las empresas (Aragón)  | DOCE C 363, 25.11.98 |
| N 488/97              | 30.09.98     | Ayudas regionales a favor de las pymes (Extremadura)  | DOCE C 396, 19.12.98 |
| N 295/98              | 30.09.98     | Ayudas a la inversión a favor de las empresas nuevas de la ampliación y de la modernización de las empresas ubicadas en la zona de acción especial de la provincia de Jaén (Andalucía)  | DOCE C 396, 19.12.98 |
| N 296/98<br>N 189b/97 | 30.09.98     | Ayudas a la inversión de las empresas nuevas de la ampliación y de la modernización de las empresas ubicadas en la zona de acción especial de la provincia de Jaén (Andalucía)          | DOCE C 396, 19.12.98 |
| N 347a/98             | 14.12.98     | Medidas a favor de la reactivación de empresas (Madrid)   | DOCE C 32, 06.02.99  |
| N 298/98              | 22.12.98     | Prórroga del régimen de ayudas (N 529/96) regionales a la inversión (País Vasco)  | DOCE C 039, 13.02.99 |
| N 399/98              | 22.12.98     | Ayudas a la promoción de empleo estable (Aragón)  | DOCE C 052, 23.02.99 |

C. 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>   |
|-----------------------|--------------|---|----------------------|
| N 749/97<br>(C 13/78) | 25.02.98     | Ayuda a favor de AG Tubos Europa, S. A., tubos metálicos        | DOCE C 156, 21.05.98 |
| N 851/97<br>(C 25/98) | 25.03.98     | Ayuda a favor de Brilén, S. A., sector de las fibras sintéticas | DOCE C 199, 25.06.98 |
| NN 33/98<br>(C 33/98) | 07.04.98     | Ayuda a favor de Badcock Wilcox España, S. A.                   | DOCE C 249, 08.08.98 |

D. La Comisión amplía 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>   |
|--------------------|--------------|--|----------------------|
| N 76/97            | 06.05.98     | Ayuda a favor de Demesa: Dae-woo Electronics Manufacturing España, S. A. | DOCE C 266, 25.08.98 |

E. La Comisión concluye el procedimiento previsto el artículo 93.2 TCE al considerar que la ayuda es compatible con el mercado común.

| <i>Núm. notif.</i> | <i>Fecha</i> | <i>Materia</i>   | <i>Publicación</i> |
|--------------------|--------------|--|--------------------|
| C 13/98            | 28.10.98     | Ayuda a favor de AG Tubos Europa, S. A., tubos metálicos |                    |

F. La comisión concluye el expediente previsto en el artículo 93.2 TCE al adoptar una decisión negativa o parcialmente negativa.

| <i>Núm. notif.</i> | <i>Fecha</i> | <i>Materia</i>  | <i>Publicación</i>                    |
|--------------------|--------------|---|---------------------------------------|
| C 52/96            | 14.07.98     | Ayuda a la reestructuración a favor de Fahave, S. A., y sus sucesores                                       | DOCE L 46, 20.02.99, correc. 22.12.98 |
| C 32/97            | 14.07.98     | Ayuda a favor de Porcelanas del Norte, S. A. L. (Ponsal)/Comercial Europa de Porcelanas, S. A. L. (Comepor) | DOCE C 29, 03.02.99                   |
| C 44/97            | 14.10.98     | Ayuda a favor del grupo Magefesa y sus sucesores  |                                       |
| C 68/97            | 28.10.98     | Ayuda a favor de Sniace, S. A.  |                                       |

## G. Otras decisiones.

| Núm. notif. | Fecha    | Materia   | Publicación                          |
|-------------|----------|---|--------------------------------------|
| C 52/96     | 22.12.98 | Ayuda a la reestructuración a favor de Fahave, S. A., y sus sucesores | DOCE L 046, 20.02.99, corr. 14.07.98 |

## III. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Como se constató en el Anuario de la Competencia 1997, en cada ejercicio se incrementa, cuanto menos desde una perspectiva cuantitativa, el grado de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 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 evidente <sup>3</sup>.

## 1. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 238 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 1998. Esta cifra supone un importante incremento frente a la del ejercicio anterior 142, 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 sigue siendo muy reducido y, relativamente cada año menos significativo, el número de decisiones de prohibición de la operación. A pesar de casi duplicarse el número de decisiones finales, las decisiones de prohibición han pasado de 1 en 1997 a 2 en 1998.

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 | 1998 |
|--------------|---|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 6.1.a.       | Fuera del ámbito de aplicación                  | 2    | 5    | 9    | 4    | 5    | 9    | 6    | 4    | 6    |
| 6.1.b        | Compatible con el mercado común                 | 5    | 17   | 43   | 49   | 78   | 90   | 109  | 118  | 207  |
| 6.1.b.       | Compatible con el mercado común con condiciones |      | 3    | 4    |      | 1    | 3    |      | 2    | 12   |

<sup>3</sup> Datos, básicamente, extraídos del XXVIII Informe sobre la política de la competencia y en el servidor telemático de la DGIV.

| Reg. 4064/89 | Contenido de la decisión  | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|--------------|---|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 6.1.b.       | Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros |      |      | 1    |      | 1    |      |      | 6    | 3    |
| 9.3.b.       | Remisión a los Estados miembros   |      |      |      | 1    |      |      | 3    | 1    | 1    |
| 8.2          | Compatible con el mercado común   |      | 1    | 1    | 1    | 2    | 2    | 1    | 1    | 2    |
| 8.2          | Compatible con el mercado común con condiciones                           |      | 3    | 3    | 2    | 2    | 3    | 3    | 7    | 5    |
| 8.3          | Prohibiciones   |      | 1    |      |      | 1    | 2    | 3    | 1    | 2    |
| 8.4          | Restablecer la competencia efectiva                                       |      |      |      |      |      |      |      | 2    |      |
|              | Total decisiones finales  | 7    | 60   | 61   | 57   | 91   | 109  | 125  | 142  | 238  |

## 2. OTRAS DECISIONES

| Reg. 4064/89 | Contenido de la decisión  | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|--------------|---------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 7.2.         | Orden de suspensión       |      | 4    | 3    | 3    | 12   | 12   | 17   | 36   | 10   |
| 7.4.         | Dispensa de la suspensión | 1    | 1    | 2    | 3    | 1    | 2    | 3    | 5    | 13   |
| 6.1.c.       | Incoación de expediente   |      | 6    | 4    | 4    | 6    | 7    | 6    | 11   | 12   |

## 3. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

| Año                                | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|------------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Número de notificaciones recibidas | 12   | 63   | 60   | 58   | 95   | 110  | 131  | 172  | 235  |

## 4. NOTIFICACIONES RETIRADAS

| Año                                | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|------------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Número de notificaciones retiradas |      |      | 3    | 2    | 6    | 4    | 6    | 9    | 9    |



## 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 1998 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*.

#### 1. SENTENCIAS DICTADAS

| Fecha    | Asunto   | Partes  | Materia   | Rec.    |
|----------|----------|---|---|---------|
| 14.05.98 | T-334/94 | Sarrió, S. A, c. Comisión europea                       | Apartado 1 del artículo 85. Concepto de infracción única. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Método de cálculo. Motivación. Circunstancias atenuantes.   | II-1439 |
| 14.05.98 | T-347/94 | Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH c. Comisión europea | Apartado 1 del artículo 85. Concepto de acuerdo. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes. Derechos de defensa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Principio de igualdad de trato. | II-1751 |
| 14.05.98 | T-295/94 | Buchmann GmbH c. Comisión europea                       | Apartado 1 del artículo 85. Prueba de la participación en colisiones. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación.   | II-813  |
| 14.05.98 | T-304/94 | Europa Carton AG c. Comisión europea                    | Apartado 1 del artículo 85. Prueba de participación en colisiones. Multa. Volumen de negocios. Determinación de la cuantía. Circunstancias atenuantes.  | II-869  |
| 14.05.98 | T-308/94 | Cascades, S. A., c. Comisión europea                    | Apartado 1 del artículo 85. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.  | II-925  |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i>   | <i>Materia</i>   | <i>Rec.</i> |
|--------------|---------------|---|--|-------------|
| 14.05.98     | T-309/94      | NV Koninklijke KNP BT c. Comisión europea                                     | Apartado 1 del artículo 85. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación.  | II-1007     |
| 14.05.98     | T-310/94      | Gruber + Weber GmbH & Co. KG c. Comisión europea                              | Apartado 1 del artículo 85. Prueba de la participación en colusiones. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Productos afectados por la infracción  | II-1043     |
| 14.05.98     | T-311/94      | BPD de Eendracht NV, antes Kartoonfabriek de Eendracht NV c. Comisión europea | Apartado 1 del artículo 85. Derecho de defensa. Prueba de la participación en colusiones. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Cooperación durante el procedimiento administrativo.                 | II-1129     |
| 14.05.98     | T-317/94      | Moritz J. Weig GmbH & Co. KG c. Comisión europea                              | Apartado 1 del artículo 85. Concepto de acuerdo. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación.   | II-1135     |
| 14.05.98     | T-319/94      | Fiskeby Board AB c. Comisión europea  | Apartado 1 del artículo 85. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes.   | II-1331     |
| 14.05.98     | T-327/94      | SCA Holding Ltd. c. Comisión europea  | Apartado 1 del artículo 85. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.   | II-1373     |
| 14.05.98     | T-337/94      | Enso-gutzeit Oy c. Comisión europea   | Apartado 1 del artículo 85. Infracción. Prueba.  | II-1571     |
| 14.05.98     | T-338/94      | Finnish Board Mills Association- Finnboard c. Comisión europea                | Apartado 1 del artículo 85. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Cooperación durante el procedimiento administrativo.   | II-1617     |
| 14.05.98     | T-348/94      | Enso Española, S. A., c. Comisión europea                                     | Apartado 1 del artículo 85. Derecho a un tribunal independiente e imparcial. Derechos de defensa. Motivación. Multa. Determinación de la cuantía. Método de cálculo. Circunstancias atenuantes. Principio de igualdad de trato. Principio de proporcionalidad. | II-1875     |
| 14.05.98     | T-352/94      | Mo och Domsjö AB c. Comisión europea  | Apartado 1 del artículo 85. Imputabilidad de la conducta infractora. Mercado del producto afectado. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes.                                 | II-1989     |



| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i>                           | <i>Partes</i>  | <i>Materia</i>  | <i>Rec.</i> |
|--------------|---|--|---|-------------|
| 14.05.98     | T-354/94                                | Stora Kopparbergs bergslags AB c. Comisión europea                   | Apartado 1 del artículo 85. Reconocimiento de elementos de hecho o de Derecho durante el procedimiento administrativo. Consecuencias. Imputabilidad de la conducta infractora. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.  | II-2111     |
| 14.05.98     | T-339/94 a T-342/94                     | Metsä-Serla Oy y otros c. Comisión europea                           | Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento 17. Responsabilidad solidaria para el pago de la multa.   | II-1727     |
| 17.07.98     | T-111/96                                | MITT Promedia NV c. Comisión europea                                 | Apartado 1 del artículo 85. Recurso de anulación. Desestimación de una denuncia. Artículo 86. Abuso de posición dominante. Acciones ante los Tribunales nacionales. Derecho de acceso al Juez. Solicitud de ejecución de un acuerdo. Error manifiesto de apreciación. Obligación de examen. Error de calificación. Motivación insuficiente. |             |
| 15.09.98     | T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94 | European Night Services Ltd. (ENS) y otros c. Comisión europea       | Transporte ferroviario. Acuerdos sobre los servicios nocturnos a través del túnel de La Mancha. Restricciones de la competencia. Directiva 91/440/CEE. Perjuicio sensible del comercio. Suministro de servicios indispensables. Recursos esenciales. Motivación. Admisibilidad.   |             |
| 16.09.98     | T-28/95                                 | International Express Carriers Conference (IECC) c. Comisión europea | Recurso por omisión. Sobreseimiento.  |             |
| 16.09.98     | T-110/95                                | International Express Carriers Conference (IECC) c. Comisión europea | Reenvío. Recurso de anulación. Desestimación parcial de una denuncia. Interés comunitario.  |             |
| 16.09.98     | T-133/95 y T-204/95                     | International Express Carriers Conference (IECC) c. Comisión europea | Reenvío. Recurso de anulación. Desestimación parcial de una denuncia.   |             |

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>   |
|--------------|---------------|--|
| 14.05.98     | T-334/94      | Desestimación en cuanto se considera correcta la apreciación sobre cartel global constituido por diversas actividades colusorias. Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante y reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin. |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i>  |
|--------------|---------------|---|
| 14.05.98     | T-347/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante y reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin.                                    |
| 14.05.98     | T-295/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión. Reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin.  |
| 14.05.98     | T-304/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión.  |
| 14.05.98     | T-308/94      | Desestimación del recurso.  |
| 14.05.98     | T-309/94      | Reducción de la cuantía de la multa.  |
| 14.05.98     | T-310/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante y reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin.                                    |
| 14.05.98     | T-311/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante y reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin. Fecha del inicio de la infracción. |
| 14.05.98     | T-317/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante y reducción de la cuantía de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin. Fecha del inicio de la infracción. |
| 14.05.98     | T-319/94      | Desestimación del recurso.  |
| 14.05.98     | T-327/94      | Desestimación del recurso.  |
| 14.05.98     | T-337/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión.  |
| 14.05.98     | T-338/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante.   |
| 14.05.98     | T-348/94      | Desestimación parcial del recurso. Fecha de inicio de la infracción. Revisión de la multa en tanto en cuanto el comportamiento de la empresa permitió que la Comisión tuviera menos dificultades para declarar la existencia de una infracción y, en su caso, le pusiera fin.   |
| 14.05.98     | T-352/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante.   |
| 14.05.98     | T-354/94      | Anulación parcial de la Decisión de la Comisión: el intercambio de información sólo es colusorio si la información permite determinar la conducta de cada fabricante.   |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i>                                    | <i>Pronunciamiento</i>                   |
|--------------|--|--|
| 14.05.98     | T-339/94<br>a T-342/94                           | Desestimación del recurso.               |
| 17.07.98     | T-111/96   | Desestimación del recurso.               |
| 15.09.98     | T-374/94,<br>T-375/94,<br>T-384/94<br>y T-388/94 | Anulación de la Decisión de la Comisión. |
| 16.09.98     | T-28/95  | Sobreseimiento del recurso.              |
| 16.09.98     | T-110/95   | Desestimación del recurso por infundado. |
| 16.09.98     | T-133/95<br>y T-204/95                           | Anulación de la Decisión de la Comisión. |

2. AUTOS DICTADOS

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i>                                   | <i>Materia</i>  | <i>Rec.</i> |
|--------------|---------------|---|---|-------------|
| 07.07.98     | T-65/98       | Van den Bergh foods Ltd.<br>c. Comisión europea | Medidas provisionales. Intervención.<br>Confidencialidad. Demanda de sus-<br>pensión de la ejecución. |             |

II. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 1998 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*.

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i>                               | <i>Materia</i>  | <i>Rec.</i> |
|--------------|---------------|---|---|-------------|
| 27.01.98     | T-67/94       | Ladbroke Racing Ltd. c.<br>Comisión europea | Recurso de anulación. Mercado de recogida de apuestas. Apartados 1 y 3 del artículo 92 del Tratado CE. Concepto de ayuda. Medidas fiscales. Obligación de devolución.   | II-1        |
| 17.02.98     | T-107/96      | Pantochin, S. A., c. Comi-<br>sión europea  | Recurso por omisión. Sobreseimiento. Recurso de indemnización. Pretensión de que se obligue a un Estado miembro a modificar las modalidades de concesión de una ayuda ya otorgada. Circunstancias de hecho. Incompetencia de la Comisión. | II-311      |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i>       | <i>Partes</i>  | <i>Materia</i>  | <i>Rec.</i> |
|--------------|---------------------|--|---|-------------|
| 30.04.98     | T-214/95            | Het Vlaamse Gewest (Region de Flandes) c. Comisión europea   | Recurso de anulación. Transportes aéreos. Escasa cuantía de la ayuda. Distorsión de la competencia. Perjuicio para los intercambios comerciales entre Estados miembros. Motivación.   | II-717      |
| 30.04.98     | T-16/96             | Cityflyer express Ltd. c. Comisión europea   | Recurso de anulación. Transportes aéreos. Préstamo sin interés. Importe de la ayuda. Principio del inversor en una economía de mercado. Principio de proporcionalidad. Error manifiesto de apreciación. Motivación. Necesidad de un debate contradictorio entre la Comisión y el denunciante.   | II-757      |
| 25.06.98     | T-371/94 y T-394/94 | British Airways plc y otros c. Comisión europea<br>British Midland Airways Ltd. c. Comisión europea                          | Recurso de anulación. Transportes aéreos. Compañía aérea en situación de crisis financiera. Autorización de una ampliación de capital.  | II-2405     |
| 15.09.98     | T-11/95             | BP Chemicals Limited c. Comisión europea   | Recurso de anulación. Plazos. Personas individualmente afectadas. Principio del inversor privado en una economía de mercado. Iniciación del procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado.  |             |
| 15.09.98     | T-140/95            | Ryanair c. Comisión europea  | Procedimiento formal de examen del apartado 2 del artículo 93. Decisión por la que se aprueba una ayuda en forma de aportación de capital en varios tramos, sometiéndola a ciertos requisitos. Incumplimiento del requisito previo exigido para el desembolso del segundo tramo. Decisión posterior por la que se autoriza el desembolso del segundo tramo. Recurso de anulación. |             |
| 15.09.98     | T-95/96             | Gestevisión Telecinco, S. A., c. Comisión europea  | Televisión pública. Denuncia. Recurso por omisión. Obligación de investigar de la Comisión. Plazo. Procedimiento del apartado 2 del artículo 93. Serias dificultades.   |             |
| 15.09.98     | T-126/96 y T-127/96 | Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) y Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiere (EFIM) c. Comisión europea | Apartado 2 del artículo 93. Comunicación de apertura de procedimiento. Ayudas no mencionadas explícitamente. Ayudas a las empresas situadas en las regiones desfavorecidas. Reestructuración. Recuperación de la ayuda. Plazo de prescripción.  |             |
| 16.09.98     | T-188/95            | Waterleiding Maatschappij «Noord-West Brabant» NV c. Comisión europea  | Exenciones fiscales. Notificación de un proyecto de ayudas. Expiración de la validez de las disposiciones aplicables del Código de ayudas Ceca. Ejecución del proyecto de ayudas. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de la ayuda y se ordena su devolución. Confianza legítima.   |             |

A continuación se relacionan las anteriores sentencias, con indicación de su pronunciamiento.

| Fecha    | Asunto              | Pronunciamiento  |
|----------|---------------------|--|
| 27.01.98 | T-67/94             | Anular la Decisión de la Comisión 93/625/CEE relativa a las apuestas en carreras de caballos, en la medida en que decide que el otorgamiento de determinadas ventajas fiscales no constituyen ayudas de Estados y en la medida en que no establece correctamente la fecha a partir de la cual el Estado francés debe recuperar la ayuda. |
| 17.02.98 | T-107/96            | Sobreser el recurso por omisión. Desestimar el recurso de indemnización por infundado.   |
| 30.04.98 | T-214/95            | Desestimación del recurso.   |
| 30.04.98 | T-16/96             | Desestimación del recurso.   |
| 25.06.98 | T-371/94 y T-394/94 | Anular la Decisión de la Comisión 94/653/CE de la Comisión relativa a la ampliación de capital notificada de Air France.   |
| 15.09.98 | T-11/95             | Anular la Decisión de la Comisión 94/653/CE de la Comisión relativa a las ayudas que Italia ha decidido conceder a la empresa EniChem SpA.   |
| 15.09.98 | T-140/95            | Desestimación del recurso  |
| 15.09.98 | T-95/96             | Declarar que la Comisión ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al abstenerse de adoptar una decisión a raíz de dos denuncias formuladas por Gestevisión Telecinco, S. A.  |
| 15.09.98 | T-126/96 y T-127/96 | Desestimación de los recursos.   |
| 16.09.98 | T-188/95            | Inadmisibilidad del recurso.   |



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### I. NORMAS DE LA COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 1998 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*.

| Fecha    | Asunto     | Partes   | Materia  | Rec.   |
|----------|------------|--|--|--------|
| 28.04.98 | C-306/96   | Javico International y Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums, S. A. (YSLP) | Sistema de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo. Obligación de exportación a un país tercero. Prohibición de reimportación y de comercialización en la Comunidad.                        | I-1983 |
| 30.04.98 | C-230/96 P | Cabour, S. A., y Nord Distribution Automobile, S. A., c. Arnor «SOCO» SAR    | Distribución de automóviles. Validez del contrato de concesión en exclusiva. Apartados 1 y 3 del artículo 85. Reglamento (CEE) núm. 123/85. Reglamento (CE) núm. 1475/95.                                | I-2055 |
| 07.05.98 | C-401/96 P | Somaco SARL c. Comisión europea  | Recurso de casación. Inexistencia de comportamiento contrario a la competencia en Martinica a causa de presiones irresistibles de la Administración local. Desnaturalización de los elementos de prueba. | I-2587 |
| 28.05.98 | C-7/95 P   | John Deere Ltd. c. Comisión europea  | Recurso de casación. Admisibilidad. Cuestión de derecho. Cuestión de hecho. Sistema de intercambio de información. Restricciones a la competencia. Denegación de exención.                               | I-3111 |
| 28.05.98 | C-8/95 P   | New Holland Ford Ltd. c. Comisión europea                                    | Recurso de casación. Admisibilidad. Cuestión de derecho. Cuestión de hecho. Sistema de intercambio de información. Restricciones a la competencia. Denegación de exención.                               | I-3175 |
| 18.06.98 | C-35/96    | Comisión europea c. Italia   | Recurso por incumplimiento. Práctica colusoria. Fijación de tarifas profesionales. Agentes de aduanas. Legislación que refuerza los efectos de la práctica colusoria.                                    | I-3851 |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i>   | <i>Materia</i>   | <i>Rec.</i> |
|--------------|---------------|---|--|-------------|
| 01.10.98     | C-38/97       | Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl | Transporte por carretera. Tarifa obligatoria. Normativa estatal. Conceptos de interés general y de interés público.  | I-5955      |
| 01.10.98     | C-279/95 P    | Langnese-iglo GmbH c. Comisión europea  | Artículo 85. Contratos de compra en exclusiva de helados. Escrito de archivo de las actuaciones. Prohibición de celebrar en el futuro contratos de exclusividad.   | I-5609      |
| 17.11.98     | C-70/97 P     | Kruidvat BVBA c. Comisión europea   | Recurso de casación. Sistema de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo. Empresa directa e individualmente afectada.  |             |
| 26.11.98     | C-7/97        | Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG          | Artículo 86. Abuso de posición dominante. Negativa de una empresa periodística que ocupa una posición dominante en el territorio de un Estado miembro a incluir la distribución de un diario competidor perteneciente a otra empresa del mismo Estado miembro en su propio sistema de reparto de periódicos a domicilio. |             |
| 17.12.98     | C-185/95 P    | Baustahlgewebe GmbH c. Comisión europea   | Recurso de casación. Admisibilidad. Duración del procedimiento. Diligencias de prueba. Acceso al expediente. Prácticas colusorias. Multas.   |             |

A continuación se relacionan las anteriores sentencias, con indicación de su pronunciamiento.

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i>  |
|--------------|---------------|---|
| 28.04.98     | C-306/96      | <p>El artículo 85 se opone a que un proveedor, establecido en un Estado de la UE, prohíba a un distribuidor establecido en otro Estado miembro, al que ha encomendado la distribución de sus productos en un territorio situado fuera de la Comunidad, llevar a cabo ventas en cualquier territorio distinto del territorio designado en el contrato, incluido en el territorio de la Comunidad, tanto mediante comercialización directa como mediante reexpedición desde el territorio designado en el contrato, siempre que dicha prohibición tenga por efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro de la Comunidad y siempre que entrañe el riesgo de afectar a las corrientes de intercambios entre los Estados miembros.</p> <p>Las cláusulas destinadas a impedir a un distribuidor vender directamente y reexportar en la Comunidad los productos que se comprometió a vender a países terceros no quedan al margen de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 por el hecho de que el proveedor comunitario de que se trata distribuya sus productos dentro de la Comunidad a través de una red de distribución selectiva que haya sido objeto de una Decisión de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.</p> |



| Fecha    | Asunto     | Pronunciamiento   |
|----------|------------|---|
| 30.04.98 | C-230/96   | <p>La exención del Reglamento (CEE) núm. 123/85 se aplica a una cláusula de un contrato de concesión en exclusiva que se limite a establecer que, para liberarse de sus respectivas obligaciones de no competencia, las partes pueden alegar justificaciones objetivas, sin precisar en qué pueden consistir éstas. También se aplica a una cláusula que impone al distribuidor un objetivo determinado de ventas y que establece sanciones que pueden llegar a ser la resolución del contrato, siempre que la fijación del objetivo de ventas exprese una mera obligación de medios. Pero la exención no se aplica a una cláusula contractual que, a menos que existan justificaciones objetivas, prohíbe al distribuidor vender vehículos nuevos de cualquier otra marca, incluso en instalaciones comerciales distintas de aquellas en las que se ofertan los productos contractuales.</p> <p>La exención del Reglamento (CE) núm. 1475/95 no se aplica a una cláusula contractual que, a menos que existan justificaciones objetivas, prohíbe al distribuidor vender vehículos nuevos de otras marcas, incluso en locales comerciales distintos de aquellos en los que se ofertan los productos contractuales. También se aplica a una cláusula de ventas mínimas en las condiciones mencionadas anteriormente.</p> <p>La prohibición del apartado 1 del artículo 85 se aplica a las cláusulas de un contrato de concesión de automóviles en el supuesto de que éstas no estén comprendidas en la exención por categoría si, teniendo en cuenta el contexto económico y jurídico, esas cláusulas tienen por objeto o por efecto restringir de manera sensible la competencia dentro del mercado común y si pueden afectar al comercio entre los Estados miembros.</p> |
| 07.05.98 | C-401/96 P | Desestimación del recurso de casación.  |
| 28.05.98 | C-7/95 P   | Desestimación del recurso de casación.  |
| 28.05.98 | C-8/95 P   | Desestimación del recurso de casación.  |
| 18.06.98 | C-35/96    | Declara que Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 5 y 85 del Tratado al aprobar y mantener en vigor una Ley que obliga al Consejo Nacional de Agentes de Aduana, mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas contraria al artículo 85 consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas.   |
| 01.10.98 | C-38/97    | Los artículos 3, 5, 85, 86 y 90 del Tratado no se oponen a una normativa de un Estado que prevé que las tarifas de los transportes de mercancías por carretera sean aprobadas y dotadas de carácter ejecutivo por la Administración pública, sobre la base de propuestas de un Comité central compuesto por una mayoría de representantes de los operadores económicos interesados y que amplía las tarifas obligatorias a otros tipos de contratos, relativos a servicios diferentes, siempre que la fijación de las tarifas respete los criterios de interés público definidos por la Ley y que los poderes públicos no abandonen sus prerrogativas en manos de operadores económicos privados teniendo en cuenta, antes de aprobar las propuestas, las observaciones de otros organismos públicos y privados e incluso fijando las tarifas de oficio.  |
| 01.10.98 | C-279/95 P | Desestimación del recurso de casación.  |
| 17.11.98 | C-70/97 P  | Desestimación del recurso de casación.  |
| 26.11.98 | C-7/97     | No constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 el hecho de que una empresa periodística, con una cuota muy considerable del mercado de diarios en un Estado miembro y que gestiona el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional que existe en dicho Estado, deniegue el acceso al referido sistema a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, por la reducida tirada de éste, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio.  |
| 17.12.98 | C-185/95 P | Anulación parcial de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Baustahlgewebe/Comisión (T-145/89). Disminución de la multa impuesta.  |

## II. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 1998 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*.

| Fecha    | Asunto            | Partes  | Materia  | Rec.   |
|----------|-------------------|---|--|--------|
| 29.01.98 | C-280/95          | Comisión europea c. República Italiana  | Bonificación fiscal relativa a diversos impuestos. Recuperación de la ayuda. Inexistencia de imposibilidad absoluta.   | I-259  |
| 19.02.98 | C-309/95          | Comisión europea c. Consejo de la Unión Europea   | Ayuda extraordinaria a los productores de vino de mesa en Francia.   | I-655  |
| 02.04.98 | C-367/95 P        | Comisión Europea c. Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et de valeurs (Sytraval) et Brink's France SARL | Recurso de casación. Denuncia de un competidor. Obligaciones de la Comisión relativas al examen de una denuncia y la motivación de su desestimación.   | I-1719 |
| 07.05.98 | C-52/97 a C-54/97 | Epifanio viscido y otros c. ente Postale Italiane   | Concepto de ayuda. Ley nacional que prevé que un solo organismo de interés público esté dispensado de observar una norma de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada. | I-2629 |
| 12.11.98 | C-415/96          | Reino de España c. Comisión europea   | Ayudas de Estado a empresas públicas del sector textil. Consecuencias de una sentencia anulatoria sobre actos preparatorios del acto anulado.  |        |
| 01.12.98 | C-200/97          | Ecotrade Srl c. Altiforni e Ferriere di servola SpA (AFS)   | Concepto de ayuda. Ventajas concedidas sin transferir recursos públicos. Empresas en situación de insolvencia. Artículo 92 del Tratado CE. Artículo 4, letra c, del Tratado CECA.                          |        |

En el gráfico siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

| Fecha    | Asunto     | Pronunciamiento   |
|----------|------------|---|
| 29.01.98 | C-280/95   | Incumplimiento de la República Italiana por no acatar la Decisión de la Comisión 93/496/CEE que impone la recuperación de la ayuda concedida en forma de crédito fiscal para empresas de transporte por carretera de mercancías por cuenta ajena. |
| 19-02-98 | C-309/95   | Inadmisibilidad del recurso   |
| 02.04.98 | C-367/95 P | Desestimación del recurso.  |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i>        | <i>Pronunciamiento</i>  |
|--------------|----------------------|---|
| 07.05.98     | C-52/97<br>a C-54/97 | Concepto de ayuda: una disposición nacional que exime a una sola empresa de la observancia de la normativa de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada no constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92.   |
| 12.11.98     | C-415/96             | Desestimación del recurso.  |
| 01.12.98     | C-200/97             | La aplicación a una empresa de un régimen legal que introduce excepciones a las normas de Derecho común en materia de quiebra da lugar a la concesión de una ayuda de Estado prohibida por la letra c) del artículo 4 del Tratado CECA, si se demuestra que dicha empresa:<br>— fue autorizada a continuar su actividad económica en circunstancias en las que dicha posibilidad quedaría excluida en el marco de la aplicación de las normas de Derecho común en materia de quiebra, o<br>— disfrutó de una o varias ventajas, tales como una garantía de Estado, un tipo de gravamen reducido, una exoneración de la obligación de pago de multas y otras sanciones pecuniarias o una renuncia efectiva, total o parcial, de los ingresos públicos, a las que no habría podido aspirar otra empresa insolvente en el marco de la aplicación de las normas de Derecho común en materia de quiebra. |

### III. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

#### 1. SENTENCIA DICTADA

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 1998 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> |
|--------------|----------------------|-------------------------------------|---|-------------|
| 31.03.98     | C-68/94<br>y C-30/95 | Francia y otros c. Comisión europea | Reglamento 4064/89. Control comunitario de las operaciones de concentración entre empresas. Posición dominante colectiva. | I-1375      |

A continuación se relaciona la anterior sentencia con indicación de su pronunciamiento.

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i>        | <i>Pronunciamiento</i>  |
|--------------|----------------------|---|
| 31.03.98     | C-68/94<br>y C-30/95 | Anulación de la Decisión de la Comisión 94/449/CEE en la que se declara la compatibilidad de la operación de concentración, condicionada a determinados compromisos asumidos por la empresa. Improcedencia de supeditar la declaración de compatibilidad a las mencionadas condiciones. |



Real Decreto 2831/91 de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de los reglas europeos de armonización para el año 1991.

El Real Decreto 2911/91 de 19 de marzo de 1991, de 19 de marzo, relativo a la aplicación de los artículos 17 y 18 del Tratado de Roma.

## QUINTA PARTE

# NOVEDADES NORMATIVAS

El Real Decreto 2911/91 modifica la actividad regulada en el artículo 17 del Tratado de Roma en la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo, la elaborada con las modificaciones introducidas en particular de reproducir la aplicación de los datos estadísticos de la Unión Económica y Monetaria de la Comunidad. En consecuencia, se modifica el artículo 17 del Tratado de Roma en el sentido de que la competencia de la competencia a dicho tribunal Administrativo viene a aplicarse a todo principal de hecho relativo a la Comunidad Europea a la competencia para el Consejo, a los miembros de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para el Tratado de los artículos 17 y 18 que antes de aplicarse los artículos 17 y 18 del Tratado (ver C 315, 15/12/1971).

En el artículo 18 del Tratado de Roma se elige, con la finalidad de promover la armonización de las legislaciones y reglamentos de los Estados miembros de la Comunidad Económica, una serie de medidas por la Comisión en aplicación del artículo 17 del Tratado de Roma, con sus particulares modificaciones. En consecuencia, se modifica el artículo 18 del Tratado de Roma, en el sentido de que la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo viene a aplicarse a todo principal de hecho relativo a la Comunidad Europea a la competencia para el Consejo, a los miembros de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para el Tratado de los artículos 17 y 18 que antes de aplicarse los artículos 17 y 18 del Tratado (ver C 315, 15/12/1971).

El artículo 4 del Real Decreto indica que las modificaciones a los artículos 17 y 18 del Tratado de Roma se aplican a los Estados miembros de la Comunidad Económica. En consecuencia, se modifica el artículo 4 del Real Decreto de 1991, en el sentido de que la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo viene a aplicarse a todo principal de hecho relativo a la Comunidad Europea a la competencia para el Consejo, a los miembros de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para el Tratado de los artículos 17 y 18 que antes de aplicarse los artículos 17 y 18 del Tratado (ver C 315, 15/12/1971).



## I. ESPAÑA

Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1998).

El Real Decreto 295/1998 deroga el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que fue una de las primeras normas adoptadas en España para la aplicación del Derecho comunitario.

El Real Decreto 295/1998 determina la autoridad española competente en tres ámbitos del Derecho de la competencia: la resolución de expedientes, la colaboración con las autoridades comunitarias, la instrucción de expedientes en aplicación de las normas comunitarias. Se trata, en todo caso, de una aplicación a título principal, por cuanto cabe recordar que los jueces y tribunales civiles también pueden aplicar el Derecho comunitario de la competencia a título incidental. Asimismo, sobre la aplicación a título principal es básico atender a la 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 acuerdos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE C 313, 1510/1979).

En el primero la autoridad competente es el TDC, salvo la potestad del Consejo de Ministros para autorizar con o sin condiciones o prohibir las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento 4064/89, con sus posteriores modificaciones. En el segundo la autoridad competente es el SDC. Finalmente, en el tercero también se atribuye la competencia al SDC. En los tres casos el artículo 9 del Real Decreto reitera que las reglas de procedimiento serán las establecidas en la LDC.

El artículo 4 del Real Decreto indica que las verificaciones o investigaciones que solicite la Comisión de las Comunidades Europeas serán efectuadas por funcionarios o agentes de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Para la práctica de estas verificaciones estos agentes dispondrán de las facultades establecidas en los artículos 33 y 34 de la LDC y en caso de que la práctica implique la entrada en una empresa se recabará cuando una empresa se oponga o se corre el riesgo de que se oponga el correspondiente mandamiento judicial.

## II. UNIÓN EUROPEA

### 1. TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 12 del Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, establece una nueva numeración de los artículos del Tratado de la Comunidad Europea relativos al Derecho de la competencia. No obstante, en el Anuario 1998 se sigue utilizando la numeración antigua.

| <i>Antigua numeración</i> | <i>Nueva numeración</i> |
|---------------------------|-------------------------|
| 85                        | 81                      |
| 86                        | 82                      |
| 87                        | 83                      |
| 88                        | 84                      |
| 89                        | 85                      |
| 90                        | 86                      |
| 91 (derogado)             | —                       |
| 92                        | 87                      |
| 93                        | 88                      |
| 94                        | 89                      |

### 2. ARTÍCULOS 85 Y 86

Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (*DOCE* L 173, 18.6.1998)

Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia (del 1 de enero al 31 de diciembre de 1997) [COM(98)0510 final, 03.9.1998].

Propuesta de decisión del Consejo y de la Comisión sobre la celebración del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia [COM(98)0352 final, 04.06.1998].

Reglamento (CE) núm. 2842/1998 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (*DOCE* L 354, 30.12.1998).



Reglamento (CE) núm. 2843/1998 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a la forma, el contenido y demás pormenores de las solicitudes y notificaciones establecidas en los reglamentos (CEE) números 1017/1968, 4056/1986 y 3975/1987 del Consejo por los que se aplican las normas de competencia al sector del transporte (DOCE L 354, 30.12.1998).

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DOCE C 9, 14.01.1998).

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales (1998).

Comunicación con arreglo al artículo 5 del Reglamento (CEE) número 3976/1987, del Consejo, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DOCE C 369, 28.11.1998).

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales [COM(98)0544 final, 30.09.1998].

Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 19/65/CEE, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas [COM(98)0546 final, 30.09.1998].

Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 17, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [COM(98)0546 final, 30.09.1998].

### 3. CONCENTRACIONES

Reglamento (CE) núm. 447/1998 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/1989, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE L 61, 02.03.1998).

Formulario relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CEE) núm. 4064/1989, del Consejo (DOCE L 61, 02.03.1998).

Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento número 4064/1989, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE C 66, 02.03.1998).

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989, del Consejo, sobre el

control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE C 66, 02.03.1998*).

Comunicación de la Comisión relativa a la aproximación en materia de procedimientos de tramitación de las operaciones de concentración contemplados en los Tratados CEEA y CE (*DOCE C 66, 02.03.1998*).

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento núm. 4064/1989, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE C 66, 02.03.1998*).

Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento núm. 4064/1989, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE C 66, 02.03.1998*).

#### 4. AYUDAS PÚBLICAS

Reglamento (CE) núm. 994/1998, del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (*DOCE L 142, 14.05.1998*).

Reglamento (CE) núm. 1540/1998, del Consejo, de 29 de junio de 1998, sobre ayudas a la construcción naval (*DOCE L 202, 18.07.1998*).

Comunicación de la Comisión-Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión (*DOCE C 107, 7.04.1998*).

Comunicación de la Comisión-Directrices sobre ayudas a la formación (*DOCE C 343, 11.11.1998*).

Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (*DOCE C 384, 10.12.1998*).

Directrices sobre las ayudas de estado de finalidad regional (*DOCE C 74, 10.03.1998*).

Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de las Directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (*DOCE C 74, 10.03.1998*).

Comunicación de la Comisión por la que se modifica el encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo (*DOCE C 48, 13.02.1998*).

Propuesta de reglamento (CE) del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE [COM(98)0073 final].

Sexto informe sobre ayudas estatales a la industria y a algunos otros sectores en la Unión Europea (presentado por la Comisión) [COM(98)0417 final, 01.07.1998].

## 5. LIBERALIZACIÓN

La naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al Derecho comunitario y, en particular, la Directiva 90/388/CEE (*DOCE C 6*, 10.01.1998).

Cuarto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones [COM(98) 594 final, 25.11.1998].

Informe sobre los servicios de interés económico general en el sector bancario adoptado por la Comisión el 17.06.1998.

Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios (*DOCE C 265*, 22.08.1998).

Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación con arreglo a las normas de competencia del suministro conjunto de redes de telecomunicaciones y de televisión por cable por parte de un único operador, así como de la supresión de las restricciones al suministro de capacidad de transmisión de televisión por cable a través de las redes de telecomunicaciones (*DOCE C 71*, 07.03.1998).

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (*DOCE C 39*, 06.02.1998).



# THE TRANSATLANTIC AND GLOBAL IMPLICATIONS OF EUROPEAN COMPETITION POLICY \*

Karel Van Miert

Commissioner responsible for Competition

## SEXTA PARTE

# DOCUMENTACIÓN

### Abstract

Karel Van Miert presents his activities as Commissioner for Competition in the Commission and his views on the implications of the Treaty of Rome for the development of European competition policy. He discusses the impact of the Treaty of Rome on the development of European competition policy and the implications of the Treaty of Rome for the development of European competition policy.

## I. INTRODUCTION

Good morning, Ladies and Gentlemen. It is with great pleasure that I take this opportunity to share with you some thoughts about the economic and political dimension of European competition policy.

In presenting my views on this issue, I would like to draw from the experience we have gained recently in three major areas of economic activity: industry, defence and telecommunications. Let me start though with some brief remarks on why it is increasingly important for the European Union to work for itself, and for its main partners, on a free trade basis in its international policy.

It is hard to deny the volume of trade has grown in a spectacular way, reaching every corner of our globe. Foreign direct investment has grown even more dramatically. Multinationals have become large as they adapt to the changing world market. More and more commercial transactions take an international dimension, in an increasingly integrated world economy, competition pressure is being felt by the members of the Community of major players, national and international leaders.



# THE TRANSATLANTIC AND GLOBAL IMPLICATIONS OF EUROPEAN COMPETITION POLICY \*

Karel VAN MIERT

Commissioner responsible for Competition  
European Commission

## Abstract

El comisario Van Miert presenta los acuerdos internacionales de defensa de la competencia suscritos por la Comunidad Europea y expone la posible aplicación extraterritorial de las normas comunitarias. Finalmente, se refiere a los trabajos realizados en el seno de la OMC y de la OCDE.

## 1. INTRODUCTION

Good morning, Ladies and Gentlemen. It is with great pleasure that I take this opportunity to share with you some thoughts about the transatlantic and global dimension of European competition policy.

In presenting my views on this issue, I would like to draw from the experience we have gained recently in three major areas of economic activity: aviation, defence and telecommunications. Let me start though with some brief remarks on why it is increasingly important for the European Union to seek for itself, and for its trade partners, an external dimension to its competition policy.

In recent decades the volume of trade has grown at a spectacular rate, doubling every seven or eight years. Foreign direct investment has grown even more dramatically. Multinational firms become larger as they adapt to the emerging world markets. More and more commercial practices have an international dimension. In an increasingly integrated world economy, competition concerns raised by the conduct or the transactions of major players transcend national borders.

---

\* February 16, 1998. North Atlantic Assembly Meeting - Palais Egmont, Brussels.

In the absence of global competition rules, companies operating beyond the limits of a national market are subject to multiple sets of competition rules. These rules may diverge in substance and lay down different control procedures. In turn this state of play increases legal costs and decreases legal certainty. On the other hand, action against anti-competitive practices may be less rigorous in some countries than in others. This may have foreclosure effects in some markets and result in trade friction. Furthermore, antitrust authorities may lack the necessary instruments to deal with practices which affect competition on their territory but are organised in third countries. Finally, remedies adopted by an anti-trust agency in order to ensure competition within its jurisdiction may seem legitimate, but may sometimes adversely affect the interests of another country.

They may also directly conflict with remedies adopted in the same case by another authority.

Policy makers in the area of competition agree that we can tackle these problems in two ways:

- \* by improving bilateral (but also trilateral or multilateral) cooperation between antitrust authorities dealing with a specific case, and

- \* by working towards an international framework of competition rules.

## 2. TRANSATLANTIC RELATIONS IN THE AREA OF COMPETITION

Cooperation between the European Union and the United States in the application of their respective competition rules is a key example for successful bilateral relations.

### A. THE EXISTING COOPERATION FRAMEWORK

The bilateral Competition Cooperation Agreement of 1991, was spawned by the growing number of transatlantic transactions and the will to apply competition rules more effectively and efficiently. Before describing briefly the main cooperation tools under this Agreement, I would like to add that the Commission is currently in the process of finalising a similar Agreement with Canada.

The basic obligation stemming from the agreement is the exchange of non-confidential information. The agreement provides for an alert system whereby each party notifies its partner when it deals with cases which may affect important interests of the latter. Notifications take place regularly at the outset of a case, as well as before important procedural stages and prior to a final decision. In principle we notify each other



«far enough in advance ... to enable the other Party's views to be taken into account».

Provisions on coordination of enforcement activities are also very important. In all cases of mutual interest it has become the norm to establish contacts in order to exchange views and, when appropriate, to coordinate enforcement activities. The respective approaches on the definition of relevant markets are central to the discussions. We will often exchange views on possible remedies in order to ensure that they do not conflict. Cooperation may also, in certain cases, help to clarify a point of foreign law relevant to the interpretation of an agreement or to the effectiveness of a remedy. Factual elements relevant to the case are also exchanged within the limits of legal constraints on the protection of confidential information. Cooperation under this heading involves the synchronisation of investigations and searches. This is generally designed to make fact-finding action more effective. It also helps prevent companies suspected of cartel activity from destroying evidence located in the territory of the agency investigating the same conduct after its counterpart on the other side of the Atlantic has acted.

The provisions on traditional and positive comity are not frequently activated in a formal manner. However, they are a source of inspiration in daily cooperation.

\* We are for instance within the realm of traditional comity when we cooperate in a certain case to bring our respective positions and remedies closer to each other in order to avoid creating a harmful effect to the market of the partner. We may draw the attention of the partner to our concerns in a certain case. This may open a new trail for his investigation and lead to a final result taking our interests into consideration in a more appropriate way.

\* Positive comity enables one side adversely affected by anti-competitive conduct carried out in the other's territory, to request the other side's competition authority to take enforcement action. For instance, last year the us authorities requested the Commission to investigate specific allegations of discrimination regarding the operation of a computerised reservation system (Amadeus) set up by Lufthansa, Air France and Iberia. The Commission is currently investigating the case in close cooperation with the DoJ.

## B. SECTORS IN FOCUS: AIR TRANSPORT, TELECOMMUNICATIONS, DEFENCE

EU-US competition cooperation spans the complete spectrum of economic activity. Since 1995 the Commission has cooperated under the 1991 Agreement with the us Department of Justice and the us Federal Trade Commission on more than 300 cases involving companies in different sectors. However, transatlantic competition cooperation focusing on three high profile economic sectors (air transport, telecommunications,

defence) captured recently the public eye. I believe they merit a closer look.

### 1) *The air transport sector*

#### \* Transatlantic Alliances and Open Skies

Over the last few years the European aviation industry has changed substantially. Within the internal market, air carriers are now completely free to operate on any route. Further, they can establish themselves anywhere in the common market. We have already integrated Norway and Iceland in this market and we intend to integrate not only Switzerland, but also 10 Central European countries. There have been a series of mergers and co-operation agreements concluded between European carriers. New low cost start-up carriers have captured a significant share of the inter-Community market.

There is no doubt that since the entry into force of the third aviation package, competition within the EC has increased and will continue to increase with the full implementation of this package in April 1997. EC carriers have also made major efforts to improve their competitiveness by reducing costs and increasing productivity. In Europe, we have seen in recent years the conclusion of some agreements and partnerships between companies, in particular Lufthansa/SAS and Swissair/Sabena. However, their size was limited and involved mostly only European companies.

The conclusion of strategic alliances between European and American companies is a different phenomenon. I refer to the Transatlantic Airline Alliances between British Airways and American Airlines, Lufthansa/SAS and United Airlines, Swissair/Sabena/Austrian and Delta, KLM and Northwest.

These alliances are a consequence of liberalisation. They enable airlines to develop into global service providers and offer a better service to consumers. However, they also do raise certain competition concerns and should be carefully scrutinised. The Commission has decided to examine them under Articles 85 and 86 of the EC Treaty in July 1996.

It soon became clear that, far from being simple «code-sharing» arrangements, these alliances established a much wider and closer co-operation. The companies consult each other on all commercial aspects of their business: prices, capacities, frequencies, schedules, common purchases, relations with travel agents, ground handling, Frequent Flyer Programmes...etc. In short, companies which sign such agreements eliminate any competition between them and present themselves in the marketplace as one single entity while remaining legally autonomous. All four alliances show these characteristics but of course with different degree. This co-

operation covers mainly the routes between the Community and the United States. However, intra-Community services are also concerned.

I will not discuss in detail any of these alliances since they are still scrutinised by the Commission but I would like to stress the need to keep in mind in particular the long-term interests of the passengers when examining these cases. An agreement may have short-term benefits for consumers. However, it may also foreclose the market in the longer run, eliminate or substantially reduce competition and lead to fare increases. In that case, to authorise the agreement without obtaining the necessary guarantees would obviously not be beneficial for consumers.

On the basis of our investigation, it appears that these agreements will restrict competition on the routes between the United States and Europe, as well as on some intra-Community routes. They will have therefore direct effects in the Community and are likely to infringe European competition rules. We are currently considering a broad range of remedies necessary to satisfy our concerns.

On the other hand the approach is somewhat different on the other side of the Atlantic. The US Authorities always request the Member States concerned to conclude a bilateral open skies agreement, prior to granting the antitrust immunity to the Airlines which have concluded an alliance. This is part of the US transport policy. I must say that this is not possible in Europe.

Alliances are agreements concluded between companies, whilst open skies agreements are concluded between states. If we consider that an agreement can only be authorised under some conditions, these conditions must be applied to the companies. We can of course welcome the decisions of States to open their markets to competition.

Nevertheless, in the case of air transport, I consider that bilateral open skies agreements do not constitute the right answer. These agreements are mainly to the advantage of US carriers which have the opportunity to pick up more traffic in Europe.

If we want to establish fair competition conditions between European and North American Airlines, the best solution is to conclude a global agreement between the Community and the United States. We must develop a common policy giving Community carriers the possibility to compete on fair and equitable terms with the US. In today's global market place, we believe that such a new approach is required and should substitute the existing bilateral framework.

The need to find common ground on many of the issues facing this industry is emphasised by the integration in the industry. The various forms of co-operation between carriers on both sides of the Atlantic make it increasingly difficult to distinguish between EU and US carriers, they have become global service providers and are, as such, subject to our legislative systems. Their interest is to have a global regulatory regime

which is predictable and as uniform as possible. They want a global approach and not a mercantilist bilateral one.

The role of governments is no longer primarily to negotiate beneficial traffic rights, since these rights should be freely available.

The emphasis today should be on creating a stable framework ensuring fair market conditions; on finding the right balance between traffic growth and the environmental impact of aviation; on ensuring safety and security; on providing the necessary infrastructure; and on protecting the interests of consumers. These functions cannot be exercised in isolation, they require co-operation. The US and the EU should act as guarantors of free and fair competition, not as contenders.

There is thus a need to establish a «Common Aviation Area» or in other terms an EU/US Open Skies zone with a view to align the regulatory conditions applying to US and to EC air carriers in the perspective of free provision of service on both sides.

#### \* Extending the scope of community procedural competition rules

Particularly for the air transport sector, transatlantic cooperation could be improved through the extension of the scope of community procedural competition rules. The application of such rules (Council Regulation No 3975/87) determining the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to the air transport sector, is limited to the services between airports within the Community. As a result, the Commission cannot use this regulation to apply competition rules to services between the Community and Third countries. To investigate alliances related to transatlantic routes, the Commission has to use Article 89 of the Treaty.

Under Article 89, the Commission has, however, no direct decision making powers (as under Regulation 17 or Regulation 3975/87) enabling it to enforce itself the conclusions it has drawn on the basis of its investigation. For this, it has to rely on the Member States concerned which are under a duty to assist. In procedural terms, use of Article 89 is cumbersome and time consuming.

I want to stress that the Commission has had a close and fruitful cooperation with the national competition authorities, in particular where these have opened their own procedures. This is the case with the UK and Germany, which scrutinise respectively the alliances between British Airways and American Airlines and between Lufthansa/SAS and United Airlines. Close co-operation is crucial in order to avoid contradictory conclusions and come to consistent results.

However, drawing from the Boeing experience, I believe that Europeans have a better chance in such EU/US cases, if they can speak with a common voice. On my initiative, the European Commission has approved in May 1997, two proposals for Council Regulations concerning

the application of Articles 85 and 86 of the Treaty, to air transport and in particular to routes between the Community and third countries. If they are adopted, these proposals would remedy to the unsatisfactory situation that the application of Article 89 implies for the Commission and the airlines parties to the alliances investigated now under that provision.

The first proposal concerns the extension of the field of application of Council Regulation 3975/87 (which at present only concerns air transport between airports within the Community), to all routes between the Community and third countries. Such an extension will give the Commission the power to apply fully and directly Articles 85 and 86 of the Treaty to agreements which restrict competition on these routes (such as for example the alliances between European and American airlines).

The extension of the field of application of European competition rules to international air routes with third countries will give undertakings the advantage of a single control on the legality of their agreements with regard to Community competition law, as exists already for the other sectors of the economy.

Further, this extension will give the Commission the same powers that the US Antitrust Authorities have. These authorities already apply their competition law to European Airlines.

The second proposal concerns the ability of the Commission to grant group exemptions to certain types of agreements which restrict competition on routes with third countries. As you know the Commission's powers to adopt group exemptions are limited by Council Regulation No 3976/87 to international transport between airports of the Community. This proposal is particularly important for European Airlines which do not have any legal certainty when they cooperate on North Atlantic services.

## 2) *The telecommunications sector*

Telecommunications constitute another key area of transatlantic competition relations. Cooperation involves more generally the Information Society industries, or the Information Highway as this is sometimes called in the USA. It concerns (i) telecoms liberalization, (ii) ensuring continued competition, (iii) developing jointly the guidelines for the development of new global services.

As for telecoms liberalization, we should recognize that the USA had some headway since the 1980's, at least on long distance services. Thanks to the 1998 package liberalizing all services in Europe, this side of the Atlantic has now caught up.

Jointly, we have also negotiated the WTO agreement on a worldwide liberalization of telecommunications. This agreement furthers the EU 1998

package, and furthers the US 1996 Telecommunications Act, in that it does not allow any step back on either side, and opens these opportunities to international competition. For the economic benefits to be reaped, it is important that each side fulfills its commitments entirely. The European Commission intervenes quickly whenever a Member State or an operator does not comply with its European and international obligations. We hope that the EU authorities and the Congress will also fulfill their US obligations timely and entirely, and will continue to monitor developments in the US carefully.

It is not enough to open up the markets, one has to make sure that there are no cartels or abuses of dominant position. Otherwise, the economies around the Atlantic and elsewhere would not enjoy the greater service innovation and the decreasing prices. There are several markets worth analyzing. For example Internet software, where our US counterparts are taking the lead. Or also international telephone costs, where both the EU and US authorities have taken initiatives, under their different procedures and approaches. Important international negotiations are going on concerning the so-called «accounting rates», which will eventually be replaced by cost-oriented rates, at least between developed, liberalized countries. Finally, international satellite organisation are separating their commercial affiliates, both pressure from both market developments and soem of thier signatories and shareholders. It is important to ensure that no positive or negative discrimination applies to them, and that these negotiations proceed at a good speed.

Also, the European Commission examines transnational alliances between companies, when they are relevant for the EU markets. We always look at the degree of opening of the respective domestic markets, and take into account the benefits that cross-border alliances can bring to multinational customers. This was the case, for example, for the agreement between BT and MCI, which was agreed by competition authorities on both sides of the Atlantic. It could have been a model of transatlantic cooperation if it had been implemented.

Will this kind of approach be sufficient in the future to check the behaviour of large multinational companies, on really global markets? Probably not.

We are at an early stage on thinking about the role of public authorities in a globalising economy. There are differences in approaches between the US and Europe, but probably some agreement on some key principles. This role should be neither a total retreat from our responsibilities, nor overregulation and over-lengthy international negotiations.

### 3) *Defence: in search of a transatlantic equilibrium*

The defence aspects of the Boeing/MDD merger

Even though the merger between Boeing and McDonnell Douglas was felt as being mainly a concentration between two commercial aircraft

manufacturers, no one can deny that it was also greatly motivated by the prospected synergies in the defence sector. The Commission decided not to address issues specifically and solely related to defence, in compliance with the 1991 EU/US Competition Cooperation Agreement. In fact, in the course of the procedure, the US government had expressed concerns that a decision prohibiting the merger could harm important EU defence interests. Hence, the European Commission took these important national interests of the United States into account and limited the scope of its action to the civil side of the operation, as well as to the spillover and overall effects from the defence sectors to civil aircraft.

The immediate consequences of the operation are an increase in Boeing's overall resources, an increase in Boeing's access to publicly funded R&D, an increase in intellectual property, an increase in Boeing's bargaining power vis-à-vis suppliers and finally opportunities for offset deals.

The merger was finally authorised, after the Commission received strong commitments by Boeing on the commercial aircraft sector, which was directly concerned by the procedure. More precisely, as far as it concerns the spillovers from the military activities to the civil activities, in particular those related to R&D, Boeing offered the possibility to licence to competitors, on a non-exclusive basis, any «government-funded patent» as well as the know-how related to such patent. Boeing also committed to provide the Commission, for a period of 10 years, with a yearly report on non-classified aerospace projects in which it takes part under public financing arrangements. These commitments are aimed at increasing transparency on the overlap between civil and military activities. It is worth noting that these commitments go far beyond the provisions of the bilateral agreement on large commercial aircraft.

### Consequences for the European defence industry

However, the Boeing merger, along with the wave of recent mergers in the US defence-related industry (Lockheed/Martin Marietta, Northrop/Grumman, McDonnell Douglas/Hughes Helicopters, Raytheon/Hughes Aerospace & Defence, to mention the major ones as well as the prospective Lockheed Martin/ Northrop Grumman merger) is an illustrative example of how the US defence sector is maintaining its international competitiveness.

Here, the key word is restructuring through consolidation. Against the rapidly consolidating defence sector in the US, the European defence industry remains highly fragmented. Some characteristic examples will make this contrast even clearer: there are 6 civil aircraft manufacturers in the EU, against 1 in the US; 6 fighter aircraft manufacturers against 2 in the US; 3 helicopter manufacturers as in the US; 12 missiles manufacturers against 4 in the US; at least 6 large suppliers of military electronics against 4 in the US; and 5 operators in the field of satellites against 4 in the EU.

In broad terms, defence industry includes aerospace, weapons systems and defence electronics. The aerospace industry is regarded as being the most important and sensitive part of the defence industry as a whole. However, in this respect, a distinction needs to be made between the civil and the military parts of aerospace. In civil aerospace, competition takes place at global scale rather than national. In military aerospace and other defence-related industries markets have still to be considered national when a domestic supplier exist, notwithstanding the increasing trend towards a more international approach to procurement, both through the creation of international teams (Airbus, Euromissile) to implement multi-national programs, as well as through the formation of cross-border joint ventures (e.g. Eurocopter between DASA and Aérospatiale, Matra BAe Dynamics between Matra and British Aerospace).

The consolidation of the European defence industry will bring about a significant concentration of companies through joint ventures, mergers and other alliances. One of industry's requests is that regulatory approval by the Commission takes into account the sectoral specificity of the defence industry (for example, through specific mergers guidelines or new legislation). In particular, there would be a need to clarify and certify certain specific factors which are crucial for the competitive assessment of mergers and joint ventures, such as for example the geographical scope of the market, the monopsonistic role of national MoDs, and how the assess complex interrelations between civil and defence sectors (dual use, R&D's spill-over, etc.). National governments have also shown interest in knowing the Commission's approach to competition issues.

The Commission maintains that sectoral specificity of the defence industry does not need to be stated by legislation or interpretative notices. Its position, as contained in the Communication of January 1996 is «... that the legal basis for the Community's competition policy could be used and provide an adequate framework for competition matters relating to the European defence-related industry. However, the application of competition law to the defence-related industry must take into account the specific features of this industry ...».

The main criteria for assessing defence mergers have been made sufficiently clear by the Commission through the extensive body of decisions which it has so far built up in this area. These criteria —which were also contained in the Communication of February 1996— coupled with the use of Article 223 of the Treaty and of Article 21(3) of the EC Merger Regulation (to protect legitimate interest of a Member State) have so far served the purpose of responding to the needs for the specificity of the sector.

#### Recent developments and current cases

The list of mergers and alliances in the defence sector makes apparent a transatlantic cleavage: unlike mergers and alliances in the telecommunications sector, there were up to now no such EU/US transactions in the



defence sector. However, consolidation this side of the Atlantic is gaining speed. The MBD/DASA/LFK case, approved by the Commission on 27.01.1998, concerns the acquisition by Matra BAe Dynamics (a JV between French Matra and UK British Aerospace) of joint control over DASA's subsidiary LFK in the field of systems of tactical missiles. This is the most recent Commission decision on a defence case and present some implications for competition which are expected to become more and more important for the future cases.

The assessment of this cross-border JV involving French, UK and German players presents some interesting aspects as to the product and geographic market definition and to the competitive assessment.

Firstly, it appears that it is important to distinguish between the market for prime contracting of systems (as regards missiles MBD and LFK are the largest players in Europe), and the market for sub-contracting of sub-systems and components. The trend towards concentration is mainly driven at prime contracting level, but it displays its effects on the more fragmented and articulated sub-contracting markets.

As to the geographic scope it is clear that cross-border operations of this kind, which imply cooperation between national governments in terms of establishing common defence programs, do affect the structure of the markets and could lead, to the extent they help lifting national barriers, to the creation of regional markets including more national countries.

Finally, given that the prime contracting market has an auction type nature, where contracts stemming from national or multi-national programs (for example NATO programs) are awarded rarely and cover long-term projects, the impact of the operation must be assessed at the level of ongoing and future projects rather than on a traditional approach based on market shares. Also, an assessment is needed as to the risk of foreclosure in respect of sub-contracting markets for subsystems and components.

The Matra/DASA/LFK case provides an important example of European cross-border consolidation. However the industry (led in this by British Aerospace) has made clear that it needs and wants to go much further: one of the priorities set to be achieved before the end of the decade would be the rationalisation of the aerospace industry through the creation of a single transnational company with unified management, which would encompass the civil and military aircraft sectors of France, Germany and the UK. The company, which later would be extended to Italy, Spain and Sweden, would be active in civil aviation (expected to be the principal growth market for the aerospace business), military aviation (with opportunities for cross-fertilisation of technologies), weapon systems, helicopters, space and defence systems. Industry wants consolidation to be done in one single step, possibly by a full merger of the French, German and UK competitors.

How would such an operation be regarded as to its impact on competition? Recent cases, including the mentioned Matra/DASA/LFK have shown that both Ministries of Defence (MoDs) and major European competitors seem to support the view that the consolidation of the European defence industry and to its strengthening vis-a-vis the powerful US industry should be given priority, at this stage, on any considerations about restrictions of competition. In particular, in countries where a national producer exists, few objections against mergers are raised by the national MoDs, which benefit from their monopsonistic position. In other countries, MoDs are not particularly concerned either, provided that a sufficient level of competition is guaranteed by the availability of alternative supply. The opening-up of the national and European markets appears therefore to be a crucial issue to assess the competitive impact of any intensive concentrative process. Also, it will be important to distinguish between civil and military aerospace and to take into account the complex links between them. Finally, It must be stressed that any consolidation at the level of the prime contracting market should only be allowed up to the point at which it does not give rise to foreclosure effects on the markets for sub-contracting of components and sub-systems.

#### C. IMPROVING THE RULES: THE PROPOSED EC/US POSITIVE COMITY AGREEMENT

These examples illustrate the need to broaden, deepen and intensify transatlantic cooperation in the area of competition. The 1991 Agreement, combined with waivers of confidentiality granted in most major merger cases, provides a solid and up to now quite satisfactory framework for cooperation.

It is also beyond doubt that certain conflicts can be avoided by using the positive comity concept more extensively. On the basis of a mandate by the Council, the Commission negotiated with the United States an agreement which would strengthen the relevant provisions of the 1991 Agreement. It is expected that the Council, having received the opinion of the European Parliament, will adopt the new Agreement very soon.

The future agreement, like the current one, does not alter existing law, nor does it require any change in existing law. However, it does create a presumption that when anticompetitive activities occur in the whole or in a substantial part of the territory of one of the parties and affect the interests of the other party, the latter «will normally defer or suspend its enforcement activities in favour of» the former. This is expected to happen particularly when these anticompetitive activities do not have a direct, substantial and reasonably foreseeable impact on consumers in the territory of the party deferring or suspending its activities.

Deferral will only occur if the party in the territory of which the restrictive activities are occurring has jurisdiction over these activities and is prepared to deal actively and expeditiously with the matter. When dealing

with the case that party will keep its counterpart closely informed of any developments in the procedure, within the limits of its internal rules protecting confidentiality.

This new Agreement would constitute an important development, since it represents a commitment on the part of each party to cooperate with respect to antitrust enforcement, rather than to seek to apply its antitrust laws extraterritorially.

However, before looking into the global context, I would like to stress that there are certain natural limits to bilateral case specific co-operation. The Boeing/MDD case is an example of these limits. Procedures of notification and consultation and the principles of traditional and positive comity allow us to bring our respective approaches closer in cases of common interest but there exist no mechanism for resolving conflicts in cases of substantial divergence of analysis.

A multilateral (for instance within the WTO) or bilateral arbitration mechanism (and to a greater degree a global antitrust authority), which would allow us to resolve case related conflicts and go beyond the limitations imposed by the necessity for each competition authority to implement its own legal rules and to take primarily account of the specific market conditions and the consumer interests in the territory it polices, is inconceivable under current circumstances. We must therefore admit that we can profitably cooperate with our partners in the majority of cases and accept that there will exist infrequent situations where our approaches may diverge.

On the other hand, there is a lot we can do to create a global environment more aware and respectful of fundamental competition principles.

### 3. TOWARDS A MULTILATERAL FRAMEWORK OF COMPETITION RULES

The question is how public international law should be complemented by a specific framework to support competition law enforcement? This question leads to another question: what is the most appropriate forum to debate this issue, the WTO, OECD or UNCTAD?

There are several institutional arguments for choosing the WTO as the forum for the negotiation and establishment of an international framework for competition rules. For instance, the WTO has near universal membership and can provide a balanced response to the interests of developed countries. It is important that we do not underestimate the advantages of involving the wider international community in the trade and competition debate nor the disadvantages of excluding it.

Having said this, I would like to stress that the EU and its Member states attach considerable importance to the continuing role of the OECD.

Let us see first how the WTO could contribute to the debate:

#### A. WTO

The European Union has taken the initiative to start a process of reflection and exploration in this field. It may of course be tempting, from a theoretical point of view, to think of an international system of common competition rules for cross-border issues. Such a system has been working effectively within the European Community for decades. But it would not be realistic to extend this experience outside Europe for many reasons: problems of national sovereignty, different economic and legal traditions, etc.

The approach we have chosen is prudent, pragmatic and progressive. What we have in mind is, in a first stage, a limited framework of competition rules. We would afterwards see what else could be done.

For the first stage, we have suggested that a WTO working group with an exploratory mission in precise areas be set up. You may know that this proposal has greatly inspired the Singapore ministerial decision to «establish a working group to study the interaction between trade and competition policy».

What would the working programme of this group be for this first period? We suggested four areas of reflection:

\* The first condition for development of cooperation at the international level is that competition law should be applied in all countries. The working group could therefore examine the feasibility of a commitment by all WTO Members to adopt domestic competition laws and enforcement systems. In particular, laws to address such practices as restrictive agreements, abuses of dominant position and mergers would be especially important. This framework should also, for the sake of efficiency, provide for proper investigatory instruments and sanctions. Finally, the parties affected by anticompetitive practices should be able to bring their case before a judicial or administrative body and should have access to judicial review.

These competition rules should apply to all economic operators, including public enterprises and companies with special or exclusive rights in so far of course as the application of these rules does not obstruct the performance of their public task.

The objective is not uniformity. This would not be realistic. However, we know that different mechanisms from country to country can still lead to overall comparable results. Of course, for some developing countries, a considerable effort remains to be made. Therefore assistance should be provided whenever necessary and wherever possible.

\* The second area of reflection could be the identification of some common principles on the substance of competition law. Of course, we

know that each member of the WTO has its own institutional structures and economic and legal system and it would be impossible to impose overnight a common set of rules. However, the group might see whether a consensus could be obtained on some practices that are particularly harmful for the economy (eg. horizontal price fixing, market sharing, predatory behaviour, export cartels).

\* The third area concerns the creation of an instrument of cooperation between competition authorities. Various models are available in this area. The working group could be asked to debate the lessons to be drawn from the existing experience for setting up a multilateral framework.

\* Finally, the working group could think of ways of adapting the dispute settlement mechanism of the WTO, in clearly specified circumstances, to the area of competition law and policy.

Clearly this is not the time to think of the creation of some sort of international court of justice which would be empowered to decide whether a competition authority had done an adequate job, or had reached the right conclusion. This would result in major problems of sovereignty renunciation and would imply exchanges between competition authorities of confidential information communicated by companies. As a result, it would not be appropriate to ask the working group to try to find a solution to this problem at this first stage.

However, the group could consider the possibility of applying the dispute settlement mechanism to cases where a country fails to transpose properly in its legal order the principles that have been agreed in common or to react to a request for enforcement.

The WTO working group has already met three times and the first results are quite encouraging. The group has adopted a timetable at its first meeting, which was a positive development in itself. Some thought, or perhaps even hoped after the Singapore Conference, that the group would waste all its time in setting up a programme. The second positive development is that the European Union, which is expected by many countries to lead the debate, has managed already to open the discussions on substantive questions, and many countries, which have not adopted competition rules yet, have shown a real interest.

So, overall, we are heartened by progress so far and remain optimistic about the outcome of the working group's deliberations.

## B. OECD

Another multilateral forum for antitrust is offered by the OECD. It has already given the antitrust community a «first generation» instrument for cooperation in the form of a Recommendation, issued in 1986 and last revised in 1995. It establishes a basic framework for cooperation

between antitrust authorities in member countries. Certainly, compared to the WTO, the OECD presents less convergence problems by far. Members have more or less similar basic antitrust statutes and defend broadly the same ideology on most major issues.

The European Commission cooperates with all members of the OECD. However, our cooperation activities under the OECD instrument are considerably less intensive and less case-oriented than the cooperation we entertain with the US under the 1991 Competition Cooperation Agreement.

Since May last year, the OECD considers improving the effectiveness and efficiency of Members' law enforcement against hard core cartels by eliminating or reducing statutory exceptions that create gaps in the coverage of competition law, and by removing the legal restrictions that deny competition agencies the authorisation to provide investigative assistance to foreign competition agencies.

No doubt, it is in this area of hard core cartels that the OECD's considerable experience can best be brought to bear. The European Commission would welcome an OECD Council recommendation urging members to provide investigative assistance to foreign competition agencies, where such assistance would not be inconsistent with their own legal rules and interests.

But this must be done on the clear understanding that the OECD initiative is not an alternative to the debate which takes place in the WTO.

# COMPETITION POLICY IN A GLOBAL ECONOMY. TODAY AND TOMORROW

Robert PITOFSKY <sup>1</sup>

Chairman us Federal Trade Commission

## Abstract

El presidente de la Federal Trade Commission de los EEUU de América expone cómo en el marco de una economía globalizada la cooperación internacional en el ámbito de la defensa de la competencia es inevitable e imprescindible. Hace un repaso a los instrumentos convencionales de cooperación suscritos por su país y reflexiona sobre la posibilidad de elaborar un código internacional en este ámbito.

One of the great challenges facing antitrust enforcement officials (and scholars and practitioners) around the world concerns the scope of cooperation in antitrust enforcement and convergence in antitrust views when reviewing international transactions. Because the topic is unusually broad, let me start with some premises that will frame and focus the discussion.

First, international trade will continue to grow much as it has grown in recent years. For example, exports as a percentage of the United States gross domestic product grew from 7.2% in 1987 to 13.5% in 1997; imports grew from 10% in 1987 to 15.4% in 1997 <sup>2</sup>. Even these remarkable figures do not capture fully the remarkable growth in international trade in recent years because they do not include cross-border financial investments.

Second, transactions with a cross-border or even global dimension will increase in proportion to those that are confined within national boundaries.

---

<sup>1</sup> Chairman of the United States Federal Trade Commission. The views expressed are my own and do not necessarily reflect the views of the Commission or other Commissioners. The European Institute's Eight Annual Transatlantic Seminar on Trade and Investment. Washington, DC, November 4, 1998

<sup>2</sup> United States Department of Commerce. International Trade Administration, Office of Trade & Economic Analysis. These data may be found at «[www.ita.doc.gov/industry/usfth/+05.prn](http://www.ita.doc.gov/industry/usfth/+05.prn)».

Third, more countries around the world will adopt antitrust codes, expand existing codes, and increase resources committed to enforcement. Today, approximately 82 countries have some kind of competition law, and 52 of those codes (63%) took effect during the past 10 years. An additional 24 countries are in the process of drafting or enacting an anti-trust law.

Fourth, these trends may accelerate because of the increased prominence of competition in high tech markets. Products that are essentially the embodiment of ideas often respect no borders and compete comfortably in regional or global markets. Most people quickly think of computers and software as examples, but these are only two among many sectors of the high tech economy. Other sectors involve biotechnology and other pharmaceuticals, finance and credit arrangements, international banking, international media, and a new but growing volume of international commerce on the Internet.

Fifth —and perhaps more controversial than the first four premises— inconsistent antitrust enforcement and divergence of antitrust rules from country to country, at least where they are unfair, unwise, or enforced in a discriminatory manner, create an unlevel playing field on which firms must operate in transnational competition, and these are a burden on international commerce

Given these premises, how should we —people involved in competition and trade policy— think about the challenges of the future?

A minimal response to the challenge would seek procedural cooperation (mostly bilateral) among countries with antitrust codes, according due respect for the preservation of confidential information and for differences in approach from country to country. Essentially, countries would enforce their various and different antitrust principles with the aid and cooperation of antitrust allies.

A maximum response would be a world competition code, enforced by mandatory dispute resolution in some international tribunal. Perhaps the world community would not and could not agree on every detail of competition policy but, according to this ambitious agenda, it would agree on many essential principles.

Since I believe in exploring more than the «minimum», and doubt the practicality and wisdom of the «maximum», a challenge is to develop a constructive, feasible middle position between these extremes.

Before addressing these questions, let me briefly offer a side comment. One might ask whether I have been asleep for the past six months or so, and as a result missed the fact of what some believe is an emerging world economic crisis. Do these difficult times suggest that the trends I presume to exist will not continue? I think not. If anything, recent hard times on the international front illustrate dramatically the interdependence of world economies and the need to coordinate and cooperate



in moderating the worst aspects of the international business cycle. Also, the trends I describe are economically inevitable and beyond the long term influence of ups and downs in regional markets. By analogy, I note the situation in the United States at the end of the 19th century when, as a result of improved transportation and communications, this country moved from local and regional markets to national markets. Shortly after that commercial revolution began, the country suffered an extreme recession—even a market collapse—in 1907. But as we all know, although the steady move toward national markets may have slowed temporarily, it did not stop. I expect the same expansion of international trade in years ahead.

Let me turn now to the future of antitrust in a global economy. I plan to address three topics: developments in procedural coordination; the concept of positive comity; and prospects for international convergence of antitrust law.

## PROCEDURAL COORDINATION

The most significant development over the last 15 to 20 years in international antitrust is the way in which enforcement authorities in various countries cooperate and coordinate on a daily basis in investigating, occasionally challenging, and negotiating settlements involving transactions with an international dimension.

This cooperation is evidenced and facilitated by treaties and agreements between the United States and other countries. As early as 1959, US and Canadian officials agreed to notify one another in antitrust matters<sup>3</sup>. In the 1960s the US and other industrialized countries discussed measures to cooperate procedurally within the OECD, and these discussions culminated in a 1967 recommendation providing for notification when one member's antitrust enforcement activity affects another member's important interests, consultation on antitrust enforcement, consideration of other members' significant national interests, cooperation in enforcement, and consideration of other members' requests to investigate anti-competitive practices taking place in the requested parties' jurisdiction (so-called «positive comity», to which I will return shortly)<sup>4</sup>.

We continue to operate under the OECD recommendation and the United States made over 70 notifications last year.

The US has also entered into bilateral agreements on procedural cooperation with Germany (1976), Australia (1982), the EC (1991, supplemen-

<sup>3</sup> This informal notification and consultation arrangement became known as the Fulton-Rogers Agreement, named after the Canadian Minister of Justice and the United States Attorney General.

<sup>4</sup> 1967 OECD Recommendation on Cooperation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade.

ted by a 1998 agreement on positive comity) and Canada (1984, revised in 1995)<sup>5</sup>.

These agreements provide for roughly the same sort of procedural cooperation as called for under the original OECD recommendation<sup>6</sup>.

While these commitments to cooperation are important—even essential—to effective international enforcement, they are by no means the whole story. In many ways the real internationalization of antitrust enforcement is found in the day-in-day-out collaboration of enforcement officials in so many parts of the world. Incidentally this is a cooperation born not of ideology but of necessity. For example, at the Federal Trade Commission, 25% of the mergers filed last year involved parties or assets in at least two different countries, and sometimes as many as eight or ten. Of our full-phase merger investigations over the last several years, at least 50% have involved a foreign party or assets or information located abroad. That is a vast increase over the number of international mergers that were reviewed by the FTC 20 years ago. At the Department of Justice, where enforcement against international cartels has been pursued with unprecedented vigor and success in recent years, 30 ongoing grand juries—one-third of the total—are currently examining suspected international cartel activity. Without international coordination, law enforcement would be inconsistent, discordant and, in important ways, unfair to the firms subject to antitrust review.

Procedural cooperation of course does not lead ineluctably to common attitudes or approaches. At times, the United States sees problems and demands solutions that other countries might not - as when the Federal Trade Commission extracted a more extensive remedy than the EU as

<sup>5</sup> Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices, *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,501 (June 23, 1976); Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia Relating to Cooperation on Antitrust Matters, *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,502 (June 29, 1982); Agreement Between The Government of the United States of America and The Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,504 (Sept. 23, 1991); Agreement Between The Government of the United States of America and The European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Laws, *located at* «[www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm](http://www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm)» (June 4, 1998); Memorandum of Understanding Between the Government of Canada and the Government of the United States of America as to Notification, Consultation and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws, *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,503A (Mar. 9, 1984), *superseded by* Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,503 (Aug. 3, 1995).

<sup>6</sup> One problem in international cooperation arises from national restrictions on sharing confidential business information. The International Antitrust Enforcement Assistance Act, 15 USC §§ 6201-6212, enacted in 1994, enables the United States to enter into agreements providing enhanced cooperation through sharing of confidential information with those countries that have reciprocal provisions. We recently negotiated the first agreement under this Act with Australia, and we look forward to signing that agreement shortly.

a condition of allowing Ciba-Geigy and Sandoz, two of the leading pharmaceutical firms in the world, to complete a merger<sup>7</sup>. On the other hand we all know that the EU saw more serious problems in Boeing's acquisition of McDonnell Douglas than the United States and imposed a set of conditions before approving the merger. I am confident that these examples will not be the last in which the United States and one of our trading partners see antitrust issues differently. After all, countries have different histories and cultures, enforce different statutes, seek to serve slightly different goals, and respond to concerns that reflect different levels of economic development. For example, one can see why some countries with economies that are less developed and mature as the economy of the United States would think it is in their interest to take the welfare of their infant industries into account in their competition policies.

But why should we be surprised at different views and different outcomes? After all, during my professional career, the United States Supreme Court was closely divided in some of the most important antitrust cases it heard<sup>8</sup>.

And certainly attitudes and rules have changed between Warren Court enforcement in the 1960s and enforcement today<sup>9</sup>.

Why would we not expect changes of approach and differences in attitude in international enforcement?

The important point to keep in mind is that the Ciba-Geigy/Sandoz and the Boeing/McDonnell Douglas disagreements are the exceptions rather than the rule. Especially with respect to the Europeans, our disagreements are vastly outnumbered by the instances in which there is cooperation, coordination and agreement about the essential elements of a review of competitive behavior. Slow but steady convergence of review and mutual respect is a proper characterization of relations between the EU and the US enforcement authorities.

## POSITIVE COMITY

A recent elaboration of the goal of international cooperation is the concept of positive comity - an international agreement whereby a country agrees to consider another country's request that it initiate or expand a competition law enforcement proceeding against conduct that is harm-

<sup>7</sup> Ciba-Geigy Ltd., Docket No. C-7325 (March 4, 1997).

<sup>8</sup> For example, cases decided by 5-4 votes include *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 us 495 (1969), and *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 us 486 (1974); cases decided by 4-3 votes include *Arizona v. Maricopa Medical Society*, 457 us 332 (1982), and *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 us 366 (1973).

<sup>9</sup> Among many examples, compare *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 us 270 (1966) and *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores*, 359 us 207 (1959), with *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 us 486 (1974) and *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 us 284 (1985).

ing the interest of the requesting country. In the recent positive comity agreement signed with the EC<sup>10</sup>, there is an agreed-upon expectation that the investigating country will act promptly, responsibly and diligently in examining allegations at issue.

Before addressing the details of positive comity - let me start with an assertion. I believe that US firms are entitled to the opportunity to compete on the merits when they sell in foreign countries. The United States recognizes that right of foreign firms; indeed the United States is probably the most open market in the world. Of course, competition rules will vary substantially from place to place, and American firms doing business abroad are bound to follow the law of the place they do business, just as non-US firms doing business here must observe our laws. But firms should not be disadvantaged when they do business abroad by behavior that violates the law of the foreign country, especially when laws are not enforced because the target is a foreign company.

By way of example, assume that an American firm is the target of a boycott abroad which directly or indirectly diminishes or even eliminates its ability to do business by export to the foreign country. Or suppose that an international cartel, organized and largely administered in a foreign country, injures consumers of both in the United States and the foreign country. What is to be done?

One possibility is to declare the boycott or the cartel a violation of United States law, assume jurisdiction under the Sherman Act because the boycott affects United States export trade, and litigate in an American court the legality of the behavior that mainly took place in a foreign market. If the boycott or cartel is found illegal and the foreign firms have assets in the United States (as is often the case in global markets), enforcement officials would move against assets located here.

There are two sorts of problems with the approach of attempting to exercise extraterritorial jurisdiction. First, there are practical problems. Frequently, the US court will be asked to determine, as a matter of comity, whether conduct that violates our law also violates the law of the foreign country - an undertaking local courts often would prefer to avoid. Also, the strongest evidence of discrimination against the American firm in a foreign market may be found in documents and witnesses located abroad. Without the cooperation of a foreign government enforcement agency, a fair examination of the charges may be impossible. Second, extraterritorial enforcement by the United States often generates a perception abroad of a sort of «United States imperialism».

Concerns about international friction generated by extraterritorial enforcement are not just theoretical. One need only think back 25 years

---

<sup>10</sup> Agreement Between The Government of the United States of America and The European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Laws, located at «[www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm](http://www.ftc.gov/bc/us-ec-pc.htm)» (June 4, 1998).

to the efforts by the United States to enforce its law against foreign cartels—the uranium litigation is a glaring example—<sup>11</sup> followed by the enactment in foreign countries of blocking and claw back statutes<sup>12</sup> designed to prevent any further us behavior they regarded as an intrusion on their sovereignty.

Positive comity is a promising, pragmatic way of addressing these sorts of issues. To date, final agreements have been negotiated with the EC and Canada, though others may be down the road. Under these agreements, a referring country first makes a preliminary determination that there is a reason to believe that its citizens or its firms have been injured by anticompetitive behavior in a foreign country. The alleged behavior of foreign firms, and the alleged injury to the domestic firms or consumers, is referred to a foreign jurisdiction for review. Under our new agreement with the EC, if the United States is the referring party, it will ordinarily agree to defer or suspend its own pending or contemplated enforcement activities and await the completion of the EC's inquiry, provided that the EC agrees, among other things, to devote adequate resources to the investigation, promptly pursue adequate enforcement activities, keep the US advised, and devote best efforts to complete its investigation within six months. Of course, the EC makes a similar commitment to defer or suspend its investigations if the US meets these same conditions.

I do not suggest that positive comity is a panacea for all of the enforcement problems likely to arise in a global market. On the contrary, it is a very modest step in the direction of coordination without the disadvantage of international friction.

The key point about positive comity that I think sometimes is missed is that the requesting nation, whether it is United States or one of our trading partners, does not wash its hands with respect to a practice by seeking investigation by a foreign nation. Each country retains the right,

<sup>11</sup> See *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contracts Litig.*, 563 F.2d 992 (10th Cir. 1977); *In re Uranium Antitrust Litig.*, 617 F.2d 1247 (7th Cir. 1980); *In re Uranium Antitrust Litig.*, 480 F. Supp. 1138 (ND Ill. 1979).

<sup>12</sup> Blocking statutes prevent or limit the ability of United States litigants to obtain information, witnesses, or documents located in countries with such statutes. See, e.g., the United Kingdom's Protection of Trading Interests Act, 1980, ch. 11 (Eng.), amended by Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982, ch. 27, and Statute Law (Repeals) Act, 1993, ch. 50, Sch. 1, pt. XIV; Canada's Foreign Extraterritorial Measures Act, rsc, ch. F-29, § 3 (1984) (Can.), as amended by Department of External Affairs Act, 1995, ch. 5, 1994-1995 sc; France's Law concerning the Communication of Economic, Commercial, Industrial, Financial or Technical Documents or Information Law No. 80-538, 1980 J.O. 1799 (July 16, 1980); Australia's Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act, No. 3 (1984) (Austl.), as amended by Foreign Judgments Act, No. 112 (1991); and South Africa's Protection of Business Act, No. 99, § 1 (1978) (S. Afr.), as amended by Protection of Business Act Amendment, No. 114 (1979), and Protection of Business Act Amendment, No. 71 (1984), and Protection of Business Act Amendment, No. 87 (1987). Claw back statutes authorize citizens to seek and recover extra-compensatory damages paid to plaintiffs that have prevailed in United States litigation. See, e.g., the United Kingdom's Protection of Trading Interests Act, 1980, ch. 11, §§ 5-6 (Eng.) as amended; Canada's Foreign Extraterritorial Measures Act, rsc, ch. F-29, §§ 8-9 (1984) (Can.) as amended; and Australia's Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act, No. 3, cl. 10 (1984) (Austl.) as amended.

if it is not satisfied with the speed or quality of investigation, to initiate or reinstitute its own enforcement activities. Indeed, I expect there will be instances where positive comity is only a preliminary—a practical and comity-conscious preliminary—to old-fashioned extraterritorial enforcement.

## CONVERGENCE

Looking to the future, and probably not to the near term, what are the prospects for a competition code among nations, or least among many nations, that would apply uniform rules and uniform enforcement standards to all firms engaged in global competition? In many respects, that is the most tantalizing of international goals.

Very limited convergence is not hopelessly impractical. That is demonstrated by the resolution adopted in the OECD, a collection of 29 countries with the most developed economies in the world, pronouncing hostility to hard core cartels. To be sure, there was recognition that absolute uniformity, even in the area of cartels, was impossible. Thus the resolution called for countries to make clear any exceptions to the rule that cartels are illegal, render such exceptions transparent, and commit over time to keep exceptions to a practical minimum.

Just last month, 11 of the 12 countries in the Western hemisphere that enforce a competition code also adopted a policy pronouncement of hostility to cartel behavior and a commitment to cooperate in international enforcement against such behavior<sup>13</sup>.

One of the reasons why hostility to hard core cartels was an appropriate first step is that in most circumstances cartel behavior is illegal under the laws of virtually every country that maintains a free market system protected by antitrust. Can the cartel initiative be extended to other areas of commercial behavior?

I doubt very much that a consensus on international antitrust principles, even one subscribed to only by relatively more developed countries, is likely to be achieved outside the area of an anti-hard core cartel commitment. The present state of antitrust law with respect to monopoly power, mergers, vertical distribution practices and the whole range of competition issues varies too much country to country to expect a wide range of countries to find common ground. And of course mandatory dispute resolution, even if desirable, is virtually impossible if the countries cannot agree on the rule of law that will resolve the dispute.

I want to emphasize, however, that because a comprehensive code is not feasible today, it does not follow that efforts looking toward future convergence are futile.

---

<sup>13</sup> Communiqué from Antitrust Summit of the Americas, located at «[www.ftc.gov/opa/1998/9810/communique.htm](http://www.ftc.gov/opa/1998/9810/communique.htm)» (October 20, 1998).

Aside from convergence that occurs through internationally negotiated agreements, there is a kind of informal convergence by «learning». As scholars, practitioners and enforcement officials meet more frequently, explain the unique qualities of their system, and debate the merits of each, there is a slow, subtle but discernable trend toward more uniform approaches. At a minimum, as countries understand what has worked and failed to work in other jurisdictions, they adjust their own laws to take that knowledge into account. A classic example is recently promulgated European Union guidelines on how to measure market power. Those guidelines in many respects look like the measurement or market power portion of the 1982 US merger guidelines - although of course some differences remain. Other examples include legislation or proposed legislation in Central European countries that appears to move in the direction of the EU's approach to competition issues - particularly with respect to abuse of dominant position. As commonly occurs in this kind of convergence, there are of course other areas of law and enforcement that depart from the model.

It seems likely that we will see a continuation and perhaps elaboration of discussion and working groups in settings like the OECD, NAFTA, the Free Trade Area of the Americas (FTAA), the UN Conference on Trade and Development and an initiation of discussion of competition policies in the WTO. What are the areas of law where discussion and debate are most likely to be productive?

My answer to that question reverts to one of the premises that I relied upon in initiating this talk - i.e. that divergent views of competition policy are an unnecessary burden on global competition. Our goal should be to open markets to free and fair trade. Our concern therefore should be that, with the decline of government barriers to free trade (successful reductions in both tariff and non-tariff barriers), those state barriers may be replaced by private agreements that have the purpose or effect of unreasonably denying international market access.

Generally speaking market access can be denied by a single firm through abuse of dominant position («monopolizing» in US terminology), through certain vertical restraints, or by a group of firms organizing a boycott against foreign firms that challenge or threaten their market position. Current laws defining abuse of dominant position, anticompetitive vertical arrangements, and illegal boycotts vary considerably from country to country. But that does not mean that we cannot learn a good deal from each other by understanding not just the differences in approach and in levels of enforcement, but also why the differences occur. Indeed we may even find that certain core types of conduct by single firms or collections of firms, denying market access, violate the law of many if not most jurisdictions. For example, when manufacturers organize a boycott of all distributors for the sole purpose of excluding rival imports, that probably is close enough to anti-cartel principles to be deemed anti-

competitive under the laws of most countries that have a competition code.

Let me emphasize that I see these as topics for discussion - not areas where the give and take of negotiation could feasibly lead to a uniform rule of law. One advantage of convergence by learning and imitation is its flexibility. If a particular approach does not work out in the circumstances of a country's economic system, it can be modified or even abandoned. Thus United States antitrust law, under the broad precepts of the Sherman Act and Clayton Act has been modified many times in the last 100 years. An international code, once adopted, may be more difficult to change after common principles are adopted— if indeed we could ever reach common principles in a world with such various competition approaches.

## CONCLUSION

There has been remarkable progress in recent years in the area of procedural coordination and cooperation. I believe there will be progress as well on convergence of law, but except possibly in the narrow area of anti-cartel enforcement, we are not ready for a comprehensive, internationally negotiated competition code. The important thing is to continue to take small but practical steps, all the while minimizing the extent to which divergence of antitrust rules from country to country impair the orderly development of international commerce.



## COMPETITION POLICY: WHAT CHANCE FOR INTERNATIONAL RULES?

Joanna R. SHELTON<sup>1</sup>

Deputy Secretary-General, OECD

### Abstract

Análisis de las normas sobre defensa de la competencia que ya existen en diferentes acuerdos internacionales. Reflexión sobre la posibilidad de establecer normas multilaterales de defensa de la competencia. Estas normas pueden ser de naturaleza diversa en cuanto a sus efectos como a su contenido.

### 1. INTRODUCTION

I have been asked to discuss the prospects for international rules in competition policy. Whether or not that will happen and what form any negotiations might take are still quite uncertain, as we have heard during our discussions over the past two days. But I will review some of the reasons for that uncertainty in the course of my presentation. First, though, I will briefly describe competition policy, and touch on some of the problems that international competition rules might address.

The broad objective of competition policy is to help ensure that market economies deliver high and rising standards of living. More specifically, competition policy primarily seeks to prevent firms from protecting or expanding their market shares by means other than greater efficiency in producing what consumers most want at the lowest possible prices. In some jurisdictions, competition policy has important secondary objectives such as contributing to market integration or preserving a freedom to compete.

Competition policy has two main branches. The first consists of advocacy whereby competition agencies encourage other branches of the government to adjust their policies so as to interfere as little as absolutely

---

<sup>1</sup> Wilton Park Conference 545: The global trade agenda, 25 November, 1998.

necessary with market competition - for example, in the development of regulations. The second branch is competition law enforcement. As law enforcers, competition agencies investigate and prosecute or prohibit agreements which either exclude competitors or substitute collusion for competition. They also prohibit monopolisation or abuses of dominant position whereby enterprises unilaterally restrict actual or potential competitors. Finally, most competition agencies prospectively review mergers to ensure these are not used as a means to eliminate or restrict competition. Virtually all of competition law enforcement requires access to a great deal of highly specific, often confidential information concerning the workings of actual markets and individual firms. It also requires sensitive judgements and tradeoffs to be made concerning the economic effects of various types of conduct and mergers.

Competition law is, in general, national law, but it has never been purely domestic. There are four related reasons why competition law enforcement is taking on more and more of an international dimension and rising to greater prominence in international fora:

First, until 1950, few countries had competition laws, and those that did generally took a very tolerant approach to cartels and other anti-competitive conduct; only gradually did competition law regimes become more widespread and more serious instruments of public policy.

Second, until quite recently, all countries with competition laws other than the United States took a narrow view of the applicability of their laws to foreign firms' conduct in their markets. In order to protect their citizens, a growing number of countries are extending the jurisdictional scope of their laws.

Third, globalization means that a higher percentage of competition cases have significant international components.

Fourth, to the extent that trade and investment liberalisation reduces entry barriers, it might give firms greater incentives, but perhaps less ability, to engage in anticompetitive conduct and mergers.

In the international debate over competition rules, the concern is sometimes expressed that the absence of competition law in some countries, the existence of exemptions to such laws, a lack of convergence in existing competition laws, or under-enforcement of competition law may permit a significant amount of anticompetitive activity which also distorts trade. This concern certainly has a logical basis. More widespread adoption of modern competition laws, reduced sectoral exemptions, greater convergence *toward sound competition law principles*, and more consistent, transparent enforcement are indeed likely to produce beneficial effects for trade. That said, there is a very active debate about whether or not writing binding competition rules into international agreements would advance or inhibit such developments. In particular, there is a significant divergence of views on whether such rules are necessary and would prove effective in reducing problems in a variety of areas, such

as those associated with export and import cartels or with trade measures having a potential impact on competition.

Where countries stand in the debate over international competition rules depends principally on how they view the costs and benefits of such international rules. That in turn is linked to how much they think anti-competitive practices are indeed distorting trade flows, whether they believe international rules would be effective in stopping such practices, and the degree to which they would resist encroachment on national sovereignty in the competition policy domain.

The question posed in the title to my presentation has, strictly speaking, been partly answered since we already have some competition related rules in various multilateral agreements. Following a brief examination and critique of such rules, I will turn to a rather radical approach to adopting multilateral competition rules, and then outline what may be a more realistic alternative. This will be followed with an examination of some significant ongoing efforts to improve international co-operation in the competition policy domain, and a few brief closing remarks.

## 2. EXISTING AND POTENTIAL MULTILATERAL RULES

The OECD has recently reviewed the competition elements in current multilateral agreements. While the provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) aim generally to get rid of trade restrictive practices of governments, a number of GATT provisions also address more specifically certain competition-related governmental actions in such areas as monopolies, technical standards, and licensing. The Preamble to the Safeguards Agreement states that Members recognise «... the importance of structural adjustment and the need to enhance rather than limit competition in international markets». In the General Agreement on Trade in Services (GATS), a number of competition-related provisions exist, for example on monopolies and exclusive service arrangements, as well as on the effects of domestic regulation and the need for transparency in all these matters. The same is broadly true of the «Understanding on Commitments in Financial Services».

From the competition policy point of view, the most significant development within the GATS framework has been the Telecommunications Agreement, which became binding this year on some sixty-nine signatories. The Annex to this agreement contains an obligation to allow service providers of other Members access to public telecommunications networks «... on reasonable and non-discriminatory terms and conditions». More specifically, the reference paper to the Agreement also contains a general commitment of Members to maintain adequate measures to prevent anticompetitive practices of major suppliers. In addition, it gives several specific examples of anticompetitive practices.

Although the Telecommunications Agreement represents a welcome breakthrough in terms of extending competition rules to international trade in services, it also contains some dangers if it spawns a raft of other sector-specific agreements, each with its own set of competition rules. While the OECD has been seeking to promote the convergence of competition policy across countries, a proliferation of sector-specific competition rules could create diverse rules and interpretations within a given country. Different rules could not only lead to inefficient market distortions, but there is also a danger that sector specific competition rules will degenerate into being regulation under a different name. Powerful incumbent firms can be expected to push strongly to hold on to dominant positions in the face of new domestic and international competition. And to the extent that sectoral competition rules are enforced by sectoral regulators, another problem can be expected. Sectoral regulators are significantly more prone to capture by industry interests than competition offices having an economy-wide, competition encouraging, rather than regulation-based, mandate.

An alternative —far more radical— approach is a set of binding competition rules, elaborated in some detail and enforceable through an international dispute settlement process, such as that proposed by the so-called Munich group of academics. Discussions on the Munich Code in the OECD and elsewhere have highlighted the pitfalls of this approach. There is a significant risk that minimum standards developed under such a Code would not do justice to the diversity of competition laws around the world, and might end up being set at a lowest common denominator which would be very difficult to improve later. Moreover, the complex and fact-intensive nature of decisionmaking in specific antitrust cases is ill-suited to review by international bodies. Finally, few if any countries appear to be willing to accept review by an international body of national antitrust decisions in particular cases.

There is, however, another possible approach to multilateral competition rule making which seems to be more promising than either the sectoral approach or the adoption of a supranational authority imposing a set of legally binding rules. This approach seeks to have countries agree on a framework for rules, rather than on a set of specific provisions. In the attempts to delineate such a framework, a distinction is increasingly made between «core principles» and «minimum standards» (or, preferably, «common approaches»). Work is currently under way in the OECD to further refine the distinction and delineate the included components.

In the context of this work, «core principles» refer to basic concepts upon which there could be broad agreement. They could include a commitment to adopt a competition law covering certain general types of practices, to create effective enforcement institutions, and to ensure that government bodies do not encourage or sanction conduct which might violate competition law. Core principles could and should also include due process principles, most notably non-discriminatory treatment of all

firms regardless of their form of ownership or home country; and transparency in decision-making (especially at the interface between regulation and competition policy).

The adoption of core principles would provide a framework which could bring coherence to sector-specific agreements, such as the Telecoms Agreement referred to earlier. In particular, the competition institution established in each country as a result of an agreement on core principles would become the body to enforce any competition provisions agreed in the course of liberalising a particular sector. Thus, concepts such as «relevant market», «barriers to entry», «market power», and «abuse of dominance» would have consistent meanings, whether the sector was basic telecoms, civil aviation, or maritime transport.

Thought should also be given to including in the due process portion of the core principles respect for comity, meaning that within the framework of their own laws, and to the extent compatible with their important interests, governments should implement competition policy taking into account the important interests of other signatories. It might be advisable to extend this to include what is called «positive comity», which is increasingly being incorporated into bilateral agreements between competition agencies. Under positive comity, if a signatory believes that anti-competitive practices carried out on the territory of another signatory are adversely affecting its own important interests, it may notify the other signatory and request its competition authorities to initiate appropriate enforcement procedures. However, in order to preserve essential control over limited enforcement resources, the requested signatory would retain the right not to act on the request.

Under this third approach I have been outlining, it is envisaged that signatories would bind themselves to observe the core principles, but the actual enforcement of national laws would not be subject to dispute settlement. Competition law would continue to be applied by independent national competition authorities, accessible to complainants. A multilateral agreement on core principles could, however, help ensure that national competition offices are backed by a suitably comprehensive law, adequate powers and resources, a recognised advocacy role, a duty to protect confidential information, and access to effective deterrents or sanctions.

Adoption of agreed core principles by itself would represent a significant step forward in promoting international co-operation in competition policy. It could be usefully strengthened, however, by encouraging international co-operation in notification of cases and in exchanging information. Even closer forms of co-operation could be provided at the multilateral level in cases where there is a significant international trade dimension, especially where there is a substantial degree of market foreclosure.

Everyone should be able to agree that a multilateral agreement incorporating core principles, including due process provisions and encour-

agement of international co-operation, would certainly have the potential to improve the application of competition policy and reduce trade frictions. But what if this potential is substantially unrealised due to a lack of enforcement at the national level? Some might argue that this is why a multilateral agreement must be backed up with binding dispute resolution, even on national cases. However, such a view effectively puts the discussion back on the difficult-to-negotiate binding rules track. Fortunately, there is another, probably more acceptable, way to ensure that competition laws are adequately enforced, at least in cases having international effects. Contracting Parties to a multilateral agreement might agree to bolster positive comity by allowing a Contracting Party and its firms to formally petition the competition authorities of another Contracting Party to take action in specific cases. Where this right is exercised, the competition office of this Contracting Party could be obligated to take action or publicly explain why it chose not to. Many believe it would be even better if the agreement gave governments and private parties the right to bring competition law actions in foreign courts.

Let me now examine in more detail just how petition rights, private rights of action and positive comity could help convert trade disputes into more manageable competition cases.

Consider first formal *petition rights*. Suppose a firm alleges that, despite assiduous efforts, it failed to gain a footing in a foreign country, because that market is foreclosed by a network of what the firm claims is a network of anticompetitive distribution agreements. Instead of complaining to its trade authorities, the firm could directly petition the pertinent foreign competition authority to investigate those agreements. If it were able to exercise such a petition right, the foreign competition authority would be obligated to provide an informed response to the petition within a reasonable time frame. Moreover, a refusal to investigate could be subject to appeal in the courts. This would greatly improve the chances that the alleged barriers to entry would be removed, assuming of course that they are in fact anticompetitive.

Trade disputes could also be nipped in the bud by having these disputes be effectively *privatised*. Applying the same example as before, if the foreign country, pursuant to a multilateral agreement or otherwise, provided an effective right of private action to both foreign and domestic firms, the aggrieved firm could directly challenge the legality of the restrictive agreements in the foreign country's courts - as opposed to before the country's competition agency, as described in the previous example. Once again, this would ensure a more rapid and more likely elimination of any barriers which are truly anticompetitive than would appeal through trade officials operating on a government to government level.

Last but not least, *positive comity* could contribute to the solution of trade disputes. Again reverting to my previous example, instead of complaining to its trade ministry, the firm alleging that its market access is blocked could go to its own competition authority who would then

request its foreign counterpart to investigate the competitive effect of the distribution agreements. Upon receiving this request, the foreign competition authority would then have to consider making an appropriate investigation and possibly taking measures to prohibit the distribution agreements.

A recent OECD study found that rights of formal petition and effective private actions to enforce competition laws already exist in a number of OECD countries and where they do, they apply equally to firms of all nationalities. Unfortunately, such petition and private action rights are far from universal among OECD Members. Perhaps that could be changed through the process of drafting a multilateral agreement, which incorporated such rights as core principles.

Returning to my third approach, now that I have explained what I mean by core principles it is time to turn to minimum standards or common approaches. There is an important distinction that needs to be made between these terms. I have already said that under the third approach, countries would bind themselves to act in accordance with the core principles, including their procedural elements. The specific rules they adopt and implement would however not be subject to binding dispute settlement. That is why I prefer to avoid the term «minimum standards», which has usually been used in the context of binding obligations. The multilateral approach I have been describing would leave countries free to adopt whatever implementing rules they deem best. It would offer them, however, important guidance in the form of agreed «common approaches» to aid them in designing and enforcing the substantive criteria. I am referring here to the tests and analytical concepts applied to assess the legality of horizontal agreements, vertical restraints, abuses of dominant position, or proposed mergers.

The fact that these so-called common approaches would be non-binding would significantly increase their chances of being agreed. It would also better convey the nature of competition law - that there is a range of valid approaches to control specific anticompetitive practices. It is also helpful that the term «common approaches» does not conjure up the same fear that countries will be reduced to agreeing on some minimum, lowest common denominator.

I expect that countries would be much more willing to subject core principles to some kind of binding dispute settlement than would be the case for minimum standards. Whether or not signatories have certain types of legal provisions —such as a competition authority or transparency— can be objectively determined on the basis of readily available information. Things are far different when trying to judge whether a particular minimum standard was properly applied in a specific case. As previously mentioned, competition policy investigations are long, fact intensive inquiries, involving a series of complex judgements, especially in cases assessed under the more common rule of reason rather than the simpler *per se* illegal approach. An outside international panel, however well inten-

tioned, would simply not have access to all the necessary information, much of which would be confidential, involving as it does highly sensitive strategic planning and trade secrets of individual firms. Furthermore, a multilateral disputes panel might lack the expertise and time needed to sift through the evidence and make judgements requiring in-depth knowledge of the relevant product and geographic markets and involving difficult economic tradeoffs. There is also the difficult issue of national sovereignty. Few nations would be willing to see an international panel overrule its national competition agency on questions involving both objective evidence and subjective judgements. Fewer still would be willing to believe that an international panel is in a better position to supervise their competition agencies than national courts of appeal.

This third approach that I have been describing for multilateral competition rule making through the adoption of binding core principles and non-binding common approaches while admittedly ambitious is far from being unrealistic, considering the progress achieved so far at the OECD, in bilateral agreements and in regional economic arrangements. I turn now to those developments.

### 3. A BRIEF SELECTIVE LOOK AT OTHER DEVELOPMENTS REGARDING INTERNATIONAL CO-OPERATION IN THE COMPETITION POLICY DOMAIN

OECD work on international co-operation in the competition policy domain has certainly contributed to the current discussion surrounding possible multilateral competition rules. It must be noted, however, that past and current work in this domain has been motivated as much by a concern to improve competition policy in an increasingly globalized world, as it has by a desire to facilitate ongoing trade liberalisation.

Competition officials have tried to reduce frictions caused by extra-territorial application of national competition laws. They have also been sensitive to the need to reduce business costs and uncertainty, especially in the area of transnational mergers. Above all, competition officials have been keen to co-ordinate their efforts to detect and prosecute international cartels.

The OECD has played an important catalysing role in promoting co-operation among national competition agencies. Formally, its efforts have borne fruit in the form of two OECD Council Recommendations, in 1995 and 1998. The first of these builds on a series of earlier Recommendations dating back to 1967. It centres on enhancing co-operation between Member countries on anticompetitive practices affecting international trade. In particular it states that Member competition agencies should:

- inform each other of possible violations of the other's law
- forewarn each other of cases which may affect the other's interests



request the other agency to act against practices which affect the requesting country's interests

collect and share information to the extent permitted under national confidentiality laws

co-ordinate investigations, and  
co-ordinate remedial actions.

The 1995 Recommendation contains a voluntary conciliation process, which has not yet been tested, and if previous experience is any guide, probably will be very infrequently resorted to.

The 1998 Council Recommendation is narrower in scope. It seeks to encourage co-operation in eradicating so called «hard core» cartels. These constitute the most damaging and egregious violations of competition laws, since they are directed at fixing prices, rigging bids, restricting outputs, or sharing or dividing markets. The Recommendation states that Members should:

ensure their competition laws effectively halt and deter hard core cartels, and

co-operate in enforcing their laws in this domain.

Both the 1995 and 1998 Recommendations urge Members to co-operate in ways respecting negative and positive comity.

The 1998, 1995 and prior Recommendations were consciously drawn up in the hope they would help spawn bilateral co-operation agreements. Fortunately, that appears to have happened. Such co-operation, so far concentrated chiefly on Australia, Canada, the European Union, France, Germany, New Zealand, and the United States, is important in itself, but it also contributes to plurilateral or multilateral developments.

All bilateral agreements, especially the most recent ones incorporating elements of positive comity, have come up against an important road-block - namely difficulties agencies have in sharing confidential data. Sometimes parties agree that confidential information can be shared with foreign competition agencies. Such consent, though, is all too rare, and certainly cannot be counted on when likely to be most needed. I am thinking here especially of international cartel cases, where the parties face substantial potential sanctions. To help find a way around this difficulty, the US Congress passed in November 1994, the International Anti-trust Enforcement Assistance Act, which under certain conditions, allows the US competition authorities to enter into international agreements providing for the exchange of confidential information. Interestingly, this law also permits the exchange of information with countries whose interests are affected by anticompetitive conduct organised in the United States which is not illegal under US law. So far, there seems to be just one agreement signed under this law, that is, the one between Australia and the United States. It should be noted, however, that prior to the passage of this Act, the United States and Canada entered into a mutual legal assistance treaty which allowed for the transfer of confidential information

in antitrust cases having a criminal dimension. I believe the United States and the European Union also may be close to implementing an agreement to further advance their existing co-operation and to facilitate information exchange.

The most direct way to solve the confidentiality problem —indeed the strongest form of bilateral agreement, i.e. one which is legally binding— has been adopted by Australia and New Zealand. In the context of their closer economic relations treaty (ANZCERTA), these two countries adopted a free trade area and simultaneously replaced antidumping laws with competition law provisions. Moreover, they amended their abuse of dominance provisions to permit complainants in either country to initiate proceedings in the other country. The ANZCERTA arrangement also allows the two countries' competition offices to hold hearings in either country, and to issue subpoenas and remedial orders enforceable in the other country. Such a high degree of co-operation is probably not possible outside the context of a far reaching trade agreement between countries having very similar competition laws and legal cultures, but it certainly provides an interesting example of the degree of co-operation that is possible in some circumstances.

In addition to bilateral arrangements facilitating co-operation between competition authorities, I should mention in passing various regional groupings. The most far reaching of course is the European Union, whose founding Treaty has been used to build a complete competition law, enforced by the European Commission and applying to all cases having an effect on intra-community trade. The European Union has also entered into an agreement with the former EFTA countries providing for wide ranging co-operation and exchange of information between the European Commission and the EFTA Surveillance Authority. This agreement contains an explicit derogation from normal European Union rules protecting the confidentiality of information, to allow for greater co-operation. Various Europe Agreements concluded between the European Union and the central and eastern European countries on track for eventual membership in the European Union, complete the picture in Europe with obligations to harmonise competition laws with those prevailing in the European Union.

Other regional arrangements also have some competition provisions, but they are considerably narrower in scope than what is occurring within ANZCERTA or the European Union. For example, the objectives of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) between Canada, Mexico and the US mentions not only the elimination of trade barriers but also the promotion of competition and the protection of intellectual property rights. NAFTA's Chapter 15 contains specific references to competition policy, monopolies and state enterprises. Member countries are required to «adopt or maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct and to take appropriate action with respect thereto», consult with respect to «the effectiveness of measures undertaken by each party», and

co-operate «on issues of competition law enforcement policy». Chapter 17 includes, in the context of intellectual property rights, rules on the control of abusive or anticompetitive practices or conditions. The Canada-Chile Free Trade Agreement goes further, however, in that for products having zero tariffs, it replaces antidumping duties with domestic competition laws.

International co-operation among competition agencies is not something that depends only or even primarily on formal instruments of co-operation. It is greatly fostered by countries having similar laws and enforcement cultures. One could fairly say that virtually all the OECD's activity in the competition policy domain serves in some way to promote such similarity, especially after our 1992 Ministerial instructed us to devote more attention to fostering convergence in competition laws.

The OECD has more recently been engaged, through our Joint Group on Trade & Competition, in constructing building blocks for closer co-operation between the trade and competition policy communities. These building blocks should also be useful in stimulating the development of the common approaches that eventually might be incorporated into multilateral competition agreements. A good example of this work is a recently approved document discussing the competition and trade effects of vertical restraints and laying out a methodological approach to deal with such restraints. Next year, we will begin to do the same kind of work in the areas of merger review and assessing abuse of dominance, and will also seek to create a framework of petition rights and rights of private actions to deal with cases where it is alleged that anticompetitive conduct is inhibiting market access. Finally, work is also progressing on an outline of core principles and common approaches which might at some point be the subject of a plurilateral or multilateral agreement.

It is often said that as trade barriers decline, private anticompetitive practices become a more important and more pervasive restriction on international trade. The OECD's trade and competition work has failed to turn up a large body of convincing evidence for that hypothesis, but it continues to examine the question. As just mentioned, however, there is perhaps a more fruitful direction to look in with respect to efforts to promote both greater trade and greater competition. Many countries, including virtually all OECD Members, are currently liberalising sectors which used to be vertically integrated private or publicly owned monopolies. Reforms are especially evident in sectors such as telecommunications, electricity, natural gas, transportation, and financial and professional services. As these sectors are privatised and progressively opened to market forces, there is a distinct possibility that the former state owned enterprises or closely regulated private firms will try to restrict growing competition. If they succeed, the reforms will probably yield little in the way of real efficiency improvements and cheaper, better products for consumers. This is why the OECD is working hard to inject a competition policy dimension into our work on regulatory reform.

On regulatory reform, I should mention that in addition to a major report to Ministers in May 1997—which assessed the results of countries' experience with reform and made specific recommendations in a number of areas, including competition policy and its enforcement—we are now conducting country reviews to assess Members' progress in reforming their regulatory regimes. We are making specific recommendations to the countries under review; and competition policy is one of the central elements of our reviews and recommendations. Telecommunications and electricity are the two sectors that are included in our reviews.

#### 4. CONCLUSION

In my presentation this morning, I have tried to show that international competition rules could take several different forms, each having different likelihoods of materialising and different desirabilities as well. At one end of the spectrum we could have more of what already exists. That could include new WTO sectoral trade agreements, containing competition provisions similar to those found in the Telecommunications Agreement. Such arrangements bring risks of inefficient market distortions and potential trade frictions because of different treatments accorded to competitors covered by different sectoral agreements. Extending the status quo would also include adding to the web of bilateral co-operation agreements between competition agencies, and some growth in the use of common rules within countries entering common markets or other forms of integration going further than customary free trade areas. More bilateral agreements certainly seem like a good idea but they do not address the problem posed by the lack of competition laws in some countries, and low levels of enforcement in others. Common rules within regional blocks of fairly similar countries could effectively regulate problems occurring within the groupings but solve none of the problems involving outside countries.

At the other end of the spectrum, is a set of detailed binding competition rules enforced through a dispute settlement process. This option has a significantly lower probability of being adopted, but it has served a useful purpose in helping to clarify the relevant issues and catalysing the development of more realistic alternatives.

I have devoted the lion's share of my comments this morning to examining a third approach, one dependent on adopting a set of core principles enforceable under a dispute settlement process and a group of non-binding common approaches. This third approach has the advantages of being more politically feasible, as well as sensitive to competition enforcement realities and different conditions and historical experiences across countries. It is also rooted in past successful efforts at international co-operation in this area.

That said, I do not underestimate the wide divergence of opinion that still exists and the difficulty of finding consensus on any approach in this area. But whatever form international rule making regarding competition policy takes, I am confident that the OECD will be able and willing to contribute to advancing the work.

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL  
CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST  
HARD CORE CARTELS<sup>1</sup>

Organisation for Economic  
Co-operation and Development  
1993

Abstract

Resumen. El Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico recomienda medidas de carácter de política y acción económica para combatir eficazmente los cárteles de núcleo duro. Esta recomendación se refiere a aquellos acuerdos que tienen como finalidad la reducción de los costos de producción en ausencia de la libre competencia de los productores del mercado.

THE COUNCIL

Having regard to Article 5(h) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14th December 1961;

Having regard to previous Council Recommendations' recognition that effective application of competition policy poses a vital role in providing world trade by ensuring dynamic national markets and encouraging the lowering or relaxing of entry barriers to improve efficiency; and that sustaining entry practices may constitute an obstacle to the achievement of economic growth, trade expansion, and other economic goals of Member countries [C(79)104(FINAL)];

Having regard to the Council Recommendation that derogations from competition law should be as limited as necessary [C(79)105(FINAL)] and to the agreement in the Conclusions of the May 1997 meeting of the Council at Ministerial level to work towards eliminating gaps in coverage of competition law, which agreement suggests that compelling public interests cannot be served by hard-core [C(97)105];

<sup>1</sup>Document No. 14, 22 April 1993, C(93)105(FINAL).



## RECOMMENDATION OF THE COUNCIL CONCERNING EFFECTIVE ACTION AGAINST HARD CORE CARTELS <sup>1</sup>

Organisation for Economic  
Co-operation and Development  
OECD

### Abstract

Recomendación de la OCDE que contiene un llamamiento para una actuación concertada contra la fijación de precios y otros acuerdos anticompetitivos calificados como constitutivos de «*hard core*» cartels. Esta expresión se aplica a aquellos acuerdos que lesionan directamente los intereses de los consumidores mediante un aumento de los precios o una restricción del suministro.

### THE COUNCIL

Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14th December 1960;

Having regard to previous Council Recommendations' recognition that «effective application of competition policy plays a vital role in promoting world trade by ensuring dynamic national markets and encouraging the lowering or reducing of entry barriers to imports» [C(86)65(Final)]; and that «anticompetitive practices may constitute an obstacle to the achievement of economic growth, trade expansion, and other economic goals of Member countries» [C(95)130/FINAL];

Having regard to the Council Recommendation that exemptions from competition laws should be no broader than necessary [C(79)155(Final)] and to the agreement in the Communiqué of the May 1997 meeting of the Council at Ministerial level to «work towards eliminating gaps in coverage of competition law, unless evidence suggests that compelling public interests cannot be served in better ways» [C/MIN(97)10];

<sup>1</sup> Ministerial Meeting, Paris 27-28 April 1998. C (98)35/FINAL.

Having regard to the Council's long-standing position that closer co-operation is necessary to deal effectively with anticompetitive practices in one country that affect other countries and harm international trade, and its recommendation that when permitted by their laws and interests, Member countries should co-ordinate investigations of mutual concern and should comply with each other's requests to share information from their files and to obtain and share information obtained from third parties [C(95)130/FINAL];

Recognising that benefits have resulted from the ability of competition authorities of some Member countries to share confidential investigatory information with a foreign competition authority in cases of mutual interest, pursuant to multilateral and bilateral treaties and agreements, and considering that most competition authorities are currently not authorised to share investigatory information with foreign competition authorities;

Recognising also that co-operation through the sharing of confidential information presupposes satisfactory protection against improper disclosure or use of shared information and may require resolution of other issues, including potential difficulties relating to differences in the territorial scope of competition law and in the nature of sanctions for competition law violations;

Considering that hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others; and

Considering that effective action against hard core cartels is particularly important from an international perspective —because their distortion of world trade creates market power, waste, and inefficiency in countries whose markets would otherwise be competitive— and particularly dependent upon co-operation —because they generally operate in secret, and relevant evidence may be located in many different countries;

I. RECOMMENDS as follows to Governments of Member countries:

A. CONVERGENCE AND EFFECTIVENESS OF LAWS PROHIBITING HARD CORE CARTELS

1. Member countries should ensure that their competition laws effectively halt and deter hard core cartels. In particular, their laws should provide for:

- a) effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels; and
- b) enforcement procedures and institutions with powers adequate to detect and remedy hard core cartels, including powers to obtain documents and information and to impose penalties for non-compliance.



2. For purposes of this Recommendation:

a) a «hard core cartel» is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce;

b) the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realisation of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country's own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws. However, all exclusions and authorisations of what would otherwise be hard core cartels should be transparent and should be reviewed periodically to assess whether they are both necessary and no broader than necessary to achieve their overriding policy objectives. After the issuance of this Recommendation, Members should provide the Organisation annual notice of any new or extended exclusion or category of authorisation.

**B. INTERNATIONAL CO-OPERATION AND COMITY IN ENFORCING LAWS PROHIBITING HARD CORE CARTELS**

1. Member countries have a common interest in preventing hard core cartels and should co-operate with each other in enforcing their laws against such cartels. In this connection, they should seek ways in which co-operation might be improved by positive comity principles applicable to requests that another country remedy anticompetitive conduct that adversely affects both countries, and should conduct their own enforcement activities in accordance with principles of comity when they affect other countries' important interests.

2. Co-operation between or among Member countries in dealing with hard core cartels should take into account the following principles:

a) the common interest in preventing hard core cartels generally warrants co-operation to the extent that such co-operation would be consistent with a requested country's laws, regulations, and important interests;

b) to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information, Member countries' mutual interest in preventing hard core cartels warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition authorities and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process;

c) a Member country may decline to comply with a request for assistance, or limit or condition its co-operation on the ground that it considers compliance with the request to be not in accordance with its laws or regulations or to be inconsistent with its important interests or on any other grounds, including its competition authority's resource constraints or the absence of a mutual interest in the investigation or proceeding in question;

d) Member countries should agree to engage in consultations over issues relating to co-operation.

In order to establish a framework for their co-operation in dealing with hard core cartels, Member countries are encouraged to consider entering into bilateral or multilateral agreements or other instruments consistent with these principles.

3. Member countries are encouraged to review all obstacles to their effective co-operation in the enforcement of laws against hard core cartels and to consider actions, including national legislation and/or bilateral or multilateral agreements or other instruments, by which they could eliminate or reduce those obstacles in a manner consistent with their important interests.

4. The co-operation contemplated by this Recommendation is without prejudice to any other co-operation that may occur in accordance with prior Recommendations of the Council, pursuant to any applicable bilateral or multilateral agreements to which Member countries may be parties, or otherwise.

## II. INSTRUCTS the Competition Law and Policy Committee:

1. to maintain a record of such exclusions and authorisations as are notified to the Organisation pursuant to Paragraph I. A 2b);

2. to serve, at the request of the Member countries involved, as a forum for consultations on the application of the Recommendation; and

3. to review Member countries' experience in implementing this Recommendation and report to the Council within two years on any further action needed to improve co-operation in the enforcement of competition law prohibitions of hard core cartels.

III. INVITES non-Member countries to associate themselves with this Recommendation and to implement it.

## SELF REGULATION AND ANTITRUST

Robert PITOFSKY<sup>1</sup>

Chairman US Federal Trade Commission

### Abstract

El autor analiza la interrelación entre la autorregulación y la política de la competencia. La autorregulación adquiere gradualmente una mayor importancia y constituye un elemento esencial del desarrollo económico. Por ello, este fenómeno requiere ser admitido por las autoridades de defensa de la competencia, si bien sometido a su control. La autorregulación tiene beneficios evidentes, pero también riesgos desde el punto de vista competencial.

Legitimate and fair self-regulation will become more important as the economy grows faster than government regulation. Today I want to share with you some thoughts about the role of self-regulation and how current self-regulatory efforts assist the Federal Trade Commission in meeting its statutory mandate of preventing unfair or deceptive acts and practices. I will then discuss an increasingly common question posed by firms engaging in self-regulatory efforts: Are antitrust and self-regulation at odds? My answer is that antitrust only rarely limits opportunities for genuine self-regulation.

My discussion of this theme will touch on several points familiar to antitrust lawyers. Self-regulation often improves competition by creating or disseminating truthful information, valued by consumers. Associations can implement an enforcement regime in many circumstances without significantly increasing antitrust risks. The use of clear and fair procedures can help prevent abuses of the self-regulation process. On the other hand, self-regulation can provide a dangerous opportunity for rivals, often out of public sight, to damage rivals that they fear they cannot defeat in the marketplace. The courts and the enforcement authorities will not rec-

---

<sup>1</sup> DC Bar Association Symposium, February 18, 1998, Washington, DC. The views expressed are those of Chairman Pitofsky, and do not necessarily reflect those of the Commission or other Commissioners.

ognize as legitimate «self-regulation» efforts designed to exclude innovative rivals, or to enforce a naked agreement to restrict competition.

My central theme is that while self-regulation programs must be monitored carefully because of their anticompetitive potential, rigid, exaggerated or outdated interpretations of antitrust should not be allowed to block legitimate and well-intended self-regulation efforts.

## THE BENEFITS OF SELF-REGULATION

The public and private benefits of industry self-regulation are many. First, self-regulatory groups may establish product standards that often assure safety. The private standards «industry», with groups such as the American National Standards Institute (ANSI) and the American Society of Mechanical Engineers (ASME), promulgates tens of thousands of voluntary standards to promote safety or quality. In turn these standards may facilitate the emergence of markets by establishing minimum levels of product quality, and improving consumers' understanding and trust of new products.

Standard setting also can lower the cost of production. For example, a standard can be established to assist manufacturers in producing interconnecting or interchangeable parts. Especially in high-tech industries, standards assure a manufacturer that if its product conforms, the product will interconnect with complementary or rival products of similar specifications.

Industry self-regulation also helps consumers evaluate products and services by providing information about the qualities and characteristics of the seller's products. As then- Circuit Judge Breyer explained, the promulgation of standards «provid[es] information to makers and to buyers less expensively and more effectively than without the standard»<sup>2</sup>.

Testing organizations that grade products, such as Underwriters' Laboratories or Consumer Reports, can provide these benefits.

An industry group may engage in self-regulation to enhance its reputation for fair and honest service by establishing ethical standards and disciplining those who do not abide by the standards. Professional associations, for example, often exclude unqualified applicants to assure the public that practitioners possess a minimum level of competence and to protect the associations' reputations as well.

Self-regulation often may deter conduct that would be universally considered undesirable, but that the civil or criminal law does not prohibit. For example, cheating in sporting contests may not violate the law because the improper conduct is not considered sufficiently serious or because

<sup>2</sup> See *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 487 (1st Cir. 1988), cert. denied, 488 us 1007 (1989).

no injured party is likely to appear to bring suit. As a result, industry self-regulation may provide the only meaningful deterrent to would-be cross checkers and bean ball artists.

From a public policy perspective, self-regulation can offer several advantages over government regulation or legislation.

It often is more prompt, flexible, and effective than government regulation. Self-regulation can bring the accumulated judgment and experience of an industry to bear on issues that are sometimes difficult for the government to define with bright line rules. Finally, government resources are limited and unlikely to grow in the future. Thus, many government agencies, like the FTC, have sought to leverage their limited resources by promoting and encouraging self-regulation.

Of course, self-regulation can be anticompetitive. Competitors may use the self-regulatory process to disadvantage new rivals or new forms of competition. When that happens, enforcement must be forceful and firm. As the Supreme Court has observed in connection with standard setting:

There is no doubt that the members of [private standard-setting] associations often have economic incentives to restrain competition and that the product standards set by such associations have a serious potential for anticompetitive harm. Agreement on a product standard is, after all, implicitly an agreement not to manufacture, distribute, or purchase certain types of products. Accordingly, private standard-setting associations have traditionally been objects of antitrust scrutiny<sup>3</sup>.

And of course, government regulation has advantages of its own, such as the increased chance that a point of view other than the industry's will be considered in developing and applying the standards.

## THE FTC AND SELF-REGULATION

At the FTC we frequently address self-regulation issues, from both competition and consumer protection perspectives. In our competition role, we seek to prevent self-regulatory restraints that harm the competitive process by denying consumers the full range of choices, or by preventing new forms of competition from emerging. We also play a role in counseling self-regulatory organizations on how they can regulate without raising significant antitrust concerns. In our consumer protection role we work with industry groups to develop sound self-regulatory initiatives, thereby avoiding unnecessary government regulations. But we are also there to prevent self-regulation that goes too far and unnecessarily restricts competition in the market.

<sup>3</sup> *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 us 492, 500-01 (1988).

## COMPETITION

Let me provide just two examples of our approach to competition and self-regulation. The first involves health care and illustrates a kind of self-regulation that went too far. Until the late 1970s, most physicians practiced solo, fee-for-service medicine. There were few alternative arrangements. There was almost no advertising by health care providers. A significant impediment to the growth of competitive alternatives was the AMA's ethical standards. These self-imposed standards prohibited physicians from engaging in various forms of advertising, providing services to patients under a salaried contract with a «lay» hospital or HMO, «underbidding» for a contract or agreeing to accept compensation that was «inadequate» compared to the «usual» fees in the community, and entering into arrangements whereby patients were supposedly denied a «reasonable» degree of choice among physicians.

In 1979, the Commission held that all of these restraints violated the antitrust laws<sup>4</sup>. Since that time, the Commission has brought a number of enforcement actions to ensure that self-regulation does not harm the emergence of new forms of competition in health care. As important, the Commission has issued several advisory opinions to guide associations such as the AMA in their self-regulation efforts<sup>5</sup>.

A more recent example involves the efforts of the Direct Marketing Association (DMA) to enable consumers to restrict their receipt of unsolicited direct mail or telephone direct marketing, by providing a system that allows consumers to place their names on nonsolicitation lists. DMA submitted a proposal to the FTC that in essence would require member firms not to engage in mail or telephone solicitation of consumers on the nonsolicitation lists. In addition, DMA proposed to require each member to notify consumers of its information practices (for example, that the member sometimes sells its customer list to other firms) and to allow consumers to prevent the sale or other disclosure of their name, address, or other information.

In an advisory opinion, the FTC staff noted that the requirement that DMA members not engage in direct mail or telemarketing solicitation of consumers who request such treatment could be considered a direct restriction on solicitation. The staff suggested that this requirement was not vulnerable on antitrust grounds because it would restrict solicitation only of consumers who affirmatively communicated that they do not want the information that direct marketers would otherwise seek to provide. The restraint did not limit any information consumers desired. From another point of view, the restriction improved the information available

<sup>4</sup> American Medical Ass'n, 94 FTC 701 (1979), aff'd as modified, 638 F.2d 443 (2d Cir. 1980), aff'd per curiam by an equally divided Court, 455 US 676 (1982).

<sup>5</sup> FTC Letter to Kirk B. Johnson, AMA, Feb. 14, 1994; American Academy of Ophthalmology, 101 FTC 1018 (1983).

to consumers, and gave consumers new choices. Member firms will now disclose their marketing practices to consumers permitting them to opt out. This option was previously unavailable to consumers, and was unlikely to become available absent government or self-regulation. Similar efforts to provide truthful information to consumers and to expand consumers' choices are likely to be found legal, as they would advance the purposes of the antitrust and the consumer protection laws.

## CONSUMER PROTECTION

We have recognized for over a generation that selfregulation can serve as an important complement to our consumer protection enforcement efforts. Often the Commission will supplement self-regulation by providing review of the regulator's final decisions under the laws we enforce.

On several occasions, I have described the advertising industry's self-regulatory program as an effective model. Created in 1971 when the National Advertising Review Council was formed, the National Advertising Division (NAD) expeditiously investigates complaints against advertisers brought by consumers and other advertisers. An advertiser who disagrees with the NAD's conclusion may appeal it to the National Advertising Review Board (NARB), which includes members from inside and outside the advertising industry.

Compliance with the NAD/NARB process is voluntary. Remarkably, over 3500 cases have been handled since 1971, and in the clear majority of cases, the challenged advertising has been discontinued or modified voluntarily. When an advertiser refuses to abide by an NAD decision, this matter is often referred to the Commission. We take referrals seriously but engage in our own investigation and review of the issues under Section 5 of the FTC Act<sup>6</sup>. Where appropriate the Commission takes enforcement action.

Another aspect of this self-regulatory system is striking: NAD and NARB decisions are made public. This enhances the credibility of the program and of course provides valuable information to consumers.

## ANTITRUST RISKS OF SELF-REGULATION

We frequently hear concerns expressed that the antitrust laws pose obstacles to self-regulation efforts. Some who raise this criticism may refer to several older antitrust cases that might appear to condemn or restrict self-regulation with very broad language. I think those cases, properly understood, do not pose a significant obstacle to legitimate self-regulation.

<sup>6</sup> Also, the fact that an advertiser has been through the NAD process and changed its advertising as a result is no guarantee that the Commission will not investigate.

Justice Black's opinion in *Fashion Originators' Guild of America v. FTC* can be interpreted as severely restricting the ability of firms to engage in self-regulation<sup>7</sup>. The defendants were makers of «designer» women's fashions, and through their trade association, agreed to boycott any retail outlet that carried imitation designs produced by so-called «style pirates.» The Supreme Court condemned the concerted refusal to deal as an illegal group boycott. The defendants' purpose, namely the suppression of style piracy, was not adequate to justify such highly anticompetitive conduct. The Court described the association as an «extra-governmental agency... that provides extra-judicial tribunals for determination and punishment of violations, and thus trenches upon the power of the national legislature and violates the statute»<sup>8</sup>.

Although *Fashion Originators* probably would be decided the same way today, I doubt Justice Black's sweeping language about extra-governmental alliances would or should apply with equal force.

Justice Black's broad language should not be read as establishing a government «monopoly» on regulation in the public interest. The presence of government regulation on a given subject does not necessarily «preempt» private efforts to advance similar goals. For example, if the government declares deceptive advertising illegal, a group of advertisers might still take steps, such as the establishment of reasonable guidelines, to prevent specific types of misleading ads.

Of course, self-regulators should not rely on the fact that they appear to be enforcing the law as providing a grant of antitrust immunity. The self-regulators may misinterpret the statute or engage in over-enforcement. As the Supreme Court said in *Indiana Federation of Dentists*, «[t]hat a particular practice may be unlawful is not, in itself, a sufficient justification for collusion among competitors to prevent it... Anticompetitive collusion among private actors, even when its goal is consistent with state policy, acquires antitrust immunity only when it is actively supervised by the State»<sup>9</sup>.

Another case often viewed as posing risks for self-regulation is *United States v. National Ass'n of Broadcasters*<sup>10</sup>. That case involved a Justice Department challenge to several provisions of the NAB Code that appeared to restrict the amount of television advertising. In particular, the court held that the multiple product rule, which prevented advertisers from advertising more than one product in a 30-second commercial, was per se illegal since it had the necessary effect of increasing the demand for and price of commercial time.

<sup>7</sup> *Fashion Originators' Guild of Am. v. FTC*, 312 US 457 (1941).

<sup>8</sup> *Id.* at 465 (internal citation omitted).

<sup>9</sup> *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 465 (1986).

<sup>10</sup> 536 F. Supp. 149 (DDC 1982), consent entered, *United States v. National Ass'n of Broadcasters*, 553 F. Supp. 621 (DDC 1982).



NAB should not be understood to restrict the ability of broadcasters or advertisers to enter into reasonable agreements. Many other provisions of the NAB code were not challenged<sup>11</sup>. The multiple product rule raised competitive concerns because it was imposed by a group of rival broadcasters and had the effect of artificially increasing the demand for commercial time. Other restrictions, without a similarly clear anticompetitive impact, should survive antitrust scrutiny.

I think an important element of NAB is that, without regard to any potential laudatory goal, the restrictions clearly served the economic interests of the broadcasters. Where this economic self-interest is absent, self-regulation is less likely to raise significant competitive concern. For example, in 1994 the Justice Department approved voluntary television violence guidelines by the Association of Independent Television Stations, which included a series of parental advisories to be used for programs with violent material. In a letter to the association, the department observed that these guidelines «are not intended to, nor can we predict that they would have the effect of, significantly decreasing competition among broadcasters, cable operators or other television media, among program producers, or among advertisers...» Moreover, the guidelines could have substantial procompetitive effects by «disseminat[ing] valuable information on program content to both advertisers and television viewers. Accurate information can enhance the demand for, and increase the output of, the industry's products»<sup>12</sup>.

Finally, some have cited the Supreme Court's decision in *National Society of Professional Engineers v. United States*<sup>13</sup>, which can be interpreted to rule out consideration of non-economic goals such as health and safety considerations in a rule of reason analysis, as a threat to industry self-regulation. In that case, the association attempted to justify a ban on competitive bidding by claiming that competitive bidding would lead to «deceptively low bids, and would thereby tempt individual engineers to do inferior work with consequent risk to public safety and health»<sup>14</sup>.

At least part of the purported «self-regulators'» problem in *Professional Engineers* was that the Court did not believe the best way to ensure safe construction was to agree to ban competitive bidding. As Professor Areeda pointed out, if the Court really believed that competitive bidding would cause buildings to fall down on the heads of occupants, it might have written a somewhat different opinion<sup>15</sup>. More to the point, enforce-

---

<sup>11</sup> For example, the Justice Department did not challenge certain NAB restrictions on liquor or cigarette advertising and advertising aimed at children. The cigarette and children advertising restrictions had earlier survived private antitrust challenges. See *American Fed'n of Television & Radio Artists v. NAB*, 407 F. Supp. 900 (SDNY 1976) (restriction on advertising by hosts of children's programs); *American Brands, Inc. v. NAB*, 308 F. Supp. 1166 (DC 1969) (cigarette advertising).

<sup>12</sup> Justice Department Letter to the Association of Independent Television Stations, Jan. 25, 1994.

<sup>13</sup> 435 US 679 (1978).

<sup>14</sup> *Id.* at 693 (footnote omitted).

<sup>15</sup> Areeda, 7 *Antitrust Law* 381-83 (1986).

ment agencies have demonstrated in their case selection and advisory opinions that they are not in the business of challenging legitimate and well-intentioned self-regulation because it purports to serve a goal that cannot be strictly interpreted as «economic.» We should continue to be skeptical about purported non-economic defenses—they can often be the last refuge of parties who have little else to say in defense of their behavior—but absolute refusal to take all such considerations into account seems to me to go too far.

## ANTITRUST ANALYSIS OF SELF REGULATION

### VOLUNTARY GUIDELINES

I hope I have assuaged any suspicions that the antitrust laws pose insurmountable impediments to well-meaning self-regulation. Let me now offer some suggestions about how self-regulation can avoid undue anti-trust risk.

The courts generally evaluate industry self-regulation under the rule of reason. One factor in determining whether standards will be approved under the antitrust laws is whether those standards are «voluntary». In a 1971 advisory opinion, the FTC took the position that «all standards must be voluntary»<sup>16</sup>, but the Commission is not likely to take such an absolute position today. Case law and advisory opinions from the FTC and the Antitrust Division, however, suggest that there is virtually no antitrust risk when parties to a self-regulatory regime simply announce general guidelines that ought to apply, or announce such standards and refer departures to enforcement agencies like the FTC, but do not agree to adhere, directly or indirectly, to these standards.

What if an association informs the public about those members who fail to comply with the «voluntary» program?

Does that make the program coercive rather than voluntary? Assuming fair process (which I will discuss below) I don't think it should. Although providing information about firms that do not comply would appear to provide a powerful incentive to comply, such a program may be procompetitive. First, the association has supplied consumers with valuable and accurate information that consumers might not be able to gather on their own. Second, the incentive to adhere is not created by the association, but by the preferences of informed consumers. As the Fifth Circuit put it in the context of standard setting, «a trade association that evaluates products and issues opinions, without constraining others to follow its recommendations, does not per se violate [the Sherman Act] when, for whatever reason, it fails to evaluate a product favorably to the

---

<sup>16</sup> Legality of a Proposed Standard Certification Program, 78 FTC 1628, 1630 (1971).

manufacturer»<sup>17</sup>. That is, the choice whether to buy the product or not remains with the consumer.

## ENFORCEMENT OF SELF-REGULATION

There is increasing demand for forms of self-regulation that include some level of enforcement. As self-regulation plays an increasingly important role, the desire to permit self-regulators to back up their regulation with enforcement seems to be legitimate. Purely voluntary regimes may not be effective in protecting consumers or fulfilling the other goals of self-regulation. Although the Supreme Court has observed that «[c]oncerted efforts to enforce (rather than just agree upon) private product standards face more rigorous antitrust scrutiny»<sup>18</sup>, that does not mean that associations can or should refrain from implementing an enforcement program.

## ADVERSE COMPETITIVE EFFECTS

One critical factor is whether there is any competitive effect from the self-regulatory effort. Self-regulation may affect the competitive process by excluding or competitively disadvantaging a competitor or group of competitors. The question is whether this exclusion is competitively significant.

The focus on adverse competitive effects of industry self-regulation is suggested by the Supreme Court's opinion in *Northwest Wholesale Stationers*. There the Court declined to apply the per se rule to the expulsion of a stationer from a buying cooperative. The decision holds that the per se rule is not applicable unless the plaintiff provides «some showing... that the cooperative possesses market power or unique access to a business element necessary for effective competition»<sup>19</sup>. Since *Northwest Wholesale Stationers*, many courts have focused on the adverse competitive effects from self-regulation, or the lack thereof, in determining whether there is an antitrust violation.

Perhaps the most common antitrust claims in this area involve challenges by competitors who fail to meet an association's standards for certification. These claims almost invariably fail, especially where the firm is still able to compete in the market without the certification<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *Consolidated Metal Products, Inc. v. American Petroleum Institute*, 846 F.2d 284, 292 (5th Cir. 1988).

<sup>18</sup> *Allied Tube*, 486 us at 501 n.6 (emphasis in original).

<sup>19</sup> *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 us 284, 298 (1984).

<sup>20</sup> See *Sanjuan v. American Board of Psychiatry and Neurology, Inc.*, 40 F.3d 247, 251 (7th Cir. 1994) (no antitrust violation from Board's refusal to certify psychiatrists because «plaintiffs already are sellers in the market for psychiatric services; turning down their application for cer-

In other cases, there may be no significant restraint of competition. For example, suppose a group of beer companies decided to enact a code not to advertise on college campuses. The minimum drinking age currently is 21 in all states, making a large percentage of the college audience too young, by state law, to purchase and consume alcoholic beverages legally, and there is widespread support from consumer groups for some restrictions. Would such an agreement be struck down as an antitrust violation? Critical to finding a violation would be evidence to suggest that the code would likely have an anticompetitive effect. Here that effect is not clear because sales to much of the target audience would be illegal. Competition for illegal sales is not the type of competition the antitrust laws were intended to protect. Nor is it clear how restrictions on campus advertising would adversely affect legal sales, since beer companies would retain many other avenues of advertising to attract the audience of legal buyers. Since the restriction is unlikely to have an anticompetitive effect on legal sales, it could pass antitrust scrutiny assuming there was no evidence of anticompetitive intent.

Let me caution that in focusing on competitive effects, some might suggest the use of simple safe harbors based on the market shares of the group of firms engaging in the self-regulatory effort. Such an approach will not always provide useful guidance. An association may possess a significant degree of market power indirectly through the incorporation of its standards into law by various jurisdictions. Moreover, proof of actual detrimental effects on the market and on competition may be an alternative to a detailed inquiry into market power and market share<sup>21</sup>. For example, the enforcement of a joint standard may in certain circumstances foreclose a competitor from selling to consumers, limiting the choice of alternative products to the consumer<sup>22</sup>.

## CLEAR, FAIR PROCEDURES

The process by which groups engage in industry selfregulation can affect antitrust concerns. Thus, as the Supreme Court has instructed, where standards are «based on the merits of objective expert judgments and [are adopted] through procedures that prevent the standard-setting process from being biased by members with economic interests in stifling product competition», participants in the standard-setting process may not be liable for any possible exclusionary effect of the standard<sup>23</sup>. Cases

---

tification does not remove their output from the market and therefore does not raise prices to consumers.»); *Schachar v. American Academy of Ophthalmology, Inc.*, 870 F.2d 397 (7th Cir. 1989).

<sup>21</sup> The Supreme Court has explicitly stated that substantial market power is not always required to find liability under section 1 of the Sherman Act. *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, 493 US 411, 429-31 (1990); *Indiana Fed'n of Dentists*, 476 US at 460-61.

<sup>22</sup> See *Wilk v. American Medical Ass'n*, 895 F.2d 352 (7th Cir.) (rule prohibiting physicians from referring patients to chiropractors had an actual adverse effect on consumer choice), cert. denied, 496 US 927 (1990).

<sup>23</sup> *Allied Tube*, 486 US at 501.

in which liability has been found have invariably involved serious abuses of process, such as the packing of a standard-setting committee with numerous representatives of a single company<sup>24</sup>, the use of a standard-setting organization's official imprimatur by a competitor to label a rival's product unsafe<sup>25</sup>, or the application of nonobjective criteria by competitors to exclude a horizontal rival<sup>26</sup>.

Prior to the Supreme Court's opinion in *Northwest Wholesale Stationers*, the absence of appropriate procedures was deemed by many courts to be sufficient to condemn a self-regulatory program. Although *Northwest Wholesale Stationers* instructs that the issue of process is not dispositive, courts continue to examine whether clear, fair procedures have been afforded to evaluate the reasonableness of a restraint.

Clear and fair process for mandatory self-regulation has several valuable benefits. First, procedural safeguards will often evidence the legitimate purpose of the self-regulatory activity and the organization's commitment to the regulatory goals. Second, providing for a hearing will provide an antitrust tribunal with a record, allowing it to perform its review function more effectively. Third, procedural requirements will encourage the regulatory organization to act in good faith and within its mandate by requiring the presentation of valid reasons for any potentially anticompetitive activity before the act is done. Fourth, procedural requirements may prevent litigation by requiring interaction between the parties that can lead to resolution short of litigation. Fifth, records of past self-regulatory efforts may provide evidence of the reasonableness of a present act or asserted motivation. Finally, a hearing may prevent a simple mistake of fact or impression from resulting in potentially harmful self-regulatory activities by the group.

The procedural safeguards need not be elaborate, expensive, or time-consuming. The group should at least demonstrate a reasonable link between its self-regulatory activity and a policy underlying the need for self-regulatory power. Meanwhile, the prospective excluded party should have an opportunity to dissuade the group from taking the planned action by refuting the justifications advanced by the group. Thus, the requirement of fair process may serve a valuable role in protecting the competitive process when self-regulatory power is exercised.

## WHERE MANDATORY SELF-REGULATION RAISES COMPETITIVE CONCERNS

Self-regulation creates competitive concerns in the limited group of cases in which rivals are foreclosed from the market without justification. For example, in *Allied Tube*, an association that published a voluntary

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456 us 556 (1982).

<sup>26</sup> *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co.*, 364 us 656 (1961).

code of standards for electrical equipment was considering standards for electrical conduit, a hollow tubing that is used to carry electrical wires through walls and floors. Although this code was voluntary, it was highly influential in the market and had also been incorporated into safety codes of local governments. The code traditionally required the use of steel conduit in high-rise buildings, but a new entrant had devised plastic conduit, which it claimed was cheaper to install, more pliable, and less susceptible to short circuiting than steel.

The incumbent steel conduit manufacturers agreed to exclude the new entrant's product from the standards code by dispatching to the association's annual meeting new members whose only function would be to vote against plastic conduit. Together they sent 230 persons to the meeting to vote against the plastic pipe<sup>27</sup>. With this large contingent on their side, the steel interests prevailed by a vote of 394 to 390 in defeating the proposal to recognize plastic conduit in the code of standards. As a result, the entrant's ability to market the plastic conduit was significantly impaired.

As the Allied case indicates, the self-regulation process may enable producers to exclude from the market the products of entrants that threaten to take market share from the incumbents. In response to the competitive threat of product innovation, incumbent producers may respond by engaging in self-regulation such as promulgating standards that exclude the innovators' products from the market, rather than by improving their own products. Attempts to impede competition on the merits, and without strong justification, is a kind of «self-regulation» that cannot be tolerated.

## CONCLUSION

I hope my remarks have provided some guidance on the importance of self-regulation and how antitrust enforcers analyze the competitive impact of these arrangements. Particularly in the last few years, the anti-trust enforcement agencies have shown increasing willingness to provide useful guidance and have approved a wide variety of self-regulatory endeavors. I expect that will continue as self-regulation becomes an even more important means of improving the operation of our expanding economy.

---

<sup>27</sup> 486 US at 497.

# THE COMMISSION NOTICE ON POSTAL SERVICES POSTAL SERVICES, LIBERALISATION AND EC COMPETITION LAW. PREPARING FOR A NEW ERA IN POSTAL SERVICES

H. UNGERER

Directorate General IV, Competition  
European Commission

## Abstract

Exposición general de la política de la Comunidad Europea en relación con la liberalización del sector postal. Expone el contenido de las propuestas de la Comisión incidiendo en los conceptos de servicio universal y de las áreas excluibles.

After a number of speakers have given their position on essential issues of competition problems in the postal sector during the morning session, I believe it is my role to give a general view from our perspective.

I would like to make some remarks on: the context of the Postal Notice and its role in the postal liberalisation process; the structure of current case lines; the expected major competition issues.

You will find many of the issues raised during the morning session again.

Let me first mention:

The Commission Notice on Postal Services must be seen against the background of the complex situation of the postal sector in the European Union. It is well known that the postal sector is not one of the easiest sectors for the application of EC competition law.

After the compromise achieved on postal liberalisation at the end of last year, with the final adoption of the postal policy package —the Postal Directive and the Postal Notice— the sector will continue to live under a legal monopoly regime in its core market segments (letter mail) for a number of years to come. However the situation is not as stable

as it may seem. The incumbents have started to expand further into competitive sectors and we will be increasingly faced with the complex problems resulting from the combination of legal monopolies and the use of market power —as they are legally circumscribed in the interplay of Articles 90, 86, 85, and more and more the Merger Regulation.

The postal sector is therefore characterised by a dual regime of regulation, defined by the Postal Directive (Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15th December 1997 on Common Rules for the Development of the Internal Market for Community Postal Services and the Improvement of Quality of Service») and the Postal Notice («Notice from the Commission on the application of the Competition Rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to Postal Services», 98/C/39/02).

The basic policy package is well known: The Postal Directive defines a postal universal service, harmonised across Member States; A «reservable» area which Member States may reserve to ensure the financing of this task;

This is a concept based on the balance, as it has emerged out of a series of Court Rulings, such as the famous «Corbeau Ruling», and an interpretation of Art. 90, as it has evolved since the late eighties in a number of fields of Community policies, last summarised in the Commission communication of September 1996 [«Services of general interest in Europe», Com (96)443].

In more detail, the Directive defines a set of requirements for the universal service in the postal area: At least one clearance per working day; One delivery to the home or premises per working day, as well as a number of minimum facilities: the clearance, sorting, transport and distribution of postal items up to two kgrs, the clearance, sorting, transport and distribution of postal packages up to ten kgrs, services for registered and ensured items.

Further, the Postal Directive gives some latitude to National Regulatory Authorities to increase the weight limit for postal packages up to 20 kgrs.

The reservable area is defined in the Postal Directive as the clearing, sorting, transport and delivery of items of domestic correspondence, the price of which is less than 5 times the public tariff for an item of correspondence in the first weight step of the fastest standard category where such category exists, provided that they weigh less than 350 gr. This area can be reserved by Member States for the universal service provider(s) «to the extent necessary to ensure the maintenance of universal service». Also can be reserved «to the extent necessary to ensure the maintenance of universal service»: cross-border mail and direct mail within the same price and weight limits.

However, the Directive also sets up a detailed time schedule for further liberalisation. According to the Directive the «European Parliament



and the Council shall decide not later than 1st January 2000» and «without prejudice to the competence of the Commission» on the further gradual and controlled liberalisation of the postal market, in particular with a view to the liberalisation of cross-border and direct mail as well as on a further review of the price and weight limits, with effect from 1st January 2003, taking into account the developments, in particular economic, social and technological developments».

The Directive sets therefore the basic regulatory framework for the sector —similarly as does the ONP for the telecoms sector— with the obvious substantial difference that it defines a core area (letter service) where exclusive and special rights can be maintained by Member States for the time being, therefore perpetuating market power and market position of the incumbent.

It should be noted that the immediate liberalisation effect is limited. According to estimates, the Directive will generally across the European Union only liberalise an additional 3% of the market which currently has been kept under monopoly regime. However, important to note, the provisions foresee a precise time schedule for further proposals for liberalisation.

The fact remains however that the regulatory scheme created by the Postal Directive is focused on maintenance of a monopoly in the core area of letter service. It should nevertheless not be overlooked that the postal sector comprises substantial areas which are subject to competition. Parcel services are almost fully liberalised in all European Member States. A major part of the sector are express courier services which are subject to competition.

Summarising, the definition of reserved areas in the Postal Directive means that out of the total postal market —public and private— of now some 75 billion Euro some 50% —essentially the basic letter service— will continue to operate under a legal monopoly regime. About half of the sector —mainly parcel services and express courier services— will work under competitive conditions. This hides however substantial differences between Member States, reaching from fully liberalised postal markets in Sweden via the German market for which the new legislation provides a more narrow definition of the reserved area (200 gr. weight limit for letters and 50 grs for Info post (Direct Mail)) than the one foreseen in the Directive, to countries which still have to implement the liberalisation requirements of the Postal Directive.

Given this market structure, it is clear that the sector will live for the years to come with a mixed system of legal monopoly/competition. This explains why the rest of the Postal Directive foresees a number of provisions which should allow to regulate the co-existence of a monopoly sector and their competitive parts of the postal sector.

This concerns the fundamentals of a regulatory framework, as we have learnt in particular from the liberalisation process in telecoms. The Postal Directive foresees in particular:

Member States may introduce licensing or authorisation regimes for the sectors which are opened to competition («non-reserved services»); Some provisions ensuring access to the public postal networks under conditions which are to be transparent and non-discriminatory. However, the Directive specifies only that the European Parliament and the Council shall act to specify harmonisation measures in this area, remaining far behind the detail and sophistication of the Open Network Provision (ONP) approach in telecommunications; It establishes the principle of independent regulators.

Summarising, the fact remains that the Postal Directive is mainly focused on the provision of service by the universal service provider. The Postal Directive therefore also includes extensive provisions concerning the achievement of service quality through regulation of the postal incumbent, instead of relying on competition to reach this aim. However, one should not overlook that the Directive contains important sign-posts for a future regime. It establishes basic principles

A schedule for a phased further liberalisation of the sector; The accounting separation between services operated under a monopoly regime and services operated in the competitive sector; The principle of an independent regulator, as just mentioned.

I believe, it is important at this point to emphasise the in-built dynamics of the Directive which will be further accelerated by underlying market trends which seem to gain speed:

According to estimates by incumbents themselves, the erosion of the core letter business through substitution by electronic and other means over the next five years could concern up to 10% of current volume; Therefore, all of the postal incumbents will see the necessity of extending their activities into new market segments which are already under competitive regime. Just look at the economic pages of our newspapers to find confirmation; This need for relocating activities will however imply a temptation for the incumbents to abuse their market power allocated in the core sectors under monopoly regime, in order to extend into new areas to the detriment of competitors. A growing number of complaints which reach the Commission from competitors in this area testify to this.

This translates into clusters of cases in the postal sector: One cluster concerns the so-called «physical» and «non-physical» remail cases. In particular in the «non-physical» remail cases (where companies generally combine electronic transmission, computer printing and cross-border mailing) companies try to optimise their market operations in the given market structure which is characterised by a mixed competitive/monopoly and a commercial / administrative regime. The monopoly holders will be tempted to keep the situation under control by using their monopoly powers. A second «cluster» concerns cross subsidies. Given that postal incumbents will try to enter or expand their activities in areas already under competitive regime, such as parcel or express courier operations,

they will be tempted to use profits from the monopoly area to subsidise the new ventures. Inevitably this will lead to complaints by competitors in those areas. Thirdly, quite generally, extension of the monopoly holders into newly emerging «grey» areas, with an inevitable uncertainty concerning the areas on which monopoly rights can be claimed.

This then leads to the very purpose of the Postal Notice. The publication of the Postal Notice was a necessary step to clarify the application of Competition Rules in a sector which will be characterised in the immediate future by the coexistence of a monopoly situation and the competitive sector. The objective of the Notice therefore is: to clarify the application of Competition Rules for both postal incumbents and new entrants; while, on the one hand, respecting the recognition of reserved areas according to the Directive; and, on the other hand, defining the obligations which result for the holders of the legal monopoly for minimising the distortion of competition which monopoly areas will inevitably entail. This then explains the most important points which are treated in the Notice: Application of the Competition Rules to the incumbents which hold monopoly rights, within the framework given by Article 90 (para 1 and 2). Non-discriminatory access to the postal network, in order to reduce the impact of the maintenance of monopolies on competitors in the liberalised areas, allowing them economic operations under given conditions. Dealing with the problem of unjustified cross-subsidies. Closely related to this, dealing with the application of State Aid rules in the sector.

You will note that these issues relate closely to the subjects of discussion during this Conference.

The concrete categories of cases are well known:

Remail, as mentioned.

Cross-subsidies.

Extension by the holders of monopoly rights into new areas.

Agreements between the holders of monopoly rights, such as the REIMS agreement on which the Commission has published a Carlsberg Notice in February (Renewed Notifications of an Agreement on Terminal Dues (Reims II) between Postal Operators —Case IV/36.748— Reims II —98/C 53/03).

Let me then use the rest of my time to look more closely at issues raised in the Notice which are likely to dominate our actions and the debate.

The issues, in my view, will be: The more precise determination of the concept of proportionality in the context of Art. 90 in the concrete environment of the postal markets; The issue of access for competitors to the monopoly sector; the issue of cross-subsidy.

First, proportionality: The principle of proportionality is fundamental to accepting monopoly rights in the context of Art. 90 para 1 and 2).

The Postal Notice states very clearly that «Member States should... ensure that the scope of any special or exclusive rights granted is in proportion to the general economic interest which is pursued through those rights...» «Member States must also adjust the scope of those special or exclusive rights according to changes in the needs and the conditions under which postal services are provided and taking account of any state aid granted.»

These statements are based on an interpretation of Art. 90 which has resulted from a number of Court Rulings, but which is also based largely on the interpretation developed in the context of the Art. 90 Telecommunications Liberalisation Directives. Article 90 allows the granting of special or exclusive rights to undertakings in certain circumstances but only to the extent that the particular tasks of general economic interest assigned to these undertakings cannot be attained by less restrictive means, and anyway under the condition that Community trade is not affected to an extent contrary to Community interests.

As you will know, the Postal Notice sets forth in substantial detail the conditions for the application of Article 90(2) for the maintenance of legal monopolies in the Postal Sector.

It is also interesting to note that the Postal Directive foresees the possibility of establishing a compensation fund for the financing of universal service obligations - a concept used in telecommunications liberalisation. The Directive therefore seems to suggest a way forward to the gradual replacement of the concept of a legal monopoly as the core means for financing the universal service tasks in the sector.

It is the logical continuation of this line of thinking that the Postal Directive sets forth the requirement for proposals for new liberalisation measures, as mentioned. In preparation of these proposals —due according to the Directive before the end of 1998— the Commission has launched a number of studies concerning the impact of further liberalisation in the postal sector.

The terms of reference for these studies have been published in the Official Journal in midSeptember of last year.

They concern: Liberalisation of Direct Mail; Liberalisation of incoming and outgoing cross-border mail; Liberalisation by lowering the weight and price thresholds; Liberalisation of clearance, sorting, and transport; i.e. reservation of delivery only.

Modelling the results of the sectorial studies mentioned above, to enable the Commission to test any liberalisation scenario it may wish to evaluate and to quantify the interrelationships and interdependency between liberalisation options; And, as very fundamental, a study on costing and financing of the universal service obligations in the Postal Sector.

There seems to be a growing number of voices who accept that, with the convergence of postal and electronic delivery means, current concepts will have to be reviewed. Let me just refer to the recent report by the

French Senate's «Commission des Affaires économiques/Groupe d'études sur l'avenir de la Poste et des Télécommunications» which expects a continuous phased contraction of the monopoly area.

Given the convergence with other means of transport and the diversification of means of access to the postal network and its distribution and processing points, including telecommunications, it is indeed difficult to see that in the long run a monopoly going substantially beyond delivery could be stable and sustainable.

Let me then move to my second point: access.

Once the principle of a continuing monopoly is admitted, the principle of access to the monopoly's network becomes the more fundamental both for customers, and competitors operating in already liberalised markets, be it in the same Member State or from other Member States.

As I have mentioned, the Directive stipulates principles of access, however mainly focused on access by universal service providers and users, and not substantially developed.

The Notice considers access as a necessary consequence of the maintenance of a monopoly area and required to dampen the anticompetitive effect of the maintenance of such monopolies. The provision of non-discriminatory access therefore should be seen as one of the most important points of the Notice.

The Notice states on non-discriminatory access to the postal network: «The Operators should provide the universal postal service by affording non-discriminatory access to customers or intermediaries (emphasis added) at appropriate public points of access, in accordance with the needs of those users. Access conditions including contracts (when offered) should be transparent, published in an appropriate manner and offered on a non-discriminatory basis.» The explicit reference to intermediaries in this context seems particularly important, in order to avoid that the postal incumbents centre price concessions and enhancement of service quality on big accounts clients, to the disadvantage of smaller customers. The preface of the Notice very clearly states that «the Commission will ensure that monopoly power is not used for extending a protected dominant position into liberalised activities or for unjustified discrimination in favour of big accounts at the expense of small users».

The Notice goes on to say that «the Commission will also ensure that postal monopolies granted in the area of cross-border services are not used for creating or maintaining illicit price cartels harming the interests of companies and consumers in the European Union». As regards preferential tariffs, the Notice is more specific «Member States should monitor the access conditions to the network with a view to ensuring that there is no discrimination either in the conditions of use or in the charges payable». It should in particular «be ensured that intermediaries including operators from other Member States can choose from amongst

available access points to the public postal network and obtain access within a reasonable period at price conditions based on costs, that take into account the actual services required».

One should however note that the Notice does not foresee access rights as far reaching as they have been mandated in the telecoms sector at this stage. However it ensures that where incumbents have big account markets and are offering services, such as special discounts in fields of collection, sorting, and transport, other operators operating in liberalised market segments should have similar competitive opportunities.

One can therefore safely assume that downstream access will become a recurrent issue across a number of competition cases in the near future.

Finally, cross-subsidies.

It is well known that the Commission has currently before it major cases in the sector concerning alleged attempts by postal incumbents to cross-subsidise their expansion into the competitive sector from their monopoly revenues.

You will, of course, understand that it is not possible during my intervention to address such on-going cases.

The issue of cross-subsidy has been the subject of contributions at this conference. Cross-subsidies is a complex problem and it can associate Art. 86 and State Aid aspects. I believe it is a safe assumption that ultimate clarity will only come on the basis of Decisions on cases.

The Notice goes into some detail on crosssubsidisation. It defines cross-subsidisation as meaning «an undertaking [that] allocates all or part of the costs of its activity in one geographical or product market to its activity in another geographical or product market». It goes on to say that «under certain circumstances cross-subsidisation in the postal sector where nearly all operators provide reserved and non-reserved services can distort competition and lead to competitors being beaten by offers which are made possible, not by efficiency (including economies of scope) and performance but by cross-subsidies. Avoiding cross-subsidisation leading to unfair competition is crucial for the development of the postal sector».

The principal issue at stake is the subsidising by incumbents of activities open to competition by allocation of costs to reserved services. The Notice states that this is likely to distort competition in breach of Article 86. The Notice also states that the universal service provider should not use the income from the reserved areas to cross-subsidise activities in areas open to competition. Such a practice «could prevent, restrict, or distort competition in the non-reserved area». The Notice states clearly «if services were offered systematically and selectively at a price below average total cost, the Commission would, on a case-by-case basis, investigate the matter under Article 86, or under Article 86 and Article 90 (1), or under Article 92».

The latter statement leads to the state aid aspects of cross-subsidies in the postal sector which is gaining importance in current cases. Again, this has been subject of substantial debate at this conference. In this regard the Postal Notice recalls that direct financial support in the form of subsidies or indirect support such as tax exemption is being given to some postal services even if the actual amounts are often not transparent.

Without going into more detail into the individual measures which could be considered as state aid in the sector —many here will know that the Notice sets out a list of those measures—, let me here focus on the issue of transparency, beyond the requirements of Directive 80/723/EEC amended by Directive 93/84/EC on the transparency of financial measures between Member States and public undertakings. The provisions on accounting separation in the Postal Directive are here of major relevance.

The Postal Directive states that «universal providers shall keep separate accounts within their internal accounting system at least for each of the services within the reserved sector on the one hand, for the non-reserved services on the other».

It seems to me that with the growing importance of the issue and the extension of postal operators into the competitive area, it is likely that in certain circumstances one will have to go beyond this requirement for accounting separation, and go as far as, in some instances, requiring a degree of structural separation, in order to ensure the necessary means for the Commission to survey the area.

Let me then conclude with a summary of the basic issues. The real issues of the sector are just now emerging and the agenda is becoming clearer:

How to open expansion into future markets for both, the postal incumbents and competitors; While securing universal service; But maintaining a pro-competitive market structure.

Very soon many of the postal incumbents will review their position as they will have to undergo substantial transformation, prompted by the market place. It will not be acceptable to use market power derived from monopoly areas, the legal justification of which was securing universal service, to justify market expansion to the detriment of other competitors. Such an approach will lead to a series of complaints and we see this process starting.

We will have to open the doors to a more competitive market development also in the postal sector. I believe that the forthcoming second stage liberalisation proposals for the postal sector will have to keep this goal carefully in mind.





## THE IMPACT OF EUROPEAN LIBERALISATION AND THE WTO

H. UNGERER<sup>1</sup>

Directorate General IV, Competition  
European Commission

### Abstract

El 5 de febrero de 1998 ha entrado en vigor el acuerdo relativo a las telecomunicaciones auspiciado por la OMC. El Director General de Competencia de la Comisión europea expone la incidencia de este acuerdo en el proceso de liberalización del sector operado desde la Comunidad Europea.

### INTRODUCTION

The 1st January 1998 means fundamental change of the basic conditions for doing business in the telecom sector in Europe. The effect is magnified by the commitments taken under the WTO Agreement which came into force on 5<sup>th</sup> February.

In the future, telecom companies will no longer be able to thrive if they only think national. They will have to think European and global. Recent strategic moves may serve as an illustration. On the regulatory and competition side, we will need close co-operation and interaction between the national and the European levels.

Our immediate task is to make liberalisation fully effective. We are now entering a transition period, which will be a period of intensive work to ensure that competitive structures will develop, particularly in the local loop. After the change of regulation, we must address the change of market structures. This will be a difficult period which may well take us up to five years. Implementation of effective regulation and competition law at national and European levels will play a major role.

<sup>1</sup> CommEd Conference: Pricing'98, 11/02/1998, Brussels.

## THE IMPLEMENTATION RECORD

The implementation record by Member States is being carefully monitored. The European Commission has strengthened its internal structure in this respect and has created a Joint Team between DG IV, the Competition Directorate General responsible for the liberalisation deadlines, and DG XIII, the Telecommunications Directorate General responsible for the harmonisation framework working in direct contact with national regulatory authorities. A new status report on implementation is due to be adopted by the Commission on 18<sup>th</sup> February.

During recent weeks we have witnessed growing expectations on the part of consumers, both domestic and business, as to the benefits liberalisation should bring in terms of choice, efficiency and lowered prices. New players, licensed or authorised under procedures established pursuant to the Community Directives are starting to back in most of the Member States those expectations with substantial investment in terms of finance and human resources. Several hundred providers of voice telephony are already operating in the market in competition with the former monopolies. However, enhanced activity has also led to a marked increase in direct and indirect complaints to the Commission by players dissatisfied with progress in several Member States in implementation of the liberalisation package.

The Commission has also noted a marked stiffening of political will on the part of the Member States to carry through the liberalisation process, and a corresponding effort by administrations and regulators to translate the detailed principles of the package into workable national provisions.

The Liberalisation Directives, which removed all special and exclusive rights in the telecommunications services and equipment markets, were adopted between May 1988 and March 1996. The last deadline for notification under the Liberalisation Directives was 1 July 1997. In November 1997, the Commission initiated infringement procedures against those Member States which had not notified the relevant transposition measures. In the meantime, most of the Member States concerned have duly notified, with the exception of those with additional implementation periods. However, even if not fully transposed, clear, and unconditional provisions of those Directives have direct effect, and certain Member States have granted provisional authorisations based on this direct effect of Community Law.

The aim of the Harmonisation Directives —the ONP Directives— is both to provide a clear and predictable regulatory framework during the period when competition is becoming established, and to introduce the common approaches necessary for the establishment of a single market in Europe for telecommunications services and equipment.

Two major Directives, on Interconnection and Licensing, were adopted during 1997. In addition, the ONP Framework and Leased Lines Directives were amended. The Terminals Directive, as supplemented as regards earth satellite terminals equipment, is in the process both of consolidation and fundamental revision.

The Commission has substantially shortened the transition periods for the remaining five Member States: Luxembourg: 1st July 1998 (Commission Decision 98/568/EC); Spain: 1st December 1998 (Commission Decision 97/603/EC); Ireland: 1st January 2000 (Commission Decision 97/114/EC); Portugal: 1st January 2000 (Commission Decision 97/310/EC); Greece: 31st December 2000 (Commission Decision 97/607/EC).

This means that the EU's telecommunications market will now be fully liberalised in all Member States by the year 2000, including in those Member States for which transition periods beyond 1998 had been foreseen.

Generally the implementation record has improved substantially and can now be rated as very good. The process is based on two implementation mechanisms: The National Regulatory Authorities; The EU Commission.

The Commission has made it clear that it will use fully Community law in case of non compliance. As mentioned, on 21 November and 2 December 1997, the Commission has sent letters of formal Notice to seven Member States regarding twenty cases of non-transposition or insufficient transposition of the Community Telecommunications Directives.

This initiative has had significant results in the sense that, in the meantime, fourteen of these potential infringements seem to have been remedied by the Member States concerned.

Our assessment is that, except in a small number of Member States, transposition has been completed. Where there are delays, drafts are in general awaiting adoption which will ensure transposition. As regards the application of the rules put in place in the Member States, the Commission's initial conclusion is that, despite a number of complaints, there is widespread evidence both that the necessary steps are being taken to ensure market entry, and that regulators are taking action to ensure compliance with the regulatory framework. However, if delays or incomplete transposition persist in certain Member States, the Commission will open additional infringement proceedings.

The Commission intends to issue further Communications to the Parliament and the Council on the state of implementation. The focus of future Communications will nevertheless been shifted away from transposition towards effective application and fuller reporting on the effective opening of national markets, on the basis of a wider range of indicators and more extensive data from the national regulatory authorities. These reports will also be made available on the Internet for the broader public.

Let me now turn to the future.

Main topics will be: Access/Interconnection/Unbundling; Alliances; Convergence; Next generation services. all of which are also closely related to the WTO dimension.

## ACCESS/INTERCONNECTION

The issue of access and interconnection will evolve among three major lines: the EU's ONP framework: Open Network Provision; Application of competition rules; Essential facilities concept. and, finally, the WTO aspects.

The cornerstones of the EU concept with regard to access and interconnection can be briefly described as follows: The framework of open network access (ONP) which had been originally developed for ensuring access for value-added services to the network of the monopoly, is now being adapted to a multi-operator environment through the Interconnection Directive. ONP thereby becomes the natural framework for the definition of basic principles for access to public networks in the EU.

In parallel, with the starting of competition in both networks and public voice service, the application of EU competition rules comes to the forefront. This is also prompted by the requirement to ensure necessary competitive safeguards.

At the same time, there is a growing practice and experience in the EU regarding interconnection and access issues. This concerns access and interconnection of networks in the markets already liberalised - with countries like the Scandinavian countries and the UK obviously having substantial experience in this area. Europe-wide experience and practice with regard to access questions has also been developed in interconnection of mobile and fixed networks.

I will not go into the details of ONP but let me simply summarise the main results. Combined with the EU's Full Competition Directive, the framework provides for: the announcement of standard interconnection offerings; aims at best practice interconnection rates across the EU.

To this end, the European Commission has published an EC Recommendation on Interconnection Pricing and Accounting Separation, recommending ranges of best practice interconnect prices.

The best practice approach has been decisive to break the deadlock in Europe on access and interconnect. First developed last year in the context of our competition proceeding against Deutsche Telekom in the dial/benefit tariff case, the Recommendation generalises the approach for all Member States. The benchmark is based on the three Member States with the lowest applied or announced interconnection rates at the time of publishing the recommendation (UK, France, Denmark). It sets

the range for local access at 0.6 to 1.0 ECU/100, i.e. 0.7 to 1.2 US cents. This will make Europe the market with one of the lowest interconnection rates in the world and should rapidly bring new services to the customer.

In more detail, the best practice interconnection charges are: local: between 0.6 and 1.0 ECU/100 per minute (at peak rate); single transit (metropolitan level): between 0.9 and 1.8 ECU/100 per minute (at peak rate) double transit (national level) between 1.5 and 2.6 ECU/100 per minute (at peak rate)

The overall target is: a fair balance between wholesale and retail activities by incumbents; competitive access markets. This is at the centre of our approach concerning the application of competition rules to access agreements and the Notice on the application of Competition Rules to access and interconnection which is due to be adopted in final form by the Commission before the end of the month, after a period of extensive consultation.

The mandate for the application of general EU competition rules to access agreements results from the fact that these agreements determine fundamentally the future competition structures of the sector and have therefore an enormous impact on future overall competitive structures in the EU. Apart from the fact that EU Competition Law is used according to its nature across sectors, and therefore also includes areas such as cable-TV networks, the Internet, and multi-media, the issue is to develop a methodology for evaluation of interconnection and access issues under anti-trust law.

This is also necessary, in order to establish necessary safeguards against anti-competitive practices.

The Notice defines to what extent Article 86 of EU general competition law, regarding the abuse of dominant positions, is applicable to the control of bottlenecks —like the bottleneck in the local loop— for the essential facility. Another major goal is to define the co-operation between national sector-specific regulators and action under general anti-trust law.

Finally, the impact of interconnection and access agreements on third parties must be evaluated under competition law aspects. We must prevent that access and interconnection agreements are used to foreclose the markets to others.

A problem looming on the horizon is the depth to which access to facilities must be left open - the «unbundling» issue. Unbundling and the rates applied could become a dominant issue during 1998.

Let me point here also to the close relationship with the international context.

The WTO Agreement on basic telecommunications services foresee the internationalisation of access principles and of competitive safeguards.

It defines essential facilities as: facilities of a public telecommunications transport network or service; exclusively or predominantly provided by a single or limited number of suppliers and which cannot feasibly be economically or technically substituted in order to provide a service.

The WTO reference paper also identifies required competitive safeguards concerning: Prevention of anti-competitive practices in telecommunications: "appropriate measures shall be maintained for the purpose of preventing suppliers who, alone or together, are a major supplier from engaging in or continuing anti-competitive practices"; Safeguards: «The anti-competitive practices referred to above shall include in particular: (a) engaging in anti-competitive cross-subsidisation, (b) using information obtained from competitors with anti-competitive results, (c) not making available to other services suppliers on a timely basis technical information about essential facilities and commercially relevant information which are necessary for them to provide service».

Apart from substantial further provisions concerning interconnection and universal service —largely inspired by the EU's ONP approach— this shows the growing global dimension of competition rules in the sector. Of course, one of the areas where the global dimension is most obvious at the moment, is the accounting rate issue.

## THE ACCOUNTING RATE ISSUE

The accounting rate issue was left out of the WTO Agreement for the time being. It has however become an immediate international issue through the FCC benchmark rule making and the EU accounting rate investigation under Competition Rules which we have since initiated.

Let me recall the basic EU framework for accounting rates.

The EU Interconnection Directive: Accounting rates must be cost-oriented - at least for intra-EU traffic; EU Competition Rules mandate the prohibition of abuse of dominant positions.

The aim of the on-going EU accounting rate investigation which we launched last December is to: Scrutinise current accounting rate arrangements; Assess competition aspects; Examine rates within the EU and on routes to the US and to Japan; Further the goal of cost orientation.

As was announced on the occasion, we will scrutinise the current accounting rate arrangements within the EU, with a view to establish any abuse of dominant position and to furthering this goal of cost-orientation. Requests for information have therefore been sent to all dominant telecommunication operators in the EU in order to collect the information necessary to assess the competition aspects of the accounting rate arrangements. We are currently analysing the information. This will concern, inter alia: The costs involved in the various aspects of forwarding inter-

national calls, including the local network, the national network, the international gateways, exchanges and transmission facilities.

The revenues and profits derived from the accounting rates activity.

We welcome the discussions in the ITU but we will maintain our pressure towards a cost-oriented approach. We expect that at least within the EU the accounting rates mechanisms will be replaced by other price mechanisms based on cost of termination, during the next two years at the latest.

A clearly related issue is the EU Internet telephony Notice which was adopted in January in its final form. The notice makes clear that we want to secure a soft regime for voice via the Internet.

We believe that a main revolution for international voice could come out of the Internet context and we want to keep the door open for that development.

## ALLIANCES

As we have continuously emphasised and as Commissioner Van Miert has said on a number of occasions, we take: A positive attitude towards alliances under EU Competition Rules. However, no foreclosure of markets, Liberalisation of respective markets is a necessary condition for acceptance under EU Competition Rules.

This is how we have treated and approved global alliances, examples being: Concert, Global One Unisource/Uniworld, the latter in Autumn of last year.

As you will know, there are a number of on-going cases in the global and the multi-media fields which the Commission is investigating. Let me limit myself here to some general remarks.

EU Treaty Articles 85/86 and 90, European Competition Rules, mandate three basic positions: prohibition of anti-competitive agreements or concerted practices; prohibition of abuse of sole or joint dominant positions; abolition of special and exclusive rights, where they induce the abuse of dominant positions.

The main issues which we will have to address in the transformation of the sector are: risks of restriction of competition: this concerns issues such as market partitioning, price fixing, foreclosure; issues of single or joint dominance. Here we will have to approach novel problems of assessment of the impact of dominance in areas such as access to essential facilities and refusal of interconnection. and finally, expansion of dominant positions, to the disadvantage of the consumer and the competitive market place.

We are watching out very closely for bottlenecks —preventing the creation of new ones and ensuring fair conditions of access where we

have a *fait accompli*— and for any extensions of existing dominant positions.

This is just an example of our major objective: opening markets, avoiding market bottlenecks, opening the door to new development and technologies and this means to more investment and jobs. We need the necessary incentives in the markets to fully exploit the new technological possibilities of telecoms networks on the one hand, cable networks and the new interactive television markets on the other. This is what creates new markets and maximum market potential.

This also determines the position on convergence.

## CONVERGENCE

Let me make here just a few statements: Multi-media will be key, New partnerships and mergers are emerging and are bound to continue to emerge by the very fact of convergence, The Internet develops into a link between current networks and future delivery systems,

The critical issue is the control of the gates.

As you will know, the Commission is currently undertaking two major actions in this field: The EU Cable Review and the The EU Convergence Green Paper.

It is also currently determining the position on major multi-media joint ventures and mergers. Let me here add a remark on the Cable Review.

The EU-Full Competition Directive and the EU-Cable Directive mandated a Review of the cross-ownership between telecommunications and tv-cable networks by 1st January 1998. Underlying this issue is the whole issue of the future competitive situation in the local loop - the determining question of the future competitive structure of communications and media markets in Europe.

The «Cable Review» has been adopted by the Commission in December and was published on the Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04-lawliber/en/cabrev1.htm>). It will be published in the EU's Official Journal before the end of the month for the official start of the two month consultation period. The major proposal is the announcement by the Commission of its intention to issue a Directive under Art. 90 mandating legal separation in those cases, where the incumbent offers both telecommunications and cable activities in the framework of a single legal entity. The aim is to allow the Commission to intensify scrutiny under Competition Law, of potential anti-competitive effects in such a situation.

In response to the on-going scrutiny major measures are already being taken by market actors. Out of the four largest cable operations in the European Union (Germany, The Netherlands, Belgium, Sweden), Deut-



sche Telekom has announced that it will separate its cable operations into a separate legal entity and that it will consider further measures. In The Netherlands, KPN has indicated plans for measures beyond legal separation. The Belgian cable operators are traditionally separated from the incumbent.

The cable issue will decide on the question if the access to local homes can be in a single hand and which measures must be taken in such cases. The Convergence Green Paper sets the wider context. It addresses the general issues of convergence of telecommunications, the media sectors, and the Internet.

The basic issue is that as we move into converging markets we must avoid creating new super monopolies both in upstream and downstream markets. We must maintain the creative dynamics of growth.

Summarising then, we are: favourable to new technological developments; but we cannot accept new multi-media super-monopolies being shaped in the process of convergence because it would lead to market stalemate; the introduction or maintenance of competition in the parent's core markets is therefore fundamental.

Let me then turn to my fourth major point: next generation services.

## NEXT GENERATION SERVICES

Decisive will be: wireless: transition to UMTS; cable: development towards multi-media ADSL: expanding the general availability of broadband services. A major concern is the smooth transition to the UMTS. The Commission is due to adopt today the announced proposal for a Council Decision on UMTS introduction.

I think it is interesting to look back. The European success in GSM was based on a delicate interplay between harmonisation and competition. The original system was developed in a harmonised approach between the incumbent mobile operators (at that time the PTOS). The actual rapid market introduction was essentially based on new market entrants (first mass deployment by Mannesmann Mobilfunk; the incumbents would not have had enough incentive to rapidly replace their already existing analogue systems, in most cases). Finally, the global success of GSM was basically due to the rapidly expanding European market which provided a mass base and reference, and the lack of credible Japanese and American alternatives at the time.

For UMTS the situation will be substantially more difficult. UMTS is based, at this stage, on a European/Japanese co-operation. We risk that first market introduction will be made in Japan. Therefore, the system will at the same time mark the re-entry of Japan on a large scale into the global mobile market, particularly in the Pacific area (which will be the biggest mobile market at that time).

It will therefore be vital for the European position to deploy UMTS as rapidly as possible after the year 2000 in Europe, in order to maintain Europe's weight in the world market.

The main issue will be if there is enough investment incentive for the mobile operators in Europe to rapidly replace, or expand, GSM by UMTS systems. Given the fact that, at that time, Europe will count around 50 million GSM users on existing GSM/DCS 1800 equipment, rapid replacement will only be possible if substantial competitive pressure is maintained.

This makes a strong competition-oriented component in the allocation of UMTS licences so important.

A pre-condition for promoting deployment of UMTS as a mass system is the effective convergence of fixed and mobile networks and services, as already recognised in the 1994 Mobile Green Paper.

This is the background to our investigation of price effects and interconnection rates of fixed and mobile and the related termination rates which was announced yesterday.

Promoting convergence and combating abusive behaviour and price cartellisation which prevents such convergence is also a pre-condition to the full effect of UMTS in increasing competition in the local loop.

The objectives of the inquiry into mobile and fixed telephony prices in the European Union, as announced yesterday by Commissioner Van Miert is to verify that: public switched telecommunications network (PSTN) operators apply the same conditions to mobile operators as to other fixed operators for call termination on their network; and that mobile operators apply the same conditions to fixed and mobile operators for call termination on their (mobile) network.

The impact of these interconnection fees on the level of prices for calls from fixed networks to mobile phones will also be examined.

At present, mobile network operators have joint control amongst themselves over the termination of calls on their networks, and it appears that in a number of cases, the price of calling a mobile phone from a fixed network is often substantially more expensive than calling from one mobile phone to another mobile phone. Where information is available, interconnection rates between fixed and mobile networks can be up to fourteen times higher than rates applied between fixed networks. As to charges paid by users, they are in certain cases up to six times higher from fixed towards mobile networks compared to fixed to fixed or mobile to mobile networks.

Finally, the outlook.

## OUTLOOK

We aim at: expanding competition in the local loop ensure EU-wide open markets the WTO agreement provides the global dimension. This also sets the general framework for future pricing of telecommunications.

We still see little movement in the local loop in favour of customers and this is due to insufficient competition; We will see price decreases in the range of 30 to 50% in long distance and in international services, with new entrants now arriving in the market place, and this is already happening in a number of Member States: The medium term perspective may be determined by the Internet developments.

A major issue will be: Will Internet self-regulation extend into the traditional telecommunications domain. This would mean that we would see substantial further deregulation, ultimately only subject to general competition law scrutiny and general public interest legislation. The current debate on Internet governance and the International Charter will have to be watched closely; Or will traditional telecommunications try to extend telecom regulations to the Internet.

The decision on this issue will be also decisive for the future pricing environment of telecommunications. The development of Internet Voice Telephony - or its more powerful future variations and combinations could be a major test in this respect.

If the Internet trend prevails and translates into a revolutionary reform of international telecommunications this could mean that within a very short time trans-Atlantic rates may undercut by far the two digit figure in cents per minute. Whatever the development, we will use competition rules to stop anybody from keeping prices artificially high and pre-empting users from the benefits which should be theirs. We have shown this with the launch of the accounting rate investigation and now with the mobile/fixed interconnection investigation.

Let me conclude.

We believe that technology justifies substantially lower prices in the sector and that we have to avoid that market cartellisation stops that development. We also believe that lower prices will bring substantial market expansion and will create the communication-rich society which we aim at - for the benefit of the European Citizen, of the European economy, and - of course - the sector actors, with the new wave of innovations, jobs and which this development will generate.



I. ESPAÑA

Alonso-García, Carlos. «Cambios y permanencia de los órganos territoriales», *Seguros y Responsabilidad Española: Anuario de seguros*, núm. 75, 1990-1991, p. 21.

Alonso-García, Carlos. *Asedios, atentados y delitos de odio: de la responsabilidad y el seguro de la vida en caso de homicidio de un asegurado*. 2da. Edición. 1994. Madrid: Pons, 1994.

SÉPTIMA PARTE

BIBLIOGRAFÍA

Alonso-García, Carlos. «Los seguros de personas de riesgo», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 10.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 11.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 12.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 13.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 14.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 15.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 16.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 17.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 18.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 19.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 20.

Alonso-García, Carlos. «El seguro de vida en caso de homicidio», *Seguros y Responsabilidad*, núm. 257, 1995, p. 21.



## I. ESPAÑA

- ALCAIDE GUINDO, Cristina, «Detección y persecución de los cárteles internacionales», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 27.
- ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Aurelio, «Las agencias de defensa de la competencia y la desregulación: el TDC», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 183.
- ARIAS SALGADO, Rafael, «Un adecuado proceso de liberalización», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 5.
- ARROYO FERNÁNDEZ, María Jesús, «La liberalización de las telecomunicaciones», *Boletín económico de ICE*, núm. 2585, 1998, p. 17.
- ARRUÑADA, Benito, «El auditor y la prestación de otros servicios», *Partida doble*, núm. 87, 1998, p. 68.
- BALLBÉ, Manuel, «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 107.
- BELLIDO PENADES, Rafael, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 23 de febrero de 1998. Proceso civil. Proceso de declaración. Las partes. Legitimación pasiva. La responsabilidad del suministrador y del vendedor infractores de la normativa de marcas y de competencia desleal. Litisconsorcio pasivo necesario y efectos de cosa juzgada», *Revista general de derecho*, núms. 649-650, 1998, p. 12797.
- «La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma», *La ley*, 1998, p. 1754.
- *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, 430 pp.
- BERENGUER-FUSTER, Luis, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 139.
- «La reforma de la ley de defensa de la competencia: oportunidad y alcance», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 135, 1998, p. 5.
- «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. Oportunidad y alcance», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 191, B-135, 1998, p. 5.
- «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, Serie D-29, 1998, p. 143.
- «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la CE*, Serie D-29, 1998, p. 143.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, «Competencia y medio ambiente», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 183.
- «Sobre la liberalización de la ordenación de la calidad industrial, la sustitución de la homologación y discrecionalidad administrativas por la homologación y discrecionalidad privadas y el desconocimiento por el TDC de principios básicos del Derecho administrativo sancionador», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 239.
- CABRILLO, Francisco, «La aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 125.
- CALVO DE CELIS, José Luis, «El falseamiento de la competencia mediante las ayudas estatales con finalidad», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2575, 1998, p. 23.
- CANALEJO, Miguel A., «La industria española en la era de la liberalización», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 37.
- CASES PALLARES, Lluís, *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, 381 pp.
- *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, 617 pp.
- COMENGE PUIG, Miguel, «Comentario a las modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia introducidas por el RD-Ley 7/96», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2580, 1998, p. 19.
- CONDE, María Dolores, «La propiedad intelectual en la empresa», *Revista del instituto de estudios económicos*, núm. 1, 1998, p. 1.
- CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, «Competencia desleal en el mercado de Internet: el caso Microsoft en Estados Unidos, Europa y España», *La Ley*, tomo 3, 1998, D-120, p. 1459.
- CORTÉS, Sonia, «La fijación horizontal de precios concertados (comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1997)», *La Ley*, tomo 1, 1998, D-60, p. 2029.
- CUERVO GARCÍA, Álvaro, «La privatización de las empresas públicas. Cambio de propiedad, libertad de entrada y eficiencia», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 772, 1998-1999, p. 45.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, «Precio de los libros y competencia desleal: comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18.03.1998 y de Sevilla de 21.12.1996», *Revista de derecho mercantil*, núm. 229, 1998, p. 1251.
- FERNÁNDEZ CORNEJO, José A., y ESCOT MANGAS, Lorenzo, «Políticas liberalizadoras, crecimiento y convergencia», *Hacienda pública española*, núm. 145, 1998, p. 13.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 del TCEE y de las normas internas de competencia», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 215.
- «Medidas cautelares en el Derecho de la competencia», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 139.



- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban; MONTES PEÓN, José Manuel, y VÁZQUEZ ORDAS, Camilo José, «Las fuentes de ventaja competitiva en banca: Competencia en costes *versus* banca de relaciones», *Estudios empresariales*, núm. 3, 1998, p. 4.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel, «La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 59.
- FUENTELSAZ, Lucio, y GÓMEZ VILLASCUERNA, Jaime, «Liberalización y ámbito geográfico de actuación: un análisis para las cajas de ahorros», *Papeles de economía española*, núms. 74-75, 1998, p. 190.
- GALDÓN, Eugenio, «Telecomunicaciones abiertas a la competencia», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 74.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago; VAL NÚÑEZ, María Teresa del, y PERALTA BELLMONT, Alberto, «Privatización y desregulación de la economía. El reto de una nueva cultura empresarial», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 772, 1998-1999, p. 59.
- KNOTHE, Benedikt, y BELLIDO PENADÉS, Rafael, «Der einstweilige Rechtsschutz im spanischen Wettbewerbsrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler Teil*, núms. 8-9, 1998, p. 667.
- LANA FLORES, Soledad, «Innovación y competencia en el mercado de las telecomunicaciones», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2593, 1998, p. 39.
- MARTÍN, María J.; OCAÑA, Carlos; PASTOR, Alfredo, y USATEGUI, José María, «Competencia practicable y regulación», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 206, 1998, p. 109.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (y II)», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 194, B-137, 1998, p. 1.
- «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (I)», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 193, B-136, 1998, p. 1.
- MATEU DE ROS, Rafael, «El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 72, 1998, p. 977.
- MATEU DE ROS, Rafael, «El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 72, 1998, p. 977.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, «Administrativización *vs* liberalización. Los mercados del agua en España», *Revista de administración pública*, núm. 146, 1998, p. 357.
- «Administrativización *vs* liberalización. Los mercados del agua en España», *Revista de administración pública*, núm. 146, 1998, p. 357.
- MONTERO ELENA, Concepción Mónica, «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», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 299.

- MONTES GAN, Vicente José, «La fijación en origen de los precios al detalle desde el punto de vista de la competencia. El caso del mercado del libro», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 277.
- «Los acuerdos de fijación de precios. Un análisis de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1996», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 219.
- MONTORO ROMERO, Cristóbal, «El entorno macroeconómico, la política de desregulación y las líneas financieras de apoyo para la pequeña y mediana empresa español», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 771, 1998-1999, p. 141.
- MONTORO ROMERO, Cristóbal, «El entorno macroeconómico, la política de desregulación y las líneas financieras de apoyo para la pequeña y mediana empresa español», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 771, 1998-1999, p. 141.
- «La política de competencia en España, un nuevo enfoque», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 11.
- MORENO TRAPIELLA, Prudencio C., «Servicios de interés general y Derecho de la competencia: análisis desde el Derecho comunitario y desde el Derecho español (y II)», *Actualidad administrativa*, núm. 15, 1998, p. 271.
- «Servicios de interés general y Derecho de la competencia: análisis desde el Derecho comunitario y desde el Derecho español (y II)», *Actualidad administrativa*, núm. 15, 1998, p. 271.
- «Servicios de interés general y Derecho de la competencia: análisis desde el Derecho comunitario europeo y desde el Derecho español (I)», *Actualidad administrativa*, núm. 14, 1998, p. 217.
- «Servicios de interés general y Derecho de la competencia: análisis desde el Derecho comunitario europeo y desde el Derecho español (I)», *Actualidad administrativa*, núm. 14, 1998, p. 217.
- PADRÓS REIG, Carlos, «Posición de dominio y precios discriminatorios en materia de inspección y control técnico de industrias», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 311.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe, *Descuentos promocionales: un análisis desde el derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, Madrid, 1998, 354 pp.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 87.
- PARICIO RALLO, Eduardo, «La Administración local y el principio de defensa de la competencia. Jurisprudencia del TDC», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 271.
- PASCUAL PONS, Carlos, «Desmotadoras de algodón. Funcionamiento y efectos de un cártel de "libro"», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 371.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «La confidencialidad del expediente administrativo», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 173.

- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Análisis de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de Derecho de la competencia», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 253
- PÉREZ IBÁÑEZ, Celia, «La apertura a la competencia de las redes de infraestructura», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2579, 1998, p. 17.
- «La apertura a la competencia de las redes de infraestructura», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2579, 1998, p. 17.
- PÉREZ-NAVARRO CASTILLO, Silvia, «Hacia un mercado interior de la electricidad: la liberalización del sector en la Comunidad Europea y en España», *Derecho de los negocios*, núm. 92, 1998, p. 15.
- «Hacia un mercado interior de la electricidad: la liberalización del sector en la Comunidad Europea y en España», *Derecho de los negocios*, núm. 92, 1998, p. 15.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo, y SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, «Política de competencia en infraestructuras», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 362.
- «Política de competencia en infraestructuras», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 362.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo, «La competencia: un bien social», Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 16 de enero de 1997, *Anales de la academia matritense del notariado*, 1998, p. 109.
- «El Tribunal de Defensa de la Competencia y la promoción de la defensa de la competencia», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 29.
- PUIG JUNOY, Jaume, «Regulación y competencia de precios en el mercado farmacéutico», *Papeles de economía española*, núm. 76, 1998, p. 96.
- «Regulación y competencia de precios en el mercado farmacéutico», *Papeles de economía española*, núm. 76, 1998, p. 96.
- RIVERO, Ana, «La liberalización del mercado del gas», *Bolsa de Madrid*, núm. 66, 1998, p. 32.
- «Tabacalera en el club de privatizadas», *Bolsa de Madrid*, núm. 66, 1998, p. 38.
- ROCA, Josep, y BURNS, Malcolm, «La liberalización del mercado de suelo en España. Reforma de la legislación urbanística de 1998», *Revista del centro de gestión catastral y coop. tribut.*, núm. 33, 1998, p. 7.
- «La liberalización del mercado de suelo en España. Reforma de la legislación urbanística de 1998», *Revista del centro de gestión catastral y coop. tribut.*, núm. 33, 1998, p. 7.
- SÁINZ ANDRÉS, María, «Las actividades del Servicio de Defensa de la Competencia en 1997», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2582, 1998, p. 13.
- SAN JUAN MESONADA, Carlos, «Regulación ambiental en un contexto de competencia», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 388.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, y SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pilar, «La medida cautelar 10/96, Airtel-Telefónica, desde una perspectiva económica», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 229.

- SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pilar, y SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, «Liderazgo en precios en la industria láctea», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 387.
- SANZ SANZ, Inmaculada, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 28 de julio de 1997», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 349.
- SOLER MASOTA, Paz, «¿Hacia un nuevo enjuiciamiento antitrust de la fijación vertical de precios?: Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 1997, del Pleno, expediente 380/1996», *Revista general de Derecho*, núm. 645, 1998, p. 7655.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 670.
- VÁZQUEZ, Pablo, «Liberalización y medio ambiente», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 383.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la, «Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 645, 1998, p. 7567.
- «La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito: aspectos generales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, 1998, p. 155.
- VILLAR, José Manuel, «El próximo horizonte regulatorio», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 22.
- VIVES, Xavier, «Concentración y competencia», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 71.
- VVAA, *Sistema de competencia, distribución y propiedad industrial*, La Ley, Madrid, 2 vols., 1998.

## II. UNIÓN EUROPEA

### 1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- ABBAMONTE, Giuseppe B., «Cross-subsidisation and Community competition rules: efficient pricing versus equity?», *European law review*, núm. 5, 1998, p. 414.
- AMATO, Giuliano, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, Bologna, 1998, 129 pp.
- ANTONIOLI, Marco, «Attività provvedimentale e violazione della legge antitrust», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 1998, p. 480.
- AUNEAU, Gérard, «Conséquences de l'application du droit communautaire de la concurrence au secteur du sport», *Revue de la jurisprudence commerciale*, núm. 4, 1998, p. 157.
- BABUSIAUX, Christian, «Pour un espace européen de la concurrence», *Recueil Dalloz*, núm. 26, 1998, chronique, p. 249.
- BARR, Frances, «Has the UK gone European: is the European approach of the Competition Bill more than an illusion?», *European competition law review*, núm. 3, 1998, p. 139.

- BAZEX, Michel, «Le droit public de la concurrence», *Revue française de droit administratif*, núm. 4, 1998, p. 781.
- BEAUJOUR, Jean-Claude, «The concept of free competition in European and Japanese Laws: a comparative perspective in financial services», *European financial services law*, núms. 1-2, 1998, p. 22.
- BLUM, Françoise, y LOGUE, Anne, *State monopolies under EC law*, Chichester, Wiley, 1998, 402 pp.
- CANGEMI, Daniele, «Le imprese comuni nella politica comunitaria della concorrenza», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 4, 1998, p. 711.
- CARLE, Johan, y JOHNSON, Mats, «Benchmarking and EC competition law», *European competition law review*, núm. 2, 1998, p. 74.
- CASES PALLARÉS, Lluís, *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, 381 pp.
- CASES PALLARÉS, Lluís, *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, 617 pp.
- COATES, Kevin, «Competition for the Internet», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 11.
- COCUZZA, Claudio, y GIGANTE, Augusto, «Diritto antitrust e cooperazione internazionale», *Rivista di diritto internazionale e privato e processuale*, núm. 4, 1998, p. 783.
- COCUZZA, Claudio, y MONTINI, Massimiliano, «International antitrust co-operation in a global economy», *European competition law review*, núm. 3, 1998, p. 156.
- COURIVAUD, Henri, «L'adaptation des entreprises publiques françaises au droit de la concurrence», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 7, 1998, p. 4.
- CHEVALIER, Philippe, «Dominance sur un marché de produits secondaires», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 26.
- DESELAERS, Wolfgang, «Sportverbände und europäisches Kartellrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 10, 1998, p. 946.
- DEVUYST, Youri, «The international dimension of the EC's antitrust policy: extending the level playing field», *European foreign affairs review*, núm. 4, 1998, p. 459.
- EHLE, Dirk, «State regulation under the US antitrust state action doctrine and under EC competition law: a comparative analysis», *European competition law review*, núm. 6, 1998, p. 380.
- FAURE-GRIMAUD, Antoine, «Structure financière et concurrence imparfaite: Modigliani-Miller 40 ans après», *Revue d'économie politique*, núm. 1, 1998, p. 15.
- FIW Seminar, *Schwerpunkte des Kartellrechts 1997: (Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis Bundesrepublik Deutschland und EG): Referate des XXXV. FIW-Seminars*, FIW-Schriftenreihe; Heft 175, Heymann, Köln, 1998, 101 pp.
- FOX, Eleanor M., «World antitrust: a principled blueprint», *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 852.

- FUENTELESAZ, LUCIO, y GÓMEZ VILLASCUERNA, Jaime, «Liberalización y ámbito geográfico de actuación: un análisis para las cajas de ahorros», *Papeles de economía española*, núms. 74-75, 1998, p. 190.
- GERBER, David J., «The European competition law story: some German roles», *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 654.
- GERBER, David J., *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 472.
- GOYDER, Dan G., *EC competition law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 650 pp.
- GUDIN, Charles-Étienne, «Qu'est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence?», *Revue des affaires européennes*, núm. 3, 1998, p. 221.
- HABERMEIER, Stefan, «Grenzen des Wirtschaftsrechts der Europäischen Union», *Schriften des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit (RIZ)*, 1998, pp. 227-254.
- HAKURA, Fadi S., «The extension of E.C. competition law to the Mediterranean region», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 204.
- HEIMLER, Alberto, «National priorities, national law and European law: the Italian experience», *European competition law review*, núm. 6, 1998, p. 315.
- HUPPERTZ, Christiane, «Die buchpreisbindung nach nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núm. 12, 1998, p. 988.
- KIRKBRIDE, James, y XIONG, Tao, «The European control of joint ventures: an historic opportunity or a mere continuation of existing practice?», *European law review*, núm. 1, 1998, p. 37.
- KIRZNER, Israel M., «Los objetivos de la política antitrust: una crítica», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 67.
- KLOSE, Tobias, *Das Verhältnis des deutschen zum europäischen Kartellrecht in der Verfügungspraxis des Bundeskartellamtes*, Dissertation-Humboldt-Universität Berlin, 1998, Nomos, Baden-Baden, 1998, 279 pp.
- LANDMAN, Lawrence B., «Innovation markets in Europe», *European competition law review*, núm. 1, 1998, p. 21.
- LANGEN, Eugen; BUNTE, Hermann-Josef; BORNKAMM, Joachim, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 8. Aufl., Luchterhand, Neuwied, 1998, 2 vols., 3028 pp.
- LIEBMANN, Hanno, *Vertriebsverträge in der EU: wettbewerbsrechtliche Grundlagen*, Manz, Wien, 1998, 296 pp.
- LUYN, Judith M. A. van, «La consommation et la concurrence», *Jaarboek consumentenrecht*, 1998, 1998, p. 219.
- MARSDEN, Philip B., «A WTO "rule of reason"?», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 530.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «Restricciones verticales a la competencia: cambio de enfoque de la Comisión Europea (I)», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 196, B-139, 1998, p. 1.

- MASKE, August-Carel, *Die geographische Dimension im europäischen Wettbewerbsrecht: räumlich relevanter Markt und wesentlicher Teil im Binnenmarkt*, Heumann, Köln, 1998, 287 pp.
- MATEU DE ROS, Rafael, «El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 72, 1998, p. 977.
- MOHAMED, Saideek Seyad, «Competition rules of Sweden and the European Union compared», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 237.
- NICOLAIDES, Phedon, «The enforcement of competition rules in regulated sectors: an appraisal of the perceived conflict between market entry and regulation in light of experience of the European Union», *World competition*, núm. 3, 1998, p. 5.
- NIZZO, Carlo, «Responsabilità delle imprese per comportamenti anticoncorrenziali imposti dal legislatore nazionale», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1998, p. 572.
- NOLTE, Steffen, «Reform des EG-Kartellrechts für Vertriebs- und Zulieferverträge: Beginn eines Strukturwandels in der europäischen Wettbewerbspolitik», *Betriebs-Berater*, núm. 48, 1998, p. 2429.
- NORDEMAN, Jan Bernd; CZYCHOWSKI, Christian, y GRÜTER, Patrick Winfried, «The Internet, the name server and antitrust law», *European competition law review*, núm. 2, 1998, p. 99.
- O'RAW, Eunice, «Prey of the protected: competition actions against undertakings within the remit of Article 90», *Commercial law practitioner*, núm. 4, 1998, p. 96.
- OTTERVANGER, Tom R., *Competition law of the European Community, the Netherlands and Belgium*, Loeff legal series, Kluwer, The Hague, 1998, 166 pp.
- OTTERVANGER, Tom R.; STEENBERGEN, Jacques D. M., y VOORDE, Sander J. van der., *Competition law of the European Community, the Netherlands and Belgium*, Kluwer, The Hague, 1998, 166 pp.
- PITTMAN, Russell, «Competition law in Central and Eastern Europe: five years later», *The antitrust bulletin*, núm. 1, 1998, p. 179.
- PONS, Jean-François, «Innovation and competition: a view from the European Commission», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 6.
- PORTER ELLIOTT, G., «Antitrust at 35,000 feet: the extraterritorial application of United States and European Community competition law in the air transport sector», *The George Washington journal of international law and economics*, núm. 2, 1997-98, p. 185.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, *Antitrust between EC law and national law: Treviso, 15-16 May 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 560 pp.
- RODGER, Barry J., y MACCULLOCH, Angus D., «Community competition law enforcement deregulation and re-regulation: the Commission, national authorities and private enforcement», *The Columbia journal of European law*, núm. 3, 1998, p. 579.
- RUIZ CALZADO, Xavier, «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», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 243.
- RUTTLEY, Philip, «E.C. competition law in cyberspace: an overview of recent developments», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 186.
- SACK, Rolf, «Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 3, 1998, p. 264.
- SAN JUAN MESONADA, Carlos, «Regulación ambiental en un contexto de competencia», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 388.
- SCHAUB, Alexander, «Globalización y política de competencia», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 19.
- SCUFFI, Massimo, «Diritto civile e regole della concorrenza in funzione antitrust», *Diritto processuale antitrust*, 1998, p. 3.
- SCHAUB, Alexander, «Les effets de la concurrence dans la vie quotidienne des citoyens», *Competition policy newsletter*, núm. 3, 1998, p. 1.
- SCHAUD, Alexander, «International co-operation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing-MDD proceedings», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 2.
- SCHAUB, Nial, «EC competition law: the millenium approaches», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International antitrust law & policy 1997*, 1998, p. 225.
- SCHMIDT, Ingo; BINDER, Steffen, «Wettbewerbspolitik», *Handbuch Europäische Wirtschaftspolitik*, 1998, p. 1229.
- SCHÜTZ, Jörg, «Interne Willensbildung and Kartellrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 4, 1998, p. 335.
- SENA, Giuseppe, «Proprietà intellettuale: esclusiva e monopolio», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 257.
- SILVA, Francesco, «Regola dell'efficienza e politica antitrust», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 225.
- SIMONT, Lucien, «Arbitrage et droit de la concurrence: quelques réflexions d'un arbitre», *Revue de droit des affaires internationales*, núms. 4-5, 1998, p. 547.
- SMITH, Rhonda, y ROUND, David, «Competition assessment and strategic behaviour», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 225.
- SPITZER, Jean-Pierre, «Entreprise publique et droit communautaire de la concurrence», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 401.
- STEINDORFF, Ernst O., «Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren: zugleich zum Anspruch auf Beteiligung am Vertrieb und zum Verbraucherschutz», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, núm. 3, 1998, p. 290.
- TAVASSI, Marina, «Diritti della proprietà industriale e antitrust nell'esperienza comunitaria e italiana», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 263.
- «La legislazione nazionale antitrust ed i rapporti con la normativa comunitaria», *Diritto processuale antitrust*, 1998, p. 79.



- TEJELO CASANOVA, Cristina, «Comercio y competencia: ¿hasta dónde puede llegar la OMC?», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 39.
- TEMPLE LANG, John, «Community antitrust law and national regulatory procedures», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International antitrust law & policy 1997*, 1998, p. 297.
- «Media, multimedia, and European Community antitrust law», *Fordham international law journal*, núm. 4, 1998, p. 1296.
- TODINO, Mario, y TIZZANO, Antonio, «Diritto comunitario della concorrenza: 1 gennaio 1995-30 giugno 1997», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 1, 1998, p. 269.
- TORRENT, Ramón, «Derecho de la competencia en los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad Europea», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 161.
- ULLRICH, Hanns; FIKENTSCHER, Wolfgang, e IMMENGA, Ulrich, *Comparative competition law: approaching an international system of antitrust law: proceedings of the workshop, Bruges, College of Europe, July 3-5, 1997*, Nomos, Baden-Baden, 1998, 294 pp.
- VAN MIERT, Karel, «International cooperation in the field of competition: a view from the EC», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International antitrust law & policy 1997*, 1998, p. 13.
- VASQUES, Luciano, «Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 407.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, «La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur», *Mercosur y la Unión Europea*, 1998, p. 171.
- WAELEBROECK, Michael, «Trente-cinq années de politique communautaire de la concurrence», *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo*, núm. 4, 1998, p. 327.
- WEBER, Martin, «Wirtschaftliche Preisbindungen als Wettbewerbsbeschränkungen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1998, p. 134.
- WEITBRECHT, Andreas, «Die Entwicklung des europäischen Kartellrechts im Jahr 1997», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 22, 1998, p. 677.
- WOLF, Dieter, «Entwicklungstendenzen im Verhältnis des nationalen zum europäischen Wettbewerbsrecht», *FiW-Schriftenreihe, Heft 175, Schwerpunkte des Kartellrechts*, 1997, 1998, p. 1.
- WOLF, Dieter, «Globalisierung und internationale Wettbewerbspolitik», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 12, 1998, p. 465.

## 2. ARTÍCULOS 85 Y 86 TCE

- ACKERMANN, Thomas, «Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen in europäischen Binnenmärkten?», *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997*, 1998, p. 203.
- ALCAIDE GUINDO, Cristina, «Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 81.

- ANDREWS, Philip, «Is meeting competition a defence to predatory pricing?: the Irish sugar decision suggests a new approach», *European competition law review*, núm. 11, 1998, p. 49.
- ARNAUDO, Luca, «Le sanzioni della disciplina comunitaria della concorrenza: natura, limiti, prospettive di riforma», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núms. 3-4, 1998, p. 611.
- ART, Jean-Yves, y LIEDEKERKE, Dirk van, «Developments in EC competition law in 1997: an overview», *Common market law review*, núm. 5, 1998, p. 1135.
- BAKER, Simon, y WU, Lawrence, «Applying the market definition guidelines of the European Commission», *European competition law review*, núm. 5, 1998, p. 273.
- BANKS, J. D., «The development of the concept of extraterritoriality under European merger law and its effectiveness under the merger regulation following the Boeing-McDonnell Douglas decision 1997», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 306.
- BASTIANON, Stefano, «La distribuzione selettiva ed il requisito dell'«ermecità» nel diritto «antitrust» comunitario», *Il foro italiano*, núm. 1, 1998, pt. iv, col. 12-22.
- BAUDINO, Claudia, «Definizione del mercato rilevante ed applicazione del diritto comunitario antitrust: la comunicazione della Commissione», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 1998, p. 524.
- BERTI, Iacopo, «Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 355.
- BORGIOI, Alessandro, y MARIANI, Silvia, «L'abuso di posizione dominante», *Diritto privato*, 1997-III (1998), p. 305.
- BOTANA AGRA, Manuel José, «Los actos anticompetitivos prohibidos por el artículo 85.1 del TCE», *Noticias de la unión europea*, núm. 156, 1998, p. 53.
- BRINCKMAN, Dirk, y VOLLEBREGT, Erik R., «The marketing of sport and its relation to E.C. competition law», *European competition law review*, núm. 5, 1998, p. 281.
- CARNEY, Tom, y DOYLE, Alan, «The Carrigaline case and E.C. competition rules», *Irish law times*, núm. 5, 1998, p. 69.
- CREUS CARRERAS, Antonio, y URUARTE VALIENTE, Begoña, «Access to file as a right of the defense in competition procedures before the EC Commission», *World competition*, núm. 4, 1998, p. 5.
- CROMBEEN, Iris L. P., «The legal duties of the European Commission towards private party-complainants in EC competition cases», *Maastricht journal of european and comparative law*, núm. 2, 1998, p. 153.
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, «Abusi di posizione dominante e intese nelle telecomunicazioni», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 4, 1998, pt. I, p. 448.
- DOLMANS, Maurits J. F. M., «Restrictions on innovation: an EU antitrust approach», *Antitrust law journal*, núm. 2, 1998, p. 455.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Die Bedeutung der Art. 85 und 86 EG-V für das österreichische Zivilrecht», *Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht*, tomo 6/1, 1998, p. 1.

- FALCE, Valeria, «Abusi di posizione dominante», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 103.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 del TCEE y de las normas internas de competencia», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 215.
- FORNARA BERTONA, Linda, «Intese e abuso di posizione dominante: la posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore alimentare», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 2, 1998, pt. 1, p. 178.
- GHEZZI, Federico, y POLO, Michele, «Osservazioni sulla politica sanzionatoria della Commissione in materia antitrust: la comunicazione sulla non imposizione di ammende», *Rivista delle società*, núms. 2-3, 1998, p. 682.
- GOOSSENS, Leen, «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission. Première partie», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 52, 1998, p. 169.
- GREAVES, Rosa, «The Herchel Smith lecture 1998: Article 86 of the E.C. Treaty and intellectual property rights», *European intellectual property review*, núm. 10, 1998, p. 379.
- HASLINGER, Stephanie, «Zum Belieferungsanspruch aufgrund art. 85 EGV i.V.m. Paragr. 823 II, 249 ff. BGB», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 1998, p. 456.
- HÜBSCHLE, Wolfgang, «Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Strompreisdifferenzierungen nach der Energiewirtschaftsrechtsnovelle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1998, p. 146.
- KERSE, Christopher S., *E.C. antitrust procedure*, Sweet & Maxwell, London, 1998, 586 pp.
- KIRKBRIDE, James, «Responding to research and development collaboration through competition controls», *European current law*, núm. 6, 1998, p. ix.
- KLIMISCH, Annette, y LANGE, Markus, «Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 1, 1998, p. 15.
- LEVITT, Matthew, «Commission hearings and the role of the hearing officer: suggestions for reform», *European competition law review*, núm. 6, 1998, p. 404.
- LOUIS, Frédéric P., «La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?», *Cahiers de droit européen*, núms. 1-2, 1998, p. 47.
- LUGARD, H. H. Paul, «E.C. competition law and arbitration: opposing principles?», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 295.
- MANGIONE, Giuseppina Maria Rita, «La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado in materia di concorrenza nel corso del 1997», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 3.
- MASTROMANOLIS, Emmanuel P., «Predatory pricing strategies in the European Union: a case for legal reform», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 211.
- MEINHARDT, Marcel, *Die Beschränkung nationaler Immaterialgüterrechte durch Art. 86 EG-Vertrag: unter besonderer Berücksichtigung der essential Facilities-Doktrin*, Lang, Bern, 1998, 170 pp.

- MERLO, Alessandra, «Intese de minimis: la nuova comunicazione della Commissione europea», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 1998, p. 520.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «Regulierende Missbrauchsaufsicht», *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 557.
- SAGGIO, Antonio, e IANNONE, Celestina, «Le informazioni riservate e i segreti commerciali nel diritto comunitario della concorrenza», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 523.
- SCHOLL, Nicolas, «Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht: die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 85 f. EGV und das Subsidiaritätsprinzip», *Swiss papers on european integration*, Schulthess, Zürich, 1998, 64 p.
- SIRAGUSA, Mario, «Rethinking Article 85: problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International antitrust law & policy*, 1997, 1998, p. 271.
- SIRAGUSA, Mario, «The millenium approaches: rethinking Article 85 and the problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules», *Fordham international law journal*, núm. 3, 1998, p. 650.
- STOFFEL, Walter A.; CHABLOZ, Isabelle, «Les contrats de distribution des automobiles au regard du droit de la concurrence», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 212.
- TAVASSI, Marina, y SCUFFI, Massimo, *Diritto processuale antitrust: tutela giurisdizionale della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 728 pp.
- TAVASSI, Marina, «Le regole del Trattato CE: operatività diretta», *Diritto processuale antitrust*, 1998, p. 33.
- TOMASEVIC, Daniel M., «Commentaire de l'arrêt Viho de la Cour de justice dels Communautés européennes», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 261.
- VAN BAEL, IVO, «Recent developments in EC antitrust law», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 1.
- VASQUES, Luciano, «Essencial facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 407.
- VOGEL, Louis, «Droit de la concurrence et puissance d'achat: plaidoyer pour un changement», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 1, 1998, p. 1.
- WEBER, Martin, «Wirtschaftliche Preisbindungen als Wettbewerbsbeschränkungen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 1998, p. 134.
- WILS, Wouter P. J., «The Commission's new method for calculating fines in antitrust cases», *European law review*, núm. 3, 1998, p. 252.

### 3. RESTRICIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- BASTIANON, Stefano, «I profumi di lusso e la distribuzione selettiva nuovamente al vaglio del giudice comunitario», *Il foro italiano*, núm. 10, 1998, pt. iv, col. 390.

- BERGAU, Dietmar, «Das Verhältnis zwischen Antidumpingrecht und Wettbewerbsrecht im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 4, 1998, p. 552.
- BIEBER, Roland, y CORNU, Anne, «Vers une nouvelle orientation du contrôle européen des restrictions verticales?», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 183.
- BIRO, Zoltan, y FLETCHER, Amelia, «The E.C. Green Paper on vertical restraints: an economic comment», *European competition law review*, núm. 3, 1998, p. 129.
- DAMME, E. van, «Verticale mededingingsafspraken», *SEW Social economische wetgeving*, núm. 1, 1998, p. 8.
- DOLMANS, Maurits J. F. M., y ODRIEZOLA, Miguel, «Site licence, right licence?: site licences under E.C. competition law», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 493.
- FRANCHI, Cristina, «Gli accordi verticali in diritto comunitario», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 367.
- GRAZ, Dominique, «Coopération horizontale entre entreprises et accords de distribution en droit de la concurrence européen», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 236.
- KILLIAS, Pierre-Alain, y RIEBEN, Laurent, «Les contrats de distribution sélective et de franchise en droit communautaire de la concurrence», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 253.
- KORAH, C. Valentine, «The future of vertical agreements under E.C. competition law», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 506.
- NAZERALI, Julie, y COWAN, David, «The Commission's draft communication on distribution agreements: market shares are predictably back on the table!», *European competition law review*, núm. 7, 1998, p. 409.
- NOVOTNY, V. Clav, «The role of a national judge in competition cases», *Competition policy newsletter*, núm. 3, 1998, p. 61.
- PARSCHALK, Martin, «Vertical restraints on competition: selective distribution, exclusive distribution and exclusive purchasing systems in Austria», *European competition law review*, núm. 7, 1998, p. 422.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo, «Las restricciones verticales de la competencia», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 27.
- RILEY, Alan J., «Vertical restraints: a revolution?», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 483.
- ROHARDT, Klaus Peter, «Vertical restraints on competition in Europe: follow-up to the 1996 Green Paper», *European food law review*, núm. 4, 1998, p. 385.
- «Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs in Europa: Follow-up zum Grünbuch», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 11, 1998, p. 1050.
- SANFILIPPOO, Luca, «The retail sector and application of antitrust rules», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 425.
- STOFFEL, Walter A., y CHABLOZ, Isabelle, «Les contrats de distribution des automobiles au regard du droit de la concurrence», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 212.

STÖVER, Klaus H., «Harmonisierung und Synchronisierung der für Vertikalverträge massgeblichen Kartellrechte innerhalb der Europäischen Union», *Schriften des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit (RIZ)*, 1998, p. 255.

WERRO, Franz; BELSER, Eva M., y PANTELIDOU, Elisabeth, «L'impact du droit européen de la concurrence sur le contrat de franchise», *L'europeanisation du droit privé*, 1998, pp. 271-287.

#### 4. ÓRGANOS DE APLICACIÓN

EHLERMANN, Claus-Dieter, «Co-operation between competition authorities within the European Union», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 465.

FARINELLI, Stefania, «La comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e autorità garanti dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza», *Il diritto dell'unione europea*, núm. 1, 1998, p. 131.

GOYDER, Dan G., «Reliance on Commission decisions in national courts», *European Community law in the English courts*, 1998, p. 179.

KON, Stephen, y MAXWELL, Andrew, «Enforcement in national courts of the EC and new UK competition rules: obstacles to effective enforcement», *European competition law review*, núm. 7, 1998, p. 443.

LADDIE, Hugh, «Community competition law in English courts», *European Community law in the English courts*, 1998, p. 165.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión Europea y por las autoridades administrativas nacionales», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 130, 1998, p. 1.

— «Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: el control de las concentraciones», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 119.

RODGER, Barry J., y MAC CULLOCH, Angus D., «Community competition law enforcement deregulation and re-regulation: the Commission, national authorities and private enforcement», *The Columbia journal of european law*, vol. 4, núm. 3, 1998, p. 579.

RHONE, Christopher, «From the European Commission to national courts: a UK perspective on decentralisation of enforcement of the EC competition rules», *The Edinburgh law review*, núm. 3, 1998, p. 345.

TEMPLE LANG, John, «The duties of national authorities under Community constitutional law», *European law review*, núm. 2, 1998, p. 109.

TODINO, Mario, «Le norme comunitarie di concorrenza nei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 3, 1998, pp. 751 y 915.

VERLOREN VAN THEMAAT, Pieter, «National application of Community competition law», *SEW Sociaal economische wetgeving*, núm. 4, 1998, p. 137.

## 5. CONTROL DE CONCENTRACIONES

AHLBORN, Christian, y TURNER, Vanessa, «Expanding success?: reform of the EC merger regulation», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 249.

ANTONUCCI, Antonella, «La disciplina comunitaria delle concentrazioni fra imprese: le recenti modifiche al regolamento n. 4064/89», *Giurisprudenza commerciale*, núm. 3, 1998, p. 412.

BANKS, J. D., «The development of the concept of extraterritoriality under European merger law and its effectiveness under the merger regulation following the Boeing-McDonnell Douglas decision 1997», *European competition law review*, núm. 5, 1998, p. 306.

BAVASSO, Antonio F., «Boeing McDonnell Douglas: did the Commission fly too high?», *European competition law review*, núm. 4, 1998, p. 243.

BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, «La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Serie D-29, 1998, p. 207.

BERLIN, Dominique, y VALLETTE-VIALLARD, Hugues, «Concentrations: 1er janvier 1997-31 décembre 1997», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 1998, p. 365.

BIBER, Roland, y CORNU, Anne, «Vers une nouvelle orientation du contrôle européen des restrictions verticales?», *Les contrats de distribution*, 1998, p. 183.

BRIONES ALONSO, Juan F., «Vertical aspects of mergers, joint-ventures and strategic alliances», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International antitrust law & policy, 1997*, 1998, p. 129.

BROBERG, Morten P., *The European Commission's jurisdiction to scrutinise mergers*, Kluwer, The Hague, 1998, p. 394.

CAHILL, Dermot, «The EC merger regulation: recent amendment and reform», *Commercial law practitioner*, núm. 8, 1998, p. 193, y núm. 9, 1998, p. 229.

COMISIÓN EUROPEA. DIRECCIÓN GENERAL DE LA COMPETENCIA, *Droit du contrôle des concentrations dans l'Union Européenne*, OPOCE, Luxemburgo, 1998, 155 pp.

DAL PRÀ, Mónica, y NICOLINI, Marco, «La modifica del Regolamento concentrazioni: la disciplina applicabile alle joint ventures», *Il diritto dell'unione europea*, núm. 1, 1998, p. 105.

FIEBIG, André R., «International law limits on the extraterritorial application of the European Merger Control Regulation and suggestions for reform», *European competition law review*, núm. 6, 1998, p. 323.

FIEBIG, André R., «The extraterritorial application of the European merger control regulation», *The Columbia journal of european law*, núm. 1, 1998, p. 79.

FLECHEUX, Georges, y SCARAMOZZINO, Yannick, «Le nouveau droit du contrôle des concentrations dans l'Union Européenne», *Gazette du Palais*, 1998, doctrine, p. 838.

- FREY, Dieter, «Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 12, 1998, p. 985.
- GIUDICI, Paolo, «La regola di concentrazione e il diritto antitrust», *La riforma dei mercati finanziari*, 1998, p. 577.
- GRIFFIN, Joseph P., «Antitrust aspects of cross-border mergers and acquisitions», *European competition law review*, núm. 1, 1998, p. 12.
- GUGLER, Philippe, «Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 8, 1998, p. 919.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Durchführungsbestimmungen und Mitteilungen zur EG-Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 20, 1998, p. 613.
- IMMENGA, Ulrich, «Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 9, 1998, p. 809.
- KARL, Matthias, «Inkrafttreten der Änderungen zur Europäischen Fusionskontrolle vom 01.03.1998», *Europarecht*, núm. 2, 1998, p. 219.
- KÖRBER, Torsten, «Gerichtlicher Rechtsschutz in der europäischen Fusionskontrolle», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 12, 1998, p. 910.
- KRONENBERG, Oliver P., «Die neuen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 zur Änderung der EG-Fusionskontrollverordnung», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, núm. 3, 1998, p. 72.
- KRONENBERG, Oliver P., «Revision der EG-Fusionskontrollverordnung: eine Darstellung der neuen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1310/97», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 2, 1998, p. 89.
- LEONE, Velia Maria, «Modifiche al regolamento comunitario in materia di concentrazioni», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 1998, p. 489.
- MANNIN, Colm, «A propos of merger of Boeing and McDonnell Douglas: differences of antitrust principle and practice», *Air and space law*, núm. 3, 1998, p. 118.
- MARTÍNEZ, Catalina, «Duelo de titanes: Boeing/McDonnell Douglas versus Airbus», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 341.
- MARTÍNEZ-LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: el control de las concentraciones», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 119.
- MATHIS, James H., «Institutional aspects of regional merger control», *World competition*, núm. 3, 1998, p. 29.
- NIEWIARRA, Manfred, «Die novellierte europäische Fusionskontrollverordnung», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 4, 1998, p. 114.
- NOËL, Pierre-Emmanuel, «La théorie de l'entreprise en difficulté et la notion de position dominante collective en matière de contrôle communautaire des concentrations», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 8, 1998, p. 893.



- ORMESSON, Olivier d', y KERJEAN, Stéphane, «Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 4, 1998, p. 479.
- PAPPALARDO, Aurelio, «Les nouvelles règles en matière de contrôle communautaire des concentrations d'entreprises», *Revue internationale de droit économique*, núm. 2, 1998, p. 177.
- POMMERA, Thomas, «La décision Boeing/McDonnell Douglas: un exemple du fonctionnement des structures européennes», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 104, 1998, p. 5.
- QUACK, Karlheinz, «Zur Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf Oligopolverhältnisse», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núms. 3-4, 1998, p. 295.
- REYNOLDS, Michael J., «Mergers and joint ventures: the vertical dimension», *Annual proceedings of the fordham corporate law institute; International anti-trust law & policy 1997*, 1998, p. 153.
- RINELLA, ZAIRA, «Le nuove regole per il controllo comunitario delle concentrazioni», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 4, 1998, p. 701.
- STADLER, Christoph, «The 1999 changes to German merger control and competition law», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 542.
- STELLA, Francesco, «Il regolamento (CE) n. 13110/97 del Consiglio che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese. Un primo commento», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 2, 1998, p. 543.
- VALENTE, Piergiorgio, «Cross-border corporate reorganizations: an update on the Italian perspective», *Bulletin for international fiscal documentation*, núm. 7, 1998, p. 311.
- VENIT, James S., «Two steps forward and no step back: economic analysis and oligopolistic dominance after Kali & Salz», *Common market law review*, núm. 5, 1998, p. 1101.
- ZONNEKEYN, Geert A. V. R., «The treatment of joint ventures under the amended EC merger regulation», *European competition law review*, núm. 7, 1998, p. 414.

## 6. AYUDAS PÚBLICAS

- AMMASSARI, Francesca, y MARZORATI, Laura, *Gli aiuti regionali alle imprese, Temi e problemi, autorità garante della concorrenza e del mercato n. 7*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 1998, 47 pp.
- BARIATTI, Stefania, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998, 744 pp.
- BENÍTEZ, Carlos, y CUADRO, Diego del, «State aid and taxation in Spain», *The EC tax journal*, núm. 1, 1998, p. 17.
- BERGERÈS, Maurice-Christian, «Les juridictions nationales et les aides d'État contraires au droit communautaire», *Recueil Dalloz*, núm. 3, 1998, p. 27.

- CALVO DE CELIS, José Luis, «El falseamiento de la competencia mediante las ayudas estatales con finalidad», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2575, 1998, p. 23.
- CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID, *Ayudas de la Unión Europea a las empresas*, Cámara de Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 165 pp.
- CAPUTI JAMBRENGHI, Vincenzo, «Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vigente», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 6, 1998, p. 1259.
- CHÉROT, Jean-Yves, «Le juge judiciaire et l'article 93, paragraphe 3, du traité de Rome: vers un progrès notable des droits des concurrents des bénéficiaires d'aides publiques», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 6, 1998, p. 467.
- CHÉROT, Jean-Yves, *Les aides d'État dans les communautés européennes*, Droit des affaires et de l'entreprise, Recherches, Economica, Paris, 1998, 379 pp.
- DAMM, Andreas, *Gebührenprivileg und Beihilferecht: zur Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland mit Art. 92 EGV*, Springer, Berlin, 1998, 188 pp.
- DECKERT, Martina Renate, y SCHROEDER, Werner, «Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilferecht. Gemeinschaftsrechtliche und zivilrechtliche Implikationen», *Europarecht*, núm. 3, 1998, p. 291.
- DEPYPERE, Stefan, «State aid policy enforcement in the new Länder of Germany: status in 1997», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 38.
- DONY-BARTHOLOMÉ, Marianne, «Aides d'État», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 49, 1998, p. 97.
- D'SA, Rose M., *European Community law on state aid*, Sweet & Maxwell, London, 1998.
- LONG, William R. M., «Illegal state aid and its effects on state guarantees», *European business law review*, núms. 11-12, 1998, p. 389.
- ERLBACHER, Friedrich, «Die neuen Leitlinien der Kommission für die Vergabe staatlicher Regionalbeihilfen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 17, 1998, p. 517.
- EVANS, Andrew C., «Law, policy and equality in the European Union: the example of state aid control», *European law review*, núm. 5, 1998, p. 434.
- EYSKENS, Werner, y PITTIE, Marc, «La récupération des aides communautaires contraires au Traité CE», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 48, 1998, p. 73.
- FICHERA, Franco, «Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario», *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, núm. 1, 1998, pt. I, p. 84.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel, «Algunos aspectos jurídico-financieros de las ayudas comunitarias», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 159, 1998, p. 59.
- GRARD, Loic, «Le contrôle des aides publiques: panorama de la jurisprudence communautaire quant aux rôles respectifs de la Commission et du juge national», *Revue des affaires européennes*, núms. 1-2, 1998, p. 125.
- HAPPE, Claus, «Rückforderung von Zuwendungen nach negativer Kommissionssentscheidung im Beihilfeverfahren», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 1, 1998, p. 26.

- HAPPRE, Claus-Michael, «Rückforderrung von Zuwendungen nach negativer Kommissionsentscheidung im Beihilfverfahren», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 1, 1998, p. 26.
- HEISS, Helmut, y LEGERER, Joseph, «Die Reichweite der Notifizierungspflicht nach Art. 93 EGV bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen», *Wirtschaftsrechtliche Nlätter*, núm. 9, 1998, p. 373.
- IDOT, Laurence, «Les aides aux entreprises en difficulté et le droit de la communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 1998, p. 295.
- KEPPENNE, Jean-Paul, «(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État», *Revue du marché unique européen*, núm. 2, 1998, pp. 125-156.
- KLINGBEIL, Frank Thilo, *Das Beihilfverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag: Verfahrensablauf - Rechte der Beteiligten - Rechtsschutzmöglichkeiten*, Nomos, Baden Baden, 1998, 279 pp.
- *Das Beihilfverfahren nach Art. 93 EG-Vertrag: Verfahrensaablauf - Rechte der Beteiligten - Rechtsschutzmöglichkeiten*
- LOUNGOULAH, G.-L. Philippe, «L'interventionnisme économique local en France: entre l'État et l'Union Européenne», *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 3, 1998, p. 845.
- MAGNANI, Paola, «L'applicazione della normativa antitrust nel settore bancario», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 5, 1998, pt. II, p. 367.
- MALINCONICO, Carlo, «The institutional profile and powers of the utility regulator», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 6, 1998, p. 1213.
- MARTIN-EHLERS, Andrés, «Staatliche Beihilfen: ein Plädoyer für Verfahrensrechte in der Vorprüfungsphase nach Art. 93, Abs. 3, EGV: Sytravall II», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, núm. 7, 1998, p. 245.
- NICOLETTI, Giuseppe, «Concorrenza ed efficienza nel settore aeroportuale», *Temie e problemi, Autorità garante della concorrenza e del mercato*, núm. 9, 1998.
- OSSENBUHL, Fritz, «Europarechtliche Beihilfenaufsicht und nationales Gesetzgebungsverfahren», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 19, 1998, p. 811 y p. 1035.
- PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1998, 429 pp.
- PAULUS, Peer-Robin, *Die Privatisierungsbeihilfen der Treuhandanstalt: eine Bewährungspobe für das deutsche und europäische Beihilfenaufsichtsrecht*, European University studies. Series 2, Law, Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 296.
- PECHSTEIN, Matthias, «Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 16, 1998, p. 495.
- PINNA, Gavino, «La disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: una sintesi», *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, 1998, p. 21.
- PÜTTNER, Günter, y SPANNOVSKY, Willy, «Beihilfenrecht und Beihilfenaufsicht», *Handbuch Europäische Wirtschaftspolitik*, 1998, p. 319.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «Gli aiuti di Stato nel store del trasporto aereo», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 6, 1998, p. 1249.
- ROBERTI, Gian Michele, «Aiuti di stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1, 1998, pp. 67 y 143.

- ROCCATAGLIATA, Franco, y MEDICI, Silvia, «Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo Stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núms. 3-4, 1998, p. 619.
- RODRÍGUEZ CUIEL, José-Wenceslao, «Actual concepto de ayuda de Estado (art. 92.1 del Tratado CE)», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 138, 1998, p. 5.
- SCHMID, Kathrin, y VOLLMÖLLER, Thomas, «Öffentlichrechtliche Kreditinstitute un EU-Beihilfenrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 11, 1998, p. 716.
- SINNAEVE, Adinda, «Der Kommissionsvorschlag zu einer Verfahrensverordnung für die Beihilfenkontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 1998, p. 268.
- SMITH, Mitchell P., «Autonomy by the rules: the European Commission and the development of state aid policy», *Journal of common market studies*, núm. 1, 1998, p. 55.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Die “Belastung des Staatshaushalts” als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 1 EGV», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 24, 1998, p. 747.
- SOTTILI, Valeria, «Revoca di aiuti di Stato e tutela dell'affidamento», *Il diritto dell'Unione europea*, núm. 1, 1998, p. 169.
- VILAÇA, José Luis da Cruz, «Competition policy and state aids to undertakings», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 325.
- VVAA, «Das europäische Beihilferecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen», *European law reporter*, núm. 9, 1998, p. 411.
- WADDINGTON, Lisa, «The application of the Community state aid rules to voluntary organisations», *Legal issues of european integration*, núm. 1, 1998, p. 59.
- WISHLADE, Fiona G., «Competition policy or cohesion policy by the black door?: the Commission guidelines on national regional aid», *European competition law review*, núm. 6, 1998, p. 343.

## 7. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- AYLLÓN CASTRO, José, «La Directiva 98/30, liberalización del sector del gas natural», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 138, 1998, p. 5.
- BARIATTI, Stefania, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, L'Italia e la vita giuridica internazionale 13, Giuffrè, Milano, 1998, p. 744.
- BARTOSCH, Andreas, «EC telecommunications law: the new draft directive on the legal separation of networks», *European competition law review*, núm. 8, 1998, p. 514.
- BLANCHARD, Patrick, «L'évolution du secteur électrique français au lendemain de l'arrêt de la Cour de Justice européenne sur les monopoles d'importation et d'exportation d'électricité», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 540, 1998, p. 71.
- BRODEY, Martin, y POLSTER, Stephan, «Interconnection and competition», *Computer and telecommunications law review*, núm. 6, 1998, p. 211.

- CANCINI, Arturo, y PISELLI, Pierluigi, «Le categorie di servizi di cui agli all. 1 e 2 del D.Lgs. n. 157/1995», *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, 1998, p. 189.
- CAPUTO, Oreste Mario, «Concessione di pubblici servizi e clausola sociale», *Giurisprudenza italiana*, núm. 11, 1998, p. 2159.
- CHITI, Mario P., «La liberalizzazione dei servizi a terra negli aeroporti e le sue molte deroghe: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 6, 1998, p. 521.
- CLAUSEN-MURADIAN, Elisabeth, *Konzentrationstendenzen und Wettbewerb im Bereich des privaten kommerziellen Rundfunks und die Rechtsprobleme staatlicher Rundfunkaufsicht: eine Analyse unter besonder Betrachtung von Paragr. 21 Rundfunkstaatsvertrag 1991 und Paragr. 26 Rundfunkstaatsvertrag 1997*, European University studies, series 2, law, Lang, Frankfurt am Main, 1998, 339 pp.
- CONFAVREUX, Régis, *Le droit de la concurrence et les transports maritimes*, Moreux, Paris, 1998, 190 pp.
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, «Abusi di posizioni dominante e intese nelle telecomunicazioni», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 4, 1998, pt. I, p. 448.
- «Asimmetrie e funzione delle authorities nel processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, 1998, p. 493.
- DI VIA, Luciano, «La sentenza "Job Centre II" tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro», *Il foro italiano*, núm. 6, 1998, p. 247.
- DICK, Claudia, «Die wettbewerbsbegründende Durchleitung von Strom: ein Überblick», *Veröffentlichungen des instituts für Energierecht an der Universität zu Köln*, 88, *Beiträge zum deutschen und europäischen Energierecht: Festschrift für Professor Dr. Jur. Jürgen F. Baur zum 60. Geburtstag*, 1998, p. 11.
- DIETZE, Matthias, *Europarecht und nationale Regulierung des deutschen Elektrizitätsmarktes: europarechtliche regelungssperre für den nationalen Gesetzgeber?*, European University Studies, series 2, law, Lang, Frankfurt am Main, 1998, 143 pp.
- DUSSART-LEFRET, Corinne, y ARMANI, Enrico Maria, «Ports maritimes et concurrence», *Competition policy newsletter*, núm. 1, 1998, p. 32.
- EICKHOF, Norbert, y KREIKENBAUM, Dieter, «Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núms. 7-8, 1998, p. 66.
- FATTORI, Piero, «Brevi note sulla ripartizione di competenze fra Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», *Concorrenza e mercato*, núm. 6, 1998, p. 483.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban; MONTES PEÓN, José Manuel, y VÁZQUEZ ORDAS, Camilo José, «Las fuentes de ventaja competitiva en banca: Competencia en costes versus banca de relaciones», *Estudios empresariales*, núm. 3, 1998, p. 4.
- FLORENZANO, Damiano, «La normativa applicabile agli appalti pubblici di servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario», *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, 1998, p. 319.

- FRANCESCHELLI, Vincenzo, «Concorrenza e telecomunicazioni: a proposito del caso TIM/Omnitel e dell'interconnessione tra più reti mobili (il c.d. Roaming)», *Rivista di diritto industriale*, núm. 1, 1998, pt. II, p. 47.
- GALDÓN, Eugenio, «Telecomunicaciones abiertas a la competencia», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 74.
- GARCE, Joyce van de, «Telecommunications: EC competition policy related to telecommunications», *Public law, private law and adjudication*, 1998, p. 177.
- GIUDICI, Paolo, «La regola di concentrazione e il diritto antitrust», *La riforma dei mercati finanziari*, 1998, p. 549.
- GORTON, Lars, «Air transport and EC competition law», *Fordham international law journal*, núm. 3, 1998, p. 602.
- GUNTHER, Jacques-Philippe, «Politique communautaire de concurrence et audiovisuel: état des lieux», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 1998, p. 1.
- GYSELEN, Luc, «Antitrust law in the area of financial services: the cause of subsidiarity diagnosed», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 439.
- IMMENG, Ulrich; LÜBBEN, Natalie, y SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, *Telekommunikation: vom Monopol zum Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 1998, 161 pp.
- JÄNICH, Volker M., «Fussballübertragungsrechte und Kartellrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núm. 6, 1998, p. 438.
- JUNG, Christian, «Die Marktordnung des Flugverkehrs: Zeit für neue Strukturen in einem liberalisierten Umfeld», *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, núm. 3, 1998, p. 308, y núm. 4, 1998, p. 499.
- KLINDT, Thomas, «Die Umweltzeichen "Blauer Engel" und "Europäische Blume" zwischen produktbezogenem Umweltschutz und Wettbewerbsrecht», *Betriebs-Berater*, núm. 11, 1998, p. 545.
- LANA FLORES, Soledad, «Innovación y competencia en el mercado de las telecomunicaciones», *Boletín ICE económico: información comercial española*, núm. 2593, 1998, p. 39.
- LAURIOL, Thierry, *Electricity liberalisation in the E.U.: law and commentary*, suplemento a *Oil & gas law and taxation review*, Sweet & Maxwell, London, 1998, 196 pp.
- LE GARREC, Marcel-Yves, «Manutention portuaire et abus de position dominante: à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 février 1998», *Le droit maritime français*, núm. 585, 1998, doctrine, p. 848.
- LUKES, Rudolf, «Die Neureglung des Energiewirtschaftsrechts», *Betriebs-Berater*, núm. 24, 1998, p. 1217.
- LOMBART, Patrice, «La portée de l'arrêt au regard des monopoles d'importation et d'exportation de gaz naturel», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 540, 1998, p. 55.
- LUKES, Rudolf, «Liberalisierung des Strommarkts - Realität oder Utopie?», *Betriebs-Berater*, núm. 48, 1998, Beilage 12.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (y II)», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 194, B-137, 1998, p. 1.

- «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (I)», *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 193, B-136, 1998, p. 1.
- MASTRAGOSTINO, Franco, «Dalla Direttiva 92/50/CEE al D. Legs. 17 marzo 1995, n. 157», *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, 1998, p. 1.
- MÄRKEL, Peter N., *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*, Nomos, Baden-Baden, 1998, 394 pp.
- MASSIMO, Fausto, «Italian pharmaceutical legislation and antitrust regulations», *Antitrust between EC law and national law*, 1998, p. 453.
- MIRA, Carlos, «El escenario actual de la liberalización de las telecomunicaciones», *Nueva revista de política, cultura y arte*, núm. 56, 1998, p. 100.
- MORENO TRAPIELLA, Prudencio C., «Servicios de interés general y Derecho de la competencia: análisis desde el Derecho comunitario y desde el Derecho español (y II)», *Actualidad administrativa*, núm. 15, 1998, p. 271.
- MORELLO, Orazio Domenico Alessio, «Telecomunicazioni: la liberalizzazione e l'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núms. 1-2, 1998, p. 7.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Zwischen Konflikt und Kooperation: Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation», *FIW-Schriftenreihe; Heft 177, Multimedia*, 1998, p. 53.
- MYRO, Rafael, y REY, María Belén, «¿Hay competencia en el transporte aéreo interior?», *Economistas*, núm. 77, extraordinario, 1998, p. 89.
- NEBOT LOZANO, José María, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, Civitas, 1998, 267 pp.
- PETIT LAVALL, María Victoria, «La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los sistemas informatizados de reserva», *La Ley*, tomo I, 1998, D-51, p. 1983.
- PORTER ELLIOTT, G., «Antitrust at 35,000 feet: the extraterritorial application of United States and European Community competition law in the air transport sector», *The George Washington journal of international law and economics*, núm. 2, 1997-98, p. 185.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «Un primo confronto tra la liberalizzazione delle telecomunicazioni nel sistema del WTO e della Comunità europea», *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione mondiale del comercio*, 1998, p. 231.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «Malpensa 2000 tra liberalizzazione del trasporto aereo, regolamentazione del settore e normativa antitrust», *Il corriere giuridico*, núm. 12, 1998, p. 1369.
- RAMAJOLI, Margherita, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Instituto di diritto pubblico de la Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza, núm. 40.
- RANGONE, Nicoletta, «I tentativi di "erosione" dei monopoli di importazione ed esportazione di elettricità: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 4, 1998, p. 319.
- RIVERO, Ana, «La liberalización del mercado del gas», *Bolsa de Madrid*, núm. 66, 1998, p. 32.

- RIVERO, Ana, «Tabacalera en el club de privatizadas», *Bolsa de Madrid*, núm. 66, 1998, p. 38.
- RODRÍGUEZ MIGUEL, José Antonio, «Libre competencia en internet: un recorrido por el servidor web de la Unión Europea», *Revista galega de economía*, núm. 1, 1998, p. 285.
- ROLFS, Christian, «Europarechtliche Grenzen für die Monopole der Sozialversicherungsträger?», *Die Sozialgerichtsbarkeit*, núm. 5, 1998, p. 202.
- SARTI, Davide, «Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto», *Banca, borsa e titoli di credito*, núm. 1, 1998, pt. II, p. 103.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter, «Ordnung und Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten», *Telekommunikation: vom Monopol zum Wettbewerb*, 1998, p. 11.
- SILINGARDI, Gabriele; ANTONINI, Alfredo, y FRANCHI, Bruno, *L'attività di trasporto aereo dopo la liberalizzazione del cabotaggio: atti del convegno, Modena, 4 aprile 1997*, Giuffrè, Milano, 1998, 166 pp.
- SIRI, Michele, «Borse, commissioni di negoziazione e antitrust», *La riforma dei mercati finanziari*, 1998, p. 577.
- SORIA, Bruno, y GONZÁLEZ, Juan José, «¿Un nuevo paradigma de operador de telecomunicaciones?», *Harvard deusto business review*, núm. 86, 1998, p. 48.
- SULLIVAN, Lawrence A., «The US, the EU, the WTO and Telecom competition», *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 1062.
- TEIJELO CASANOVA, Cristina, «Comercio y competencia: ¿hasta dónde puede llegar la OMC?», *Información comercial española. Revista de economía*, núm. 775, 1998-1999, p. 39.
- TIZZANO, Antonio, «L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 6, 1998, p. 917.
- WOLF, Dieter, «Die Liberalisierung der europäischen Energiemärkte», *Betriebs-Berater*, núms. 28-29, 1998, p. 1433.
- WILMER, Cutler & Pickering, «Zukunftsmarkt Telekommunikation: vom Monopol zum Wettbewerb: WCP weissbuch: Zehn Forderungen für eine effiziente Regulierungsbehörde in Deutschland», *Telekommunikation: vom Monopol zum Wettbewerb*, 1998, p. 107.
- ZEKOS, Georgios I., «The implementation of EU competition policy and its rules in air and maritime transport», *European competition law review*, núm. 7, 1998, p. 430.
- ZENKE, Inés, *Genehmigungszwänge im liberalisierten Energiemarkt: eine Studie über Paragr. 3 ERWG 1998 (Paragr. 5 ERWG 1935) unter Berücksichtigung des europäischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998, 365 pp.

## 8. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- BARDUSCO, Aldo; CAIA, Giuseppe, y DI GASPARE, Giuseppe, «Legge 14 novembre 1995, n. 481: norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica



- utilità: istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: comentario», *Le nuove leggi civili commentate*, núms. 2-3, 1998, p. 228.
- BOURGEOIS, Hendrik, «The 1997 European Court of Justice Judgement regarding exclusive import and export rights in the energy sector», *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 327.
- CACACE, Aurelio, «Associazioni no profit e concessione di pubblici servizi: note critiche ad una sentenza della Corte di giustizia», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núms. 3-4, 1998, p. 688.
- CAPELLI, Fausto, «La Corte di giustizia CE riconosce l'illegittimità del monopolio italiano di collocamento della manodopera», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núms. 1-2, 1998, p. 167.
- CHÉROT, Jean-Yves, «L'article 90, paragraphe 2, du Traité CE après les arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité», *Revue française de droit administratif*, núm. 1, 1998, p. 135.
- CORSINI FRESSE, Miguel, «La competencia en los servicios públicos de transporte y el papel del ferrocarril», *Anuario de la competencia, 1997*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 67.
- COURIVAUD, Henri, «L'adaptation des entreprises publiques françaises au droit de la concurrence», *Contrats, concurrence, consommation*, núm. 7, 1998, p. 4.
- CURRIE, David, «Desafíos y oportunidades en los mercados europeos de servicios públicos», *Harvard deusto business review*, núm. 84, 1998, p. 98.
- DI GASPARE, Giuseppe, «L'impresa locale tra riserva e mercato», *JUS: rivista di scienze giuridiche*, núm. 1, 1998, p. 157.
- EGGER, Alexander, «Le droit communautaire et les services publics en Autriche: les télécommunications», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, núm. 415, 1998, p. 101.
- FIQUET, Alain, «Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics: l'exemple de l'électricité», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 11, 1998, p. 864.
- FRENI, Elisabetta, «La trasformazione dei monopoli di Stato: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 10, 1998, p. 915.
- GARCÍA-ARRECIADO, José Jenaro, «Las obligaciones del servicio universal», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 57.
- GAROFOLI, Roberto, «Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, 1998, p. 159.
- GIGLIONI, Fabio, «Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"», *Il foro amministrativo*, núms. 7-8, 1998, p. 2265.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «Public service: the challenge», *European foreign affairs review*, núm. 4, 1998, p. 327.
- GOZI, Sandro, «Prospettive dei servizi pubblici dell'Unione europea», *Conferenze-Seminari*, núm. 4, CLUEB, Bologna, 1998, 48 pp.
- ICHINO, Pietro, «La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 1, 1998, pt. II, p. 22.

- KRONENBERGER, Vincent, «Les monopoles publics et le droit communautaire: entre neutralisation et justification», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 53, 1998, p. 193.
- LOMBART, Patrice, «Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 11, 1998, p. 873.
- LONDON, Caroline, «Le service public dans la tourmente», *Petites affiches*, núm. 58, 1998, p. 16.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de administración pública*, núm. 145, 1998, p. 49.
- MAMELI, Barbara, *Servizio pubblico e concessione: l'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamenti*, Giuffrè, Milano, 1998, 650 pp.
- MATO, Ana, «Las garantías del servicio universal de telefonía básica», *Dirección y progreso*, núm. 157, 1998, p. 62.
- MELIADÒ, Giuseppe, «L'abolizione del monopolio pubblico del collocamento: una morte annunciata: (nota a Corte giust. 11 dicembre 1997, causa C-55/96)», *Il foro italiano*, núm. 2, 1998, pt. IV, col. 41.
- PAREJO ALONSO, Luciano, «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», *Anuario de la competencia 1996*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 87.
- PINOTTI, Cinthia, «Servizi collettivi e ordinamento comunitario», *Il Consiglio di Stato*, núms. 5-6, 1998, pt. II, p. 923.
- PRIESS, Hans-Joachim, «Privatisations and the E.C. public procurement rules», *Public procurement law review*, núm. 1, 1998, p. 1.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale», *Il diritto dell'unione europea*, núms. 2-3, 1998, p. 527.
- RODRIGUES, Stéphane, «Les services publics et le traité d'Amsterdam: genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, núm. 414, 1998, p. 37.
- THIESSEN, Jan, «Art. 90, Abs. 2, satz 1 GV - eine Privilegierung für deutsche Energieversorger?», *Europäisches Wirtschaft & Steuerrecht*, núm. 1, 1998, p. 10.

## OCTAVA PARTE

# DIRECCIONES DE INTERNET

### UNIÓN EUROPEA

Bruselas: [www.europa.europa.eu](http://www.europa.europa.eu)

<http://www.europa.europa.eu>

Bruselas: Ministère des Affaires Européennes - Commission

<http://www.europa.europa.eu>

Bruselas: [www.europa.europa.eu](http://www.europa.europa.eu)

<http://www.europa.europa.eu>

Bruselas: Conseil de la Coopération

<http://www.europa.europa.eu>

Bruselas: Direction Générale de la Coopération de la Coopération et

<http://www.europa.europa.eu>

<http://www.europa.europa.eu>

Bruselas: [www.europa.europa.eu](http://www.europa.europa.eu)

<http://www.europa.europa.eu>



El *Anuario de la Competencia* en su edición de 1998 incorpora por primera vez un listado de direcciones de internet. Este listado responde al objetivo del *Anuario* de facilitar el acceso a la información en materia de competencia, ya sea desde una vertiente económica, jurídica o institucional. Por ello, hemos considerado de sumo interés incorporar este listado de direcciones donde puede ser localizada información relevante en materia de competencia.

El listado, con indicación de la referencia y la dirección de internet, se ha estructurado en los siguientes apartados: Unión Europea, Europa no comunitaria, América, Asia-Australia, Organizaciones internacionales, y otras direcciones de interés.

En los cuatro primeros apartados se relacionan las instituciones nacionales que inciden en materia de competencia. En el quinto apartado se relacionan las direcciones de la OCDE, de la OMC y de la Dirección General IV de la Comisión Europea. Finalmente, en el apartado sexto se recogen distintas direcciones donde puede localizarse información de interés.

## 1. UNIÓN EUROPEA

Austria: Wettbewerbsbehoerde im BmWA  
<http://www.bmwa.gv.at/wettbew/start.htm>

Bélgica: Ministère des Affaires Economiques : Concurrence  
<http://mineco.fgov.be/organization-market/index-fr.htm>

Dinamarca: Konkurrenceraadet  
<http://www.ks.dk/konkuromr/index.html>

Francia: Conseil de la Concurrence  
<http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>

Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Repression des Fraudes  
<http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/index-d.htm>

Alemania: Bundeskartellamt  
<http://www.bundeskartellamt.de/>

**Irlanda: Competition Authority**

<http://www.irlgov.ie/compauth/home.htm>

**Italia: Autorità garante della Concorrenza e del Mercato**

<http://www.agcm.it/>

**Holanda: Nederlandse Mededingings Autoriteit**

<http://nma-org.nl/>

**Portugal: Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência**

<http://www.dgcc.pt/>

**España: Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia**

<http://www.meh.es/comun/dgpedc.htm>

**España: Tribunal de Defensa de la Competencia**

<http://www.meh.es/TDC/tdc.htm>

**Reino Unido: Monopolies and Mergers Commission**

<http://www.open.gov.uk/mmc/>

**Reino Unido: Office of Fair Trading**

<http://www.oft.gov.uk/>

**Suecia: Konkurrensverket**

<http://www.kkv.se/>

## 2. EUROPA NO COMUNITARIA

**Hungría: Competition Office**

<http://www.gyh.hu/angol/index.html>

**Noruega: Konkurransetilsynet**

<http://www.konkurransetilsynet.no/>

**Polonia: Office of Competition and Consumer affairs.**

<http://www.uokik.gov.pl/>

**República Checa: Ministry of Industry and Trade**

<http://www.mpo.cz/english/mpo-uk.htm>

**Suiza: Commission de la concurrence**

<http://wettbewerb.kommission.ch/>

**Turquía: Rekabet Kuruma**

<http://www.rekabet.gov.tr/engindex.html>

## 3. AMÉRICA

**Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia**

<http://www.mecon.ar/cndc/home.htm>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Economica  
<http://www.mj.gov.br/cade/>

Canadá: Competition Bureau  
<http://strategis.ic.gc.ca/ssg/ct01250e.html>  
<http://strategis.ic.gc.ca/sc-mrksv/competit/engdoc/homepage.html>

Canadá: Competition Tribunal  
<http://www.ct-tc.gc.ca/>

Estados Unidos de América: Antitrust Division, us Department of Justice  
<http://www.usdoj.gov/atr/>

Estados Unidos de América: Attorney General of Washington  
<http://www.wa.gov/ago/trust/>

Estados Unidos de América: Federal Trade Commission  
<http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm>

México: Comisión Federal de Competencia  
<http://cfc.gob.mx/>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual  
<http://www.indecopi.gob.pe/>

#### 4. ASIA Y AUSTRALIA

Australia: Australian Competition and Consumer Commission  
<http://www.accc.gov.au/>

Australia: National Competition Council  
<http://www.ncc.gov.au/>

Corea: Fair Trade Commission  
<http://www.ftc.go.kr./ftc000e.htm>  
<http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/f-home.htm>

Japón: Fair Trade Commission  
<http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/f-home.htm>

Nueva Zelanda: Competition and Enterprise Branch, Ministry of Commerce  
<http://www.moc.govt.nz/cae/index.html>

Taiwan: Fair Trade Commission  
<http://www.ftc.gov.tw/framee0.htm>

#### 5. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

OCDE  
<http://www.oecd.org/daf/ccp/ar-eng.htm>  
<http://www.oecd.org/>

**Organización Mundial del Comercio**

<http://www.wto.org/>

**Unión Europea: Dirección General IV de la Comisión Europea**

<http://europa.eu.int/comm/dg04>

## 6. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

**Antitrust Law and Economics Review (ed. by C. E. Mueller)**

<http://webpages.metrolink.net/cmueller/>

**Antitrust Policy (Vanderbilt University, us)**

<http://www.antitrust.org/>

**Antitrust www Law Page (Harvard Law School)**

<http://roscoe.law.harvard.edu/courses/techseminar96/antitrust/antitrust.html>

**us Antitrust Law Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, us)**

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

**APEC Competition Policy and Law Database**

<http://www.apeccp.org.tw/>

**Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law**

<http://www.hg.org/antitrust.html>

**FindLaw**

<http://www.findlaw.com/lawecon/index.html>

**Journal of Latin American Competition Policy**

<http://www.jlacomp.org/>







## OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

**Lluís Cases (dirección)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

**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**

DERECHO PÚBLICO DE LA  
COMPETENCIA

**Soriano García, José Eugenio**

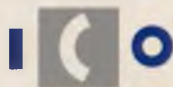
LA RECIENTE JURISPRUDENCIA  
COMUNITARIA COMENTADA

**Soriano García, José Eugenio (dir.)**

LOS CÁRTELES DE CRISIS

**Costas Comesaña, Julio**

*Fundación*



9 788472 486881